

UNIVERSIDAD DE GRANADA
DEPARTAMENTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL



*TESIS DOCTORAL EN CIENCIAS JURÍDICAS
DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO*

**EL PRINCÍPIO DE IGUALDAD EN EL DERECHO
CONSTITUCIONAL EUROPEO**

Doctoranda:

MARIANA RODRIGUES CANOTILHO

Director:

Prof. Dr. D. FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN

(Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada)

Año Académico 2014-2015

Editorial: Universidad de Granada. Tesis Doctorales
Autora: Mariana Rodrigues Canotilho
ISBN: 978-84-9125-341-9
URI: <http://hdl.handle.net/10481/41149>

UNIVERSIDAD DE GRANADA
DEPARTAMENTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

*TESIS DOCTORAL EN CIENCIAS JURÍDICAS
DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO*

**EL PRINCÍPIO DE IGUALDAD EN EL DERECHO
CONSTITUCIONAL EUROPEO**

Investigação realizada com apoio financeiro da FCT – Fundação para a Ciência e a Tecnologia, através da Bolsa de Doutoramento SFRH/BD/35977/2007, Programa de Financiamento POPH/FSE.



Para Nuno
Para Pedro, Laura, Mário y Jaime,
mi casa y mi corazón

*Cidade
Sem muros nem ameias
Gente igual por dentro
Gente igual por fora
Onde a folha da palma
afaga a cantaria
Cidade do homem
Não do lobo, mas irmão
Capital da alegria*

José Afonso, Utopia

Man erlebte fast ein Volksfest, eine Art „Verfassung als öffentlicher Prozess“ mit vielen Bürgern und Gruppen als aktiven Interpreten. Im Einzelnen: Parteipolitische, Gruppierungen, gesellschaftliche Verbände, Dorfabordnungen und Stadtteilvertretungen, aber auch Berufsgruppen aller Art zogen in einer Art Parade den, großen Boulevard zum Meer hinunter. Alle Beteiligten und fast alle Zuschauer trugen, symbolisch die seit 1974 berühmte rote Nelke („Nelkenrevolution“). Auf Transparenten, teils von den Menschen getragen, teils auf Fahrzeugen gezeigt, wurde ausdrücklich auf bestimmte Verfassungs-Artikel verwiesen, etwa in Sachen Arbeit, Familie oder Umwelt, auch Frieden. Teils wurden verfassungspolitische oder allgemein politische Forderungen vorgebracht und auf schmuck dekorierten Wagen illustriert. Spürbar war eine republikanische Stimmung, eine Artikulierung des Selbstverständnisses als verfasste Nation, bei allen Defiziten, die etwa in Sachen Arbeitslosigkeit angeprangert wurden. Als „teilnehmender Beobachter“ erlebte man ein in die Tat umgesetztes „constitutional law in public action“.

Peter Häberle, Dankesrede Lissabon 13. Mai 2014

AGRADECIMIENTOS

Una tesis doctoral es mucho más que un texto, es un camino de crecimiento y formación personal y profesional. Este camino solo ha podido hacerse con la ayuda de muchas personas, a quien se debe un agradecimiento explícito y escrito.

En primero lugar, quiero agradecer al Profesor Dr. D. Francisco Balaguer Callejón, por abrirme las puertas del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada. Le debo tanto apoyo, entusiasmo, enseñamientos y confianza que no los podré pagar nunca, pero tendrá mi eterna gratitud y la que yo creo que es una de las más grandes alegrías de un académico: hacer escuela. Siempre seré una de sus alumnas.

En segundo lugar, agradezco a todos mis profesores del Departamento, con destaque para el Profesor Dr. D. Gregorio Cámara Villar, que es, hoy, mi imagen de un verdadero maestro. A él se suman los Profesores José María Porras Ramírez, Enrique Guillén López, Juan Francisco Sánchez Barrilao, Miguel Azpitarte Sánchez y Adoración Gallera Victória. Juntos, me habéis demostrado que un Departamento de Derecho Constitucional puede ser un espacio de libertad y espíritu crítico que yo no pensaba posible. Con todos vosotros he aprendido muchísimo. A Enrique Guillén y a Juan Francisco Sánchez debo, además, las puertas que me han abierto hacia un constitucionalismo crítico, empeñado, solidario y indignado, que nunca dejará de mirar a la vida de las personas, de procurar comprender los conflictos sociales, y de defender la soberanía de los pueblos, que son, al final, los sujetos de la historia.

En tercero lugar, me gustaría mencionar un conjunto de compañeros de camino, que conmigo forman un grupo al que llamamos *los nietos de Häberle*. No sé si lo sabe el Profesor Peter Häberle, pero estoy segura que le agradecerá, ya que este grupo académico (de jóvenes ya no tan jóvenes, casi todos

precarios) es la suma de lo que debería ser la concretización del proyecto europeo. En él, hay intercambio de saberes y de culturas, empeño y rigor académico, curiosidad genuina hacía el otro y una intensa solidaridad, sin que, por un momento, las leguas sean barreras o las diferencias nos aparten. Augusto Aguilar y Angelo Schillaci, gracias por todo. Espero que hagamos aún un largo camino juntos, nos queda mucho que andar. A todos los otros, muchas gracias también. Nuestros congresos siempre son un inmenso placer intelectual y personal.

En cuarto lugar, debo señalar que esta no es una tesis española, pero si una tesis transnacional, y que hay mucho de mi primera escuela en ella, también. Nunca dejaré de ser, en parte, portuguesa, y de Coimbra. Debo la respuesta a muchas de mis preguntas a amigos y compañeros con quien nunca he dejado de compartir dudas e preocupaciones. Merece mención especial Luís Meneses do Vale, que es mi amigo y uno de los mejores académicos de mi generación y que siempre me enseña algo, cada vez que hablamos. Quería también agradecer el apoyo de mis compañeros en el Tribunal Constitucional, Teresa Violante, Rui Lanceiro y Ana Rita Gil, compañeros de tesis, que han ayudado bastante a clarificar ideas en los últimos años.

El trabajo de letrada en el Tribunal Constitucional portugués es un honor y un placer, además de una posición privilegiada para reflexionar sobre la protección de derechos fundamentales, el principio de igualdad y la función de los órganos jurisdiccionales ante el notable retroceso de los derechos sociales en período de crisis económica. Estoy profundamente grata por esta oportunidad y por las condiciones excepcionales que me han sido facultadas en estos años por el Presidente, el Profesor Dr. D. Joaquim Sousa Ribeiro. Quería agradecer también a todo el personal del Gabinete del Presidente, en particular a Dña. Inês Horta Pinto, por el apoyo y la comprensión que siempre me han dado.

Por último debo agradecer a mi familia, por el apoyo incansable, en particular a Nuno y a mis padres. A mis hijos, les pido disculpas. Por muchos meses, no he sido la mejor madre que puedo ser. Pero el camino de los últimos años es el ejemplo vivo de una de las lecciones que más veces les repetimos: el conocimiento liberta. Esta tesis es el resultado de un itinerario que me ha permitido tornarme, a nivel académico, una mujer libre.

Introducción

Esta tesis habla de igualdad y de desigualdad, dos caras de la misma compleja realidad. Siendo esta una de las más desafiantes cuestiones del siglo XXI, afrontar tan hercúlea tarea exige una delimitación rigurosa de las fronteras de nuestro trabajo. Así pues, se pretende buscar respuestas para tres grupos de preguntas. El primero es este: siendo la desigualdad ampliamente reconocida como un gravísimo problema económico, político y social, con costes elevados en cada uno de estos planos, ¿cuál es la relación del Derecho —en especial, del Derecho Constitucional— con el tema? ¿Podrán enmarcarse tales asuntos en el ámbito de aplicación del principio de igualdad, tantas veces reducido a la pobre fórmula aristotélica según la cual se debe “tratar de forma igual lo igual y de forma diferente lo diferente, en la justa medida de la diferencia”? ¿Qué nos enseñan las Teorías de la Justicia así como algunos trabajos en el área de la economía, desarrollados en los últimos años, acerca de la igualdad y desigualdad?, y ¿de qué manera puede tal conocimiento contribuir a una nueva comprensión del Principio de Igualdad, en el ámbito del Derecho Constitucional?

Estos interrogantes nos conducen al segundo grupo de cuestiones fundamentales de este trabajo, que consiste en intentar comprender de qué forma, en el marco del Derecho Constitucional europeo, debe, hoy, entenderse y densificarse el principio de igualdad. ¿Deberá limitarse al control de la razonabilidad de las distinciones establecidas (o denegadas) por el intérprete para aplicar o no una determinada solución normativa a dos situaciones aparentemente similares? ¿Tendrá el mismo alcance y el mismo tipo de desarrollo en el Derecho de la Unión Europea y en el Derecho Constitucional interno de los Estados miembros? ¿Qué densificación del principio de igualdad resulta de la adopción de una perspectiva de Derecho

Constitucional europeo, o sea, de una perspectiva amplia y abierta que abarque todos los planos del intrincado sistema de inter-constitucionalidad y inter-normatividad que existe hoy en el espacio europeo?

Finalmente, el tercer grupo de preguntas de esta tesis hace referencia al escenario de crisis económica, social, política y constitucional que viene afectando fuertemente muchos de los países de la Unión Europea, en particular los países de la Europa del Sur, desde hace varios años. Siendo cierto que, desde el punto de vista económico e social, esa crisis ha agravado, sin ninguna duda, los problemas de desigualdad e inducido un considerable retroceso en el grado de realización y garantía de muchos derechos fundamentales, ¿cómo se puede enmarcar y comprender la cuestión desde el punto de vista jurídico y constitucional? ¿Podrá el Principio de Igualdad ser útil en la definición, interpretación y control de las soluciones normativas adoptadas como respuesta a los problemas económicos, a fin de minimizar los efectos adversos que frecuentemente acarrearán? ¿Qué puede aportar tanto el Derecho Constitucional nacional como el Derecho Constitucional de la Unión Europea que permita una comprensión amplia del principio de igualdad, una densificación que se revele, verdaderamente, de Derecho Constitucional Europeo, y que pueda ayudar a reflexionar sobre los problemas generados por la crisis como cuestiones no solamente económicas, sino también constitucionales?

Expuestas las preguntas a que se intentará contestar, cabe, ahora, señalar varios puntos previos que trazan las líneas fundamentales que delimitarán el camino a seguir, así como el método adoptado.

En primer lugar, hay que advertir de que esta es una tesis profundamente *Häberliana* en varios sentidos. En primer lugar, porque el trabajo que aquí se recoge es fruto de una Escuela, de un proceso de crecimiento personal y académico, y de un aprendizaje. Esa Escuela —la del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada—

tiene como gran maestro al Profesor Doctor Peter Häberle¹, siendo su obra la tela de fondo para parte significativa de la reflexión e investigación que ahí se desarrolla. Es un orgullo formar parte de tal Escuela, y los conocimientos en ella adquiridos no pueden sino reflejarse en este estudio.

Por otra parte, esta es una tesis que tiene como premisa la existencia de una *sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución*. Entendemos, con Häberle, que el ejercicio de exégesis constitucional es un proceso público, que pone al día las estructuras básicas de una sociedad pluralista. Este proceso es, además, un proceso actualizador, abierto tanto al pasado —al permitir la institucionalización de determinadas experiencias colectivas— como al futuro —al incorporar una idea de formación y transformación social—. En este marco, postulamos una comprensión tan amplia como posible del concepto de interpretación constitucional; en él participan, como sujetos de pleno derecho, no solamente los juristas (en particular, los juristas que aplican disposiciones constitucionales, transformándolas, a través del proceso de exégesis, en normas constitucionales positivas), sino también toda la ciudadanía. En el fondo, quien vive la norma (co)-interpreta. Por este motivo, es de enorme importancia la auto-comprensión, por parte de los destinatarios, de las normas que los afectan. Además, es vital la existencia de una consciencia generalizada o, utilizando la terminología de K. Hesse, una *voluntad de Constitución*, de cumplimiento de las normas que emanan del mencionado proceso público de interpretación, en el cual se combina toda la amplia gama de intereses que coexisten en el marco de una sociedad plural. Así pues, solo los sentidos interpretativos de las disposiciones constitucionales que correspondan a dicha auto-comprensión y que

¹ De entre la muy extensa obra de Peter Häberle, seguiremos de cerca, en esta sede, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, Nomos Verlagsgesellschaft, 1998; *Pluralismo y Constitución – Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*, Tecnos, 2002 y *El Estado Constitucional*, Universidad Autónoma de México, 2003.

encuentren la referida voluntad de Constitución podrán transformarse verdaderamente en norma, interpretada y aplicada.

De esta manera, al pensar sobre el principio de igualdad, importa tener presente su significado, no solamente para el juez u otro aplicador de la norma, sino también para los ciudadanos y para los grupos sociales relevantes en sociedades complejas y de conflicto, como los sindicatos y asociaciones patronales, los órganos de comunicación social, grupos de otras áreas profesionales, asociaciones cívicas. Es fundamental, pues, traer a la reflexión jurídica los diferentes discursos sobre igualdad y desigualdad, de las teorías de la justicia a la economía. De la síntesis de todas estas voces será posible obtener una comprensión y una densificación adecuadas del principio de igualdad, que permitirán hacer de él un verdadero principio jurídico y constitucional fundamental, y no una fórmula vacía, utilizada solamente en sede jurisdiccional. Así pues, el principio debe abarcar todo cuanto piensa la ciudadanía cuando reflexiona sobre cuestiones de igualdad y desigualdad, y debe proporcionar apoyos decisorios que posibiliten la resolución de problemas de Derecho Constitucional.

Además, en este trabajo la comprensión del Derecho Constitucional como ciencia de la cultura es llevada muy en serio. De hecho, de entre todo lo aprendido con Häberle, un gigante del Derecho Constitucional de nuestro tiempo que insiste en describirse como un pequeño enano, a la sombra de sus antecesores, la comprensión del Derecho Constitucional como cultura es, probablemente, aquella con la cual más nos identificamos a título personal. Efectivamente, la visión de la Constitución como algo más que sus disposiciones normativas, como expresión del desarrollo cultural de un pueblo, receptáculo de su herencia cultural y fuente de esperanza en un futuro que, a partir de ella misma, se define y recrea, nos parece esencial para la construcción de un Derecho Constitucional autónomo que, en el

marco Europeo, se muestre capaz de integrar los valores y objetivos últimos de cada Estado que la compone, como comunidad constitucional inclusiva.

Como producto cultural, la Constitución define lo que una sociedad quiere y lo que no quiere ser, positiva sus valores comunes, sus propósitos compartidos, sus instituciones, los derechos que considera fundamentales. Es, pues, un verdadero contrato social, piedra de toque del desarrollo de cada comunidad, enmarcando las opciones políticas y jurídicas que, a partir de ella, se hacen posibles como caminos alternativos en un marco de pluralismo. Por esa razón, la Constitución no es un producto acabado, sino abierto, en constante evolución. Debe recordarse que Häberle enseña que debe existir, en el espacio constitucional, lugar para un cierto *quantum de utopía*. Esta utopía incluye un deseo de ampliación de los derechos y libertades, en la medida en que los proyectos constitucionales son proyectos emancipadores, de crecimiento y evolución de la persona, en sociedad. La dignidad del ser humano y la soberanía popular —o sea, la persona, en su comunidad, su espacio y su tiempo— son, así, elementos fundamentales y no superables de nuestra concepción de cultural constitucional común. Por otra parte, la utopía puede ser consagrada en los textos constitucionales, de manera más intensa, ya que entre las disposiciones de cada Constitución duermen esperanzas colectivas, como, por ejemplo, la de la promoción del bienestar y calidad de vida del pueblo y de la igualdad real entre los portugueses, así como la realización de los derechos económicos, sociales, culturales y medioambientales, a través de la transformación y modernización de las estructuras económicas y sociales (artículo 9, d) de la Constitución de la República Portuguesa) o el combate a la exclusión social y a las discriminaciones, la promoción de la justicia y protección sociales, la igualdad entre hombres y mujeres, la solidaridad entre generaciones y la protección de los derechos del niño (artículo 3 del Tratado de la Unión Europea). Además, en la medida en que la naturaleza jurídica de los textos

constitucionales los aparta fundamentalmente de esta dimensión utópica, la consagración en los textos de objetivos de este tipo siempre servirá como orientación en el camino hacia la realización de cada proyecto constitucional: la utopía de hoy será (o podrá ser) un principio jurídico efectivo mañana.

Así pues, una densificación actualizadora del principio de igualdad no dejará de tener en cuenta la comprensión y los deseos de igualdad concretos, expresos en cada una de las constituciones parciales del Derecho Constitucional europeo. Dichas comprensiones y deseos serán, naturalmente, fruto de una cultura y de un tiempo, y estarán fundados en momentos históricos decisivos. De esta forma, habrá que integrar la idea de Igualdad como idéntica “dignidad social” y prohibición de privilegios en razón de «ascendencia, sexo, raza, lengua, territorio de origen, religión, convicciones políticas o ideológicas, instrucción, situación económica o condición social, o orientación sexual» (artículo 13 de la Constitución Portuguesa); la Igualdad como no discriminación en función de cualquier circunstancia “personal o social” (artículo 14 de la Constitución Española); la Igualdad como igualdad de oportunidades y igualdad de género (artículos 2 y 3 del TUE) o la Igualdad como igualdad formal, ante la ley, y como no discriminación (artículo 2 de la GG, Ley Fundamental alemana). Solamente de la síntesis de todas estas concepciones, de la búsqueda de los elementos fundamentales compartidos y del estudio del desarrollo del principio hecho en la doctrina, en la jurisprudencia y, en general, en la aplicación de las normas sobre igualdad (esto es, en la vida, en el Derecho Constitucional interpretado, aplicado y vivido) podrá resultar en una comprensión amplia y útil de la idea de Igualdad.

En tercer lugar, este trabajo asume la existencia de un Derecho Constitucional europeo, como es descrito en la obra de Häberle. La premisa consiste en rechazar la división artificial entre el Derecho Constitucional

nacional y el Derecho Constitucional de la Unión Europea. Solo entendiendo la profunda interacción dialéctica entre los varios espacios constitucionales europeos, nacionales y supranacionales, se puede superar una visión de la articulación del pluralismo como una oposición entre el nivel constitucional estatal y el nivel constitucional europeo, y recuperar la percepción, estudio y canalización del conflicto social y político y de la contraposición entre mayorías y minorías en el marco de un Derecho Constitucional común. Nunca, como ahora, fue tan necesaria la reafirmación contra-factual de Europa como un espacio jurídico-constitucional, de diálogo democrático entre ciudadanos libres, y no como territorio vacío de democracia y Constitución, receptor de una síntesis de voluntades estatales a las cuales, a su vez, se impone a través del principio de primacía.

Aceptar, como enseña Häberle, que la “nuestra” Constitución es, hoy, un mosaico de constituciones parciales, de normas de diferentes fuentes que se inter-relacionan en un espacio de inter-constitucionalidad e inter-normatividad, significa rechazar los argumentos basados en la excepcionalidad y en las particularidades del Derecho Constitucional de la Unión Europea. Esto permite, pues, pensar críticamente el Derecho Constitucional (común) europeo y exigirle —debido a su naturaleza de fusión entre distintos planos de constitucionalidad— los más elevados estándares de protección de los derechos fundamentales y de garantía jurídica de los principios básicos del constitucionalismo democrático, concretamente el control del poder, el establecimiento de instituciones, mecanismos y procedimientos democráticos y la protección de las minorías en la resolución de conflictos sociales y políticos.

De esta forma, una comprensión lograda del principio de igualdad en el marco del Derecho Constitucional europeo tendrá que intentar ser una combinación de todas las dimensiones del principio, desarrolladas en el

plano del derecho constitucional nacional o en los planos constitucionales supranacionales, especialmente el de la Unión Europea. Esto contribuirá a una densificación más completa y más compleja, capaz de dar respuestas y proporcionar criterios de control normativo y de decisión en una pluralidad de situaciones. Por otra parte, solo una visión del principio de igualdad a partir de una perspectiva de Derecho Constitucional europeo podrá permitir superar la disonancia de discursos, ya que, como veremos, el Derecho Constitucional de la Unión Europea ha desarrollado de manera profunda, en las últimas décadas, una comprensión del principio limitada a la cuestión de la no discriminación. Ahora bien, por más que esa dimensión sea verdaderamente fundamental para la realización efectiva de la Igualdad como derecho y valor constitucional y por más valiosas que sean las contribuciones del Derecho de la Unión Europea en este plano, esta no deja de ser una visión parcial. Con ella deberán integrarse otras dimensiones, en particular las cuestiones de redistribución y representación, cuyo desarrollo viene siendo hecho en el plano de los derechos constitucionales nacionales.

La segunda nota que nos parece importante hacer, es que este trabajo es también tributario, en cierta medida, de un constitucionalismo crítico, del cual es primer Maestro, en Granada, Carlos de Cabo Martín², a quien se suman muchos otros colegas y compañeros. En primer lugar, por la importancia atribuida al conocimiento y análisis de la realidad económica, social y política que el Derecho Constitucional pretende disciplinar.

En segundo lugar, por la concepción de la ciencia del Derecho como ciencia activa y no meramente descriptiva o explicativa de esa misma realidad. El Derecho Constitucional tiene, necesariamente, una relación dialéctica con la realidad, ya que intenta conformarla y modificarla,

² Cfr. DE CABO MARTÍN, C. - “Propuesta para un Constitucionalismo Crítico”, en *Revista de Derecho constitucional europeo*, n.º 19, 2013 y *Pensamiento Crítico, Constitucionalismo Crítico*, Editorial Trotta, 2014, obras que se seguirán de cerca, en este punto introductorio de nuestro trabajo.

utilizando, para eso, instrumentos como la normatividad o la supremacía de la Constitución.

En tercer lugar, compartimos el análisis del constitucionalismo crítico según el cual, en las últimas décadas, la realidad socio-económica ha sufrido transformaciones de tal modo profundas que las consecuencias de ese cambio se sienten en múltiples sectores, anunciando alteraciones globales en el modelos de sociedad, incluyendo en la vigencia formal del principio del Estado Social. En el fondo, la crisis del Estado Social ha traído consigo una crisis del modelo de Estado de Derecho democrático plasmado en muchas de las constituciones europeas, en particular en las Constituciones española y portuguesa, adoptadas con la transición para la democracia. En este marco, debe el jurista ser prudente y no seguir preso a esquemas conceptuales que hacen referencia a una realidad inexistente.

En estos términos, Carlos de Cabo sugiere varios elementos para la conceptualización de un pensamiento crítico de derecho constitucional, que creemos de gran importancia, independientemente de compartir o no los restantes presupuestos de base de la posición del autor. Así pues, un constitucionalismo crítico deberá ser un constitucionalismo consciente de los conflictos sociales y económicos básicos que emergen en su seno³. Además, el hecho de poner el Derecho Constitucional en perspectiva a partir de la lógica del conflicto social no es más que una exigencia de la

³ Esta recuperación de la dimensión política del constitucionalismo no es, de ningún modo, una propuesta aislada de Carlos de Cabo. Ella corresponde a una tendencia visible en muchos autores, principalmente en la última década. Véase, por ejemplo, el primer número de la revista *Jus Politicum – Revue de Droit Publique*, donde se afirma, precisamente, la intención de volver la atención hacia los fenómenos políticos que originan las normas estudiadas en Derecho Constitucional, explicando de forma cristalina esa necesidad: «*Trop souvent, dans la période contemporaine, ces vérités ont été mises de côté en sacrifiant l'intelligibilité des phénomènes mêmes qu'on se proposait d'étudier. On peut certes s'en tenir à recenser et gloser les textes des constitutions, en décidant d'avance qu'elles épuisent le contenu du droit constitutionnel. Jus Politicum prend le parti opposé. Les juristes qui en prennent l'initiative ne doutent pas que la scission sciemment opérée par le passé entre, d'une part, ce qu'on appelle aujourd'hui – sans trop y réfléchir – les normes juridiques et, d'autre part, les phénomènes politiques porte des fruits néfastes de part et d'autre du barbelé désormais érigé entre les disciplines académiques*» (<http://juspolicum.com/Presentation-de-la-revue,24.html>); véanse también muchos de los trabajos incluidos en el libro coordinado por GARCÍA HERRERA, M. A., ASENSI SABATER, J. y BALAGUER CALLEJÓN, F. (coord.)– *Constitucionalismo Crítico – Liber amicorum Carlos de Cabo Martín*, Tirant lo Blanch, 2015, en los cuales la adhesión a este planteamiento metodológico es también patente.

realidad actual, en la cual un conjunto de tensiones aparentemente adormecidas durante el apogeo del Estado Social europeo han irrumpido, de nuevo, con fuerza. Ahora bien, la Constitución es, por excelencia, la norma que alberga y dirime los conflictos sociales, y el campo donde se enfrentan y concilian las visiones del mundo plurales que coexisten en cualquier comunidad jurídica.

El segundo elemento fundamental del constitucionalismo crítico consiste en la recuperación de las categorías constitucionales, rechazando su deformación o adaptación funcional y no aceptando interpretaciones infundadas u obviamente contrarias al sustrato constitucional en que se inscriben. Según esta concepción, hay que ir a la raíz de los problemas y reafirmar la validez, la interpretación y las consecuencias lógicas de las categorías que pueden utilizarse en determinado contexto, haciendo del constitucionalismo un elemento crítico de la realidad. De hecho, solo de esta manera puede la Constitución ser forma del poder y no un mero instrumento en las manos de ese poder; soberana, no súbdita.

En el ámbito de reafirmación de las categorías constitucionales, uno de los pasos más importantes es el de la recuperación de los derechos fundamentales como verdaderos derechos individuales, con un contenido sustancial y oponibles a los actos, normas y políticas estatales. En los últimos años, se asiste a una tendencia para transformar los derechos en principios, de contenido necesariamente más amplio e indefinido, alargando significativamente el margen de actuación del Estado, dado que la indefinición implica una menor capacidad de resistencia al ejercicio del poder. Carlos de Cabo propone, por eso, tomar los principios constitucionales como puntos de partida y, a partir de ellos, fijar el contenido de los derechos, introduciendo, cuando sea posible, elementos de objetivación, y promover la construcción de la categoría de sujeto colectivo como mecanismo de fortalecimiento de los sujetos más débiles.

En lo que respecta al principio de igualdad, son obvias las consecuencias que este planteamiento implica. Antes de más, si los problemas de igualdad y desigualdad son, en gran medida, resultado de un determinado cuadro de organización y ejercicio del poder político y económico, no pueden permanecer una cuestión ajena a las preocupaciones dogmáticas del Derecho Constitucional. Así pues, si el Derecho Constitucional limita el ejercicio del poder y lo organiza, como proceso deliberativo, en orden a la consecución de una determinada noción de bien común, plasmada en los textos fundamentales de una comunidad política, la desigualdad constituye necesariamente una de sus preocupaciones. Efectivamente, no solo integra ella de manera incontestable el concepto de bien común generalizadamente aceptado en el espacio europeo, sino que muchas de las desigualdades más preocupantes de nuestros días (la desigualdad de renta, de género, la discriminación en razón de deficiencia o de edad) surgen y crecen o se mantienen en el Derecho —en el marco de un determinado sistema jurídico y constitucional— y a través del Derecho —de las reglas y instituciones de varias ramas del Derecho.

Una tercera exigencia del constitucionalismo crítico es la percepción de la fragmentación y de la pluralidad de los conflictos sociales de nuestro tiempo, en una miríada de enfrentamientos sectoriales y locales. Ante este fenómeno, es importante reconstruir dicha fragmentación, encontrar los elementos comunes de varios movimientos de emancipación. En este punto, son muy útiles determinadas técnicas del Derecho Constitucional, concretamente la indivisibilidad y no jerarquización de los derechos fundamentales. Importa también, en este plano, recuperar categorías con centralidad en muchos textos constitucionales, como es el caso del Trabajo, que puede configurarse como articulador social y de ciudadanía, y ser movilizado como elemento re-ordenador de los contenidos constitucionales.

Otro ejemplo que creemos que podría ser recuperado es el de los bienes del dominio público o, para utilizar la categoría económica paralela, *los comunes*, que constituyen recursos de propiedad y gestión colectiva, estudiados, entre otros, por Elinor Ostrom⁴. Algunos de estos bienes han sido objeto de intensa movilización social en torno a su propiedad y gestión públicas como garantía de acceso universal, lo que podrá ser un buen punto de partida para la recuperación de la consideración y legitimación de que la *res publica*, entendida en sentido amplio, se benefició anteriormente en el marco del sistema jurídico y constitucional.

En resumen, todo lo que acabamos de decir puede resumirse en tres puntos fundamentales: la ciencia jurídica y constitucional debe ser ciencia social, o sea, profundamente conocedora y atenta a la realidad sobre la cual reflexiona; el Derecho Constitucional debe ser crítico —esto es, activo, participante y proponente de un determinado deber-ser— y plural —trayendo para su discurso todas las propuestas, exigencias y pre-comprensiones posibles en el marco de una sociedad democrática de derecho.

La tercera nota sirve destacar la importancia de un hecho de extremada relevancia, muchas veces olvidado: este trabajo es escrito en un espacio y un tiempo determinados. En el caso concreto, es escrito en el espacio europeo, entre países de la Europa del Sur (Portugal y España), profundamente afectados por una duradera crisis económica, social y política; en una Unión Europea en profunda desagregación, que parece haber perdido, en relación con sus miembros más débiles, cualquier perspectiva de solidaridad, igualdad, respeto por los derechos fundamentales y por el pluralismo democrático, como es doloroso ejemplo la situación de Grecia.

⁴ Cfr. OSTROM, E. - *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action (Political Economy of Institutions and Decisions)*, Cambridge University Press, 1990.

La crisis y, más aún, las respuestas políticas y económicas que, en consecuencia, han sido adoptadas generalizadamente en la Unión Europea, centradas en la idea de austeridad, han tenido un impacto sustancial en los derechos de los ciudadanos en múltiples dimensiones, afectando de manera decisiva el ejercicio de varios derechos fundamentales y minando también la capacidad de los Estados de cumplir sus obligaciones de prestación y garantía de esos derechos. La Unión dejó, así, de ser un espacio de libertad y democracia con los mismos derechos para todos, en todos los Estados miembros. Además, es de señalar con especial preocupación —y natural interés en un trabajo sobre (des)igualdad— que los derechos más afectados han sido los de grupos particularmente vulnerables y merecedores de protección constitucional reforzada, como es el caso de los niños⁵. Así pues, lo que ha empezado siendo una crisis económica y financiera es hoy una verdadera crisis de los derechos, a camino de transformarse en una crisis humanitaria a la escala europea⁶. Desde el punto de vista del Derecho Constitucional, parece estar formándose una tempestad perfecta: a la crisis económica y financiera se suman los problemas de garantía de los derechos fundamentales básicos y una verdadera crisis sistémica global.

La crisis ha afectado con más intensidad los que pueden ser llamados *derechos de igualdad*, o sea, los derechos fundamentales que desempeñan un

⁵ Véase el Informe del Comisario para los Derechos Humanos (Consejo de Europa): MUIŽNIEKS, N. – *Report Following visit to Portugal from 7 to 9 May 2012*, CommDH(2012)22, Council of Europe, 2012 : «*The Commissioner notes with concern reports indicating that child poverty is on the rise in Portugal, as a result of increasing unemployment and following the adoption of austerity measures in 2010 and 2011. Cuts in child care benefits in 2010 and 2012 were particularly severe and had a significant impact on the income of many families with children and consequently, on a range of children's rights. The Commissioner shares the concerns expressed by the Portuguese Ombudsman that the new, restrictive eligibility criteria for social benefits can lead to some beneficiaries being unduly deprived of access to social welfare which can also constitute an important reduction in their incomes. The increasing prices of health care and public transportation as well as the increasing number of evictions as a result of non payment of mortgages have also had a particularly negative impact on children's rights. Budgetary stringency is also affecting education, including higher education*».

⁶ En este sentido, véase el Informe del Parlamento Europeo, de TAMAMOVIĆ, A. (Millieu Ltd) - *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU - Comparative analysis*, Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs European Parliament, European Union, 2015 y el informe de CARITAS EUROPA – *The Impact of the European Crisis - A Study Of The Impact Of The Crisis And Austerity On People, With A Special Focus On Greece, Ireland, Italy, Portugal And Spain*, Caritas, 2013.

papel vital en el combate a las desigualdades de hecho; en otras palabras, los derechos que constituyen instrumentos jurídicos y políticos esenciales para minimizar desigualdades de recursos, oportunidades o capacidades (según la terminología que se prefiera)⁷: la educación, la salud, la seguridad social, el trabajo. Solo a título de ejemplo, recordemos que un tercio de los países de la OCDE han disminuido su inversión en educación debido a la crisis⁸. Ha habido cortes de más del 5% del PIB en Portugal, Italia, Hungría y Grecia y entre el 1% y el 5% del PIB en Bélgica, República Checa, Estonia, Francia, Irlanda, Polonia, República Eslovaca, Eslovenia, España y Reino Unido. Esta disminución de la inversión, que se refleja negativamente en la financiación de las escuelas, becas y salarios de los profesores, afecta la calidad y accesibilidad de la educación que es, en el marco del Derecho Constitucional europeo, un derecho fundamental universal y gratuito, por lo menos en los niveles más básicos de enseñanza. La situación es igualmente grave en lo que respecta a los otros derechos de igualdad mencionados, como se verá en la tercera parte de esta trabajo.

Siendo en este espacio y en este tiempo que se desarrolla el presente trabajo y la reflexión que el conlleva, nos pareció, pues, urgente traer a la esfera del Derecho Constitucional todos los problemas enunciados. Tratados hasta ahora, esencialmente, en el plano de la economía y de la sociología, ellos son, en realidad, problemas jurídicos y emanaciones del principio de igualdad, en la medida en que, en el plano constitucional, la

⁷ Véase, por ejemplo, el aviso del Comisario para los Derechos Humanos (Consejo de Europa), MUIŽNIEKS, N. – *Report Following visit to Spain from 3 to 7 June 2013*, CommDH(2013)18, Council of Europe, 2013, <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=2389885&SecMode=1&DocId=2077824&Usage=2>: «*The Commissioner is worried about the substantial cuts inflicted on education budgets in the last three years, ranging from 14.4% to 21.4%, and their impact on equality of opportunities and on the principle of inclusive education*».

⁸ De nuevo, TAMAMOVIC, A. (Millieu Ltd) - *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU - Comparative analysis*, Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs European Parliament, European Union, 2015 y el informe de OCDE, *Education at a Glance 2013: OECD Indicators*, OECD Publishing, 2013: <http://www.oecd.org/edu/eag2013%20%28eng%29--FINAL%2020%20June%202013.pdf>.

compleja pregunta “¿igualdad de qué?”, que desde hace décadas ocupa a tantos autores, encuentra una respuesta relativamente sencilla: igualdad de derechos, de un catálogo amplio de derechos fundamentales, que debe tener un núcleo fundamental bien definido y sustancialmente caracterizado, cuyo ejercicio debe ser garantizado en condiciones de igualdad en el acceso y en la (eventual) prestación, a fin de promover la igualdad de oportunidades y el libre desarrollo de la personalidad, según los deseos y capacidades de cada ciudadano.

En estos términos, la primera parte de este trabajo empieza por delimitar el marco teórico de reflexión, dando cuenta de los varios discursos sobre igualdad y desigualdad que han ocupado buena parte de la discusión filosófica sobre la justicia en el siglo XXI, así como la discusión económica. Es importante señalar que, en este plano teórico, las atenciones viene centrándose en las restricciones que la realidad impone a las posibilidades de cambio social y en la importancia de la desigualdad económica como acelerador de otras desigualdades sectoriales y de una obvia desigualdad de derechos. Por eso es importante proponer nuevos paradigmas institucionales y normativos, a fin de permitir alterar reglas jurídicas, políticas y acciones que sirven, hoy, de soporte jurídico e institucional a mecanismos de desigualdad creciente. Quedarán, sin embargo, fuera del ámbito de este trabajo las discusiones sobre justicia mundial y global, ya que este se centra en las cuestiones de igualdad y desigualdad dentro de un espacio de constitucionalidad compartida, como es el espacio europeo. Quedan también excluidos, por su complejidad y amplitud, los problemas relacionados con la aplicación del principio de igualdad a los extranjeros, nacionales de países terceros, dentro del territorio europeo.

Siempre en el ámbito de esta primera parte, ensayaremos, aunque en trazos generales, un comentario e intento de densificación de la Igualdad en el plano jurídico y constitucional, atendiendo a las múltiples dimensiones en

que ella está presente, en el marco del Derecho Constitucional de fuentes nacionales: en primer lugar, como principio y valor constitucional básico, pero también como derecho fundamental, en la doble vertiente del derecho a ser tratado como igual y de forma igual, y del derecho a la no discriminación. En este campo, las Constituciones portuguesa y española son ejemplos logrados de una concepción amplia del principio de igualdad y de su conexión con el principio del Estado Social y a la universalidad de los derechos fundamentales, y de ello trataremos.

La segunda parte del trabajo está reservada al estudio del principio de igualdad en el Derecho de la Unión Europea. Como se verá, aunque por motivos perfectamente atendibles, el desarrollo jurídico y práctico del valor constitucional de la Igualdad en el marco de la Unión se resume, de manera casi exclusiva, a la densificación y legislación sobre la prohibición de discriminación. Además, emergen contradicciones inevitables entre los intentos de desarrollar instrumentos efectivos de protección contra la discriminación, considerada no solamente un derecho fundamental, sino también una distorsión inaceptable del funcionamiento del mercado común, y la falta de competencias de la Unión, así como la falta de voluntad política para construir e implementar una verdadera ciudadanía social comunitaria, que pueda garantizar el ejercicio efectivo de un núcleo esencial de derechos de igualdad a cualquier ciudadano europeo, independientemente del Estado miembro en que se encuentre. Pero, pese a esta indesmentible parcialidad, hay aspectos claramente positivos en lo que respecta al desarrollo del derecho de igualdad de oportunidades en la Unión, en particular varios instrumentos y técnicas jurídicas que pueden y deben ser movilizados no solo en el plano supranacional, sino también en los planos nacionales.

En la tercera y última parte del trabajo, intentaremos hacer una síntesis de las dos anteriores y pensar su utilidad en el escenario de crisis económica, social, jurídica y constitucional ya descrito. De esta manera, y después de

una breve introducción y reflexión sobre el lugar del Derecho Constitucional en la crisis, pasaremos al análisis del impacto de las medidas de austeridad en los ya referidos derechos de igualdad, con especial atención a los problemas de educación, salud, trabajo y seguridad social en varios países de la Unión Europea, en particular los países del Sur. Analizaremos igualmente la respuesta (o de su ausencia) de los mecanismos de tutela, en el plano nacional e internacional. Por último, intentaremos indicar cuáles son las contribuciones posibles - ya sea de los derechos constitucionales nacionales, ya sea del derecho de la Unión Europea -, para una re-ensificación del principio de igualdad que pueda afirmarse de Derecho Constitucional europeo y que pueda, también, contribuir a reafirmar la normatividad del derecho Constitucional como límite al poder y garantía de un elevado nivel de protección de los derechos fundamentales.

Introdução

Esta tese fala de igualdade e de desigualdade, duas faces da mesma complexa realidade. Sendo esta uma das mais desafiantes questões do século XXI, afrontar tão hercúlea tarefa exige uma demarcação rigorosa das fronteiras do nosso trabalho. Assim, pretende-se procurar a resposta a três perguntas. A primeira é esta: sendo a desigualdade amplamente reconhecida como um gravíssimo problema económico, político e social, com custos elevados em cada um destes planos, qual é a relação do direito – em especial do direito constitucional – com o tema? Enquadrar-se-ão tais assuntos no âmbito de aplicação do Princípio da Igualdade, tantas vezes reduzido à pobre fórmula aristotélica segundo a qual se deve “tratar de forma igual o que é igual e de forma desigual o que é desigual, na justa medida da diferença”? O que nos ensinam as Teorias da Justiça e mesmo alguns trabalhos da área da economia, desenvolvidos nas últimas décadas, acerca de igualdade e desigualdade, e de que maneira pode esse conhecimento contribuir para uma nova compreensão do Princípio da Igualdade, em sede de Direito Constitucional?

Estas interrogações conduzem-nos à segunda questão fundamental deste trabalho, que consiste em procurar compreender de que forma, no quadro do Direito Constitucional Europeu, deve hoje ser entendido e densificado o Princípio da Igualdade Limitar-se-á ao controlo da razoabilidade das distinções estabelecidas (ou negadas) pelo intérprete para aplicar ou não uma determinada solução normativa a duas situações aparentemente similares? Terá ele o mesmo alcance e o mesmo tipo de desenvolvimento no Direito da União Europeia e no Direito Constitucional interno dos Estados-Membros? Que densificação do Princípio da Igualdade resulta da adopção de uma perspectiva de Direito Constitucional Europeu, ou seja, de uma perspectiva ampla e aberta, que abarque todos os planos do intrincado sistema de interconstitucionalidade e internormatividade hoje existente no espaço Europeu?

Finalmente, a terceira pergunta desta tese diz respeito ao cenário de crise económica, social, política e constitucional que tem vindo a afectar fortemente muitos dos países da

União Europeia, em particular os países da Europa do Sul, desde há vários anos. Sabendo-se que, do ponto de vista económico e social, essa crise agravou indubitavelmente os problemas de desigualdade e induziu considerável retrocesso no grau de concretização e garantia de muitos direitos fundamentais, como enquadrar e compreender a questão do ponto de vista jurídico-constitucional? Poderá o Princípio da Igualdade ser útil na modelação, interpretação e controlo das soluções normativas adoptadas como resposta aos problemas económicos, de forma a minorar os efeitos adversos que aquelas frequentemente implicaram? Que contributos podem dar quer os Direitos Constitucionais nacionais, quer o Direito Constitucional da União Europeia, para uma compreensão abrangente do Princípio da Igualdade, uma densificação que se revele, verdadeiramente, de Direito Constitucional Europeu, e que possa ajudar a pensar os problemas trazidos pela crise como questões não apenas económicas, mas também constitucionais?

Explicadas as perguntas a que se tentará responder, cabe agora fazer várias notas prévias, que traçam as linhas delimitadoras fundamentais do caminho a percorrer e do método adoptado.

Em primeiro lugar, há que advertir que esta é uma tese profundamente Häberliana, em vários sentidos. Desde logo, porque o trabalho que aqui se versa é fruto de uma Escola, de um caminho de maturação pessoal e académica e de uma aprendizagem. Essa Escola – a do Departamento de Direito Constitucional da Universidade de Granada – tem por Mestre maior o Professor Doutor Peter Häberle, sendo a sua obra o pano de fundo para boa parte do estudo e reflexão que aí se fazem. Temos o maior orgulho em fazer parte de tal Escola, e os ensinamentos aí colhidos⁹ não podem deixar de reflectir-se nesta investigação.

⁹ De entre a vastíssima obra de Peter Häberle, seguir-se-ão de forma próxima, nesta sede, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, Nomos Verlagsgesellschaft, 1998; *Pluralismo y Constitución – Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*, Tecnos, 2002 e *El Estado Constitucional*, Universidad Autónoma de México, 2003. Veja-se também o esclarecedor texto de BALAGUER, F.- “La contribución de Peter Häberle a la construcción del Derecho Constitucional Europeo”, in *Revista de derecho constitucional europeo*, N.º 13, 2010..

Por outro lado, esta é uma tese que tem como premissa a existência de uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Entendemos, com Häberle, que o exercício de exegese constitucional é um processo público, que modifica e moderniza as estruturas básicas de uma sociedade pluralista. Este processo é, além disso, um processo actualizador, aberto tanto ao passado – ao permitir a institucionalização de determinadas experiências colectivas – quanto ao futuro – incorporando uma ideia de formação e transformação social. Neste quadro, sufragamos um entendimento tão amplo quanto possível do conceito de interpretação constitucional; nele participam, como sujeitos de pleno direito, não apenas os juristas (em particular, os juristas que aplicam disposições constitucionais, transformando-as, através do processo de exegese, em verdadeiras normas constitucionais positivas), mas também toda a comunidade de cidadãos. No fundo, quem vive a norma, (co-)interpreta também. Por este motivo, é de enorme importância a auto-compreensão, por parte dos destinatários, das normas que os afectam. É, pois, vital, a existência de uma consciência generalizada, ou, para usar a terminologia de Konrad Hesse, uma vontade de Constituição, de cumprimento das normas resultantes do referido processo público de exegese, no qual se combina toda a ampla paleta de interesses que coexistem no quadro de uma sociedade plural. Assim, só os sentidos interpretativos das disposições constitucionais que correspondam a essa auto-compreensão e que encontrem a referida vontade de Constituição se transformarão verdadeiramente em norma, interpretada e aplicada.

Assim, ao pensarmos o Princípio da Igualdade, importa ter em mente o seu significado não apenas para o juiz ou outro aplicador da norma, mas também para os cidadãos e para os grupos sociais relevantes em sociedades complexas e de conflito, como os sindicatos e associações patronais, os órgãos de comunicação social, grupos profissionais de áreas além do Direito, as associações cívicas. Importa, pois, trazer à reflexão jurídica os diferentes discursos sobre igualdade e desigualdade, das teorias da justiça à economia. É da síntese de todas estas vozes que sairão uma compreensão e densificação adequadas do Princípio da Igualdade, que permitam mobilizá-lo como verdadeiro princípio jurídico-constitucional fundamental e não como fórmula vazia utilizada somente em sede jurisdicional. Ou seja, o princípio deve abarcar tudo aquilo em que os cidadãos pensam

quando pensam as questões da igualdade e desigualdade e deve fornecer arrimos decisórios que possibilitem a resolução de problemas de Direito Constitucional.

Além disso, neste trabalho leva-se a sério a compreensão do Direito Constitucional como ciência da cultura. Aliás, de entre todos os ensinamentos de Häberle, um gigante do direito constitucional do nosso tempo que insiste em descrever-se como pequeno anão, aos ombros dos seus antecessores, a compreensão do Direito Constitucional como cultura é, talvez, aquele com mais nos identificamos a título pessoal. Efectivamente, a visão da Constituição como algo mais do que as suas disposições normativas, como a expressão do desenvolvimento cultural de um povo, receptáculo da sua herança cultural e fonte de esperança num futuro que, a partir dela, se define e recria, parece-nos essencial para a construção de um Direito Constitucional autónomo que, no quadro europeu, se mostre apto a integrar os valores e objectivos últimos de cada Estado que a compõe, como comunidade constitucional inclusiva.

Enquanto produto cultural, a Constituição define o que uma sociedade quer e o que não quer ser, positiviza os seus valores comuns, os seus propósitos partilhados, as suas instituições, os direitos que considera fundamentais. É, pois, um verdadeiro contrato social, pedra de toque do desenvolvimento de cada comunidade, enquadrando as escolhas políticas e jurídicas que, a partir dela, se tornam possíveis como caminhos alternativos num quadro de pluralismo. Por isso mesmo, a Constituição não é um produto acabado, mas aberto, em constante evolução. Lembre-se, aliás, que Häberle ensina que tem de haver, no espaço constitucional, lugar para um certo quantum de utopia. Esta utopia inclui um desejo de ampliação dos direitos e liberdades, na medida em que os projectos constitucionais são projectos emancipatórios, de crescimento e evolução da pessoa, em sociedade. A dignidade da pessoa humana e a soberania popular – a pessoa, na sua comunidade, no seu espaço e no seu tempo – são, assim, elementos fundamentais e inultrapassáveis na nossa concepção de cultura constitucional comum. Por outro lado, a utopia pode até ser consagrada nos textos constitucionais, de forma mais intensa, já que entre as disposições de cada Constituição dormem esperanças colectivas, como, por exemplo, a da promoção do bem-estar e da qualidade de vida do povo e da igualdade real

entre os portugueses, bem como a efectivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais, mediante a transformação e modernização das estruturas económicas e sociais (artigo 9.º, alínea d) da Constituição da República Portuguesa), ou o combate à exclusão social e às discriminações, a promoção da justiça e protecção sociais, a igualdade entre homens e mulheres, a solidariedade entre as gerações e a protecção dos direitos da criança (artigo 3.º do Tratado da União Europeia). Aliás, mesmo na medida em a natureza jurídica dos textos constitucionais os afasta fundamentalmente desta dimensão utópica, a consagração nos textos de objectivos deste tipo sempre servirá como orientação no caminho de concretização de cada projecto constitucional: a utopia de hoje será (ou poderá ser) um princípio jurídico efectivo amanhã.

Assim, uma densificação actualizadora do Princípio da Igualdade não deixará de levar em conta a compreensão e os desejos concretos de igualdade expressos em cada uma das constituições parciais do Direito Constitucional (comum) Europeu. Tais compreensões e desejos serão, naturalmente, fruto de uma cultura, de um tempo, e fundados em momentos históricos decisivos. Deste modo, haverá que integrar a ideia de Igualdade como idêntica “dignidade social” e proibição de privilégios em razão de “ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual” (artigo 13.º da Constituição Portuguesa), a Igualdade como não discriminação em função de qualquer circunstância “pessoal ou social” (artigo 14.º da Constituição Espanhola), a Igualdade como igualdade de oportunidades e igualdade de género (artigo 2.º e 3.º do TUE), ou a Igualdade como igualdade formal, perante a lei, e como não discriminação (artigo 2.º da Lei Fundamental alemã). Só da síntese de todas estas concepções, da busca dos elementos fundamentais partilhados e do estudo do desenvolvimento do princípio feito na doutrina, na jurisprudência e, em geral, na aplicação das normas sobre igualdade (isto é, na vida, no direito constitucional interpretado, aplicado e vivido) poderá resultar uma compreensão ampla e útil da ideia de Igualdade.

Em terceiro lugar, este trabalho assume a existência de um Direito Constitucional Europeu, como descrito na obra de Häberle. A premissa consiste em rejeitar a cisão

artificial entre o Direito Constitucional nacional e o Direito Constitucional da União Europeia. Só entendendo a profunda interação dialéctica entre os vários espaços constitucionais europeus, nacionais e supranacionais, se permite ultrapassar uma visão da articulação do pluralismo como uma oposição entre o nível constitucional estadual e o nível constitucional europeu, para recuperar a percepção, estudo e canalização do conflito social e político e da contraposição entre maiorias e minorias no quadro de um Direito Constitucional Comum. Nunca, como agora, foi tão necessária a reafirmação contrafáctica da Europa como espaço jurídico-constitucional, de confronto democrático entre cidadãos livre, e não como território vazio de democracia e Constituição, receptor de uma síntese de vontades estaduais, às quais, por sua vez, se impõe através do princípio do primado.

Aceitar, como ensina Häberle, que a “nossa” Constituição é hoje um mosaico de constituições parciais, de normas de diferentes origens que se interrelacionam num espaço de interconstitucionalidade e internormatividade, significa rejeitar os argumentos assentes na excepcionalidade ou nas particularidades do Direito Constitucional da União Europeia. Isto permite, pois, pensar criticamente o Direito Constitucional (Comum) Europeu e dele exigir – enquanto fusão de distintos planos de constitucionalidade – os mais elevados standards de protecção dos direitos fundamentais e de garantia jurídica dos princípios básicos do constitucionalismo democrático, designadamente, o controlo do poder, o estabelecimento de instituições, mecanismos e procedimentos democráticos, e a protecção das minorias na solução de conflitos sociais e políticos.

Deste modo, uma compreensão lograda do Princípio da Igualdade no quadro do Direito Constitucional Europeu terá de procurar ser uma composição de todas as dimensões do princípio, desenvolvidas no plano do direito constitucional nacional ou nos planos constitucionais supranacionais, especialmente o da União Europeia. Isso contribuirá para uma densificação mais completa e mais complexa, capaz de dar respostas e de fornecer critérios de controlo normativo e de decisão numa pluralidade de situações. Por outro lado, só uma visão do Princípio da Igualdade a partir de uma perspectiva de Direito Constitucional Europeu poderá permitir superar a dissonância de discursos, já que, como se verá, o Direito Constitucional da União Europeia desenvolveu

profundamente, nas últimas décadas, uma compreensão do princípio limitada à questão de não discriminação. Ora, por mais que essa dimensão seja verdadeiramente fundamental para a realização efectiva da Igualdade enquanto direito e valor constitucional e por mais valiosas que sejam as contribuições do Direito da União Europeia neste plano, esta não deixa de ser uma visão parcial. Nela deverão integrar-se outras dimensões, nomeadamente, as questões da redistribuição e representação, cujo desenvolvimento tem vindo a ser feito no plano dos direitos constitucionais nacionais.

A segunda nota que gostaríamos de deixar é a de que este trabalho é também tributário, em certa medida, do constitucionalismo crítico, da qual é primeiro Mestre, em Granada, Carlos De Cabo Martín¹⁰, e ao qual se somam vários outros colegas e companheiros. Desde logo, pela importância atribuída ao conhecimento e análise da realidade económica, social e política que o Direito Constitucional pretende disciplinar.

Em segundo lugar, pela concepção da ciência do Direito como ciência activa e não meramente descritiva ou explicativa dessa mesma realidade. O Direito Constitucional tem, necessariamente, um relacionamento dialéctico com a realidade, já que procura conformá-la e modificá-la, usando, para tal, instrumentos como a normatividade ou a supremacia da Constituição.

Em terceiro lugar, partilhamos a análise que este constitucionalismo crítico segundo a qual, nas últimas décadas, a realidade socio-económica sofreu transformações de tal modo profundas que as consequências dessa mudança se fazem sentir em múltiplos sectores, anunciando alterações globais no modelo de sociedade, incluindo na vigência formal do Princípio do Estado Social. No fundo, a crise do Estado Social trouxe consigo uma crise do modelo de Estado de direito democrático plasmado em muitas das Constituições europeias, em particular as constituições Espanhola e Portuguesa adoptadas com a passagem a regimes democráticos. Neste quadro, deve o jurista ser cauteloso e não continuar preso a esquemas conceptuais que fazem referência a uma realidade inexistente.

¹⁰ Cfr. DE CABO MARTÍN, C. - “Propuesta para un Constitucionalismo Crítico”, en *Revista de derecho constitucional europeo*, Nº 19, 2013 e *Pensamiento Crítico, Constitucionalismo Crítico*, Editorial Trotta, 2014, obras que se seguirão de perto, neste ponto introdutório do nosso trabalho.

Nestes termos, Carlos de Cabo sugere vários elementos para a conceptualização de um pensamento crítico jurídico-constitucional, que julgamos de grande importância, independentemente de se partilharem, ou não, os restantes pressupostos de base da posição do autor. Assim, um constitucionalismo crítico terá de ser um constitucionalismo politizado, consciente dos conflitos sociais e económicos básicos que emergem no seu seio. Aliás, o facto de se perspectivar o direito constitucional a partir da lógica do conflito social não é mais do que uma exigência da realidade actual, na qual um conjunto de tensões aparentemente adormecidas durante o apogeu do Estado Social europeu irromperam, de novo, em força. Ora, a Constituição é, por excelência, a norma que alberga e dirime os conflitos sociais, e o campo onde se digladiam e se compatibilizam as mundividências plurais que coexistem em qualquer comunidade jurídica.

O segundo elemento fundamental do constitucionalismo crítico consiste na recuperação das categorias constitucionais, recusando a sua deformação ou funcionalização, e não aceitando interpretações infundadas ou obviamente contrárias ao substrato constitucional em que se inserem. De acordo com esta concepção, há que ir à raiz dos problemas e reafirmar a validade, a interpretação e as consequências lógicas das categorias mobilizáveis, fazendo do constitucionalismo um elemento crítico da realidade. Aliás, só desta forma pode a Constituição ser a forma do poder e não um mero instrumento nas mãos desse poder; soberana, não súbdita.

No âmbito da reafirmação das categorias constitucionais, um dos passos mais importantes é o da recuperação dos direitos fundamentais enquanto verdadeiros direitos individuais, de conteúdo substancial e oponíveis aos actos, normas e políticas estaduais. Nos últimos anos, assiste-se a uma tendência para transmutar os direitos em princípios, de conteúdo necessariamente mais amplo e indefinido, alargando substancialmente a margem de actuação do Estado, uma vez que a indefinição implica uma menor capacidade de resistência ao exercício do poder. Carlos de Cabo propõe, por isso, tomar os princípios constitucionais como ponto de partida, e a partir deles fixar o conteúdo dos direitos, introduzindo, quando possível, elementos de objectivação, e promover a construção da categoria de sujeito colectivo como mecanismo de fortalecimento dos sujeitos débeis.

No que respeita ao Princípio da Igualdade são óbvias as consequências que este posicionamento acarreta. Desde logo, se os problemas de igualdade e desigualdade são, em grande medida, resultado de um determinado quadro de organização e exercício do poder político e económico, não podem permanecer uma questão alheia às preocupações dogmáticas do direito constitucional. Ou seja, se o direito constitucional limita o exercício do poder e o organiza, enquanto processo deliberativo, em ordem à prossecução de uma determinada noção de bem comum, vertida nos textos fundamentais de uma comunidade política, a desigualdade constitui necessariamente uma das suas preocupações. Efectivamente, não só ela faz incontestavelmente parte de um conceito de bem comum generalizadamente aceite no espaço Europeu, como acima de tudo, é no Direito – no quadro de um determinado sistema jurídico-constitucional – e pelo Direito – através de regras e institutos dos vários ramos do Direito – que muitas das desigualdades mais preocupantes dos nossos dias (a desigualdade de rendimentos, de género, a discriminação em razão de deficiência ou da idade) surgem e crescem ou se mantêm.

Uma terceira exigência do constitucionalismo crítico é a percepção da fragmentação e pluralidade dos conflitos sociais no nosso tempo, numa miríade de confrontos sectoriais ou locais. Face a este fenómeno, é importante reconstruir essa fragmentação, encontrar os elementos comuns de vários movimentos emancipatórios, facilitando processos de convergência entre as diferentes dinâmicas e problemáticas sociais. Neste ponto, são de grande utilidade determinadas técnicas do direito constitucional, designadamente, a indivisibilidade e não hierarquização dos direitos fundamentais. Também importa, neste campo, recuperar categorias com centralidade em muitos textos constitucionais, como o trabalho, que pode configurar-se como articulador social e de cidadania e ser utilizado como elemento reordenador dos conteúdos constitucionais. Outro exemplo que cremos poderia ser recuperado é o de bens do domínio público, ou, na categoria económica paralela, os comuns, que constituem recursos de propriedade e gestão colectiva estudados, entre outros, por Elinor Ostrom¹¹. Alguns destes bens têm mesmo sido objecto de intensa

¹¹ Cfr. OSTROM, E. - *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action* (Political Economy of Institutions and Decisions), Cambridge University Press, 1990.

mobilização social em torno da propriedade e gestão públicas como garantia de acesso universal, o que poderá ser um bom ponto de partida para recuperação da consideração e legitimação de que a Res Publica, entendida em sentido lato, beneficiou anteriormente no quadro do sistema jurídico-constitucional.

No fundo, tudo o que acabamos de dizer pode resumir-se em três pontos fundamentais: a ciência jurídico-constitucional deve ser ciência social, isto é, profundamente conhecedora e atenta à realidade sobre a qual reflecte; o Direito Constitucional tem de ser crítico – ou seja, activo, participante e proponente de um determinado dever ser – e plural – trazendo para o seu discurso todas as propostas, exigências e pré-compreensões possíveis no quadro de uma sociedade democrática de direito.

A terceira nota serve para chamar a atenção para um facto de extrema relevância, muitas vezes esquecido: este trabalho é escrito num espaço e num tempo determinados. No caso concreto, é escrito no espaço Europeu, entre países da Europa do Sul (Portugal e Espanha) profundamente afectados por uma duradoura crise económica, social e política; numa União Europeia em profunda desagregação, que parece ter perdido, em relação aos seus membros mais débeis, qualquer perspectiva de solidariedade, igualdade, respeito pelos direitos fundamentais e pelo pluralismo democrático, como é doloroso exemplo a situação da Grécia.

A crise e, acima de tudo, as respostas políticas e económicas que, em consequência, foram adoptadas generalizadamente, na União Europeia, centradas na ideia de austeridade, tiveram um impacto substancial nos direitos dos cidadãos, em múltiplas dimensões, afectando decisivamente o gozo de vários direitos fundamentais e minando igualmente a capacidade dos Estados de cumprir as suas obrigações de prestação e garantia desses mesmos direitos. A União deixou, pois, de ser um espaço de liberdade e democracia, com os mesmos direitos para todos, em todos os seus Estados-Membros. É, além disso, de assinalar com especial preocupação – e inegável interesse num trabalho sobre (des) igualdade, que os direitos mais afectados foram os de grupos particularmente vulneráveis e merecedores de protecção constitucional reforçada, como é o caso das

crianças¹². Assim, o que começou por ser uma crise económica e financeira é hoje uma verdadeira crise dos direitos a caminho de se transformar numa crise humanitária à escala europeia¹³. Do ponto de vista do Direito Constitucional, parece estar a formar-se uma tempestade perfeita: à crise económica e financeira juntam-se os problemas de garantia de direitos fundamentais básicos e uma verdadeira crise sistémica global.

A crise afectou com mais intensidade aqueles que podem ser chamados direitos de igualdade, ou seja, os direitos fundamentais que desempenham um papel vital no combate às desigualdades de facto; noutros termos, os direitos que constituem instrumentos jurídicos e políticos essenciais para minorar desigualdades de recursos, oportunidades ou capacidades (seja qual for a terminologia que se prefira)¹⁴: a educação, a saúde, a segurança social, o trabalho. Só a título de exemplo, recorde-se que em cerca de um terço dos países da OCDE, o investimento em educação diminuiu por causa da crise¹⁵. Houve cortes de mais de 5% do PIB nos orçamentos para a educação de Portugal, Itália, Hungria e Grécia e entre 1 e 5% do PIB na Bélgica, República Checa, Estónia, França,

¹² Ver o Relatório do Comissário para os Direitos Humanos (Conselho da Europa): MUIŽNIEKS, N. – *Report Following visit to Portugal from 7 to 9 May 2012*, CommDH(2012)22, Council of Europe, 2012. “The Commissioner notes with concern reports indicating that child poverty is on the rise in Portugal, as a result of increasing unemployment and following the adoption of austerity measures in 2010 and 2011. Cuts in child care benefits in 2010 and 2012 were particularly severe and had a significant impact on the income of many families with children and consequently, on a range of children’s rights. The Commissioner shares the concerns expressed by the Portuguese Ombudsman that the new, restrictive eligibility criteria for social benefits can lead to some beneficiaries being unduly deprived of access to social welfare which can also constitute an important reduction in their incomes. The increasing prices of health care and public transportation as well as the increasing number of evictions as a result of non payment of mortgages have also had a particularly negative impact on children’s rights. Budgetary stringency is also affecting education, including higher education.

¹³ Neste sentido, ver o Relatório do Parlamento Europeu, da autoria de TAMAMOVIC, A. (Millieu Ltd) - *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU - Comparative analysis*, Policy Department C: Citizens’ Rights and Constitutional Affairs European Parliament, European Union, 2015 e o relatório da CARITAS EUROPA – *The Impact of the European Crisis - A Study Of The Impact Of The Crisis And Austerity On People, With A Special Focus On Greece, Ireland, Italy, Portugal And Spain*, Caritas, 2013.

¹⁴ Veja-se, por exemplo, o alerta do Comissário para os Direitos Humanos (Conselho da Europa), MUIŽNIEKS, N. – *Report Following visit to Spain from 3 to 7 June 2013*, CommDH(2013)18, Council of Europe, 2013, <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=2389885&SecMode=1&DocId=2077824&Usage=2>: “The Commissioner is worried about the substantial cuts inflicted on education budgets in the last three years, ranging from 14.4% to 21.4%, and their impact on equality of opportunities and on the principle of inclusive education”.

¹⁵ De novo, TAMAMOVIC, A. (Millieu Ltd) - *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU - Comparative analysis*, Policy Department C: Citizens’ Rights and Constitutional Affairs European Parliament, European Union, 2015 e o Relatório da OCDE, *Education at a Glance 2013: OECD Indicators*, OECD Publishing, 2013: <http://www.oecd.org/edu/eag2013%20%28eng%29--FINAL%2020%20June%202013.pdf>.

Irlanda, Polónia, República Eslovaca, Eslovénia, Espanha e Reino Unido. Esta diminuição de investimento, que se reflecte negativamente no financiamento das escolas, bolsas de estudo e salários de professores, afecta a qualidade e acessibilidade da educação, que é, no quadro do Direito Constitucional Europeu, um direito fundamental universal e gratuito, pelo menos nos níveis mais básicos de ensino. A situação é igualmente grave no que diz respeito aos outros direitos de igualdade mencionados, como se verá na terceira parte deste trabalho.

Sendo neste espaço e neste tempo que se desenvolvem o presente trabalho e a reflexão que ele comporta, pareceu-nos, pois, urgente, trazer para a esfera do Direito Constitucional todos os problemas enunciados. Tratados, até agora, essencialmente, no plano da economia e da sociologia, eles são, na verdade, antes de tudo, problemas jurídicos e emanações do Princípio da Igualdade, na medida em que, no plano constitucional, a complexa pergunta “igualdade de quê?”, que há anos ocupa tantos autores, encontra uma resposta relativamente simples: igualdade de direitos, de um catálogo amplo de direitos fundamentais, que devem ter um núcleo fundamental bem definido e substancialmente caracterizado, cujo gozo deve ser garantido em condições de igualdade no acesso e na (eventual) prestação, de forma a promover a igualdade de oportunidades e o livre desenvolvimento da personalidade, de acordo com os desejos e capacidades de cada cidadão.

Nestes termos, a primeira parte deste trabalho começa por delimitar o quadro teórico de reflexão, dando conta dos vários discursos sobre igualdade e desigualdade que têm ocupado boa parte da discussão filosófica sobre a justiça no século XXI, assim como a discussão económica. É importante assinalar que, neste plano teórico, as atenções têm vindo a centrar-se nos constrangimentos que a realidade impõe às possibilidades de alteração social e na importância da desigualdade económica como acelerador de outras desigualdades sectoriais e de uma óbvia desigualdade de direitos. Daí que seja importante propor novos paradigmas institucionais e normativos, de forma a permitir alterar regras jurídicas, políticas e acções que servem, hoje, de suporte jurídico e institucional a mecanismos de desigualdade crescente. Note-se que ficarão fora do âmbito deste trabalho as discussões sobre justiça mundial e global, já que ele se centra nas questões de igualdade

e desigualdade dentro de um espaço de constitucionalidade partilhada, como é o espaço europeu. Ficam também excluídos, pela sua complexidade e vastidão, os problemas relacionados com a aplicação do Princípio da Igualdade aos estrangeiros, nacionais de países terceiros, dentro do território europeu.

Ainda no âmbito desta primeira parte, ensaiaremos, ainda que em traços gerais, um comentário e tentativa de densificação da Igualdade no plano jurídico-constitucional, atendendo às múltiplas dimensões em que ela está presente no direito constitucional de fontes nacionais: em primeiro lugar, como princípio e valor constitucional básico, mas também como direito fundamental, na dupla vertente do direito a ser tratado como igual e de forma igual, e do direito à não discriminação. Neste campo, as constituições Portuguesa e Espanhola são exemplos logrados de uma concepção ampla do Princípio da Igualdade e da sua ligação ao Princípio do Estado Social e à universalidade dos direitos fundamentais, e disso mesmo se dará conta.

A segunda parte do trabalho está reservada para o estudo do Princípio da Igualdade no Direito da União Europeia. Como se verá, ainda que por motivos perfeitamente atendíveis, o desenvolvimento jurídico e prático do valor constitucional da Igualdade no quadro da União resume-se, de maneira quase exclusiva, à densificação e legislação sobre a proibição de discriminação. Além disso, emergem contradições inevitáveis entre as tentativas de desenvolver instrumentos efectivos de protecção contra a discriminação, considerada não apenas um direito fundamental, mas também uma distorção inaceitável do funcionamento do mercado comum, e a falta de competências da União, assim como a falta de vontade política para construir e implementar uma verdadeira cidadania social comunitária, que garanta o gozo efectivo de um núcleo essencial de direitos de igualdade a qualquer cidadão europeu, independentemente do Estado-Membro em que se encontre. Todavia, apesar desta inegável parcialidade, há aspectos claramente positivos no que respeita ao desenvolvimento do direito da igualdade de oportunidades na União, nomeadamente vários instrumentos e técnicas jurídicas que podem e devem ser mobilizados não só no plano supranacional, como também nos planos nacionais.

Na terceira e última parte do trabalho, procurar-se-á fazer uma síntese das duas anteriores e pensar a sua utilidade no cenário de crise económica, social e jurídico-constitucional já descrito. Deste modo, e após uma breve introdução e reflexão sobre o lugar do Direito Constitucional na crise, passar-se-á à análise do impacto das medidas de austeridade nos já referidos direitos de igualdade, com especial relevo para os problemas da educação, saúde, trabalho e segurança social em vários dos países da União Europeia, em particular os países do Sul. Dar-se-á também conta da resposta (ou da sua ausência) dos diversos mecanismos de tutela, no plano nacional e internacional. Por fim, procuraremos indicar quais os contributos possíveis quer dos direitos constitucionais nacionais, quer do direito da União Europeia para uma redensificação do Princípio da Igualdade que possa afirmar-se de Direito Constitucional Europeu e que possa, também, contribuir para uma reafirmação da normatividade do Direito Constitucional como limite ao poder e garantia de um nível elevado de protecção dos direitos fundamentais.

Primera Parte

Marco Teórico: discursos sobre la (des)igualdad

1. La igualdad en las Teorías de la Justicia.

1.1— J. Rawls, *el punto de partida*; 1.2 — R. Dworkin y *la igualdad de recursos*; 1.3 — G. Cohen, *en defensa de la igualdad*; 1.4 — *Igualdad y capacidades en la obra de A. Sen*; 1.5 — M. Walzer, *y la igualdad compleja*; 1.6 — *Reconocimiento y redistribución, la teoría bidimensional de la justicia de Nancy Fraser*.

En su *Tanner Lecture on Human Values*, A. Sen colocó la pregunta fundamental: “¿igualdad de qué?”¹⁶; de esta forma, aclaraba una de las cuestiones esenciales sobre la igualdad. Efectivamente, la definición de lo que G. Cohen¹⁷ clasificaría como *la moneda de cambio* de la igualdad se ha transformado en una de las dimensiones más discutidas y controvertidas del problema.

Como fácilmente se comprende, la definición del objeto de la igualdad presupone, antes de nada, su aceptación, es decir, la concordancia con la premisa según la cual debe existir, entre los seres humanos, igualdad de *algo*, si no en la máxima extensión posible, por lo menos en la mayor medida compatible con otros bienes y valores que con ella puedan entrar en conflicto. Este no es, sin embargo, un presupuesto universal, dado que algunos autores, como R. Nozick¹⁸, rechazan la existencia de bienes u objetos que puedan ser distribuidos en términos igualitarios, y sostienen que en una sociedad libre, personas distintas controlan distintos recursos, y cualquier nueva posesión debe resultar de cambios voluntarios y acciones de las personas. El resultado final es el producto de muchas decisiones

¹⁶ Véase SEN, A. — "Equality of What?", en *The Tanner Lecture on Human Values*, vol. I, Cambridge, Cambridge University Press, 1980.

¹⁷ Véase COHEN, G. A. — "On the Currency of Egalitarian Justice", en *Ethics*, Vol. 99, N. 4, julio de 1989.

¹⁸ Véase NOZICK, R. — *Anarchy, State and Utopia*, Blackwell Publishing, 2009. También dudando de la importancia moral de la igualdad, véase FRANKFURT, H. — "Equality as a Moral Ideal", en *Ethics*, V. 98, N. 1, 1987.

individuales, que los diferentes individuos implicados tienen el derecho de tomar. Por esta razón, en esta línea de pensamiento, surgen objeciones a la idea misma de libertad, fundadas en categorías como la responsabilidad, el mérito o la libertad.

En esta parte del trabajo, en cambio, partiremos de la premisa que asume la necesidad de algún tipo de igualdad, o sea, de la admisibilidad y deseabilidad de instituir mecanismos sociales que puedan garantizar igualdad *de algo*, de acuerdo, además, con todas las constituciones y cartas de derechos de nuestras democracias europeas occidentales. También asumiremos algunas distinciones fundamentales. En primer lugar, hay que explicar que en nuestro marco jurídico y constitucional solo puede admitirse una concepción *pluralista* de igualdad¹⁹, ya que solo esta admite, en el ámbito del debate filosófico y moral, una conjugación con otros principios, como la libertad; en comunidades constitucionales como la europea, solo esta visión de la igualdad se revela efectivamente útil, permitiendo encuadrar la concordancia práctica que tiene que buscarse entre igualdad y otros principios y valores jurídicos y constitucionales.

También es importante distinguir entre una concepción *instrumental* o una concepción *teleológica* de igualdad²⁰. En el primer caso, la igualdad es comprendida como un medio para alcanzar determinados objetivos definidos en el marco de una determinada sociedad, por ejemplo, niveles más elevados de bienestar general. En el segundo caso, en cambio, la igualdad es un valor protegido por sí mismo, una de las finalidades básicas del sistema de organización social y de las instituciones públicas. Naturalmente, en nuestros ordenamientos constitucionales —nacionales y europeo— solo esta última concepción importa: la igualdad es un fin, no un

¹⁹ El concepto, opuesto a una concepción pura de igualdad, es desarrollado por PARFIT, D., “Equality and Priority”, en *Ratio*, Vol. X, n.º 3, 1997.

²⁰ De nuevo, dos categorías propuestas por PARFIT, D., “Equality and Priority”, en *Ratio*, Vol. X, n.º 3, 1997.

medio, y alcanzarla es una de las tareas fundamentales del Estado (véanse los artículos 9.º, d) de la Constitución portuguesa, que afirma caber al Estado promover la “igualdad real” entre sus ciudadanos, y 9.2 de la Constitución española, según el cual «corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que libertad e igualdad sean “reales y efectivas”»).

Hechas estas notas, pasaremos ahora a una breve presentación de algunas de las principales reflexiones sobre la igualdad, desde el punto de vista filosófico y de las teorías de la justicia. Elegimos los autores que seguidamente se presentarán por su relevancia global y por la conexión clara, en sus trabajos, entre los problemas de igualdad y la idea de justicia, en particular de justicia social, muchas veces ausente en el discurso jurídico, y que será útil recuperar para una re-densificación del principio constitucional de igualdad. Naturalmente, más voces y más discursos tendrían su lugar aquí. Naturalmente también, este tipo de planteamiento filosófico tiene sus propias limitaciones, que deberemos tener en cuenta e intentar superar en el ámbito del análisis constitucional. Entre tales limitaciones, una de las más claras es el carácter abstracto de los *sujetos de la igualdad*, en este tipo de reflexión. Efectivamente, la naturaleza de la persona como sujeto social, dentro de una tela de relaciones sociales significativas, es muchas veces olvidada, y deberá ser recuperada en el ámbito constitucional, ya que solo la consciencia de la importancia de las interacciones humanas permitirá construir una teoría constitucional de la igualdad adecuada. No obstante, por el momento, nos quedaremos con los discursos filosóficos sobre la igualdad.

1.1 - J. Rawls, el punto de partida

En lo que respecta a las Teorías de la Justicia contemporáneas, en particular en relación con la cuestión de la igualdad, John Rawls es el punto

de partida generalizado. Lo es, porque un número significativo de las restantes obras toma sus reflexiones como paradigma a desarrollar o rechazar justificadamente. El trabajo de Rawls es francamente conocido y no repetiremos inútilmente los estudios realizados sobre él, pero nos parece necesario, de cualquier modo, situar el problema desde el punto de vista del principio de igualdad.

Rawls²¹ es importante para la reconciliación de los valores de libertad e igualdad desde un punto de vista liberal, haciendo posible la discusión sobre una igualdad sustancial independientemente del régimen económico de cada sociedad. Su igualitarismo complejo²² rechaza la idea de libertad e igualdad como conceptos antagónicos, señalando que lo fundamental es asegurar que cada uno tiene los medios suficientes para gozar sus derechos y oportunidades, o sea, que cada uno tiene igual libertad. Esta idea ha sido recuperada y desarrollada por otros autores, entre los cuales puede destacarse a E. Balibar²³, cuya obra reciente propone la equivalencia entre los dos conceptos, fundidos en la idea de *equalibertad*.

La “igualdad democrática de Rawls” asienta en tres principios de justicia y en la interacción, mutuamente limitadora, entre ellos. En primer lugar, la igualdad democrática implica la garantía de un conjunto igual de libertades básicas a todos los ciudadanos. Este sistema de libertades básicas aseguradas a toda la ciudadanía, en condiciones de igualdad, representa, en el fondo, la libertad misma²⁴. Sin embargo, múltiples factores —como la incapacidad de

²¹ Véanse, de entre muchas, las siguientes obras del autor, que seguiremos en este punto del trabajo: RAWLS, J.— *A Theory of Justice*, revised edition, Harvard University Press, 1999 y *Collected Papers* (FREEMAN, S., ed.), Harvard University Press, 1999.

²² Véase DANIELS, N, “Democratic Equality — Rawls’ Complex Egalitarianism” en FREEMAN, S. — *The Cambridge Companion to Rawls*, Cambridge University Press, 2006 y también INGRAM, A. - *John Rawls as Philosopher of Equality*, disponible en https://www.academia.edu/232994/John_Rawls_as_Philosopher_of_Equality.

²³ BALIBAR; E. - *Equaliberty — Political Essays*, Duke University Press, 2014.

²⁴ RAWLS, J. — *A Theory of Justice*, revised edition, Harvard University Press, 1999, p. 179: «Thus liberty and the worth of liberty are distinguished as follows: liberty is represented by the complete system of the liberties of equal citizenship, while the worth of liberty to persons and groups depends upon their capacity to advance their ends within the framework the system defines».

ejercer plenamente los propios derechos y oportunidades, debido a la pobreza, la ignorancia y la falta de recursos en general— pueden llevar a que el valor de esa libertad no sea idéntico para todos. No obstante, no debe confundirse la compensación del menor valor de la libertad, en relación con los más desfavorecidos (que es correcta y obedece al principio de la diferencia), con la atribución a un grupo de ciudadanos de un conjunto desigual de libertades básicas. Efectivamente, de la combinación de las dos ideas resulta que la estructura social debe organizarse de modo a maximizar el valor de la libertad para los no privilegiados, dentro del respeto del esquema de igual libertad para todos, definiéndose así la finalidad de la justicia social.

Así, el segundo principio de justicia de Rawls se divide en dos dimensiones, afirmando que las desigualdades económicas y sociales —cuya existencia no se cuestiona— deben ser configuradas a fin de: 1) garantizar, según una expectativa razonable, el mayor beneficio posible para los más desfavorecidos; 2) hacerlas depender de cargos y oportunidades abiertos a todos en condiciones de justa igualdad de oportunidades. Como se explicó anteriormente, este segundo principio no puede implicar sacrificios de la libertad, protegida en los términos del primer principio. Pero, de todas formas, así se completa la idea inicial de igual libertad, limitándose el conjunto de situaciones en las cuales la distribución desigual de bienes sociales se puede considerar justificada, reconduciendo esa justificación a la idea de ventaja para todos los miembros de una sociedad. El propio Rawls lo explica: *«Hay que señalar que el segundo principio sostiene que una desigualdad es permisible solo si hay razón para creer que la práctica que incluye o da como resultado esa desigualdad obrará en provecho de todas las partes interesadas en ella. Es importante aquí acentuar que todas las partes tienen que salir ganando con la desigualdad. (...) El principio excluye, pues, justificar desigualdades sobre la base de que las desventajas de los*

*que se encuentran en una posición se compensan con las mayores ventajas de los que se encuentran en otras*²⁵.

Rawls propone, así, un sistema democrático de igualdad, a través del cual se limita el principio utilitarista de eficiencia, en la evaluación de las distintas soluciones de organización social y sus consecuencias, a favor de una solución justa en el marco del sistema democrático que permita aún un cierto grado de ventaja socio-económica. Esta concepción implica, pues, una restricción de las expectativas de los más privilegiados, ya que solo admite desigualdades que beneficien también a los menos favorecidos; y, al mismo tiempo, una maximización de las posibilidades de progreso de esos mismos ciudadanos —más privilegiados— siempre que de las oportunidades abiertas para ellos resulte igualmente un incremento del bienestar de los más desafortunados²⁶.

Es también importante señalar que Rawls define las desigualdades relevantes a efectos del segundo principio como diferencias en la distribución de las cosas que los hombres se esfuerzan por alcanzar o evitar, establecidas o tornadas posibles por determinada práctica. Es decir, lo relevante no son las diferencias entre cargos y posiciones, sino las diferencias entre los beneficios y cargas vinculados a ellos directa o indirectamente, tales como el prestigio y la riqueza, o la sujeción a la imposición fiscal y a servicios obligatorios²⁷.

La concepción del autor es, así, una concepción dinámica de la igualdad de oportunidades²⁸, que busca armonizar la libertad de ejercicio de las capacidades naturales de las personas con la garantía, no de igualdad de

²⁵Véase RAWLS, J. — “Justicia como equidad”, en *Revista española de control externo*, vol. 5, n.º 13, 2003.

²⁶ Véase también la explicación de PÉREZ LUÑO, A. E. — *Dimensiones de la Igualdad*, 2ª Edición, Dykinson, 2007.

²⁷ De nuevo, RAWLS, J. — “Justicia como equidad”, en *Revista española de control externo*, vol. 5, n.º 13, 2003.

²⁸ En este sentido, RAWLS, J. — “Justicia como equidad”, en *Revista española de control externo*, vol. 5, n.º 13, 2003.

resultados, sino de mejor bienestar para todos, de progreso conjunto en el marco de un sistema económico y social definido en términos democráticos.

La propuesta de Rawls es también, sin lugar a dudas, una posición comprometida con la igualdad. Ante todo, reconoce la existencia de un grado significativo de arbitrariedad en la distribución natural de capacidades y circunstancias vitales indispensables para el desarrollo de la personalidad y proyectos de vida, o sea, una especie de “lotería natural” que determina hechos de indiscutible importancia para que cada uno pueda servirse de las oportunidades abiertas a todos en la sociedad, como el nacer en una familia pobre o rica, tener acceso a un ambiente cultural y académicamente estimulantes, padecer o no enfermedades crónicas o minusvalías, etc. Teniendo en cuenta estas arbitrariedades morales —que no son justas ni injustas en sí mismas— Rawls señala que es necesaria una evaluación del modo como el sistema institucional procesa este tipo de hechos y circunstancias²⁹.

Así pues, la primera virtud de cada sistema deberá ser la justicia, traducida en su conformación según principios de distribución que, por un lado, contrarresten los efectos de la suerte en la definición de las cualidades y capacidades de cada persona, de manera ajena a su voluntad; y que, por otro lado, hagan posible la responsabilidad individual, esto es, deben conducir a una organización social que funcione de tal modo que las personas sufran apenas con los resultados de sus actos voluntarios. De este modo, una sociedad justa debe reaccionar y organizarse contra las circunstancias arbitrarias, dando, por otra parte, un amplio margen a la autonomía individual. La dificultad en distinguir los dos planos es una de las dificultades de la teoría de Rawls, como se verá en los puntos siguientes de este trabajo: además de las características “inmutables” (sexo, raza), cuya

²⁹ GARGARELLA, R. — Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política, Paidós, 2010.

inclusión en el grupo de circunstancias arbitrarias es relativamente pacífico, hay una serie de otras fuentes de diferencias sociales cuya categorización es más debatida (como la condición social y económica). Esta distinción es, también, un elemento muy significativo, en el ámbito jurídico y constitucional, para trazar el límite de la actuación del Estado en materia de la promoción de la igualdad sustancial.

1.2 - R. Dworkin y la igualdad de recursos

Una de las tesis más conocidas, debatidas e influyentes sobre el problema de la igualdad es la de R. Dworkin³⁰. Como muchos otros (entre los cuales haremos referencia, también, a la obra de G. Cohen y A. Sen), Dworkin usa frecuentemente la obra de Rawls como punto de partida, y sus críticas apuntan hacia la necesidad de un mayor igualitarismo, con especial atención a la cuestión de la autonomía individual y a la responsabilización de las personas por las consecuencias de sus actos voluntarios³¹.

Así, para el autor, la igualdad es la “virtud soberana de cualquier comunidad política”, ya que el trato igualitario de los ciudadanos por parte de sus gobiernos constituye un elemento indispensable de legitimación. En los trabajos de Dworkin, la igualdad surge, pues, como ideal político inevitable, que debe dirigir y condicionar el diseño de las instituciones y de las prácticas políticas y económicas, así como las concepciones de libertad, comunidad y democracia política.

Centrándose en el problema de la igualdad redistributiva, Dworkin señala asimismo un aspecto de particular importancia para el campo jurídico:

³⁰ Véanse, en especial, DWORKIN, R., “What is Equality? Part 1: Equality of Welfare”, in *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 10, n° 3, 1981, “What is Equality? Part 2: Equality of Resources”, in *Philosophy and Public Affairs*, vol. 10, n° 4, 1981, *Sovereign Virtue* — Harvard University Press, 2000 y “Sovereign Virtue Revisited”, en *Ethics*, n.º 113, 2002.

³¹ En este sentido, véase GARGARELLA, R. — Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política, Paidós, 2010.

el de la pertenencia y dependencia de las normas que rigen la distribución de recursos a un determinado orden jurídico. O sea, la distribución de riqueza es producto de un ordenamiento jurídico: la riqueza de cada ciudadano depende, en gran medida, de las leyes emanadas de su propia comunidad.

Así pues, el autor define la cuestión de la igualdad distributiva como la búsqueda del esquema ideal de distribución del dinero y otros recursos, en una determinada sociedad. Ese esquema ideal será lo que permita tratar a las personas *como iguales* y no solamente *de forma igual* en relación con los bienes y recursos a distribuir. Es cierto, admite el propio Dworkin, que la igualdad distributiva no es más que una entre varias dimensiones de la igualdad. Las respuestas que puedan avanzarse para resolver este problema no resolverán otras cuestiones de idéntica importancia, como la distribución del poder político o la igualdad en el ejercicio de derechos fundamentales no esencialmente basados en una prestación. De la misma manera, también es evidente que las distintas dimensiones de la igualdad están estrechamente relacionadas, siendo, en el fondo, bastante difusas las fronteras entre las diferentes cuestiones. No obstante, Dworkin defiende que la aceptación inicial de una división, aunque arbitraria, entre el problema de la igualdad distributiva y los demás, es útil para una teoría global de la igualdad.

De esta forma, y en lo que respecta específicamente a la igualdad distributiva, el autor identifica dos tesis fundamentales y opuestas: la tesis de la igualdad de bienestar (*equality of welfare*) y la de la igualdad de recursos (*equality of resources*). Según la primera, un esquema distributivo trata a las personas como iguales cuando reparte o transfiere recursos entre ellas hasta alcanzar el más alto grado posible de igualdad de bienestar. De acuerdo con la segunda, un esquema distributivo que trata a los individuos como iguales es aquel que reparte o transfiere los recursos disponibles hasta el máximo

grado posible de equivalencia entre las parcelas de esos recursos poseídas por cada persona³².

En la práctica, o sea, en un contexto político normal, será más difícil distinguir de manera clara las dos teorías, pero la distinción entre ambas es útil y las sociedades deberán decidir qué tipo de igualdad quieren (de bienestar, de recursos o algún tipo de combinación de las dos), para defender mejor la garantía de ese tipo de igualdad, en el ámbito político y moral

La idea de igualdad de bienestar parece, a primera vista, muy atractiva. En realidad, la referencia al bienestar busca situar la igualdad en el plano de los elementos fundamentales de la vida humana, distinguiéndolos de los meramente accesorios o instrumentales. Efectivamente, el concepto de bienestar permitiría valorar los bienes y recursos midiendo su importancia según su capacidad de producir o asegurar bienestar. En estos términos, una concepción de igualdad reducida a los recursos y ajena a los resultados que estos pueden proporcionar a las personas, sería criticable, en la medida en que, centrándose en los medios, olvida una necesaria dimensión teleológica, que debe orientar la organización social. Para tratar verdaderamente a las personas como *iguales*, el sistema debe perseguir que sus vidas sean igualmente deseables para cada una de ellas.

Pero, Dworkin no acepta la idea de igualdad de bienestar, fundamentalmente, por su naturaleza demasiado subjetivista, considerando que es importante establecer un criterio más objetivo en la evaluación de la justicia. Efectivamente, y aunque rechazando la objeción típica al igualitarismo que es la supuesta imposibilidad de definir el bienestar, el autor señala que todas las definiciones del concepto —bienestar como éxito personal en la realización de los propios objetivos y proyectos de vida;

³² Cf. DWORKIN, R. — “What is Equality? Part 1: Equality of Welfare”, in *Philosophy and Public Affairs*, vol. 10, n° 3, 1981, p. 186.

bienestar como igual distribución de un determinado aspecto de la vida consciente de las personas; bienestar entendido de forma objetiva en relación con un conjunto de hechos relevantes— suscitan problemas prácticos de medición y comparación de los niveles de bienestar entre diferentes personas, así como de capacidad de adecuación a los cambios inherentes al paso del tiempo.

Dworkin propone, así, como baremo de medida de la igualdad la “igualdad de recursos”. Según esta tesis, la igualdad entre las personas debe evaluarse teniendo en cuenta los recursos que poseen, así como las razones por las cuales los tienen o carecen de ellos, y no de acuerdo con el grado de satisfacción que puedan obtener a partir de los mismos. En este punto, la tesis es claramente tributaria del pensamiento de Rawls, apartándose de él en las concepciones relativas al papel de la autonomía individual en las reglas de distribución de bienes.

Así, el autor presenta un nuevo ideal regulativo de acuerdo con el cual las personas deben tener la posibilidad de desarrollar sus vidas partiendo de una situación de iguales recursos materiales, y deben también tener igual posibilidad de salvaguardarse contra eventuales desventajas, con el objetivo de reducir el peso de factores arbitrarios en la consecución de los planes individuales.

En la noción de ‘recursos materiales’ del primer principio orientador definido por Dworkin se incluye cualquier tipo de bien susceptible de ser considerado propiedad privada por los particulares. Sin embargo, es necesario tener en mente que la propiedad privada no es una relación unívoca entre una persona y un bien material, sino más bien una relación pluridimensional que exige una fijación política de muchas de sus características, incluyendo la definición de las facultades del propietario. Para el autor, la distribución de este tipo de recursos se haría a través de una subasta hipotética, efectuada en el marco del mercado, que permitiría a las

personas adquirir los recursos que más valoraran, a partir de una posición inicial en la que todos tendrían idéntico poder adquisitivo. Se alcanzaría un punto de equilibrio y justicia cuando cada participante estuviera satisfecho con el conjunto de recursos obtenido y no prefiriera el de cualquier otro conciudadano (el llamado “test de la envidia”).

El segundo momento equivale a un seguro contra lo que Dworkin define como “mera suerte” (*brute luck*), es decir, contra circunstancias resultantes de riesgos totalmente inesperados o imposibles de controlar por parte de las personas. La combinación de los dos elementos (subasta y seguro) permitirían construir una concepción de igualdad de recursos que, partiendo de un punto de equivalencia inicial y protegiendo a los individuos contra eventuales desventajas no dominables, admitiría, aun así, un cierto nivel de desigualdad, determinado por las opciones y talentos personales y por los proyectos de vida concretos de cada uno. Esto permitiría recompensar adecuadamente el esfuerzo y las capacidades de cada persona, cuando estos fuesen utilizados para crear más recursos de los incluidos en el conjunto inicial. Efectivamente, en este plano, las divergencias entre los miembros de la sociedad (incluyendo sus diferentes ingresos) se deberían a las preferencias individuales y a las diferentes visiones del mundo y concepciones del bien. Para Dworkin, no es necesario ni deseable que el conjunto de recursos disponibles para cada ciudadano permanezca siempre idéntico, un objetivo solamente justificado por un grado de envidia que es imposible eliminar a través de la redistribución política.

Esta teoría de la igualdad de recursos, sostenida por Dworkin es, así, el ejemplo más conocido de las *teoría de partida*, según las cuales, en el campo de la igualdad económica, la obligación de los poderes públicos es asegurar que cada individuo tenga un acervo inicial de bienes y oportunidades que permitan el desarrollo de un proyecto de vida, en condiciones de libertad y

autonomía³³³⁴. Pero, además de esas condiciones inicialmente definidas, cada ciudadano deberá asumir los costes y beneficios de sus elecciones y

³³ Este tipo de tesis, que pretende fundamentar una igualdad pura, o sea, una igualdad *de determinados bienes* (recursos, oportunidades), distribuidos según un criterio de justicia distributiva universal ha sido objeto de diversas críticas. No es posible referir todas en este trabajo, pero es de destacar la tesis de la *concepción prioritaria* por su oposición a la igualdad, pero en términos bastante opuestos a los libertarios y con preocupaciones de justicia social, como es el caso de las obras de D. Parfit (PARFIT, D., “Equality and Priority”, en *Ratio*, Vol. X, N. 3, 1997) y R. Arneson (ARNESON, R. J. — “Equality and Equal Opportunity for Welfare”, en *Philosophical Studies*, vol. 56, n.º 1, 1989). Este opone a la teoría de la igualdad de recursos dos objeciones básicas. La primera, muy común, consiste en el hecho de que la distribución puramente igualitaria de recursos es ciega en relación con las desigualdades originarias entre los individuos, generando, de esa forma, verdaderas injusticias. La atribución de los mismos recursos a ciudadanos en circunstancias claramente distintas será, muchas veces, manifiestamente contraria al principio de igualdad, no valiendo la respuesta de Dworkin según la cual los talentos y capacidades personales estarían en el conjunto de recursos a redistribuir o, por lo menos, que la desigualdad en la distribución de talentos debería ser neutralizada. Efectivamente, nivelar, de manera efectiva, los individuos en lo que respecta a sus talentos personales no parece un objetivo alcanzable. Además, es claramente cuestionable si eso sería deseable, dado que la utilidad, para cada persona, de una aptitud o talento particular es distinta según sus gustos y proyectos de vida.

Por otra parte, es criticable la idea según la cual cada ciudadano debería condicionar sus preferencias y objetivos de acuerdo con la fracción de recursos de que dispone. Esta tesis presupone una absoluta capacidad de autodeterminación que, en realidad, no existe. Somos parcialmente responsables de nuestros deseos y proyectos, pero hay una dimensión inevitablemente incontrolable en las preferencias humanas. Para Arneson, habría que distinguir entre las características individuales que no pueden ser alteradas — elementos de identidad— y otras, más fácilmente auto-determinadas, siendo las primeras justificativas de políticas redistributivas por razón de la igualdad. Pero, en realidad esta sería una tarea asumidamente compleja, quizás imposible, ya que el coste asociado al cambio o reorientación de los proyectos de vida es individual, variable, y no cuantificable objetivamente.

La solución no es, sino, una tesis de igualdad absoluta de bienestar, asentada en una *concepción subjetivista de la igualdad*, que olvida el hecho fundamental de que diferentes grados de bienestar dependen de las acciones voluntarias y libres de cada individuo, de las cuales solo él puede ser responsabilizado.

De esta forma, Arneson sostiene que el objeto de la igualdad deben ser las oportunidades que se presentan a cada persona de satisfacer sus intereses o preferencias y de alcanzar los objetivos de su proyecto de vida. Esta *oportunidad para el bienestar* presupone que todos tengan un conjunto equivalente de opciones, siempre que las capacidades individuales para una elección racional sean idénticas, o bien que las desigualdades en la posesión de dichas capacidades sean compensadas con cambios en el conjunto de posibilidades de elección.

³⁴ En segundo lugar, cabe hacer referencia a posiciones como la de E. Anderson (ANDERSON, E. - “What Is the Point of Equality?”, en *Ethics*, N. 109, 1999 y “Welfare, Work Requirements, and Dependant-Care”, en *Journal of Applied Philosophy*, vol. 21, n.º 3, 2004) que sostienen que las tesis que defienden una forma cualquiera de igualdad de oportunidades reducen el valor de la igualdad a la necesidad de corrección —a través de la redistribución de recursos— de un cierto grado de infortunio, ajeno a cualquier acción voluntaria y medido, normalmente, en momentos de la vida humana definidos de manera abstracta. Para la autora, al centrarse en la corrección de una supuesta injusticia cósmica, los trabajos sobre igualdad de oportunidades han perdido de vista los objetivos de naturaleza claramente política del igualitarismo. Efectivamente, la finalidad negativa básica de la justicia igualitaria no debe ser la eliminación de la influencia del azar en los asuntos humanos, sino la lucha contra la opresión que es, por definición, socialmente impuesta³⁴. Desde un punto de vista positivo, las políticas de igualdad deben buscar la construcción de una sociedad en la cual las personas puedan relacionarse como iguales.

La llamada de atención de Anderson es importante porque recuerda el origen social (antes, la construcción social) de un gran número de desigualdades, y el papel de las estructuras políticas, jurídicas e institucionales en su creación, y también señala el carácter relacional de la (des)igualdad, su naturaleza comparativa, dependiendo de la interacción con los otros y de la definición de categorías y puntos de comparación.

acciones. La igualdad no deberá garantizarse con independencia de los comportamientos individuales, aunque estos puedan acarrear consecuencias negativas para la esfera privada de cada uno. Así pues, la responsabilidad individual asume una relevancia significativa en la definición y aplicación de las políticas redistributivas.

1.3 - G. Cohen, en defensa de la igualdad

G. Cohen es otro de los autores que toma la obra de Rawls como punto de partida para criticarla, en este caso, desde una perspectiva igualitarista más radical³⁵. Cohen rechaza, sobre todo, lo que considera el “excesivo liberalismo” de Rawls y la idea de este autor según la cual un esquema institucional justo puede tolerar ciertas desigualdades.

De hecho, en su última obra, *Rescuing Justice and Equality*, que integra muchos de los argumentos presentados en trabajos anteriores, la primera crítica de Cohen se dirige, precisamente, al principio de la diferencia, tal como es teorizado por Rawls. Para el autor, este modelo de justificación de las desigualdades es mucho más problemático de lo que en general se supone: siempre que el incentivo (que funciona como justificación de beneficios adicionales para los más favorecidos, siempre y cuando, del mismo hecho, resulte también una mejoría de la situación de los menos favorecidos) no sea consecuencia de una evaluación de mérito, presupone

No obstante, creemos que la propia subordinación del combate a la desigualdad a su origen, es decir, la definición de políticas de igualdad que combatan solamente las diferencias socialmente originadas o las causadas por el azar, implica también una visión reduccionista de la igualdad. Si es verdad que la búsqueda de una sociedad más igualitaria implica la reducción de desigualdades socialmente impuestas, hay que admitir, del mismo modo, que existen situaciones de diferencia involuntaria, injusta y degradante (como la deficiencia o la enfermedad) que pueden y deben ser neutralizadas para para implementar efectivamente el valor de la igualdad. Por otra parte, hay varias situaciones normalmente identificadas como infortunios, y así incluidas en la lista de los recursos y oportunidades a asegurar a todos, que no dependen únicamente de la suerte, sino que tienen causas sociales concretas, directas e indirectas, como es el caso de la pobreza al nacer o de la incompetencia parental, dos características que a menudo se identifican como susceptibles de ser corregidas por vía política.

³⁵ Véanse las obras de COHEN, G. A. — “On the Currency of Egalitarian Justice”, en *Ethics*, vol. 99, n. 4, 1989 y *Rescuing Justice and Equality* — Harvard University Press, 2008.

un modelo de sociedad no-comunitario, en el cual las relaciones humanas son meras estrategias. Esta es una sociedad de extraños, en la cual el otro es un obstáculo o una oportunidad y no un conciudadano a quien debemos un conjunto de justificaciones básicas sobre nuestro modo de vida. Para Cohen, aunque el principio de la diferencia y la idea rawlsiana de necesidad de incentivos desiguales sean verdaderos, no pueden ser la base de una organización social verdaderamente *justa*.

Avanzando su perspectiva igualitarista, el autor defiende aún que una concepción adecuada del ideal de la igualdad de oportunidades exigirá siempre la igualdad en sí misma: nadie tiene justificación razonable para pretender partir de una situación inicial de favor con relación a los demás. Así pues, aunque sí es posible encontrar un marco, más avanzado, en el cual todos tienen una mejor situación a pesar de ciertas desigualdades, será igualmente verosímil la existencia de un nivel aún más avanzado de igualdad, más allá del nivel inicial que sirvió de punto de partida. Más aún, para Cohen, el hecho de recompensar a los naturalmente más favorecidos bajo la condición de que usen sus capacidades (también) en beneficio de los más desfavorecidos es inconsistente con la afirmación de una posición inicial de igualdad (es decir, con las tesis de la igualdad de oportunidades) ya que implica recompensar a individuos por factores moralmente arbitrarios, que deberían haber sido neutralizados en dicho punto inicial. Ahora bien si los más talentosos no reciben los beneficios adicionales considerados necesarios para incentivarlos a trabajar de forma más productiva, pero siguen sacando todo el provecho posible de sus talentos, por un compromiso personal con las normas igualitarias, es posible asegurar un nivel de vida más alto a toda la comunidad, en un plano igualitario. La necesidad con la cual se justifica el principio de la diferencia no es una *necesidad* en el sentido más estricto la palabra, sino una respuesta a la falta de voluntad de los más beneficiados de producir más.

Ahora bien, Cohen señala que una sociedad justa, desde la perspectiva del principio de la diferencia, no exige tan solamente reglas coercitivas justas, sino también una ética de justicia que influya en las opciones individuales. De esta forma, y a diferencia de lo propuesto por Rawls, la justicia distributiva no puede, según el autor, ser alcanzada a través del cumplimiento, por parte de los ciudadanos, de las leyes creadas por el Estado con el propósito de beneficiar a los más desfavorecidos, independientemente del grado de ambición personal de cada uno. De hecho, afirma Cohen, los comportamientos de los agentes económicos, dentro del marco de legalidad establecido en una comunidad (estatal), tienen efectos profundos en la vida de las personas; y la exclusión de sus acciones del ámbito del principio de la diferencia es inconsistente con la justificación apuntada por el propio Rawls, de la necesidad de tratar la ‘estructura básica’ de la sociedad como ‘el primer tema de la justicia’, debido a su largo y duradero impacto. Efectivamente, avanza Cohen, si las personas económicamente muy productivas aceptan un alto nivel de impuestos redistributivos, de acuerdo con el principio de la diferencia, será, en regla, posible asegurar que los más desfavorecidos son beneficiados; si, por el contrario, los más favorecidos buscan maneras legales de evitar los tributos y envían su dinero al exterior, el beneficio de los más pobres será menor o inexistente. La diferencia en los dos escenarios es, fundamentalmente, una diferencia de *ethos*, de mentalidades y visiones del mundo y de la organización social, así como de concepciones particulares de lo justo y de lo injusto. Por ello, además de determinar la justicia y adecuación de la estructura social, hay que tener también en consideración las opciones de las personas y sus preferencias, que no son, de manera alguna, neutrales.

Así pues, los presupuestos de una sociedad justa no son apenas una organización estatal que fija reglas justas de organización del trabajo y procedimentales, buscando mejorar de todas las formas posibles la situación

de los ciudadanos más desprotegidos o desafortunados. Las exigencias de justicia alcanzan también a los particulares, que deben orientar su vida cotidiana según los mismos principios que consideran fundamentales para orientar la vida pública de la sociedad. Como refiere R. Gargarella, en la obra de Cohen “*lo personal es político*”³⁶³⁷.

Cohen prosigue con una reflexión acerca de las imposiciones de la justicia sobre las acciones concretas de todos los que crean en una sociedad igualitaria; es decir, el autor se interroga sobre las exigencias de la justicia para los que abrazan el principio del igualitarismo, pero viven en sociedades concretas, cuya organización básica es injusta. El autor sostiene que, aunque en esa situación, una ética igualitaria exige que sean observadas en los actos particulares las reglas de justicia prescritas para la organización social general. Su trabajo destaca la dimensión política del problema de la desigualdad y la importancia vital de este elemento en la determinación del marco jurídico-constitucional y económico. La desigualdad no es un fenómeno ontológico, intrínseco al orden natural de las cosas, sino un hecho político, cuyo combate exige, antes de nada, la adhesión personal de los ciudadanos a la idea de igualdad.

³⁶ Véase GARGARELLA, R. — *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*, Paidós, 2010, p. 85.

³⁷ También dirigiendo la atención hacia la importancia de la dimensión personal en las cuestiones de la definición de estructuras socio-políticas igualitarias, véase NAGEL, T. — *Equality and Partiality*, Oxford University Press, 1991: «*My belief is not just that all political arrangements so far devised are unsatisfactory. That might be due to the failure of all actual systems to realise an ideal that we should all recognize as correct. But there is a deeper problem — not merely practical, but theoretical: we do not yet possess an acceptable political ideal, for reasons which belong to moral and political philosophy. The unsolved problem is the familiar one of reconciling the standpoint of the collectivity with the standpoint of the individual; but I want to approach it not primarily as a question about the relation between the individual and society, but in essence and origin as a question about each individual's relation to himself. (...) Any social arrangements governing the relations among individuals, or between the individual and the collective, depends on a corresponding balance of forces within the self — its image in microcosm. That image is the relation, for each individual, between the personal and impersonal standpoints, on which the social arrangement depends and which it requires of us. If an arrangement is to claim the support of those living under it — if it is to claim legitimacy, on other words — then it must rely on or call into existence some form of reasonable integration of the elements of their naturally divided selves.*».

1.4 - Igualdad y capacidades en la obra de A. Sen

La tesis de A. Sen³⁸ es bastante distinta y se aparta de las anteriores en una dimensión esencial: para el autor, en el marco de una teoría de la justicia, lo más importante no es el principio redistributivo (igualdad de bienes primarios, como en Rawls, o igualdad de recursos, como en la tesis de Dworkin), sino el momento posterior a la obtención de los bienes en que se desvelan todas las posibilidades de desarrollo personal abiertas por la posesión de tales recursos. Así pues, para Sen, la igualdad que deben procurar alcanzar las sociedades es la igualdad de capacidades, de la aptitud que cada persona tiene de transformar sus bienes y recursos en libertades.

Una de las premisas esenciales de la obra de Sen es el reconocimiento y constatación de la diversidad humana, las características marcadamente distintas de cada persona, ya sea en el plano interno (edad, sexo, estado de salud, capacidades físicas y mentales), ya sea en el plano externo (fortuna heredada, ambiente político y socio-cultural envolvente). El efecto de ignorar estas diferencias, afirma el autor, puede ser profundamente desigual, ya que un principio que sostenga igual consideración por cada ser humano puede, en algunas circunstancias, exigir trato más favorable a los más desfavorecidos. Así pues, las exigencias de la igualdad sustancial pueden ser muy complejas en situaciones en las que exista un marco previo de fuerte desigualdad a combatir.

Para adecuarse a la diversidad humana y a las diferentes necesidades y aspiraciones de cada persona, Sen propone una teoría de la igualdad de capacidades, es decir, una igual distribución de bienes y recursos que permitan garantizar la libertad de alcanzar objetivos. No se trata de asegurar que cada individuo cumpla, efectivamente, sus aspiraciones fundamentales, como en una teoría de la igualdad de bienestar, sino que tenga la libertad y

³⁸ Véanse SEN, A. — "Equality of What?", en *The Tanner Lecture on Human Values*, Vol. I, Cambridge, Cambridge University Press, 1980; *Inequality Reexamined*, Oxford University Press, 1992; *The Idea of Justice*, Allen Lane, 2009.

las condiciones suficientes para hacerlo. De hecho, el autor reafirma varias veces que prefiere la real libertad para actuar en detrimento del logro efectivo de ciertos fines, distinción que es relevante en términos de evaluación de los sistemas sociales. De esta forma, rechaza el utilitarismo basado en la evaluación de los resultados alcanzados, aproximándose a las teorías que ponen acento en los medios a disposición de cada uno para desarrollar libremente sus proyectos de vida (como las tesis de Rawls y Dworkin). Para el autor, las teorías del bienestar, al tomar como medida de referencia la utilidad final obtenida por una determinada persona, dan excesiva atención a la reacción mental de ese individuo en relación con una acción o situación, lo que representa un error fundamental, por no recompensar a los que son capaces de aprender a convivir con la adversidad y a aceptar con valentía condiciones de vida más duras que los demás.

Pero, Sen señala que el hecho de que la mera igualdad de recursos o de cualquier tipo de bienes primarios tampoco tiene como consecuencia necesaria la igual libertad de todas las personas para cumplir sus objetivos, dado que se constatan diferencias muy significativas en la conversión de recursos y bienes en libertades. Esa conversión envuelve problemas sociales complejos, desde la necesidad de superar limitaciones físicas, personales y medioambientales, hasta los problemas resultantes de las relaciones interpersonales y de la interacción entre distintos grupos de personas. De este modo, es un proceso que varía de forma notable de persona a persona, por lo que una igualdad real en la posesión de bienes primarios podría permitir serias desigualdades en las libertades reales disfrutadas por cada individuo³⁹.

Así pues, Sen defiende una concepción que se aparte, también, de la idea de igual disponibilidad de recursos, para centrarse en el espacio de libertad proporcionado por dichos recursos. Su preocupación fundamental es, pues,

³⁹ Véase SEN, A. - *Inequality Reexamined*, Oxford University Press, 1992, p. 31 y sigs.

la libertad, insistiendo en la importancia de la distinción entre el hecho de *hacer algo* y el de *ser libre para hacerlo*. En este sentido, el autor defiende una propuesta basada en la idea de iguales capacidades, definiendo estas últimas como la aptitud de cada uno para alcanzar ciertos desempeños, es decir, las distintas cosas que cada persona logra hacer o llega a ser en el desarrollo de su vida.

La idea de libertad para decidir la propia vida es recurrente en la obra de Sen, así como la de la relevancia de las vidas humanas concretas en la evaluación del éxito de determinada sociedad o esquema de organización social. Así, su teoría de la justicia —y, consecuentemente, su ideal de igualdad— tiene como referente fundamental lo que cada bien o recurso, material o inmaterial, puede significar, o la manera en que puede influir directa o indirectamente, en la calidad de vida, en el bienestar y en las libertades de cada uno⁴⁰. Así, es imprescindible un análisis que no confunda la disponibilidad de recursos económicos (principalmente a través de la consideración de indicadores estadísticos que no expresan la situación real de las personas, como el PIB) con libertad sustancial para auto-determinar la propia vida. Sen señala que hay excelentes razones para no confundir fines con medios, para no mirar los ingresos y la opulencia económica como importantes en sí mismos, pero si valorarlos, de manera condicional, por lo que pueden proporcionar a las personas, incluyendo la posibilidad de llevar vidas buenas, que valgan la pena⁴¹. Para ilustrar la veracidad de esta afirmación basta tener en mente que los grupos desfavorecidos en países desarrollados pueden llegar a tener una libertad de alcanzar una edad avanzada significativamente más baja que los ciudadanos de países más pobres, dependiendo de muchos elementos esenciales de la organización social concreta de cada país, como la sanidad pública, la disponibilidad y

⁴⁰ Véase SEN, A. - *The Idea of Justice*, Allen Lane, 2009, p. 225 y sigs.

⁴¹ Véase SEN, A. - *The Idea of Justice*, Allen Lane, 2009, p. 226.

características del sistema educativo, el grado de cohesión y armonía social, etc. Así pues, en la evaluación de la vida de cada persona, hay que tomar en consideración no solo la ruta que se ha deseado y/o ha sido capaz de seguir, sino también la libertad efectiva para elegir entre diferentes estilos y modos de vida.

De esta forma, la teoría de las capacidades tiene como eje fundamental las posibilidades que cada persona tiene para hacer las cosas que ella misma tenga razones para valorar. La ventaja de una persona sobre otra en términos de oportunidades es, así, evaluada con base en las oportunidades reales de alcanzar sus propios objetivos de vida. El enfoque está en la libertad y autodeterminación individuales, en la posibilidad de decidir las cosas que cada uno desea, valora y, por último, las que opta, efectivamente, por hacer. De esta forma, el concepto de capacidad está íntimamente relacionado con las oportunidades necesarias para ser libre y no con el resultado final (el alcance o no de las finalidades propuestas).

Los desempeños individuales, los objetivos perseguidos por cada uno, pueden asumir formas muy distintas. Efectivamente, A. Sen avanza ejemplos complejos y abstractos, como la conquista de autoestima o de un alto nivel de integración en la sociedad, y otros muy básicos, como un lograr un nivel nutricional o de salud adecuados. Personas diferentes alcanzan distintos grados de desarrollo de cada uno de los posibles desempeños y valoran también su importancia de manera distinta. Una política igualitaria adecuada, señala Sen, debe acomodar estas variaciones. Así pues, en sociedades más pobres y menos desarrolladas, los objetivos igualitarios primarios deben centrarse en proporcionar a los ciudadanos un igual nivel de capacidades básicas (nutrición, sanidad, seguridad) y el pequeño número de desempeños que estas posibilitan. En sociedades más desarrolladas, la lista de capacidades y desempeños debe ser más larga y compleja.

Las observaciones de A. Sen y su teoría de las capacidades fueron también desarrolladas en los trabajos de M. Nussbaum⁴² sobre la calidad de vida. Su intento de encontrar un punto intermedio entre las teorías objetivas y subjetivas de la igualdad es de enorme importancia, por el enfoque en bienes o recursos susceptibles de evaluación externa, pero sin perder de vista su impacto en las vidas concretas de las personas. Este tipo de perspectiva ha sido adoptado, en los últimos años, en los informes de las Naciones Unidas y en la determinación del índice de desarrollo humano⁴³, asumiendo así gran importancia en el ámbito del derecho internacional.

1.5 - M. Walzer y la igualdad compleja

A continuación, damos cuenta de la teoría de la *igualdad compleja*, construida por M. Walzer⁴⁴. Este autor es un comunitarista y uno de los principales críticos, desde ese punto de vista, de las teorías universalistas de la justicia, que buscan un principio universal aplicable a todas las sociedades y todas las culturas. Como es habitual en este tipo de autores, Walzer es marcadamente pluralista en su visión del mundo y destaca la importancia de las comunidades concretas como guardianas de los valores primarios de cada sociedad; por esto nos parece importante tener en cuenta sus posiciones y críticas, independientemente de compartir o no sus presupuestos de base.

Según Walzer, la justicia es una construcción humana y no es posible encontrar una respuesta satisfactoria para los problemas que suscita sin que

⁴² Véanse las obras de NUSSBAUM, M. - "Capabilities as fundamental entitlements: Sen and social justice" en *Feminist economics*, vol. 9, n.º 2-3, 2003 y *Frontiers of Justice — Disability, Nationality, Species membership*, Harvard University Press, 2007, así como la obra conjunta de NUSSABAUM, M. y SEN, A. — *The Quality of Life*, Oxford University Press, 1993.

⁴³ Véase la definición en la página Web dedicada del programa de las Naciones Unidas para el desarrollo: <http://hdr.undp.org/en/content/human-development-index-hdi>.

⁴⁴ Véase WALZER, M. — *Spheres of Justice, A Defense of Pluralism and Equality*, Basic Books, 1983 y también - *Politics and Passion — Towards a more Egalitarian Liberalism*, Yale University Press, 2004.

se tomen en consideración las particularidades de cada cultura, de cada momento histórico y de cada sociedad. El intento de hacer derivar principios de justicia de un pensamiento abstracto fundado en las acciones potenciales de sujetos racionales, aislados de sus concretas condiciones de vida y de sus valores primarios, no tiene sentido para el autor. Efectivamente, cada comunidad crea sus propios *bienes sociales* y la definición de lo que puede ser considerada una distribución justa de dichos bienes cambia de cultura a cultura. Además —y con más importancia— no existe un único principio de justa distribución para todos los bienes sociales. Cada uno de ellos necesita de un principio específico que ordene la manera de compartirlo comunitariamente, de acuerdo con el valor y significado social del bien en cuestión. Los criterios de reparto de la sanidad o de la educación, por ejemplo, podrán ser distintos y dependen de la valoración social que de ellos hace cada sociedad concreta. No debe, por lo tanto, intentarse lograr la justicia social a través de la definición previa y abstracta de principios universales aplicables a todos los bienes.

Así pues, Walzer construye su propia teoría de la justicia distributiva, fundada en lo que él llama *igualdad compleja*, que contrasta con las concepciones “simples” de igualdad. En ella, cada bien social representa una *esfera de justicia* distinta, y la *igualdad compleja* se obtiene cuando la posición de un ciudadano en una esfera no influye en nada sus derechos en relación con los demás bienes sociales, o sea, su posición en otras esferas. De esta forma, la teoría de la igualdad compleja resulta compatible con desigualdades sectoriales, con una distribución desigual de los bienes según el concreto principio de justicia aplicable a cada esfera. El ciudadano X podrá tener una posición de superioridad en relación con los restantes en el plano del poder político, por ser titular de determinado cargo, para el cual fue elegido en términos democráticos. Pero no será superior —y, como tal, desigual— a nadie en el plano general, ya que el mayor grado de poder

político o la posesión de una parcela significativa de cualquier otro bien social no deberá configurar una ventaja en cualquier otra esfera —como el acceso a la sanidad, educación o habitación, por ejemplo—⁴⁵. En el fondo, Walzer intenta fundamentar una teoría de la justicia que es emancipadora en todos los planos concretos, al no permitir que la distribución de un bien sea determinada o dominada por la distribución de otro. O sea, la igualdad compleja deniega la convertibilidad de los bienes sociales, impidiendo que bienes como el dinero puedan convertirse en otros, como mejor atención sanitaria o mejor educación: cada esfera de justicia es completamente autónoma. De este modo, en cada una, el ciudadano depende solamente de sus capacidades y necesidades, no estando sometido a equilibrios abstractos determinados *a priori*.

Así pues, Walzer propone lo que él cree ser un remedio contra la excesiva abstracción de la igualdad entendida en términos clásicos. Esta no está, a su entender, suficientemente detallada para permitir tomar en consideración el verdadero significado y la importancia atribuida a cada bien en nuestra sociedad y, de esta forma, distorsiona las razones que fundamentan la clasificación como justa o injusta del reparto en cada esfera de justicia. Si es injusto que el poder político sea determinado por el poder económico, eso se debe a nuestra específica concepción de lo que es el poder político y de su función social, y no porque tal regla distributiva viole un principio universal que disponga la igual distribución de todos los bienes.

Mientras algunos creen que la abstracción del igualitarismo clásico permite, de manera positiva, apartar las cuestiones de justicia distributiva de los prejuicios inherentes en cada sociedad, Walzer sostiene que ese

⁴⁵ En el original, WALZER, M. — *Spheres of Justice, A Defence of Pluralism and Equality*, Basic Books, 1983 «no citizen's standing in one sphere or with regard to one social good can be undercut by his standing in some other sphere, with regard to some other good. Thus, citizen X may be chosen over citizen Y for political office, and then the two of them will be unequal in the sphere of politics. But they will not be unequal generally so long as X's office gives him no advantages over Y in any other sphere — superior medical care, access to better schools for his children, entrepreneurial opportunities, and so on».

planteamiento es un error, en la medida en que las particularidades de historia, cultura y comunidad son el sustrato mismo de la sociedad. De esta forma, el autor cree que su tesis podrá encuadrar estos factores, conjugando una teoría de los valores con una justificación de las normas distributivas. La primera es típicamente comunitarista y define las comunidades políticas, y no los sujetos individuales, como portadoras de los valores sociales. Estas son, por regla general, pluralistas, es decir, valoran positivamente un conjunto no jerarquizado de bienes sociales (dinero, poder, educación, sanidad, cultura, ocio); este conjunto es distinto en cada sociedad concreta y, por lo tanto, cada bien individual tiene asociada una norma distributiva diversa, que tiene sus bases en la concepción social compartida sobre dicho bien. Por ejemplo, Walzer sostiene que la sanidad se debe organizar a través de un servicio nacional de salud que asegure la distribución de cuidados según un principio de necesidad, debido a la visión común de la salud como necesidad básica del ser humano; en cuanto al poder, nuestra historia y cultura conducen hoy a la elección del principio democrático como su principio redistributivo, en todos los ámbitos, no solamente en el estatal.

El mérito del autor en una reflexión desde un punto de vista jurídico-político sobre la igualdad es, precisamente, el hecho de defender una teoría pluralista, que permite la acomodación de distintos principios de justicia. Así, al contrario de las tesis monistas (fundadas en un único principio), esta no exige un agente central, una estructura estatal que, de forma totalmente coordinada, controle la regla distributiva básica en una determinada sociedad. Admite, pues, múltiples agentes, de carácter tanto supra como infra-estatal, señalando la importancia de la acción de varios actores sociales en la definición de principios distributivos. Por otro lado, la tesis de Walzer permite, en el plano práctico, un nivel de especificación y concordancia práctica entre las reglas de distintas esferas que puede ser de gran utilidad desde un punto de vista constitucional.

1.6 - Reconocimiento y redistribución, la teoría bidimensional de la justicia de Nancy Fraser

La tesis que ahora se presentará es muy distinta a las anteriores ya que no busca identificar un (o varios) principio redistributivo como verdadero principio de justicia. Es una tesis que creemos muy lograda y que permitirá enmarcar de manera adecuada las normas de derecho constitucional europeo en materia de igualdad. Esta tesis que gira en torno a las categorías de reconocimiento y redistribución es la desarrollada por Nancy Fraser, en diálogo con Axel Honneth, cuyo trabajo asienta exclusivamente en el primer concepto —reconocimiento— extraído de la filosofía hegeliana. La premisa común en ambos los autores es que una concepción comprensiva de la justicia tiene que abarcar dos tipos de preocupaciones: los problemas clásicos de redistribución —o sea, los relacionados con la justicia distributiva, trabajo, capital y pobreza— y las reivindicaciones contemporáneas de reconocimiento —exigencias políticas de integración y de respeto a determinados elementos de identidad, como la religión o la orientación sexual, en el marco jurídico e institucional de las sociedades pluralistas—⁴⁶. Para Honneth, el reconocimiento constituye la categoría moral fundamental que sirve de marco a la reflexión de todo tipo de demandas sociales⁴⁷. En cambio, Fraser sostiene que los problemas de redistribución y, por lo tanto, de desigualdad económica y de clase, no pueden subsumirse en el concepto de reconocimiento, por ser una noción distinta, que forma parte integrante de una concepción bidimensional de justicia, que, más tarde, la autora transformará en tridimensional, incluyendo

⁴⁶ FRASER, N. y HONNETH, A. — *Redistribution or Recognition?*, Verso Books, 2003, p. 2-5.

⁴⁷ HONNETH, A. — *Luta pelo reconhecimento, para uma gramática moral dos conflitos sociais*, Edições 70, 2011.

la representación en la tríade conceptual que da cuerpo a a la idea de justicia⁴⁸.

De esta forma, en la obra de Fraser, la justicia implica una división adecuada de los recursos y de la riqueza, una organización social e institucional que respete las diferencias, sin exigir un proceso de asimilación en relación con la mayoría política o cultural, y una efectiva representación de distintos colectivos en las esferas de poder y decisión en los ámbitos nacional, supranacional y transnacional. Las tres dimensiones no son antitéticas, sino complementarias. De hecho, en la complejidad de cada persona suelen combinarse exigencias y demandas conducibles a cada uno de los conceptos presentados, mezclando los planos socio-económico, cultural e institucional. También en relación con distintos grupos tradicionalmente objeto de subordinación social —por razón, por ejemplo, del género, raza, discapacidad u orientación sexual— encontramos habitualmente una combinación de problemas tanto de orden económico como de naturaleza cultural e institucional.

Las cuestiones de género son un buen ejemplo de lo que se ha afirmado. Como se confirmará en nuestro análisis de las normas del derecho de la Unión Europea en esta materia, esta categoría es, por una parte, fundamento de distinciones en el marco del mercado laboral, en regla general muy perjudiciales para las mujeres: diferencias salariales, diferenciación entre trabajo productivo (y remunerado) y trabajo improductivo (doméstico y no remunerado), reglas de progresión profesional basadas en el trabajo a jornada completa y valoración de la capacidad de presencia continua, no interrumpida por bajas de maternidad o paternidad, enfermedad o asistencia a la familia. La estructura económica resultante de este tipo de organización del trabajo genera lo que Fraser llama “formas de injusticia distributiva

⁴⁸ FRASER, N. — “Mapping the Feminist Imagination: From Redistribution to Recognition to Representation”, *Constellations*, volumen 12, n. ° 3, 2005.

específicas según el género”⁴⁹ que generan marginalización o dependencia económica y situaciones de privación. Por otra parte, las mujeres son todavía, en la sociedad europea y occidental, víctimas preferentes de tipos particulares de subordinación con origen cultural y, a veces, incluso, jurídico-institucional. Es el caso del acoso y de la violencia doméstica, así como de la subrepresentación crónica en órganos de poder y decisión públicos y privados.

De esta forma, Fraser defiende la construcción de una noción de justicia, en el marco de la filosofía moral, que comprenda las distintas demandas de igualdad social y de respeto de la diferencia. A la teoría social le cabrá, según ella, diseñar un cuadro de las sociedades contemporáneas que permitan acomodar tanto la diferenciación de clase y status como su estrecha interconexión. Finalmente, para la teoría política, la autora sugiere el diseño de reformas institucionales y políticas que permitan resolver tanto cuestiones de mala distribución como de no reconocimiento. ¿Que quedará, en este cuadro, para la teoría jurídica? Creemos que dos tareas fundamentales: proponer líneas de densificación de los principios jurídicos que permitan tener en cuenta los problemas de reconocimiento y las cuestiones de redistribución, y encontrar soluciones normativas concretas para las situaciones de la vida que se incluyan en las dos dimensiones.

En este marco, la autora concibe el reconocimiento como una cuestión de justicia, al contrario de la posición de Honneth, según el cual el reconocimiento se reconduce a la subjetividad y auto-comprensión necesarias para desarrollar una vida plena. Para Fraser, el problema fundamental de no-reconocimiento es precisamente la injusticia que se deriva del hecho de que un conjunto de personas, miembros de determinado grupo social, no tengan, en el marco de una comunidad concreta, derecho a tomar parte en todas las relaciones e interacciones

⁴⁹ FRASER, N. y HONNETH, A. — *Redistribution or Recognition?*, Verso Books, 2003, p. 20.

sociales significativas, debido a su no consonancia con ciertos estándares institucionalizados de valor social contrarios a una o varias de sus características distintivas, y en cuya construcción no han colaborado en términos democráticos e igualitarios.

Así pues, en un cuadro de justicia, cada ciudadano reconocerá al otro como a un igual, con plena capacidad de participar en condiciones de igualdad en la vida social: habrá reconocimiento recíproco o igualdad de status. La situación de no-reconocimiento o subordinación de status consiste, por el contrario, en el trato al otro como inferior, excluido o invisible, y no como compañero de interacción social. Por esta razón, el no-reconocimiento equivale a una relación institucionalizada de subordinación y a una violación de la justicia, y surge, sobre todo, cuando las instituciones sociales estructuran la interacción entre individuos sobre normas culturales que impiden la paridad de participación (como es el caso típico en situaciones de discriminación por género o en función de la orientación sexual)⁵⁰.

Las reivindicaciones de reconocimiento buscan, así, des-institucionalizar determinadas referencias socio-culturales dominantes que se erigen como obstáculos a la participación en condiciones de paridad, substituyéndolas por modelos que la promuevan. Este planteamiento permite, según Fraser, justificar pretensiones de reconocimiento como moralmente vinculantes en el actual marco pluralista; por otra parte, sitúa los problemas en el cuadro de las relaciones sociales y no en el campo de la psicología interpersonal —el no-reconocimiento es una cuestión de impedimentos públicos y verificables a la participación plena de las personas en la sociedad, que encuentran una solución en el cambio prácticas sociales e institucionales—. Además, la concepción de este tipo de problemas como problemas del campo de la justicia permite integrarlos más fácilmente con las demandas de

⁵⁰ FRASER, N. y HONNETH, A. — *Redistribution or Recognition?*, Verso Books, 2003, p. 29 y sigs.

redistribución de recursos. Las dos categorías (reconocimiento y redistribución) integran el mismo universo normativo de la justicia distributiva y pueden ser comprendidos dentro de un marco común⁵¹.

Fraser propone, así, una nueva teoría bidimensional de la justicia, ya que es de la opinión que las tesis tradicionales no son aptas para encuadrar adecuadamente los problemas de reconocimiento. Para la autora, no todas las cuestiones de no-reconocimiento son producto de una mala distribución de recursos o discriminación legal. Muchas son consecuencia de modelos institucionales que reflejan valores sociales contrarios a la participación plena de ciertas personas en la sociedad. Por otra parte, los problemas de la redistribución tampoco pueden ser adecuadamente encuadrados por la categoría del reconocimiento. Así pues, la solución sería una concepción bidimensional de la justicia, en la cual reconocimiento y redistribución son dos dimensiones, dos caras de la misma moneda. El elemento común a las dos será la idea de *participación paritaria* en la vida social, según la cual la justicia exige un sistema institucional que permite a todos los miembros de la sociedad interactuar con los otros en la condición de iguales. Para eso, se deben cumplir dos condiciones básicas: en primer lugar, garantizar una distribución de los recursos materiales que permita asegurar la libertad e independencia de la voz de cada ciudadano, lo que impide la aceptación institucional de cualquier forma de dependencia económica y desigualdad (*condición objetiva* de la paridad de participación y, en consecuencia, de la justicia, según Fraser); en segundo lugar, deben institucionalizarse modelos de valor cultural que afirmen el igual respeto a cada participante en la vida pública, y aseguren iguales oportunidades de obtener reconocimiento de los conciudadanos (*condición intersubjetiva* de la justicia) . Ninguna de las dos condiciones, en sí misma, asegura la paridad de participación —solo la combinación de ambas permite garantizarla—. De esta forma, la condición

⁵¹ FRASER, N. y HONNETH, A. — *Redistribution or Recognition?*, Verso Books, 2003, p.33.

objetiva llama la atención sobre las preocupaciones tradicionalmente asociadas a las teorías de la justicia redistributiva, en particular a las relativas a la estructura económica de la sociedad y al soporte político, jurídico e institucional del sistema económico. La condición intersubjetiva se concentra en problemas relacionados con los diferentes *status* sociales y con jerarquías definidas e impuestas por vía cultural.

Esta tesis, y su reconciliación de las categorías de reconocimiento y redistribución como dimensiones irreducibles de la justicia, es de gran importancia en el marco del derecho constitucional, ya que permite encuadrar perfectamente las distintas dimensiones de igualdad y no discriminación presentes en los textos constitucionales. Efectivamente, los problemas relacionados con la discriminación por razón del sexo, raza u orientación sexual, desarrollados de manera proficua en las últimas décadas en el marco del derecho de la Unión Europea, son, en general, típicas cuestiones de reconocimiento, demandas de adaptación del cuadro institucional a fin de tratar las personas como iguales. Por otra parte, los problemas de redistribución y las preocupaciones a ellos inherentes se reflejan en las normas sobre igualdad sustancial que constan en muchas constituciones de los Estados miembros. La idea de paridad de participación en la esfera pública exige, también, la afirmación de la igualdad ante la ley, en sus múltiples dimensiones, como elemento unificador de las dos caras de la justicia. Así pues, este marco conceptual servirá de guía en muchos de los análisis constitucionales y normativos que se harán a lo largo de este trabajo.

2. La igualdad como problema económico, político y social

2.1 — Desigualdad e indicadores de bienestar social: un círculo vicioso de causas y consecuencias; 2.2 — J. Stiglitz: el precio económico, social y político de la desigualdad; 2.3 — T. Piketty: desigualdad y el capital en el Siglo XXI; 2.4 — La desigualdad como problema económico y social desde una perspectiva colectiva: contribuciones de organizaciones e instituciones internacionales.; 2.4.1 — La Comisión para la Medida del Desempeño Económico y Progreso Social; 2.4.2 — La desigualdad como preocupación europea; 2.4.3 — El análisis de la OCDE; 2.4.4 — El análisis del FMI; 2.4.5 — Las cuestiones de igualdad bajo la óptica de las Naciones Unidas.

El tema de la igualdad —y de su antónimo, la desigualdad— ha sido, en los últimos años, un asunto central del debate público. En el ámbito económico, la primera década de este siglo ha producido un número significativo de investigaciones en torno a cuestiones de igualdad/desigualdad, analizándose sus causas y consecuencias, desde el punto de vista socioeconómico.

Según datos de la OCDE⁵², la desigualdad de renta en los países miembros de la organización ha llegado al punto más alto de los últimos cincuenta años. La crisis económica global ha aumentado la urgencia de la necesidad de combatir dicha desigualdad, esencialmente porque la incerteza y el temor al declive social ha pasado a afectar también a las clases medias, tradicionalmente más resguardadas de las consecuencias adversas de los ciclos económicos y de las crisis, en muchas sociedades. De este modo, el diseño y desarrollo de políticas de lucha contra la desigualdad han asumido carácter prioritario, al menos en teoría, en varios países.

Los datos hablan por sí mismos. De acuerdo con la OCDE, los países del sur de Europa —Portugal, España, Grecia e Italia— presentan índices

⁵² Véase toda la investigación desarrollada por la organización sobre el tema de la desigualdad en <http://www.oecd.org/social/inequality.htm>.

de Gini y tasas de pobreza relativa superiores a la media de la organización, mientras que en países como Francia, Alemania y Holanda dichos valores son bastante inferiores a la media. Además, la renta media, la distribución de renta y los índices de calidad de vida presentan también diferencias muy significativas entre los diferentes países europeos. Por ejemplo, la renta media bruta en Bulgaria es de 5.000 Euros, mientras que en Dinamarca es de 55.000; la media de la Unión es 31.000 Euros⁵³.

La distribución intra-estatal de la renta disponible es notablemente desigual en el Reino Unido, los países del sur (en particular, Portugal y Grecia) y en los países del este europeo (en especial, Letonia, Rumanía, Bulgaria y Polonia)⁵⁴, bastante más equilibrada en los países nórdicos y de la Europa central.

En 2012, más de 124 millones de personas en la Unión Europea vivía en agregados familiares en situación de pobreza o exclusión social. Este número había bajado entre 2005 y 2009, pero la tendencia se invirtió y, a partir de 2010, se registró un aumento de los ciudadanos en dicha situación. Además, hay diferencias muy marcadas entre los distintos Estados miembros⁵⁵. En Bulgaria, casi la mitad de los ciudadanos están en riesgo (49,3%), y los números son también muy preocupantes en Rumanía (41,7%), Letonia (36,2%) y Grecia (34,6%). Más de un cuarto de la población vive en riesgo de pobreza en otros ocho Estados miembros, concretamente Lituania (32,5%), Hungría (32,4%), Croacia (32,3%), Italia (29,9%), España (28,2%), Chipre (27,1%), Polonia (26,7%) y Portugal

⁵³ ALLMENDINGER, J. y DRIESCH, E. von den - *Social Inequalities in Europe: Facing the Challenge*, Berlin: WZB. Discussion Paper P 2014—005, 2014; Eurostat-Online 2014, Structure of Earnings Survey (SES) data, disponible en http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Earnings_statistics.

⁵⁴ ALLMENDINGER, J. y DRIESCH, E. von den - *Social Inequalities in Europe: Facing the Challenge*, Berlin: WZB. Discussion Paper P 2014—005, 2014; EUROMOD statistics on distribution and decomposition of disposable income, <https://www.iser.essex.ac.uk/euromod/using-euromod/statistics>.

⁵⁵ Todos los datos son de los Informes del EUROSTAT — *European Social Statistics, 2013 edition*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2013 y *Living conditions in Europe*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2014.

(25,3%), en notable contraste con los números, siempre en torno al 15% de República Checa, Suecia y Holanda. El riesgo de pobreza y exclusión se reduce después de las transferencias sociales, pero, aun así, es muy significativo en países como Grecia, Rumanía y Bulgaria, donde más de un quinto de la población se encuentra en riesgo, a pesar de esos apoyos.

La situación de los niños es particularmente problemática, ya que, pese a su naturaleza de grupo vulnerable y merecedor de especial protección por parte de los poderes públicos, un 27% se encuentra en riesgo de pobreza o exclusión en el territorio de la Unión; son claramente el grupo de mayor riesgo, comparados con los adultos (24,3%) y los pensionistas (20,5%). Los niños de familias monoparentales y de familias numerosas presentan un riesgo aún más acentuado.

Algunos trabajos parecen indicar una correlación entre los niveles de renta de cada país y los respectivos niveles de desigualdad. En los países nórdicos y del centro de Europa (Finlandia, Suecia, Austria, Holanda) la renta media es bastante alta, pero con una distribución relativamente equilibrada; al contrario, en el Sur y en el Este, las rentas son bajas, pero los niveles de desigualdad altos⁵⁶. En general, las discrepancias en materia de desigualdad entre los diferentes países se han agravado desde 2012, con España y Grecia presentando los peores valores del índice 80/20⁵⁷. Como enseguida se explicará, los altos niveles de desigualdad atrapan a las sociedades en un círculo vicioso de causas y consecuencias sociales desfavorables.

⁵⁶ ALLMENDINGER, J. y DRIESCH, E. von den - Social Inequalities in Europe: Facing the Challenge, Berlin: WZB. Discussion Paper P 2014—005, 2014.

⁵⁷ Eurostat - Income inequality statistics, http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Income_inequality_statistics

2.1 - Desigualdad e indicadores de bienestar social: un círculo vicioso de causas y consecuencias

En la última década, se han desarrollado líneas de investigación — principalmente en materia económica, pero que también abarcan otras ciencias sociales— que buscan comprender de qué modo afecta la creciente desigualdad a las sociedades, estudiando sus causas y sus efectos. Para ello, se comparan diferentes datos e indicadores de bienestar, relacionados con la salud, educación y justicia, entre otros, con los números sobre desigualdad de una determinada comunidad, e intentan establecerse correlaciones entre los distintos fenómenos. Una de las obras más discutidas en este campo ha sido *The Spirit Level*⁵⁸, publicada por primera vez en 2009. El trabajo pone en evidencia lo que sus autores, los académicos británicos R. Wilkinson y K. Pickett, llaman “el contraste entre el éxito material y el fracaso social” de muchos de los países dichos ricos o desarrollados. Los autores sostienen que, si queremos realmente evaluar la calidad de vida de una población, debemos dejar de centrar nuestra atención en los números del crecimiento económico y otros indicadores de naturaleza puramente material y centrar el análisis en los aspectos que influyen en el bienestar psicológico y social de toda una sociedad. Ahora bien, la desigualdad de recursos tiene un efecto significativo en muchos de los aspectos que contribuyen a la calidad de las relaciones sociales dentro de una comunidad y, por consecuencia, a dicho bienestar.

Una de las principales tesis del trabajo que se describe es que, en países desarrollados, y a partir de un determinado grado de riqueza, el continuo desarrollo económico deja de desempeñar el papel de motor del progreso social. A partir de un determinado grado de riqueza, aumentan los números de enfermedades como la ansiedad o la depresión, y la clara relación entre el

⁵⁸ WILKINSON, R. y PICKETT, K. — *The Spirit Level — Why Equality Is Better For Everyone*, Penguin Books, 2010.

aumento del nivel de vida y la esperanza media de vida se debilita o desaparece del todo. De este modo, sabiendo que más allá de un determinado nivel de abundancia el crecimiento de la economía aporta poco en lo que respecta a una mejoría efectiva de la calidad de vida de los ciudadanos, es importante dirigir la atención al funcionamiento interno de cada sociedad, en especial a los mecanismos de redistribución de recursos que pueden influir en distintas dimensiones el bienestar social general.

Wilkinson y Pickett analizan en su trabajo una serie de indicadores diferentes en distintas áreas de la vida social: en la justicia, los números sobre violencia y tasas de encarcelamiento; en la educación, el éxito escolar; en el ámbito de la salud, la esperanza media de vida, las tasas de embarazo adolescente, los números de enfermedades mentales y el uso ilegal de drogas. La conclusión alcanzada fue que, en lo que respecta a cada uno de ellos, los problemas afectan de forma no proporcional a las poblaciones más pobres, independientemente de la renta media de cada sociedad. Los autores relacionan aún este fenómeno con otro problema, muy repetido en los análisis de las cuestiones de desigualdad que se estudiarán en este trabajo: la erosión de la confianza o de la cohesión social. La desigualdad mina la confianza y divide a los ciudadanos de una misma comunidad, alargando las desigualdades entre ricos y pobres, gobierno y privados, mayorías y minorías. De este modo, además de agravar el conflicto de clases, en el cual la importancia de la redistribución de recursos es obvia, la desigualdad contribuye también a agravar tipos de discriminación más relacionados con problemas de reconocimiento, como el racismo o el sexismo. En una sociedad con bajo grado de cohesión, el respeto a la diferencia se trasmuta fácilmente en distinciones odiosas, ya que la capacidad de empatía y de identificación con el otro resultan afectadas.

Aunque algunas de las conclusiones del trabajo sigan siendo criticadas, esencialmente porque lo que se demuestra en la investigación de Wilkinson

y Pickett son correlaciones y no verdaderas relaciones de causalidad, en los años siguientes se multiplicaron los análisis en la misma línea. El trabajo de Daniel Dorling⁵⁹, por ejemplo, confirma muchos de los datos y de las afirmaciones presentadas, intentando, al mismo tiempo, comprender algunos de los fenómenos relacionados con la desigualdad que contribuyen a generar un círculo vicioso de causa y efecto. O sea, el autor investiga situaciones, como la estratificación de los sistemas educativos o el aumento del número de personas en situación de exclusión social, que, siendo más prevalentes en las sociedades desarrolladas con más altos niveles de desigualdad, se delinear, al mismo tiempo, como causas que mantienen dicha desigualdad. Son muy preocupantes las reflexiones que presenta sobre varios temas, en particular, las consecuencias de la desigualdad en la infancia. El autor nos da cuenta de que los niños de los países desarrollados con altos niveles de igualdad están siendo perjudicados en múltiples dimensiones de la vida. En primer lugar, en lo que respecta a la esperanza media de vida al nacer, que es, frecuentemente, más alta en los países más igualitarios que en sus congéneres con altos niveles de desigualdad; por otro lado, dentro de una misma sociedad, dicha esperanza media de vida puede diferir en cerca de dos décadas, según se viva en un barrio influyente o en las zonas más pobres de una ciudad, como demuestra el estudio hecho en la University College, de Londres⁶⁰ y gráficamente representado en el proyecto *Lives on the Line*. Este proyecto muestra la esperanza media de vida al nacer de acuerdo con las estaciones de metro de la capital británica; dicha esperanza, para los habitantes de la central Oxford Circus, es de 96 años, mientras que la de los residentes de Prince Regent, al este, es de solamente 76.

⁵⁹ Véanse DORLING, D. — *Injustice — why social inequality persists*, The Policy Press, 2010, *The no-nonsense guide to Equality*, New Internationalist, 2012 y *Inequality and the 1%*, Verso Books, 2014.

⁶⁰ Véase el trabajo de *The Bartlett Centre for Advanced Spatial Analysis*, del UCL, Londres, en <http://www.bartlett.ucl.ac.uk/casa> y el trabajo *Lives on the Line* en <http://life.mappinglondon.co.uk/>.

Por otro lado, y regresando a la obra de Dorling, la desigualdad es perjudicial para los niños al auto-justificarse con la idea de que la creación de élites es eficiente y necesaria para el buen funcionamiento de la sociedad. Esto promueve la adopción de sistemas educativos que impulsan la selección prematura de los estudiantes según los resultados de exámenes o de sus supuestas capacidades. Las desigualdades en las rutas educativas de cada niño son, así, acentuadas desde una edad muy temprana, llevando a un alto grado de reproducción de clase, casi imposibilitando la ascensión social a través del ejercicio del derecho a la educación. Mientras los hijos de los ciudadanos más adinerados estudian en escuelas con una gran concentración de recursos (en general, privadas y con mecanismos propios de selección), los hijos de las llamadas “clases trabajadoras” son educados en escuelas con recursos limitados y serias dificultades en apoyar a cada estudiante según sus necesidades específicas. De acuerdo con las conclusiones de la OCDE, esta estratificación de los sistemas educativos está también negativamente relacionada con la equidad, y los alumnos de los sistemas más estratificados tienden a mostrar un mayor desinterés por el proceso educativo⁶¹.

Otro de los factores identificado por Dorling en la compleja relación entre causas y consecuencias de la desigualdad es la exclusión social. Para el autor, la pobreza de los países desarrollados del siglo XXI no es, ya, la pobreza absoluta y abyecta del inicio del siglo XX o de muchos de los países subdesarrollados del llamado *Sur Global*. Sino que, en cambio, dicha pobreza, además de la privación de medios de subsistencia suficientes, es hoy una pobreza asociada a la exclusión de la vida social normal, del reconocimiento y respeto por parte de los conciudadanos. Para un porcentaje importante de los habitantes de países desarrollados, la pobreza y exclusión son consecuencia de la aplicación de las reglas del sistema

⁶¹ Véanse las conclusiones de la OCDE a propósito de los datos de la encuesta PISA 2012, en su *GPS de la Educación*: <http://gpseducation.oecd.org/Home>.

financiero, al que una parte significativa de la población recurrió, en las últimas décadas, para mantener el nivel de vida y de consumo, compensando así la pérdida de poder adquisitivo de los salarios. Los deudores —y gran parte del aumento de la deuda privada desde 1950 se debe al crecimiento de las deudas de trabajadores, en particular los trabajadores de bajos ingresos— son uno de los principales grupos objeto de exclusión social, y son ya cerca de una sexta parte de la población total en muchos países. Estos son normalmente familias en situación de pobreza o, por lo menos, de necesidad, que no son capaces de hacer frente a todos los gastos, habituales o extraordinarios, de la vida cotidiana.

La creciente brecha entre élites políticas, económicas y sociales minoritarias y el grupo, cada vez más amplia, de ciudadanos que viven en situación de carencia material conduce a la elaboración y difusión, entre las primeras, de concepciones erróneas sobre la pobreza y la naturaleza humana que asocian la privación a ciertos rasgos genéticos o incapacidades, atribuyendo bastante relevancia a elementos hereditarios en el éxito económico y social. Esto lleva a que quienes detentan el poder político y de decisión no identifiquen las causas reales de los ciclos de pobreza; la percepción de las trayectorias descendientes, de una situación de normalidad o de relativa afluencia para una situación de vulnerabilidad, endeudamiento y exclusión se atribuye exclusivamente a decisiones personales, y no a crisis económicas y financieras fuera de la de actuación de los afectados. Por otra parte, estos, al no tener una noción exacta de la forma de vida de las clases más bajas, debido, precisamente, a la construcción de círculos sociales separados unos de los otros, toman, de hecho, decisiones racionalmente infundadas en el ámbito económico, para intentar mantener —en general, sin éxito— su dignidad y posición social, provocando, de esta forma, una caída más acentuada en la escala social y reforzando la idea de la

responsabilidad individual en la desigualdad, lo que parece hacerla más aceptable.

La aceptación del fenómeno de la desigualdad provoca también, según Dorling, la diseminación de prejuicios raciales y sociales. La raza, en particular, es asociada a la pertenencia a grupos sociales excluidos, con rentas de tal manera bajas que no pueden permitirse, siquiera, descanso semana o anual. Así pues, los problemas sociales que una vida de exclusión ocasiona —embarazos adolescentes, problemas de salud física y mental o dependencias, entre otros— son entendidos como consecuencia de opciones individuales desafortunadas, típicas de determinada raza, justificándose así el trato desigual. Este tipo de prejuicios favorece procesos de polarización económica y social, que minan la cohesión social y geográfica. Por una parte, porque los miembros de grupos privilegiados se mueven geográficamente en función de sus intereses, pero también porque viven en comunidades cerradas, que constituyen el polo opuesto de las comunidades igualmente cerradas de los grupos más pobres; estas generan con frecuencia comportamientos anti-sociales, de los cuales tiende a ser responsabilizada la raza o tensión racial existente entre distintos grupos y no la situación económica y social.

Así pues, los impactos de la desigualdad se van más allá del campo económico e incluyen aspectos sociales, así como aspectos político-culturales. Las consecuencias en cada plano —en el acceso a la educación, en las condiciones de vida, en la movilidad social, en la salud individual y esperanza de vida, en la cohesión social, en la participación política, en la no discriminación, etc.— están correlacionadas y demuestran el profundo impacto de la igualdad y desigualdad en la vida de cada comunidad. Al mismo tiempo, revelan la necesidad de una comprensión amplia de los problemas, de modo a integrarlos en el marco sistémico global y a buscar soluciones adecuadas dentro de ese marco.

2.2 — J. Stiglitz: el precio económico, social y político de la desigualdad

El premiado economista estadounidense Joseph Stiglitz es uno de los autores que más ha escrito sobre desigualdad en los últimos años. Aunque la cuestión haya sido mencionada en trabajos anteriores, su obra más importante sobre el tema es *The Price of Inequality*⁶² (El precio de la desigualdad). Muy centrado en el contexto norteamericano, el libro aporta, de todas formas, reflexiones e ideas importantes para quien, desde diferentes puntos de vista, y según la metodología de cada ciencia social específica, se ocupa de los problemas de la desigualdad.

La primera tesis, de gran importancia para el Derecho Constitucional, entendido como cimiento institucional de las políticas económicas y sociales, es la siguiente: la desigualdad no es un hecho predestinado. O sea, no es una realidad inmutable y necesariamente derivada del choque de las fuerzas del mercado. Aunque estas desempeñan un papel innegable, son las políticas públicas y las leyes reguladoras de los mercados las que asumen el papel de protagonistas en el molde de la realidad. El poder de redistribución de los recursos (en particular, del dinero) aún reside, en gran medida, en las manos de órganos soberanos, principalmente de los Gobiernos. Estos pueden alterar profundamente las dinámicas de distribución de riqueza a través de las leyes reguladoras de los mercados y del funcionamiento de las sociedades empresariales, del sistema fiscal —de la introducción o eliminación de impuestos sobre las herencias, sobre la propiedad, sobre intereses y lucros— así como por intermedio de los servicios públicos del Estado Social, que garantizan a los ciudadanos prestaciones con valor social y económico como la educación y la sanidad. Además, el diseño y la

⁶² STIGLITZ, J. — *The Price of Inequality*, W. W. Norton & Company, 2013.

concreta implementación de políticas públicas en estas áreas influyen en el nivel de desigualdad en cada sociedad. Aunque el impacto de cada medida o norma aislada pueda ser muy pequeño, el efecto acumulativo puede ser significativo en el sentido promover o cercenar la redistribución. En suma, casi todas las normas legales tienen consecuencias distributivas, favoreciendo a un grupo social en detrimento de los restantes.

En segundo lugar, Stiglitz llama la atención sobre la necesidad de comprender el papel fundamental que juegan los procesos políticos en la evolución de la desigualdad. De hecho, son ellos los que modelan las instituciones y las normas que ejercen influencia, por una parte, en las fuerzas del mercado, y, por otra parte, en la efectiva capacidad de representación de cada grupo social y su consecuente aptitud para influir en la distribución de recursos (en particular, de la renta y de la riqueza). Un ejemplo claro de este fenómeno, para el autor, son las leyes sobre la deuda privada que, como todas, traducen un determinado equilibrio político entre grupos con intereses opuestos. En el caso de Estados Unidos, Stiglitz afirma que las reformas del régimen jurídico que regula la insolvencia de los particulares, asociada a la imposibilidad de anular las deudas que provienen de préstamos para educación en caso de quiebra, han creado una clase de endeudados “casi perpetuos”. Por otra parte, tal normativa ha creado, en lo que respecta a los acreedores, un incentivo para disminuir la exigencia a la hora de conceder crédito y de hacer el cálculo de riesgo de incumplimiento. Lo mismo se podría, tal vez, decir de la Ley Concursal española⁶³ y de las disposiciones relevantes de los Códigos Civil y Comercial portugués, que han sido, hasta ahora, mayoritariamente interpretadas de manera a dar prioridad a las pretensiones de los acreedores. Esto mismo puede leerse en el apartado II de la Exposición de Motivos de la normativa española, donde se señala que *«la unidad del procedimiento de concurso se consigue en virtud de la*

⁶³ Ley 22/2003, de 9 de Julio.

flexibilidad de que la ley lo dota, que permite su adecuación a diversas situaciones y soluciones, a través de las cuales puede alcanzarse la satisfacción de los acreedores, finalidad esencial del concurso». Las consecuencias problemáticas para los derechos fundamentales en caso de insolvencia de particulares, en especial el drama generado por la ejecución hipotecaria de viviendas y los desahucios en los que el deudor permanece obligado al pago de la deuda remanente, son bien conocidos. Otros ejemplos de cómo las políticas públicas y el derecho condicionan la evolución de la desigualdad en un determinado territorio (nacional o supranacional) son los regímenes jurídicos que regulan la libertad de circulación de capitales —considerada como libertad fundamental en el marco del Derecho Constitucional Europeo, pero, según Stiglitz, gran responsable de la reducción de los salarios y otros derechos laborales— y las leyes y tratados sobre libre comercio que permitieron a las empresas una enorme movilidad y un poder de manipulación en su favor de los sistemas fiscales y de los incentivos públicos a la inversión y al desarrollo económico.

La tercera tesis de Stiglitz es que los problemas de desigualdad son relevantes porque las sociedades desiguales no son eficientes y la desigualdad misma genera inestabilidad e insostenibilidad económica y política, minando la cohesión social. El autor refiere que sociedades muy desiguales son, con carácter general, sociedades con números altos de desempleo y salarios bajos, debidos al bajo consumo y a una demanda agregada deficiente. Efectivamente, las políticas públicas de incentivo al consumo —que, en muchos casos, han generado más problemas, como la burbuja inmobiliaria que asoló tanto Estados Unidos como países europeos como Portugal y España— y la desregulación, elegidos por varios Gobiernos como respuesta a los problemas económicos asociados a la desigualdad tienden a generar inestabilidad, que agrava, de nuevo, la desigualdad. La capacidad de representación de las clases más favorecidas y

la consiguiente protección de sus intereses por las instituciones produce, así, un círculo vicioso, desde el punto de vista económico, jurídico, político y democrático. De hecho, Stiglitz sostiene que una de las consecuencias más funestas del ciclo de creciente desigualdad que asola parte de las sociedades occidentales desde los años 70 es, precisamente, la erosión de los sentimientos comunitarios, la creencia en el éxito individual y el desgaste de un sentido de identidad colectiva fundado en los valores de la libertad, democracia e igualdad de oportunidades.

En cuarto lugar, el autor advierte de los peligros del acaparamiento del poder político y de la pérdida de calidad de las democracias que deriva de tal fenómeno. La brecha entre las preocupaciones, opiniones y deseos de la mayoría del pueblo y el resultado de las decisiones políticas es un dato relevante y con tendencia a aumentar. Los movimientos sociales que han tomado las calles, desde el *Occupy* norteamericano, hasta los *indignados* españoles y el *Que se lixe a Troika* portugués, que han organizado algunas de las más grandes manifestaciones de las últimas décadas, son un síntoma de ese malestar. La desigualdad mina el proceso político democrático, cimentando las creencias en la inutilidad e injusticia del sistema, lo que lleva al abandono de la concepción del voto como virtud cívica fundamental y, por eso, como obligación individual. Paradójicamente, lo que este comportamiento provoca es la monopolización de la democracia por las clases más afortunadas desde el punto de vista económico —aquellos cuyos intereses son ya defendidos por el sistema— aumentando, de esa forma, la desilusión del resto de ciudadanía. Por otra parte, la desigualdad también perjudica la confianza en la democracia representativa y en los órganos de gobierno, así como en el contrato social que enmarca el funcionamiento del proceso y de las opciones políticas. La falta de capacidad de cooperación y de confianza menoscaban la economía, y llevan al deterioro del capital social de una comunidad. Ahora bien, la gobernación democrática es el camino

trazado por el Derecho Constitucional para gestionar los inevitables conflictos y reforzar dicho capital social. Sin embargo, ese camino exige confianza en el pacto social subyacente y en los derechos y deberes de cada una de las partes de ese pacto. No obstante, la percepción de la desigualdad conduce a una visión del sistema político como esencialmente injusto, a la baja participación en la vida política y a la simpatía por propuestas políticas extra-sistémicas. Stiglitz describe aún otros dos fenómenos relacionados con la pérdida de calidad de las democracias occidentales contemporáneas: la privación de derechos políticos (*disenfranchisement*, o pérdida de representación según la obra de Nancy Fraser); y el desempoderamiento (*disempowerment* o pérdida de capacidad de influencia política, del poder de utilizar las reglas, procesos e instituciones democráticas a favor de sus propios intereses). A propósito del primero, el autor describe métodos de disuasión del ejercicio del derecho de voto por parte de la ciudadanía, como el aumento de los requisitos burocráticos y administrativos; en cuanto al segundo, quizás el más común en el territorio europeo, Stiglitz habla de la equiparación entre personas físicas y jurídicas (en particular, de empresas) en materia de derechos fundamentales como la libertad de expresión, lo que permite el dominio, por parte de estas, del proceso electoral y de los órganos con poder de decisión. Todo lo descrito crea un círculo vicioso que no solo beneficia a los más privilegiados, sino que también formatea el proceso político a fin de darles cada vez más poder, lo que aumenta la brecha de la desigualdad, desde el punto de vista político, pero también económico y social. Teniendo en cuenta que esta situación permite aún a los grupos sociales más poderosos gestionar en su beneficio el proceso de globalización —creando mecanismos fiscales que facilitan la circulación de capitales y disminuyen el poder de negociación de los que viven del trabajo, que se ha convertido, en muchos casos, en una mercancía transferible más— resulta claro que el marco político, económico e institucional en que vivimos no

sirve a la mayoría de la ciudadanía y no promueve eficiencia ni equidad, sino desigualdad y graves riesgos para el funcionamiento de la democracia.

Una de las principales razones por las cuales la situación descrita ha sido, hasta ahora, sostenible y manejable es, según Stiglitz, la deficiente percepción, por parte de los ciudadanos, de la realidad social y económica de sus propias comunidades. Eso hace posible que, a través de un uso inteligente de los medios de comunicación, los grupos privilegiados puedan crear una convicción de existencia de intereses o propósitos comunes entre ellos y la restante ciudadanía. Ahora bien, este hecho es profundamente perjudicial para la democracia y está permitiendo que esos grupos dominen el propio Estado de Derecho, controlando la elaboración de las leyes y reglamentos que gobiernan la economía y la forma concreta como son implementadas. Al contrario de lo que muchas veces es transmitido a la opinión pública, existen marcos jurídicos regulatorios alternativos, y de la opción entre unos u otros depende, en buena medida, el combate a las desigualdades o su fomento. Estos cuadros regulatorios son particularmente importantes en la medida en que constituyen incentivos o desincentivos a los comportamientos económicos: cuando los responsables de esos comportamientos no sufren las consecuencias que ellos originan, tienden a no llevar en consideración sus externalidades negativas y a no tomar medidas preventivas de los potenciales problemas. Por esta razón es tan importante la distribución y posesión de poder político. Cuando, en el campo de la política, el poder y la representación están evidentemente distribuidos de manera desigual, se abre la puerta a ciertos grupos controlen el proceso político, diseñando reglas para el sistema económico que favorezcan sus intereses y adaptándolo a sus necesidades. Así pues, crean leyes y reglamentos especiales para ciertas empresas o sectores económicos, definen las reglas de las hipotecas y quiebras, de la propiedad intelectual, del sistema fiscal, del sistema financiero y hasta del sistema jurisdiccional

(dificultando el acceso a este último a través del aumento de los costes de la justicia y de la imposición, en muchas situaciones, de tribunales arbitrales obligatorios). Este fenómeno ha provocado gravísimos problemas, como el excesivo endeudamiento privado y la consecuente tragedia de la ejecución de las hipotecas y de los desahucios.

Las cuestiones de los déficits públicos y de la deuda pública —cuyas reglas también son controladas por los grupos privilegiados— han concentrado las atenciones de la ciudadanía en los últimos años, desviándolas de otros problemas, esenciales, que se revelan en la preparación y ejecución de los presupuestos públicos. Al divulgarse la creencia en las medidas de austeridad como medidas efectivas e inevitables para reducir los déficits, los recortes en los sistemas de seguridad social, sanidad y educación se presentan como única opción y las situaciones de dependencia de prestaciones sociales —como el caso de los parados que aún cobran subsidio— son atribuidas a la responsabilidad individual, justificando la bajada de dichas prestaciones e impulsando, así, la espiral de desigualdad.

Stiglitz propone, entonces, una reformulación de las políticas públicas en términos de eficiencia y justicia para combatir la desigualdad. Esta agenda de reforma económica incluye el control de las instituciones financieras de gran dimensión (*too big to fail* o *too interconnected to fail*), a través de mecanismos eficaces de regulación y transparencia; proteger a los ciudadanos (parte más débil) en contratos y préstamos predatorios; controlar los sueldos y recompensas de los altos directivos, que incentivan comportamientos de riesgo y no ponderados, y garantizar la eficacia del sistema fiscal, especialmente, promoviendo el cierre de los *offshores*.

Las posiciones de Stiglitz fueron confirmadas y reforzadas en su obra más reciente⁶⁴, donde insiste en algunas de las ideas básicas presentadas, en

⁶⁴ Véase STIGLITZ, J. - *The Great Divide — Unequal Societies and What We Can Do*, WW Norton & Company, 2015.

particular la presentación de la desigualdad como un problema global, debido a opciones políticas y económicas conscientes por parte de los principales actores económicos y políticos. El diagnóstico y propuestas del autor son hoy, además, compartidas por muchos otros autores de formación en economía⁶⁵. Las premisas permanecen idénticas a las que acabamos de explicar. Los niveles de desigualdad alcanzados a escala global e internamente, en gran parte de los países desarrollados, son claramente excesivos y han aumentado de forma significativa en las últimas tres décadas. Este hecho tiene varias causas, entre las cuales la globalización, pero también los cambios en la estructura de los salarios así como las políticas públicas en materia de trabajo y negociación colectiva, y en materia fiscal (con la reducción de la redistribución de recursos a través de los impuestos). Es posible invertir este proceso con recurso a políticas que respondan a los cambios en el mercado laboral, que restauren una estructura fiscal progresiva y que aseguren un nivel elevado de prestaciones sociales universales, en dominios como la educación, la sanidad y la seguridad social.

La importancia de estas conclusiones en el plano del Derecho Constitucional es inequívoca. Desde luego, la mayoría de las propuestas de solución presentadas por estos economistas son soluciones de Derecho y de derechos. Es decir, son soluciones jurídicas, inevitablemente implementadas a través de normas, al mismo tiempo que permiten hacer efectivos, en el plano práctico, distintos derechos fundamentales. Así pues, estas son también soluciones que equivalen, en el fondo, a garantizar y hacer operativo el proyecto constitucional de igualdad, que se traduce en igualdad de derechos fundamentales, asegurados por el Estado a través de políticas redistributivas. Las propuestas de T. Piketty, que trataremos a continuación,

⁶⁵ Véanse, por ejemplo, MILANOVIC, B. — *The Haves and the Have-Nots*, Basic Books, 2011, REICH, R. B. — *Aftershock — The Next Economy and America's Future*, Vintage Books, 2013, BLYTH, M. — *Austerity — The history of a dangerous idea*, Oxford University Press, 2013, ATKINSON, A. B. — *Inequality — What can be done?*, Harvard University Press, 2015.

tampoco son muy distintas de este marco que se presenta así suficientemente sólido para servir de base a una reflexión en el ámbito jurídico y constitucional.

2.3 - T. Piketty: desigualdad y *El capital en el Siglo XXI*

La obra más discutida sobre el problema de la desigualdad económica y social ha sido el conocido libro de Thomas Piketty, *Capital in the Twenty-First Century*⁶⁶. Su tesis es la siguiente: desde los años setenta del siglo XX, asistimos, en el mundo occidental, a cambios importantes en la división de rentas de capital y salarios, y a una brecha creciente entre titulares del capital y trabajadores. Pero, esta situación no es resultado de ningún tipo de determinismo económico. De hecho, según el autor, la historia de la distribución de la riqueza siempre ha sido profundamente política, mucho más que el resultado de mecanismos económicos. La reducción de las desigualdades que tuvo lugar durante parte del siglo XX fue, ante todo, consecuencia de las dos Guerras Mundiales y de las políticas públicas adoptadas para hacer frente a los choques por ellas provocados. De la misma manera, el aumento de las desigualdades desde los años 1980 se debe en gran parte a un nuevo ciclo político, especialmente en lo que respecta a las leyes fiscales y de regulación del sistema financiero. Piketty añade que *«la historia de la desigualdad está moldeada por la forma como los actores económicos, sociales y políticos ven lo que es justo y lo que no lo es, así como por el poder relativo de cada uno de esos actores y por las elecciones colectivas que de ahí resultan»*. En segundo lugar, las dinámicas económicas de la distribución de riqueza revelan fuertes mecanismos que llevan alternadamente a una convergencia (o sea, en el sentido de la reducción de las desigualdades) o a una divergencia (en el sentido de un aumento de dichas desigualdades). No existe ningún proceso

⁶⁶ PIKETTY, T., *Capital in the Twenty-First Century*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, 2014.

natural que pueda impedir que los mecanismos desestabilizadores y promotores de desigualdad prevalezcan duraderamente. El único remedio eficaz, a largo plazo, para el combate contra las desigualdades parece ser solamente la difusión de conocimiento y de experiencias y capacidades.

La primera idea desarrollada en el libro es sencilla: la división de remuneración entre capital y trabajo está —y ha estado desde hace siglos— en el centro de los problemas de distribución y de muchos de los conflictos sociales. Es, también, una cuestión de enorme simbolismo, que interfiere con la concepción individual y colectiva de justicia e injusticia. El primer objetivo de la investigación del autor fue, por eso, intentar comprender cómo se hizo esta división entre rentas de capital y de trabajo en los últimos cien años. La principal conclusión ha sido la de que, al contrario de lo que muchas veces se vehicula, la mencionada división capital-trabajo ha conocido variaciones muy significativas a lo largo del siglo veinte. Eventos históricos como las dos Guerras Mundiales, la Revolución rusa de 1917 y la Gran Depresión, así como las consecuentes reformas fiscales y de regulación de los mercados en los años 50 llevaron a las más bajas tasas de remuneración de capital. Por otra parte, la “revolución conservadora” —denominada así por el autor— de finales de los años 70 inicio de los 80 del siglo veinte, iniciada por los gobiernos de Reagan en Estados Unidos y de Thatcher en Reino Unido, provocó una recuperación del capital, acelerada por la caída de bloque soviético y por la desregulación financiera global llevada a cabo en los años 90. En 2010, y a pesar de la crisis, la remuneración de capital alcanzó el grado más alto desde 1913.

Analizando el crecimiento económico en las últimas décadas, Piketty señala varios aspectos que serán útiles para otro tipo de reflexiones en el plano político, jurídico y constitucional. Ante todo, da cuenta de que los datos de historia económica de los dos últimos siglos nos dicen que es muy improbable que las sociedades desarrolladas de nuestro tiempo crezcan a un

ritmo superior al 1,5% al año. De hecho, el autor predice varios escenarios, en que el mediano sería el de un crecimiento medio de un 1% al año. Por otra parte, también el crecimiento demográfico demuestra una tendencia clara al estancamiento. Así pues, el período de rápido crecimiento vivido en Europa en los treinta años siguientes a la Segunda Guerra Mundial fue excepcional, desde una perspectiva histórica, y su ralentización hasta niveles similares a los de Estados Unidos era de prever, independientemente de las políticas públicas adoptadas. En las próximas décadas, siendo de esperar un cuadro de casi estancamiento económico, la importancia de la riqueza acumulada en el pasado y transmitida a las generaciones más recientes adquirirá una importancia desproporcionada, con efectos muy significativos en la relación capital/producto, llevando, probablemente, a una situación en la cual los titulares de capital controlarán un porcentaje más elevado de los recursos económicos totales. Estos fenómenos podrán ser más acentuados en Europa que en Estados Unidos, dado que el crecimiento económico, pero, sobre todo, demográfico, es menor en el espacio europeo.

Hay que notar que el capital público tiene una dimensión muy reducida y desempeña un papel poco relevante en todo este análisis y que esta constatación se revela verdadera a lo largo de la historia: a pesar de las oscilaciones positivas o negativas en la riqueza pública, esta siempre tuvo un amplitud muy limitada, comparada con los altos niveles de riqueza privada. Más aún, a lo largo de la historia, en los países en que la deuda pública aumentó de manera significativa y no fue objeto de algún tipo de *default*, se constató un aumento paralelo de la riqueza privada. De este modo, la financiación del gasto público con recurso al crédito ha servido los intereses de los que ya poseían capital, de manera más eficiente que en la hipótesis alternativa que sería cobrarles más impuestos. Además, como los déficits públicos habitualmente hacen aumentar la necesidad de capital privado para inversión, los titulares de capital también han sido beneficiados desde esta

perspectiva. En la primera mitad del siglo XX, sin embargo, la deuda pública fue utilizada como mecanismo de inversión y redistribución de riqueza, ya que los préstamos eran peor remunerados que en el siglo XIX, y que la deuda fue depreciada por la inflación en la mayoría de los casos; esto hizo que los déficits presupuestarios fueran, en la práctica, ampliamente financiados por los titulares de capital. Esta concepción positiva de la deuda pública permaneció en la opinión de muchos, aunque las tasas de inflación hayan caído de forma notoria y los efectos redistributivos de las inversiones efectivamente hechas sean bastante oscuros.

En lo que respecta a los bienes públicos, han aumentado con la expansión de las funciones estatales, especialmente a lo largo del siglo XX, con la prestación de servicios públicos de educación y sanidad —que necesitan grandes inversiones en instalaciones y equipamiento— y con las inversiones públicas o semi-públicas en infraestructuras, como redes de transportes y telecomunicaciones. Además, en las décadas de 1950-1980, se constató una significativa acumulación pública de bienes en los sectores financiero e industrial, a la cual se siguió una enorme ola de privatizaciones en las últimas décadas del siglo XX. Estos son fenómenos comunes a casi todos los países industrializados, en especial los países europeos. Así pues, en el período 1970-2010, se verificó una tendencia clara en los países desarrollados a un decrecimiento gradual de la razón entre capitales públicos y producto nacional, acompañado de un claro aumento del ratio entre capital privado y producto nacional.

Con relación a la riqueza privada (excluida la deuda privada y los bienes de propiedad pública), Piketty muestra que pese a las burbujas especulativas que ocurren de vez en cuando, hay una tendencia clara en los países desarrollados hacia el aumento y la concentración del capital privado desde los años 1970, que puede ser descrita como una verdadera evolución de naturaleza estructural. Esto se debe no solamente al bajo crecimiento

económico y demográfico que hemos descrito, asociado a una elevada tasa de ahorro, sino también a la privatización y consiguiente transferencia de gran parte de la riqueza pública a manos privadas, y a un contexto político y regulatorio mucho más favorable a la riqueza privada y a su acumulación que el de las primeras décadas posteriores a la Segunda Guerra Mundial. El fenómeno se debe, esencialmente, a la cantidad de ahorros producida en cada país en las cuatro últimas décadas, factor que parece explicar las principales características de la acumulación de capital en cada país, sin depender de un aumento estructural del precio de los bienes ni de cualquier episodio especulativo que pueda haber dominado los mercados en determinado período. Estos ahorros son hechos por las personas físicas, pero, sobre todo, por las empresas, a través de la reinversión de beneficios, que en muchos países representa casi la mitad de los ahorros privados. Los beneficios retenidos son normalmente tratados de manera más favorable que los dividendos distribuidos, desde el punto de vista fiscal y tributario, razón por la cual son una opción frecuente, en un porcentaje más grande de lo necesario para compensar la depreciación de bienes y equipamientos, contribuyendo así al aumento del stock de capital.

De esta forma, Piketty sostiene que los datos de su investigación apuntan a que la ratio capital/producto en los países más ricos puede ser representada gráficamente con una línea en forma de “U”: los aumentos de dicha razón en las últimas décadas hacen que alcance, hoy, valores muy similares a los que se registraron en los primeros años del siglo XX, en vísperas de la Primera Guerra Mundial. No obstante, teniendo en cuenta la situación actual y algunas de las premisas asumidas por el autor, como una tasa de crecimiento económico bastante baja y una estabilización de la tasa de ahorros, la razón capital/producto continuará, probablemente, aumentando, siendo posible que llegue a valores 40% superiores a los

presentes, conduciendo el mundo a un escenario parecido al europeo de finales del siglo XIX.

A partir de estos datos y conclusiones, Piketty pasa a reflexionar sobre la estructura de las desigualdades en las sociedades contemporáneas, a la cual dedica toda la parte tercera de su trabajo. La primera lección de este análisis es muy clara: las desigualdades de renta resultan, en todas las sociedades, de la combinación de tres factores —la desigualdad salarial, la desigualdad en la titularidad de capital (y, por consiguiente, en la obtención de las rentas que este proporciona) y la interacción entre ambas. El autor cita distintos ejemplos de la literatura del siglo XIX, en la cual queda muy claro la ventaja de tener rentas de capital, normalmente de origen hereditario, en comparación con los salarios de las profesiones mejor remuneradas y exigentes. Al contrario, en las democracias modernas, esta desigualdad es considerada como particularmente injusta, mientras que las desigualdades salariales, en teoría debidas a diferentes grados de talento individual y esfuerzo personal, son más fácilmente aceptadas y asociadas a una concepción de justicia. Es, pues, una creencia generalizada que el mundo ha cambiado, en este aspecto, de manera notable durante el siglo XX, y que la importancia relativa de las rentas del trabajo versus las rentas de riqueza heredada se transformaron desde la época de los romances de Balzac.

Pero, Piketty demuestra que los datos disponibles no permiten afirmar tal presupuesto. Para explicar mejor la desigualdad de renta que domina hoy el discurso económico y político, el autor pasa, entonces, a distinguir sus múltiples dimensiones y los mecanismos que a ella contribuyen. En primer lugar, señala que la desigualdad de distribución del capital es siempre mayor que las desigualdades que las del trabajo. Para poner un ejemplo, basta mencionar que el 10% con rentas del trabajo más altas reciben típicamente cerca de un 25-30% del total, mientras que el 10% con rentas de capital más

altas poseen siempre más del 50% de toda la riqueza. O sea, las desigualdades en el campo del trabajo parecen moderadas cuando comparadas con las desigualdades en el campo del capital. No obstante, es importante no menospreciar las diferencias salariales, ya que las rentas de trabajo todavía son un porcentaje importante del producto nacional y, más aún, las significativas diferencias constatadas entre los países desarrollados parecen indicar que las leyes y políticas públicas, así como la propia cultura nacional, pueden tener consecuencias muy relevantes en este tipo de desigualdad y en las condiciones de vida de los ciudadanos. Cabe notar que la realidad, en esta materia, de los países más igualitarios (como los escandinavos) es notablemente distinta a la de los países con más desigualdad (como Estados Unidos) y que ciertos tipos de distribución salarial ocasionan, ya, desigualdades importantes, y podrán originar conflictos sociales significativos.

En lo que se refiere a las desigualdades en la titularidad de capital, Piketty afirma que permanecen generalizadamente extremas. Para fundamentar esta evaluación basta explicar que, en la mayor parte de los países europeos, incluyendo Francia, Alemania e Italia, al inicio de la década de 2010, los 10% más ricos eran propietarios de cerca del 60% de la riqueza nacional, mientras que los 50% más pobres tenía menos del 10%. Además, no hay noticia de ninguna sociedad en la cual la distribución de capital pueda clasificarse como moderada, a pesar del surgimiento, durante el siglo XX, de una “clase media” propietaria (en general, de inmuebles); este fenómeno dio lugar a una disminución muy importante del porcentaje de riqueza en manos de los más ricos, en lo que puede denominarse la principal transformación estructural en la distribución de riqueza en los países desarrollados.

En cuanto a la desigualdad total, consiste, como fue explicado, en el resultado de la combinación de las dos desigualdades de base —salarial y de detención de capital—. Las sociedades con los niveles más altos de

desigualdad pueden ser lo que Piketty califica de sociedades hiper-patrimoniales, donde las herencias tienen una gran importancia y donde la concentración de riqueza llega a niveles extremos, o bien sociedades con altísimos niveles de desigualdades salariales, debidas a una hiper-meritocracia o a una hiper valoración de ciertos profesionales. Los dos tipos de causas de la desigualdad pueden, naturalmente, coexistir, pero esta caracterización no deja de tener utilidad para comprender sus distintas lógicas y los peligros de su combinación en las próximas décadas, que podrá conllevar niveles cada vez más extremos de desigualdad total. Este análisis sirve también para llamar la atención sobre el hecho de que, detrás de instrumentos como el índice de Gini, se esconden realidades y mecanismos muy diferentes, que es necesario analizar. En particular, es importante señalar que la distribución de riqueza, concretamente en el extremo superior, puede ser extremadamente desigual, y que el hecho de no mencionarlo puede llevar a trazar un cuadro más optimista de la realidad de lo que efectivamente existe. Por este motivo, Piketty insiste en analizar la cuestión de la desigualdad tomando como base la distribución renta o riqueza entre los varios segmentos de la sociedad (el 10% más rico, el 50% más pobre y el restante 40%) y no atendiendo a los mecanismos tradicionales, para poder observar qué porcentaje del producto del crecimiento económico se refleja en la situación de estos grupos.

Siguiendo la metodología explicada y examinando los datos de varios países europeos, el autor extrae tres conclusiones. En primer lugar, la desigualdad ha disminuido de manera notoria desde el inicio del siglo XX. En el caso de Francia, el porcentaje de la participación en el producto nacional⁶⁷ de los 10% más ricos disminuyó del 45% y 50% antes de la Primera Guerra Mundial al 30-35% hoy. Si consideramos el papel de los impuestos y transferencias sociales, esta reducción ha sido aún más notable. En segundo lugar, la reducción de la desigualdad durante algunas décadas se

⁶⁷ Se habla, en este punto, de participación en el PIB, y no de propiedad de la riqueza nacional.

debe, casi por completo, a la bajada de las rentas del capital, ya que la desigualdad salarial ha permanecido estable. Así pues, y en tercer lugar, resulta más claro que no ha tenido lugar ningún tipo de proceso de reducción estructural de las desigualdades —no hay un curso tranquilo y previsible, sino un conjunto caótico de acontecimientos, de naturaleza profundamente política, influenciado por factores no solo económicos, sino también sociales, militares y culturales—. O sea, las desigualdades socioeconómicas son causa y efecto de otros fenómenos, en otras esferas, con los cuales están intrínsecamente conectados.

Esto mismo demuestra tanto la evolución de la desigualdad salarial, como la evolución de la desigualdad en la titularidad de capital. En relación con la primera, los salarios y beneficios atribuidos a los altos directivos de las grandes empresas y sociedades financieras alcanzaron niveles record a partir de los años 90 del siglo XX, con particular intensidad en los sueldos del extremo 1%. En lo que respecta a la segunda, había una enorme concentración de riqueza en las sociedades agrarias anteriores a la Primera Guerra Mundial, que bajó de forma evidente con la ya referida creación de una clase media propietaria en virtud de la destrucción de capital en los períodos de conflicto militar y de las transformaciones sociales y políticas que se siguieron, concretamente, la imposición de impuestos sobre el capital y respectivas rentas. Pero, ha vuelto a aumentar en las últimas décadas.

Cuestionándose sobre cómo combatir esta realidad, Piketty presenta varias propuestas. En primer lugar, la (re)construcción del Estado Social, de manera adaptada a la realidad del siglo XXI. La primera medida de financiación de este objetivo —y, para el autor, la única forma de controlar la espiral de desigualdad y la dinámica de acumulación— consistiría en un impuesto progresivo global sobre el capital. Este tendría también la ventaja de someter el capital a escrutinio democrático, lo que es una condición necesaria para una regulación efectiva del sistema bancario y financiero

internacional. Este tipo de impuesto sobre el capital podría, así, promover el interés general preservando la apertura y la competencia económicas. Siendo este, sin embargo, un objetivo ideal casi utópico, un impuesto similar debería ser instituido a escala continental o regional, siendo Europa, por todas sus características políticas, económicas e institucionales, un espacio privilegiado para intentarlo.

Piketty señala igualmente que una de las consecuencias de la crisis económica iniciada en el año 2008 ha sido la de recuperar la importancia del papel del Estado en la vida colectiva. Efectivamente, el Estado —en particular los Gobiernos y Bancos centrales— ha impedido el total colapso del sistema financiero y ha enfrentado la crisis económica y social asumiendo su posición de último recurso para la resolución de graves problemas económicos. No obstante, no ha sido capaz de enfrentar y resolver los problemas estructurales que condujeron a la crisis, incluyendo la evidente falta de transparencia sistémica y la galopante desigualdad. Por esta razón, es indispensable que el Estado asuma su papel de gestor último de la economía y que cree instrumentos de control y reglamentación del sistema financiero y un sistema de impuestos progresivo, con un alta tasa marginal, similar a las adoptadas en Europa y Estados Unidos después de la Gran Depresión.

El Estado debe, pues, así, recuperar un papel de mayor intervención en la economía y no descuidar su función redistributiva. De hecho, el crecimiento del Estado fiscal que se verificó durante el siglo XX —el porcentaje del producto nacional consumido con impuestos aumentó del 10% hasta valores entre el 35% y 55%— corresponde a la edificación de un sistema Estatal de prestaciones sociales de naturaleza redistributiva, especialmente prestaciones de educación y sanidad (en general, prestaciones en especie), prestaciones de seguridad social sustitutivas de la renta (como pensiones y subsidios de desempleo) y prestaciones monetarias de

supervivencia, (como la renta mínima garantizada). De este modo, la redistribución moderna de renta, llevada a cabo por vía estatal, consiste en un sistema de financiación de servicios y prestaciones públicas, más que en transferencias directas de los más ricos a los más pobres. Este esquema tiene subyacente, según Piketty, una lógica de derechos fundamentales y un principio de igual acceso a determinados recursos, que corresponde a un principio de justicia, en muchas de sus distintas caracterizaciones (como las propuestas por J. Rawls y A. Sen, ya estudiadas). De esta forma, cabe al Estado continuar combatiendo las desigualdades sociales y garantizando derechos básicos y prestaciones materiales hasta el límite de lo posible. Este límite, así como la concreta asignación de recursos dentro de cada sociedad deberá definirse a través de un proceso democrático y deliberativo, y a partir de la confrontación política. Lo importante es intentar superar las dificultades y desafíos que los sistemas de financiación de los Estados enfrentan en la economía del siglo XXI, modernizando —y no desmantelando— el Estado social. Sería particularmente importante, en este marco, aumentar de manera significativa las tasas marginales de los impuestos sobre la renta (Piketty calcula que la tasa marginal óptima para los países desarrollados debería situarse por encima del 80%), que permitiría reducir las desigualdades salariales. Efectivamente, la caída acentuada de las tasas marginales del impuesto sobre la renta está correlacionada, de manera clara, con el notable aumento de sueldos y salarios de los altos ejecutivos, cuyo proceso de determinación se ha transformado profundamente. Además, el autor propone el ya mencionado impuesto sobre el capital, a instaurar en los espacios políticos de la mayor dimensión posible, (de preferencia, a nivel supranacional, en espacios como la Unión Europea) y la reducción de la deuda pública. Esta reducción sería conseguida, de preferencia, con recurso a un impuesto extraordinario sobre el capital y, como segunda opción, a través de la inflación. Lo importante, antes de nada,

es liberar una parte sustancial del producto interno ahora asignada al servicio de la deuda para inversión en el Estado social, en particular, en dominios estratégicos como la educación superior y la investigación.

Todas estas sugerencias exigen —como explica el propio Piketty— una concepción clara de la Economía como ciencia social y, por lo tanto, como Economía política e histórica. Desde este punto de vista, debe elegir y posicionarse con relación a determinadas instituciones y políticas, como el Estado social, el sistema financiero y fiscal y la deuda pública. Por otra parte, el autor apela a que las restantes ciencias sociales —entre las cuales, el Derecho— no dejen la economía a los economistas y que, en cambio, conozcan y estudien los hechos económicos, intentando encuadrarlos con recurso a sus propias metodologías, con el objetivo de defender intereses legítimos; en particular, los intereses de los ciudadanos menos favorecidos.

2.4 — La desigualdad como problema económico y social desde una perspectiva colectiva: contribuciones de organizaciones e instituciones internacionales.

La desigualdad como problema económico y social ha sido estudiada y analizada no solamente por investigadores de distintas ciencias sociales, sino también en el plano colectivo, por Gobiernos y organizaciones internacionales. Un breve recorrido por algunas de estas aportaciones permitirá comprender los aspectos que guardan en común los estudios realizados en los distintos ámbitos, lo que nos parece útil para el posterior análisis de la cuestión en el campo jurídico y constitucional.

2.4.1 — La Comisión para la Medida del Desempeño Económico y Progreso Social

En el plano nacional, es interesante señalar, el trabajo de *la Comisión para la Medida del Desempeño Económico y Progreso Social*⁶⁸, creada por encargo del Presidente francés N. Sarkozy en 2008. La Comisión, liderada por J. Stiglitz, A. Sen y J. P. Fitoussi, tenía por tarea identificar los problemas de la información estadística disponible sobre economía y sociedad, más concretamente, las limitaciones del PIB como indicador de desempeño económico y progreso social, y considerar qué elementos adicionales deberían obtenerse para producir indicadores relevantes acerca de ese progreso.

El primer aspecto identificado por la Comisión hace referencia a la importancia de los datos en la concepción y ejecución de políticas públicas, así como en las decisiones individuales. Con la llegada de la sociedad de la información, las mejoras en el nivel educativo de la población y la complejidad de las economías abiertas de mercado, es normal que el papel de los indicadores estadísticos sea cada vez más relevante. Sin embargo, las acciones individuales y colectivas están significativamente condicionadas por el tipo de medidas de que se dispone; las informaciones estadísticas pueden ofrecer una imagen distorsionada de la realidad. En el ejemplo avanzado por los autores, se muestra como ciertas opciones entre la promoción del desarrollo económico y la protección medioambiental pueden revelarse falsamente antagónicas, cuando la degradación del ambiente se incluye adecuadamente en las medidas de desempeño económico: de esa manera, las consecuencias negativas del desarrollo tienen un coste atribuido, lo que no

⁶⁸ Véanse los Informes de la Comisión, compuesta por STIGLITZ, J., SEN, A. Y FITOUSSI, J. P. - *Report by the Commission on the Measurement of Economic Performance and Social Progress*, 2009, http://www.stiglitz-sen-fitoussi.fr/documents/rapport_anglais.pdf. y *The Measurement of Economic Performance and Social Progress Revisited - Reflections and Overview*, 2009, <http://www.stiglitz-sen-fitoussi.fr/documents/overview-eng.pdf>.

es frecuente, y se demuestra que las ventajas no son tan relevantes como un análisis parcial indicaría.

Por otro lado, una diferencia demasiado acentuada entre las medidas habitualmente utilizadas en el análisis económico —crecimiento, inflación, desempleo, etc.— y la percepción empírica de la ciudadanía puede minar la confianza en los datos oficiales y en las opciones políticas tomadas con base en ellos. Los datos relativos a la desigualdad son particularmente propensos a este fenómeno, ya que es posible verificarse, simultáneamente, un aumento del PIB y de la desigualdad, lo que lleva a que la mayoría de los ciudadanos enfrente peores condiciones de vida, cuando los discursos oficiales proclaman la recuperación de la economía.

Así pues, la Comisión ve necesaria una reforma de los indicadores, más urgente si cabe debido a la crisis económica; esta no ha sido prevista por ningún organismo o institución oficial, tal vez, parcialmente, por no llevar en consideración un conjunto adecuado de indicadores. Aunque su atención esté en medidas y no en políticas concretas, la Comisión propone una distinción entre la evaluación del *bienestar y calidad de vida* de las poblaciones y la evaluación de la *sostenibilidad* de esa calidad de vida a lo largo del tiempo. La medición del bienestar debe tener en consideración los recursos económicos —como la renta—, aspectos no económicos de la vida de los ciudadanos que condicionan sus capacidades y posibilidades, así como el ambiente en el que viven. La sostenibilidad de esta calidad de vida depende de la existencia de capital físico, humano y social que pueda ser transmitido a las generaciones siguientes.

Partiendo de estas premisas, la Comisión elaboró varias recomendaciones. La primera propone centrar la atención en la renta disponible de los ciudadanos y en los niveles de consumo (y no en la producción) para evaluar el bienestar, ya que solo estos están asociados a los concretos estándares materiales de vida de las poblaciones. En segundo

lugar, sugiere centrar la atención en las familias: el crecimiento de la renta disponible en estas familias, muchas veces, difiere mucho del crecimiento del PIB *per capita*. En tercer lugar, recomienda considerar el consumo y la renta en conjunto con la riqueza, ya que los niveles de acumulación y transmisión de riqueza son esenciales para los análisis de sostenibilidad. En cuarto lugar, la Comisión propone dar mayor importancia a los indicadores de (des)igualdad, es decir, tener en consideración la distribución real de renta, consumo y riqueza; además de conocer la situación del individuo medio, es importante evaluar también la situación de los más pobres y de los más privilegiados en relación con los tres elementos mencionados, para incluir todas las dimensiones del bienestar material.

Para captar en toda su amplitud la efectiva calidad de vida de los ciudadanos es también necesario tener en cuenta que el bienestar es un concepto multidimensional. Por esa razón, deben medirse varias dimensiones, incluyendo, por lo menos, el nivel de vida material, la salud, la educación, las actividades personales y el trabajo, la participación política, las relaciones y conexiones sociales, el medioambiente presente y futuro, y la (in)seguridad física y económica. Así pues, es necesario desarrollar medidas fidedignas para muchos de estos indicadores.

A continuación, la Comisión llama la atención sobre la necesidad de tener en consideración las desigualdades relativas a cada una de las dimensiones mencionadas. Las desigualdades de bienestar deben considerar características como el género, origen socio-económico y edad, para poder evaluar las conexiones entre los distintos dominios relevantes en la calidad de vida de cada persona. Así, por último, los datos oficiales deben proporcionar información que permita agregar en índices diversos las varias dimensiones del bienestar, incluyendo tanto elementos objetivos como elementos subjetivos: es indispensable entender las apreciaciones y evaluaciones individuales de los ciudadanos.

En estas recomendaciones de la Comisión es posible apreciar ya la importancia de las cuestiones de igualdad y desigualdad, así como la necesidad de considerar un conjunto importante de derechos y valores fundamentales (salud, educación, trabajo, conservación del medioambiente, etc.) para obtener una comprensión amplia de la realidad y diseñar adecuadamente las políticas públicas.

2.4.2 — La desigualdad como preocupación europea

A la Unión Europea también le preocupan los problemas que se derivan de la desigualdad; desde hace más de una década financia programas de investigación específicos sobre el tema, como la red EQUALSOC⁶⁹ y GINI⁷⁰. El resumen de los temas objeto de investigación es familiar y muy similar lo que plantean los principales autores que estudian estos asuntos y, como veremos, otras organizaciones internacionales. Así pues, los responsables de GINI explican que *«la desigualdad se ha agravado en algunas de las mayores economías y la crisis económica de 2007/08 ha servido para agravarlo. El hecho de que los manifestantes anti-austeridad hayan adoptado slogans como “somos el 99%!” sirve para señalar el papel central que los problemas de desigualdad de renta y la justicia como es percibida están desempeñando en las respuestas a la crisis. Bien antes de esa crisis, ya las economías industrializadas se desarrollaban de una manera que colocaba sus sociedades sobre presión creciente. Un contraste se diseñaba, especialmente, pero no solamente, en Estados Unidos, entre el duradero periodo del posguerra tras la Segunda Guerra Mundial, cuando los beneficios de un crecimiento económico sostenible eran ampliamente compartidos, aumentando el nivel de vida a través de la distribución de renta, y las décadas más recientes, cuando el crecimiento ha sido irregular, pero una proporción creciente ha sido apropiada por el topo de la distribución, con muy pocas mejoras para los trabajadores y sus familias. El grado en que las desigualdades crecientes*

⁶⁹ <http://www.equalsoc.org/2>.

⁷⁰ <http://gini-research.org/articles/home>.

de este tipo arriesgan exacerbar una serie de problemas sociales, potencialmente minando los procesos políticos y la cohesión social, es ahora un tema central para esas sociedades»⁷¹.

El propio Eurostat ha dedicado atención a la cuestión⁷² como muestran muchos de los Informes sobre renta y condiciones de vida y sobre la situación social en Europa⁷³. La situación de las desigualdades de renta es seria en muchos Estados miembros según varios indicadores, como el índice de Gini y la ratio S80/20. El Eurostat informa que de media, en 2012, el coeficiente de Gini para la población de la Unión Europea era de 30.6. Los países con más disparidades (33,6 o más) eran Letonia, Portugal, España, Grecia y Bulgaria, también incluidos en el grupo de países con peores ratios S80/20 (por encima de 5), junto con Rumanía, Reino Unido, Italia y Croacia. Cuanto a este indicador, la situación más preocupante es la de España, con un ratio S80/20 de más de 7.

En cuanto a la Comisión Europea, esta se ha ocupado de distintos aspectos de la desigualdad, tanto en el plano de la desigualdad social y económica, como en el plano de los derechos sociales instrumentales a la garantía efectiva del principio (como es el caso de la salud) como en relación con fuentes de discriminación específica (como el género)⁷⁴. La institución destaca, por ejemplo, las desigualdades en los denominados ‘determinantes sociales de la salud’, como la protección social; un análisis de los datos

⁷¹ NOLAN, B. y otros (ed.) - *Changing Inequalities and Societal Impacts in Rich Countries: Thirty Countries' Experiences*, Oxford University Press, 2014.

⁷² http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Income_inequality_statistics.

⁷³ EUROSTAT - *Living conditions in Europe*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2014, *European Social Statistics, 2013 edition*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2013, *Sustainable development in the European Union 2013 edition - Key messages*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2013.

⁷⁴ Véanse los datos de la Comisión Europea sobre desigualdad económica en <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1050&intPageId=1870&langId=en>; véanse también los informes sobre salud y género: EUROPEAN COMMISSION - *Health inequalities in the EU — Final report of a consortium. Consortium lead: Sir Michael Marmot*, Directorate-General for Health and Consumers, European Commission, 2013, doi:10.2772/34426; *Report on equality between women and men 2014*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, European Union, 2015.

disponibles permitió concluir que los gastos en protección social tienen un impacto diverso en la salud, pero que afectan más favorablemente a las familias con baja formación. Por otro lado, también concluye que *«las desigualdades en la salud surgen debido a desigualdades en las condiciones de vida y en sus causas fundamentales: iniquidades en poder, dinero y recursos»*. Más aún, añade, *«las desigualdades sociales y económicas minan los determinantes de salud: el conjunto de factores que interaccionan y moldean la salud y el bienestar. (...) Varios otros determinantes-clave socio-económicos varían entre los Estados miembros de la UE, como la distribución de renta y el desempleo. Son particularmente preocupantes para la salud la variación entre el paro de larga duración y la proporción entre los ciudadanos con un nivel de educación secundaria básico o inferior y el número de los que sufren privaciones materiales»*⁷⁵.

El Parlamento Europeo ha comisionado varios estudios sobre las cuestiones de la desigualdad y el impacto de la crisis en los derechos fundamentales de los ciudadanos europeos. Aunque muchas de las conclusiones de estos trabajos serán analizadas en la parte III de esta tesis, es interesante referir, muy brevemente, lo que se declara en el informe sobre desigualdad salarial y de renta en la Unión Europea. En realidad, las proposiciones que en él se defienden no son significativamente distintas de lo que se ha expuesto hasta el momento: *«el bajo crecimiento en la Unión Europea en las recientes décadas ha aumentado las preocupaciones relativas a la dispersión salarial, desigualdad de renta en general y exclusión social. Utilizando diferentes indicadores, hay bastantes pruebas de que la desigualdad de renta aumentó acentuadamente desde la mitad de los años 1980, y que las crisis de deuda de la zona Euro conjugadas con los programas de consolidación fiscal adoptados por varios países del Euro podrán agravar la situación a*

⁷⁵ EUROPEAN COMMISSION - *Health inequalities in the EU — Final report of a consortium. Consortium lead: Sir Michael Marmot, Directorate-General for Health and Consumers, European Commission, 2013, doi:10.2772/34426;*

*corto y medio plazo*⁷⁶. Además, se registra preocupación por la pérdida de poder adquisitivo de los salarios mínimos, con la bajada de los números de la contratación y negociación colectivas y con el papel de las rentas del capital en el aumento de las desigualdades.

En el marco del ordenamiento jurídico comunitario se han aprobado, desde el año 2000, varias directivas en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación, pero, como se verá en la parte II de este trabajo, muy centradas en cuestiones de representación —como la no discriminación por razón de género, raza o edad— notándose ciertas dificultades a la hora de adoptar medidas con impacto en el plano económico y de las desigualdades de renta. De cualquier modo, es justo señalar que algunas de las normas de la Unión en esta materia, en especial en lo que respecta a la protección de la maternidad y la paternidad, incluyen estándares mínimos para un conjunto de medidas de protección social, que contribuyen no solamente a la no discriminación por razón de género, como también a la promoción de una igualdad efectiva, en un sentido más amplio.

2.4.3 — El análisis de la OCDE

En el plano supranacional, las cuestiones de desigualdad han ocupado muchos de los trabajos de la OCDE en los últimos años. La organización ha editado varios estudios sobre la materia en los últimos años⁷⁷⁷⁸. En el último

⁷⁶ Véase el informe de DREGER, C., LÓPEZ-BAZO, E., RAMOS, R., ROYUELA, V. SURIÑACH, J. — *Wage and Income Inequality in the European Union*, European Parliament's Committee on Employment and Social Affairs, European Union, 2014.

⁷⁷ Véanse los Informes de la OCDE - *Divided We Stand: Why Inequality Keeps Rising*, OCDE, 2011, en <http://www.oecd.org/els/soc/dividedwestandwhyinequalitykeepsrising.htm>; *Rising inequality: youth and poor fall further behind - Insights from the OECD Income Distribution Database*, Directorate for Employment, Labour and Social Affairs, OCDE, junio 2014, en <http://www.oecd.org/social/OECD2014-Income-Inequality-Update.pdf>; *Focus on Inequality and Growth*, Directorate for Employment, Labour and Social Affairs, OCDE, diciembre 2014, en <http://www.oecd.org/els/soc/Focus-Inequality-and-Growth-2014.pdf> y *In It Together: Why Less Inequality Benefits All*, OCDE, 2015, en <http://www.oecd.org/els/in-it-together-why-less-inequality-benefits-all-9789264235120-en.htm>.

⁷⁸ La OCDE tiene también páginas de Internet completamente dedicadas a la cuestión de la desigualdad, en particular a los problemas de la desigualdad económica: <http://www.oecd.org/social/income-distribution-database.htm> y <http://www.oecd.org/social/inequality-and-poverty.htm>.

de una serie de Informes dedicados al tema, hay una constatación clara del problema: *«La brecha entre ricos y pobres sigue aumentando. En las décadas anteriores a la Gran Recesión, el crecimiento económico benefició de forma desproporcionada a los grupos con rentas más altas, mientras las familias de baja renta eran dejadas para atrás. Desde la crisis, las disparidades han acentuado y en muchos países de la OCDE la desigualdad está hoy en los niveles más altos desde que se comenzó a recoger datos. Este aumento a largo plazo en la desigualdad de renta no solo suscita preocupaciones sociales y políticas, como también económicas: la desigualdad frena el crecimiento del PIB, y la distancia creciente entre el 40% más desfavorecido y el resto de la sociedad es la causa de este fenómeno. Los debates sobre cómo invertir esta tendencia y promover oportunidades para todos han sido definidos como una prioridad en la agenda política en muchos países».*

La organización pone de relieve dimensiones muy importantes (también desde el punto de vista constitucional) del problema de la desigualdad en el escenario de la crisis económica: en primer lugar, muchos de los países de la OCDE llegaron a los años de la crisis con niveles históricamente altos de desigualdad. El primer impacto de los problemas económicos no ha sido bien definido en términos de desigualdad, ya que la caída de las tasas de remuneración del capital afectó esencialmente las rentas de las clases altas, mientras que los altos índices de paro provocó graves cortes en las rentas de las clases medias y bajas; la conjugación de los dos fenómenos tuvo un impacto contradictorio en la distribución de renta, pero la verdad es que en muchos de los miembros de la organización se nota un aumento real de la desigualdad y de la pobreza.

En la primera fase de la crisis, y a pesar del aumento de la desigualdad, los impuestos y beneficios sociales frenaron, en parte, el aumento de la brecha entre pobres y ricos. Pero, con el paso del tiempo y las medidas de reajuste fiscal adoptadas en muchos países, la tendencia para el crecimiento de la desigualdad de renta disponible se aceleró. La principal causa de este hecho ha sido el aumento del paro, cuyos niveles se mantienen

muy elevados. El desempleo y la precariedad no solo provocan la bajada de las rentas de los afectados, sino que también ejercen presión hacia abajo en los salarios y beneficios de toda la masa laboral. Las desigualdades salariales han aumentado significativamente en el Reino Unido, Estonia, España, Irlanda, Grecia y Portugal. Además, las familias de baja renta son las que más han perdido con la crisis o las que menos se han beneficiado con la recuperación económica.

Los cambios estructurales en el trabajo —y la generalización de *trabajo no estándar* (*non standard work*), que incluye muchas formas de trabajo precario, tanto autónomo como dependiente (a tiempo parcial, en empresas de trabajo temporal, contratos de duración determinada, etc.)— son, según la OCDE, una de las principales causas de la desigualdad salarial y de renta. Efectivamente, las reformas del mercado laboral y la disminución de la protección jurídica de los trabajadores, parece haber aumentado las oportunidades de empleo, pero también, y de manera muy significativa, la desigualdad salarial. Las mujeres y los trabajadores de origen más desfavorecido y sin formación (sujetos habituales de múltiples desigualdades y de discriminaciones interrelacionadas) están sobre-representados en todas las formas de trabajo precario. Estas han sido privilegiadas en la creación de empleo desde la década de 1990, tendencia que se ha acentuado mucho en los años de la crisis. Todo este cuadro agrava la polarización salarial y laboral: los empleos destruidos en ocupaciones medias, con contratos de trabajo, son ahora sustituidos por empleos en los extremos más alto y más bajo de la cadena, y con recurso a formas de trabajo no estándar. El recurso a estas nuevas formas de trabajo tiende a bajar los salarios de los más desfavorecidos, sin efectos significativos en el polo opuesto de la escala salarial. Todas estas tendencias se han agravado de manera notable con la crisis, y contribuyen decisivamente a aumentar las desigualdades, razón por

la cual los derechos relacionados con el trabajo deberán ser objeto de análisis en una reflexión de cariz jurídico sobre la desigualdad.

2.4.4 — El análisis de FMI

La preocupación por las cuestiones de igualdad y desigualdad está también presente, de manera clara, en las últimas investigaciones del Fondo Monetario Internacional⁷⁹. El planteamiento de esta organización en relación con los problemas de desigualdad es particularmente relevante, ya que es una de las instituciones integrantes de la *Troika*, con un papel relevante en los procesos de gestión de la deuda pública y rescate de algunos países de la Unión. Dichos rescates fueron acordados a cambio de un conjunto de contrapartidas con consecuencias muy serias en materia de igualdad y derechos fundamentales; pero, al no estar el FMI, al contrario de la Comisión Europea y del BCE, vinculado a un catálogo de derechos, solo su propia percepción de estas cuestiones (y la presión política) podrá influir sus posiciones e intervenciones.

Así pues, las investigaciones más recientes del Fondo demuestran la necesidad de elevar las rentas de las clases bajas y medias para reducir la desigualdad y estimular el crecimiento. El crecimiento es más sostenible a largo plazo si es equilibrado, y requiere políticas y reformas inteligentes en los sectores de sanidad, educación y mercado laboral. Los trabajos ahora divulgados⁸⁰ revelan que el efecto positivo para la economía del aumento del porcentaje de renta de las clases bajas y medias es mucho mayor que el aumento de renta de las clases altas. Así pues, al contrario de lo defendido

⁷⁹ DABLA-NORRIS, E., KOCHHAR, K., SUPHAPHIPHAT, N., RICKA, F., TSOUNTA, E. - *Causes and Consequences of Income Inequality : A Global Perspective*, IMF Staff Discussion Note, SDN/15/13, 2015, <https://www.imf.org/external/pubs/ft/sdn/2015/sdn1513.pdf> y BERG, A. y OSTRY, J. - *Inequality and Unsustainable Growth: Two Sides of the Same Coin?*, IMF Staff Discussion Note, SDN 11/08, 2011.

⁸⁰ De nuevo, DABLA-NORRIS, E., KOCHHAR, K., SUPHAPHIPHAT, N., RICKA, F., TSOUNTA, E. - *Causes and Consequences of Income Inequality : A Global Perspective*, IMF Staff Discussion Note, SDN/15/13, 2015

durante décadas, los beneficios de las rentas altas se transmiten hacia arriba y no hacia las clases más bajas. De esta forma, niveles excesivos de desigualdad desaceleran el desarrollo económico y su sostenibilidad.

La investigación desarrollada por el Fondo muestra que, cuando el crecimiento es analizado a largo plazo, no existe una oposición o incompatibilidad entre eficiencia e igualdad. De hecho, la igualdad parece ser un ingrediente importante para la promoción y sostenibilidad del crecimiento. La diferencia entre los países que consiguen un crecimiento rápido durante una serie de años o décadas y los que asisten al desvanecimiento rápido de los picos de crecimiento puede ser el nivel de desigualdad. Por esta razón, los países podrán verificar que mejorar la igualdad mejorará también la eficiencia, entendida como un desarrollo sostenible a largo plazo. El FMI reconoce, además, que la desigualdad es uno de los factores de crecimiento de la economía bien establecidos, a la par de la calidad de las instituciones políticas y de la apertura de los mercados.

El Fondo constata la divergencia entre la disminución paulatina de la desigualdad entre países, debida al rápido crecimiento de los países emergentes, y los niveles crecientes de desigualdad dentro de cada territorio. Esta tiene como principales causas, según el Fondo, las enormes diferencias salariales entre los trabajadores comunes y los altos directivos y otros profesionales altamente valorados, derivadas del progreso tecnológico y de la globalización financiera, y reforzadas por recurso excesivo al crédito, baja movilidad social y desigualdades de acceso a la educación, sanidad y otros servicios. Así pues, habría que promover un combate a los altos niveles de desigualdad de oportunidades, promoviendo la estabilidad económica, adoptando políticas de promoción de la igualdad equilibradas con incentivos a la competencia e innovación y ajustando las políticas fiscales, reduciendo los altos impuestos sobre la renta; a todo esto tendría que sumarse un amplio conjunto de reformas en distintos sectores sociales, para impulsar el

crecimiento económico y el aumento de las rentas y niveles de bienestar de las poblaciones.

2.4.5 — Las cuestiones de igualdad en la óptica de las Naciones Unidas

En el plano global, también las Naciones Unidas se han ocupado en los últimos años de cuestiones de igualdad. Recordemos que los *Objetivos del Milenio*⁸¹, aprobados en el año 2000, incluían ya una serie de propósitos relacionados con problemas de igualdad, entre los cuales la erradicación de la pobreza extrema y del hambre, la universalización de la educación primaria, la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres, la reducción de la mortalidad infantil y protección de la salud materna, el combate al VIH, malaria y otras enfermedades, la garantía de sostenibilidad y equilibrio medioambiental y la celebración de acuerdos para un desarrollo sostenible a nivel global⁸².

En el Informe *Humanidad Dividida – Cómo hacer frente a la desigualdad en los países en desarrollo*⁸³, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo

⁸¹ Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas — *United Nations Millennium Declaration*, de 18 de septiembre de 2000.

⁸² Para una evaluación del cumplimiento de los Objetivos del Milenio y nuevas propuestas a partir del año 2015, véanse UNITED NATIONS DEVELOPMENT GROUP — *A Million Voices: The World We Want — A Sustainable Future With Dignity For All*, United Nations Development Group 2013, <https://www.worldwewant2015.org/bitcache/cb02253d47a0f7d4318f41a4d11c330229991089?vid=422422&disposition=inline&op=view>; y *Delivering The Post-2015 Development Agenda, Opportunities at the National and Local Levels*, United Nations Development Group 2014, <http://www.undp.org/content/dam/undp/library/MDG/Post2015/UNDP-MDG-Delivering-Post-2015-Report-2014.pdf>.

⁸³ Véase UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME - *Humanity Divided: Confronting Inequality in Developing Countries*, United Nations Development Programme - Bureau for Development Policy, 2013, http://www.undp.org/content/dam/undp/library/Poverty%20Reduction/Inclusive%20development/Humanity%20Divided/HumanityDivided_Full-Report.pdf. y también UNITED NATIONS CAPITAL DEVELOPMENT FUND — *Inclusive Future - Inequality, Inclusive Growth and the Post-2015 Framework*, UN Capital Development Fund, 2013, <http://www.uncdf.org/sites/default/files/Download/inequality.pdf>; UNITED NATIONS - *Inequality Matters - Report of the World Social Situation 2013*, Department of Economic and Social Affairs, United Nations, 2013, <http://www.un.org/esa/socdev/documents/reports/InequalityMatters.pdf>.

traza un panorama desolador: *«durante los últimos dos decenios, la desigualdad de ingresos ha aumentado en promedio dentro de los países y entre ellos. Debido a esto, una mayoría considerable de la población mundial vive en sociedades con una mayor desigualdad que la que existía hace 20 años. En especial, en algunos lugares del planeta las diferencias de ingresos son cada vez mayores —y con ellas también ha crecido la brecha en la calidad de vida entre ricos y pobres— a pesar de la inmensa riqueza propiciada por tasas de crecimiento espectaculares. De hecho, el mayor incremento en la desigualdad de ingresos ha tenido lugar en los países en desarrollo que lograron graduarse a una clasificación de ingreso más alta. El progreso económico en estos países no ha mitigado las disparidades, sino que las ha agravado. El mundo es hoy más desigual que en cualquier otro periodo desde la Segunda Guerra Mundial. No obstante, existen indicios claros de que esta situación no puede sostenerse mucho más. La desigualdad ha puesto en peligro el crecimiento económico y la reducción de la pobreza. Ha frenado el progreso en educación, salud y nutrición para grandes sectores de la población, hasta el punto de socavar las propias capacidades humanas necesarias para lograr una buena vida».*

Entre los mensajes clave del Informe se cuentan muchas de las conclusiones ya elaboradas ya sea en el plano puramente científico, ya sea en el ámbito de otras organizaciones internacionales. Ante todo, se señala que la desigualdad profunda socava el desarrollo al obstaculizar el progreso económico, debilitar la vida democrática y amenazar la cohesión social y se atribuye su aumento en las últimas décadas a amplios procesos de globalización, aunque las decisiones en política interior también han desempeñado un papel importante. Así, y a pesar de algunos indicios de convergencia, las disparidades dentro de un mismo país en educación, salud y nutrición siguen siendo muy altas.

Retomando dos conceptos muy discutidos, como vimos, en las teorías de la justicia, las Naciones Unidas observan que la desigualdad de resultados y la desigualdad de oportunidades no pueden tratarse como problemas diferentes; en realidad se trata de dos caras de una misma

moneda. Efectivamente, la igualdad de oportunidades no puede coexistir con una profunda desigualdad de resultados. De hecho, a medida que los resultados son más desiguales, las oportunidades de vivir una vida más próspera disminuyen para quienes han nacido en hogares relativamente desfavorecidos. De igual manera, la persistencia de resultados desiguales para grupos concretos puede fortalecer los modelos de discriminación y los prejuicios culturales subyacentes.

El Informe termina, a pesar de todo, con un mensaje positivo: la creciente desigualdad de ingresos no es inevitable; es posible —y varios países lo han hecho— contener o reducir la desigualdad de ingresos y, al mismo tiempo, conseguir una tasa de crecimiento sólida. Para ello, es necesario, en primer lugar, crear espacio político para la reducción de las desigualdades. También es imprescindible una fuerte redistribución, y deben adoptarse, además, modelos de crecimiento más inclusivos para que dicha reducción sea sostenible. Hay cuestiones de desigualdad muy marcada que no se explican ni se combaten solamente con inversión y redistribución; exigen antes una atención a las normas culturales reproductoras de dicha desigualdad. Las cuestiones de género y las múltiples desigualdades de que las mujeres siguen siendo víctimas pueden ser útiles para intentar comprender las dinámicas de la desigualdad y los problemas de interseccionalidad, y para buscar formas de promover el acceso a medios de vida y la libertad de acción política como instrumentos de emancipación y combate a la discriminación.

En otros documentos⁸⁴ de la organización, el diagnóstico de los problemas es idéntico. Se señalan con particular preocupación las desigualdades en el acceso a la educación y sanidad, así como las desigualdades geográficas, que llevan a que los habitantes de zonas rurales,

⁸⁴ UNITED NATIONS - *Inequality Matters* - Report of the World Social Situation 2013, Department of Economic and Social Affairs, United Nations, 2013, <http://www.un.org/esa/socdev/documents/reports/InequalityMatters.pdf>

además de las minorías étnicas y de los ciudadanos portadores de deficiencia, sufran de forma desproporcionada la falta de acceso a servicios esenciales y vivan, en altos porcentajes, en situación de pobreza y exclusión. También se pone de relieve el aumento notable de las desigualdades en los países más ricos y las implicaciones de ese aumento en el desarrollo social y económico. Hay pruebas crecientes de los efectos corrosivos de la desigualdad en la reducción de la pobreza, así como en la estabilidad socio-económica, afectando cada comunidad en su conjunto y no solo a los más desfavorecidos.

Finalmente, las Naciones Unidas advierten que los problemas de desigualdad son problemas de justicia social. Es un deseo humano universal vivir en sociedades justas, donde cada uno pueda desarrollar su personalidad y mejorar su posición socio-económica, independientemente de sus orígenes. En la situación actual, además de la desigualdad generalizada, determinados grupos —como los jóvenes o los mayores— están en posiciones de gran desventaja en muchos dominios de la vida, dado que las discriminaciones que enfrentan (en el acceso al trabajo y en el ejercicio de varios otros derechos fundamentales) están interrelacionadas y se refuerzan mutuamente.

La crisis económica y financiera global y, más aún, los “draconianos programas de austeridad” adoptados para intentar combatirla han acelerado la necesidad de tomar medidas de reducción de la desigualdad y de sus consecuencias. El planteamiento de las Naciones Unidas sobre esta materia es particularmente interesante, desde el punto de vista jurídico y constitucional, porque coloca el acento en la garantía de los derechos fundamentales y en la recuperación de los principios de igualdad y universalidad. Así pues, las principales propuestas pasan por centrar la inversión pública en servicios universales y de calidad en dominios como la sanidad, educación. La educación, en especial, tiene efectos redistributivos

muy significativos en todos los grados. Hay también que garantizar un esquema de protección social básica y prestar particular atención a los grupos más vulnerables y a las múltiples privaciones que sufren. Por último, según la ONU, la consolidación fiscal debe ser concebida de manera a que no afecte el gasto público esencial en los servicios universales fundamentales. Esta es una idea muy importante a recuperar para la evaluación de la conformidad constitucional de las medidas de austeridad y a ella volveremos en la parte III de este trabajo.

3. La Igualdad en la Constitución: principio constitucional y derecho fundamental

3.1 — Dimensiones de la igualdad constitucional; 3.1.1 — La igualdad ante la ley; 3.1.2 — La igualdad sustancial; 3.1.3 — La igualdad como derecho subjetivo; 3.1.4 — La prohibición de discriminación; 3.2 — Criterios de interpretación del principio de igualdad; 3.2.1 — La igualdad como prohibición de la arbitrariedad; 3.2.2 — La igualdad proporcional como reconfiguración del criterio del arbitrio; 3.2.3 — Estado actual de la densificación del principio de igualdad (perspectivas y problemas); 3.3 — El principio de igualdad en las Constituciones de los países europeos; 3.3.1 — La Igualdad en la Ley Fundamental Alemana; 3.3.1.1 — Marco Constitucional general; 3.3.1.2 — Jurisprudencia; 3.3.2 — La Igualdad en la Constitución Italiana de 1947; 3.3.2.1 — Marco Constitucional general; 3.3.2.2 — Breve recorrido por la jurisprudencia - de una concepción restrictiva a la ampliación del alcance del principio de igualdad; 3.3.3 — La igualdad en la Constitución Española de 1978; 3.3.3.1 — Marco constitucional; 3.3.3.2 — Jurisprudencia constitucional sobre el principio de igualdad; 3.3.4 — La igualdad en la Constitución Portuguesa de 1976; 3.3.4.1 — Marco constitucional; 3.3.4.2 — Jurisprudencia constitucional.

Al hablarse de Igualdad como principio constitucional y derecho fundamental, la doctrina suele empezar por señalar las dificultades, contradicciones y dudas que su construcción dogmática y respectiva densificación suscitan. Para algunos, la abstracción inherente a la igualdad es de tal manera marcada que la transforma en una fórmula vacía, sin autonomía operativa en relación con otros principios básicos del ordenamiento jurídico⁸⁵. En realidad, la determinación del contenido

⁸⁵ Denominando, precisamente, al principio de igualdad ‘fórmula vacía’ véase WITTE, B. de - From a “Common Principle of Equality” to “European AntiDiscrimination Law”, en *American Behavioral Scientist*, 52(12), 2010, para quien el principio de no discriminación como está desarrollado en el marco del derecho de la Unión Europea es significativamente más útil. Con posición más matizada, pero igualmente señalando dificultades, véanse FREIXES SANJUÁN, T y REMOTTI CARBONELL, J. C. — “Los Valores y Principios en la Interpretación Constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 12, N. 35, 1992.: «no es fácil deducir los contenidos materiales que acompañan a los valores y principios; en primer lugar, porque los mismos contenidos materiales pueden actuar como valores, como principios o como reglas jurídicas concretas, y en segundo término, porque tanto valores como principios, a partir de su propio grado de abstracción, pueden conducir a diversos significados materiales, todos ellos constitucionalmente admisibles, pero de cuya adopción y manifestación concreta sólo puede predicarse responsabilidad política. Un ejemplo paradigmático está constituido por la igualdad».

material del principio de igualdad exige, de manera ejemplar, una apertura a la consciencia de cada comunidad política y una conjugación de las lecturas de cada intérprete de la Constitución en una sociedad abierta. Evidentemente, esto implica un grado de abstracción elevado, ya que, además, el principio se aplica a todos los dominios del ordenamiento jurídico, no limitándose a un plano determinado de la actividad social. Debido a esta *escasa densidad normativa y regulativa*, las exigencias normativas derivadas de la constitucionalización de la idea de igualdad —es decir, de su consagración como precepto jurídico-constitucional— dependen, en primer lugar, de un juicio de realidad, de una evaluación de semejanza y diferencia entre situaciones de la vida, a partir de la cual se puede determinar la necesidad de trato igual o desigual. Así pues, asume particular importancia la concepción del Derecho como ciencia social y ciencia de la cultura, profundamente atento a la realidad política, económica y social específica de cada territorio y de cada momento histórico. Al no existir un «*criterio empírico seguro que permita determinar que dos situaciones concretas son sustancialmente idénticas*»⁸⁶, el aplicador e intérprete del principio de igualdad depende de un análisis fundado y de un juicio de valor sobre la realidad, en el marco de los cuales tendrán que evaluarse los motivos presentados por el legislador para sostener sus opciones y los antecedentes objetivos de las soluciones legislativas de dudosa conformidad con dicho principio.

Empezando por intentar fijar el sentido del término, creemos que debe darse por establecido, con Pérez Luño⁸⁷, que el concepto de igualdad «significa la coincidencia o equivalencia parcial entre diferentes entes», siendo, así, distinta de la *identidad* (coincidencia absoluta de características) y de la *semejanza* (mera afinidad o aproximación entre diferentes entes). De esta forma, y siguiendo el planteamiento del autor citado, podemos señalar

⁸⁶ De nuevo, VILLACORTA MANCEBO, en “El Derecho de Igualdad y el Reconocimiento de la Obligación a la Dogmática”, en *Revista de Derecho Político*, n.º 67, 2006.

⁸⁷ PÉREZ LUÑO, A. E. — *Dimensiones de la Igualdad*, 2ª Edición, Dykinson, 2007.

tres características básicas del concepto, importantes para la densificación del principio jurídico y constitucional de igualdad y para la interpretación de las normas referentes a dicho principio. En primer lugar, el concepto de igualdad exige la constatación previa de *pluralismo* —de personas, objetos, situaciones o circunstancias—. Así pues, adquiere su sentido como *dimensión relacional* en un marco plural, siendo dentro de la diversidad que se manifiesta la condición de igualdad de dos o más entes, a partir de la selección de una o varias de sus características. Este nexo común es, pues, esencial para el establecimiento de una relación de igualdad. Esta relación se explicita —y se justifica— con la comparación entre las situaciones concretas en juicio, por lo que la elección del elemento o calidad común (el *tertium comparationis*), se revela fundamental para la calificación de los sujetos, objetos o circunstancias como iguales: es, en realidad, un paso básico de cualquier evaluación en términos de igualdad. La distinción entre los aspectos coincidentes y los restantes, justificándose la prevalencia de los primeros sobre los segundos es, así, indispensable, en el establecimiento de una relación de igualdad. Puede afirmarse, de nuevo con Pérez Luño, que *«la dimensión plural, relacional y comparativa de la igualdad se traduce por tanto en la concreción de aquel o aquellos aspectos en los que dos o más entes coinciden, así como en el discernimiento de aquellos otros en los que no se produce tal coincidencia. El razonamiento de igualdad opera, por tanto, a partir de procesos relacionales y comparativos de los que se infieren las equivalencias, pero también, paradójicamente, las diferencias que se dan entre los entes de los que se predica la igualdad»*.

3.1 — Dimensiones de la igualdad constitucional

3.1.1 — La igualdad ante la ley

La primera dimensión de la Igualdad como principio constitucional es la igualdad formal o igualdad ante la ley. Como enseña N. Bobbio⁸⁸, esta es la única de igualdad compatible con y exigida por la doctrina liberal, y significa que cada uno debe tener tanta libertad como sea compatible con la libertad del otro, pudiendo hacer todo lo que no dañe la igual libertad de los demás. Esta dimensión de igual libertad inspira dos tipos de normas constitucionales fundamentales, presentes en las constituciones del mundo occidental desde el siglo XVIII: la igualdad ante la ley y la igualdad de derechos. Las dos vertientes, señala el autor citado, atraviesan toda la historia del constitucionalismo moderno y están, aún hoy, expresamente consagradas en las normas de las leyes fundamentales contemporáneas. Véanse, a título de ejemplo, el artículo 3 de la Constitución italiana y el artículo 3 de la Ley Fundamental alemana.

Así, la igualdad ante la ley significa que esta es la misma para todos e implica imparcialidad en su aplicación. Por otro lado, una interpretación más amplia implica también la sumisión de todos los ciudadanos al mismo marco legal, lo que supone la derogación de todas las leyes específicas o singulares, y de las leyes discriminatorias. De nuevo con Bobbio⁸⁹, puede decirse que el principio de igualdad en esta dimensión de igualdad ante la ley significa una reafirmación de una sociedad de sujetos individuales, y no de clases u órdenes. De esta forma, el primer significado del principio no es más que una exigencia de generalidad y abstracción de la norma jurídica, es decir «*la exigencia de una tipificación en términos impersonales y universales de los supuestos que han de servir de base para la atribución de determinadas consecuencias jurídicas*»⁹⁰.

⁸⁸ Liberalismo e democrazia, Simonelli, 2008.

⁸⁹ Liberalismo e democrazia, Simonelli, 2008.

⁹⁰ PÉREZ LUÑO, A. E. — *Dimensiones de la Igualdad*, 2ª Edición, Dykinson, 2007

En una interpretación más contemporánea, la exigencia de generalidad implica una prohibición de la arbitrariedad, o sea, la prohibición de creación de distinciones sin justificación adecuada, sin fundamento objetivo y razonable. La definición de las diferencias relevantes e irrelevantes para la justificación de trato diferenciado de grupos, personas o situaciones es una evaluación que depende del contexto histórico, político, económico y social, debiendo tomarse como punto de referencia las valoraciones axiológicas que constan en los textos constitucionales. Esta configuración de la igualdad como límite a la actuación de los poderes públicos se impone a todos los órganos e instituciones del Estado, funcionando como verdadera frontera definidora de su ámbito de actuación, con particular importancia para la actuación de poder legislativo y del poder judicial.

De esta forma, la igualdad ante la ley es hoy concebida como igualdad jurídica⁹¹ en sentido amplio, una igualdad de derecho y en los derechos. Esto implica algo más que la mera igualdad de todos los ciudadanos a los ojos de la ley y en la aplicación de la ley. Esta concepción integra, también, una idea de igual goce de los derechos fundamentales constitucionalmente consagrados, lo que constituye un inequívoco avance en la densificación del principio de igualdad. Esta dimensión de la igualdad es esencial, como señala N. Bobbio⁹², para la integración de cada persona en su comunidad como verdadero sujeto jurídico, miembro pleno de la sociedad.

3.1.2 — La igualdad sustancial

Las constituciones europeas de posguerra y la mayoría de los textos constitucionales subsecuentes contienen, como se verá con los ejemplos analizados más adelante, además de la consagración del principio de la igualdad comprendida en sentido formal, un principio de igualdad sustancial,

⁹¹ Véase BOBBIO, N. - Eguaglianza e libertà, Einaudi, 2009.

⁹² De nuevo, BOBBIO, N. - Eguaglianza e libertà, Einaudi, 2009.

un mandato constitucional que ordena a los poderes públicos la eliminación de los obstáculos a la igualdad de oportunidades, así como la adopción de medidas de acción positiva y discriminación inversa o la atribución de prestaciones sociales a través de las cuales se combatan las desventajas que resultan de las circunstancias de vida o características no controlables de la persona⁹³, en los tres planos definidos por N. Fraser: de la redistribución de recursos, del reconocimiento y de la representación.

La igualdad material en nuestras sociedades pluralistas consiste, en el fondo, en el establecimiento de un equilibrio en los sistemas político y socio-económico que permita asegurar un nivel semejante de participación en la vida pública y el goce de un conjunto de derechos fundamentales, con el objetivo de garantizar que cada persona sea tratada como igual en el marco de una determinada sociedad. La materialización de este proyecto colectivo de ampliación de la democracia política, social y económica se traduce en la inclusión en los textos constitucionales de una serie de derechos fundamentales, así como de un conjunto de obligaciones estatales que buscan aproximar la condición social y económica de cada ciudadano, con vistas a proporcionar una igualdad real y efectiva, y permitir el libre desarrollo de la personalidad y de las capacidades de cada uno.

La idea de igualdad material aparece en el constitucionalismo del siglo XX como complemento —y no como contrapunto— de la igualdad jurídica. Tiene, en primer lugar, una importancia fundamental en la justificación de un conjunto de derechos económicos, sociales y culturales, cuya consagración y protección constitucional es un elemento básico del intento de asegurar a cada persona una participación igual —o, por lo menos, semejante— de bienes esenciales como la educación, la salud o la participación política. Este reparto equivalente de recursos sociales básicos

⁹³ En este sentido, CARBONELL, M. - *El Principio Constitucional de Igualdad*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2003.

protege a los ciudadanos contra situaciones de dependencia, tanto en relación con el Estado, como en relación con los poderes sociales dominantes, garantizando, así, su libertad.

En la lograda conclusión de Pérez Luño⁹⁴, «*la distinción entre igualdad formal e igualdad material, más que una alternativa implica un proceso de ampliación del principio de igualdad en las sociedades pluralistas y democráticas. En dicha concepción material-formal de la igualdad (...) su dimensión jurídica no puede desconectarse de las condiciones políticas, económicas y sociales que gravitan sobre su realización; al tiempo que su dimensión material no puede abordar su programa de equilibrio en la distribución de las oportunidades y los bienes sin contar con los cauces formales que, en el Estado de derecho, garantizan a los ciudadanos de los abusos de quienes desempeñan el poder*».

3.1.3 — La igualdad como derecho subjetivo

La estructura del derecho subjetivo a la igualdad fue un tema explorado por Alexy⁹⁵ en sus escritos. La construcción dogmática que presentó sirve, aún hoy, de base a buena parte de los planteamientos doctrinales y jurisdiccionales, aunque, como veremos, tal vez ya no sea suficiente.

Alexy distingue, desde un punto de vista estructural, tres tipos de derechos a la igualdad o derechos fundados en el principio de igualdad: los derechos abstractos y definitivos de igualdad, los derechos concretos y definitivos de igualdad y los derechos de igualdad abstractos *prima facie*⁹⁶. Los primeros —los derechos abstractos y definitivos— son solamente dos, el derecho a trato igual, siempre que no exista fundamento adecuado para actuar de otra manera, y el derecho a tratamiento diferenciado siempre que tal sea justificado objetiva y razonablemente. Ambos derechos derivan, de forma bastante clara, de la concepción clásica del principio de igualdad y su

⁹⁴ PÉREZ LUÑO, A. E. — *Dimensiones de la Igualdad*, 2ª Edición, Dykinson, 2007.

⁹⁵ Véase ALEXY, R. — *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, 2010.

⁹⁶ Véase ALEXY, R. — *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, 201, p. 285 y sigs.

transposición a las situaciones concretas da origen a una serie de derechos definitivos concretos a la igualdad.

Estos dos tipos de derechos de igualdad —derechos definitivos, tanto abstractos, como concretos— no son simples derechos negativos. Pueden implicar tanto una abstención de discriminación por parte de los poderes públicos, como la atribución de una prestación antes denegada en violación de la igualdad e incluso el reconocimiento del derecho de participación activa en determinado proceso de decisión. Así pues, y al contrario de la concepción más clásica que configuraba los derechos de igualdad como esencialmente negativos, que imponía a las autoridades una abstención de trato igual o de trato desigual según las circunstancias, resulta claro que dichos derechos pueden dar origen a pretensiones positivas y a prestaciones efectivas.

En cuanto a los derechos *prima facie*, estos corresponden, para Alexy, al derecho a la igualdad jurídica y al derecho a la igualdad de hecho. El primero es un derecho a la omisión de trato diferenciador; el segundo es un derecho a actos positivos del Estado. Ambos son *derechos constitucionales completos*, en el sentido atribuido por Alexy a la expresión, es decir, abarcan un conjunto de posiciones jurídicas derivadas de la misma disposición constitucional. Así pues, el artículo 3 de la Ley Fundamental alemana no puede, según el autor, ser interpretado como un estatus negativo; debe concebirse como una disposición normativa que contiene una serie de derechos subjetivos distintos, con gran variedad estructural. Esta es, también, la interpretación mayoritaria de las normas equivalentes de las constituciones de otros países europeos, aunque la derivación de verdaderos derechos subjetivos de las disposiciones constitucionales que consagran el principio de igualdad no está unánimemente aceptada⁹⁷.

⁹⁷ Véase, PÉREZ LUÑO, A. E. — *Dimensiones de la Igualdad*, 2ª Edición, Dykinson, 2007, sobre las voces contrarias a concebir la igualdad como un derecho fundamental.

De forma similar a lo previsto en normas de derecho internacional — como es el caso del artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, otra dimensión fundamental del derecho a la igualdad es el igual goce de los derechos y libertades (y los mismos deberes) constitucionales, sin cualquier tipo de distinción. Efectivamente, el derecho a la igualdad constitucional es un *derecho a tener derechos fundamentales*, y a tenerlos en las mismas condiciones y con la misma amplitud que los demás conciudadanos, ya que solo eso permite afirmar la paridad de las personas en el escenario socio-político y constitucional. El derecho a la igualdad de derechos combina, así, la exigencia de trato simétrico ante la ley y en la ley con el objetivo de asegurar el goce efectivo de los derechos fundamentales que constan en los catálogo(s) relevantes.

Esta concepción encara el derecho a la igualdad como garantía de los restantes derechos fundamentales. Pero, por otra parte, una conclusión natural de este planteamiento es que los derechos fundamentales —en especial algunos derechos económicos y sociales considerados verdaderos pilares de las políticas de promoción de la igualdad, como la educación, la salud o la seguridad social— son también un mecanismo de garantía del derecho a la igualdad, conclusión que se refuerza, además, teniendo en mente todo lo que hasta ahora se ha expuesto, desde las reflexiones filosóficas hasta los estudios económicos sobre desigualdad.

Esta posición tiene consecuencias metodológicas importantes en el plano de la garantía de los derechos fundamentales y del equilibrio de competencias entre legislador y órganos jurisdiccionales. Volveremos al tema en la parte III del trabajo, pero, por ahora, diremos que dicha concepción implica que la igualdad como valor constitucional debe ser un horizonte valorativo claro en el análisis de las medidas normativas que afectan los derechos fundamentales del tipo mencionado. Así pues, en la evaluación de la conformidad de este tipo de medidas con el parámetro

constitucional de validez, es importante considerar, en primer lugar, si resulta afectado el núcleo del derecho concretamente en causa, no solo en lo estrictamente esencial, sino también en una dimensión equivalente a la que es garantizada a un conjunto de personas en situación semejante según criterios relevantes; en segundo lugar, es necesario decidir si la medida en apreciación, aunque no viole directamente el principio de igualdad, teniendo en mente su universo de aplicación, afecta de tal manera un determinado derecho económico y social que tiene como consecuencia la disconformidad con el derecho constitucional a la igualdad.

3.1.4 — La prohibición de discriminación

En relación a la prohibición de discriminación, la doctrina discute, ante todo, su autonomía estructural en relación con el principio de igualdad. Algunos autores sostienen que deberá ser entendida como un principio con, por lo menos, un cierto grado de autonomía, mientras que otros la definen como una de las dimensiones del principio de igualdad, o sea, como mera parte de un todo más vasto. Creemos que la naturaleza intrincada e interconectada de las dimensiones del principio de igualdad justifica este segundo planteamiento. De hecho, la prohibición de discriminación está íntimamente relacionada tanto con el principio de igualdad formal, como con el principio de igualdad sustancial, siendo, al mismo tiempo, un objetivo constitucional autónomo y un elemento funcional en la realización efectiva de la igualdad sustancial.

En el plano práctico, es evidente que la prohibición de discriminación tiene una dimensión operativa inmediata, al distinguir criterios válidos e inválidos de distinción entre personas y situaciones. Por otro lado, el mandato constitucional de no discriminación impone a los poderes públicos la adopción de medidas y políticas de promoción de la igualdad sustancial, abriendo la puerta a la posibilidad de que dichas medidas puedan

materializarse en formas de acción positiva, de excepciones al principio de igualdad en sentido formal, con vistas a garantizar la *igualdad real* consagrada en muchos textos constitucionales como objetivo o tarea fundamental del Estado.

Es también importante resaltar que, en las últimas décadas, la comprensión dogmática y jurisprudencial de la prohibición de discriminación se ha reconfigurado centrándose más en el concepto de *desventaja* que en el concepto de *diferencia*. Efectivamente, y de acuerdo con las teorías de la justicia contemporáneas, lo que las constituciones pretender ver eliminado no son las diferencias —hoy en día entendidas como un elemento esencial de las sociedades plurales—, sino las desventajas que puedan resultar de tales diferencias.

Esto mismo se confirma cuando se analizan las definiciones de discriminación adoptadas en ciertos instrumentos internacionales. Según el Comité de Derechos Humanos de la ONU⁹⁸, el término «*debe entenderse referido a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se base en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas*»⁹⁹.

Las desventajas originadas por las diferencias entre personas son, en general, una construcción del sistema social y económico con eco en el ordenamiento jurídico. Así pues, en buena parte de los casos de trato discriminatorio no se está ante un acontecimiento aislado, sino ante una práctica sistemática y generalizada que resulta de un modelo implícito de

⁹⁸ Observación General N. 18 del Comité de Derechos Humanos de la ONU, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 168, 1989.

⁹⁹ En este sentido, CARBONELL, M. - *El principio constitucional de Igualdad*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2003.

conducta social y de estereotipos persistentes (como la falta de capacidad de la mujer para ciertos cargos o de su especial aptitud para determinadas tareas, o las características asociadas a una raza o religión). Estos pueden ser, o no, reproducidos en una norma jurídica. La eliminación de este tipo de normas del orden jurídico es la parte más sencilla del combate a la discriminación, vista su evidente disconformidad con el principio constitucional de igualdad. Es necesario, además, combatir el prejuicio social que fundamenta cada discriminación concreta, y esta es una de las misiones más importantes de las prohibiciones de discriminación consagradas en los catálogos de derechos: más que funcionar como límite a la acción y a las opciones del legislador, constituyen verdaderos diagnósticos, por parte del poder constituyente, de los fenómenos de segregación social que deben erradicarse.¹⁰⁰ Por esta razón, es verdaderamente fundamental la eficacia de las normas de no discriminación en relación con los particulares, ya que, como la jurisprudencia del TJUE y de los tribunales nacionales bien demuestra, es en el plano de las relaciones privadas que siguen siendo más persistentes. De aquí resulta una última función de este tipo de normas constitucionales, que es la de límite a la autonomía de la voluntad y a la autonomía de las partes para contratar¹⁰¹.

3.2 — Criterios de interpretación del principio de igualdad

3.2.1 — La igualdad como prohibición de la arbitrariedad

Como se confirmará con el breve análisis de la jurisprudencia constitucional, que realizaremos a continuación, el primer criterio para

¹⁰⁰ En este sentido, BILBAO UBILLOS, J. M. y REY MARTÍNEZ, F. — “Veinte años de Jurisprudencia sobre la Igualdad Constitucional”, in *La Constitución y la Práctica del Derecho*, n.º 4, 2º semestre, 1999.

¹⁰¹ CARBONELL, M. - *El Principio Constitucional de Igualdad*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2003.

comprender el principio de igualdad es, desde hace casi un siglo, su interpretación como un principio de prohibición de la arbitrariedad, vinculante para el legislador. Efectivamente, entendida en sentido genérico, la igualdad jurídica entre los ciudadanos asume, como se explicó, las dimensiones de principio orientador de la actividad de los poderes públicos y de derecho fundamental de la persona, de cuya sustancia material provienen límites para el margen de decisión legislativo. Así pues, la desigualdad de trato se prohíbe tanto al aplicador de la ley, como al legislador, que puede producirla¹⁰² con consecuencias, además, más graves, por su amplitud, que en la actividad jurisdiccional. La legislación no puede, por eso, implicar trato desigual injustificado: el principio de igualdad abarca no solo la aplicación de la ley, asegurando la igualdad *ante* la ley, sino también la producción legislativa y el contenido normativo, es decir, la igualdad *por* la ley o *en* la ley. La generalidad de la ley pierde el estatuto de única barrera contra la arbitrariedad legislativa. La igualdad se alza también como límite a la arbitrariedad legislativa, prohibiendo tratar a personas o grupos en situaciones similares de forma distinta y ciudadanos en circunstancias diferentes de manera arbitrariamente idéntica. Se impone una obligación de ponderación y fundamentación para las autoridades públicas, que es un elemento fundamental del derecho subjetivo a la igualdad. Naturalmente, también, hay situaciones cuya singularidad o individualidad admiten soluciones propias en el marco de un Estado de derecho democrático: este exige no solo adecuación formal de las soluciones legislativas, sino, antes de nada, un contenido orientado a la idea de justicia material, de la cual la igualdad es un componente primario. Aun así, en la mayoría de las situaciones, la protección contra la arbitrariedad legislativa

¹⁰² Véase VILLACORTA MANCEBO, L. — “Principio de igualdad y legislador: arbitrariedad y proporcionalidad como límites (probablemente insuficientes)”, en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 130, 2005.

será una de las manifestaciones típicas del principio y del derecho a la igualdad.

Esta concepción, forjada, sobre todo, en el período de la Alemania de Weimar, de la mano de G. Leibholz, se ha cimentado a lo largo de la construcción del constitucionalismo democrático desarrollado después de la Segunda Guerra Mundial. Así pues, la igualdad consagrada como principio jurídico y constitucional en ese periodo viene a establecerse, antes de nada, como principio formal de prohibición de la arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos, en particular del legislador. Efectivamente, este es el criterio interpretativo dominante en relación con la igualdad, por lo menos en su función de norma-parámetro de control de la actividad estatal.

Pero, este criterio no da respuesta satisfactoria¹⁰³ a la cuestión de determinar las igualdades y desigualdades relevantes en términos normativos, cuya no consideración podrá originar tratos (des)iguales arbitrarios. Además, se reserva al aplicador e intérprete de las normas —en particular, el juez constitucional— el mero control de la existencia de un *motivo suficiente* para el trato desigual, ejerciendo un grado significativo de *self-restraint* en la evaluación de la realidad, efectividad y adecuación de los fundamentos alegados por el legislador en relación con las soluciones legislativas concretamente analizadas. Al legislador bastaría, por lo tanto, encontrar y alegar un motivo verosímil para sus pretensiones. Para el juez quedaría la función de distinguir entre trato (des)igual justificado y trato (des)igual no justificado —o sea, sin motivo atendible— abstrayendo de la admisibilidad del criterio utilizado para atribuir consecuencias jurídicas a cada situación. Pero, la no evaluación de la admisibilidad de dichos criterios equivale, en el fondo, a la reafirmación de parte del contenido programático del principio de igualdad —tratar de forma igual lo igual y de forma distinta

¹⁰³ Así, también, VILLACORTA MANCEBO, L. - “El derecho de igualdad y el reconocimiento de la obligación a la dogmática”, en *Revista de Derecho Político*, N. 67, 2006, que seguimos en este punto.

lo diferente, en la justa medida de la diferencia— no forzando el legislador a demostrar la veracidad de los presupuestos de las justificaciones presentadas. Comprendido de esta forma, el principio de igualdad es manifiestamente insuficiente. La explicación, a veces avanzada, de que el criterio del intérprete debe ser un criterio de evidencia en cuanto a la existencia o no de justificación racional y objetiva para trato distinto de situaciones aparentemente idénticas tampoco adelanta mucho en lo que se refiere al contenido material del principio constitucional de igualdad; además, presenta cierto riesgo de transferencia de la arbitrariedad del plano legislativo al plano jurisdiccional, dejando en las manos del juez, sin principios orientadores claros, la posibilidad de aceptación o rechazo de los motivos avanzados por el legislador para fundamentar una solución legislativa que implica un trato (des)igual.

3.2.2 — La igualdad proporcional como reconfiguración del criterio del arbitrio

Con la toma de consciencia de las insuficiencias de la formulación anterior —la igualdad como mera prohibición de la arbitrariedad— se desarrollan, a partir de los años 1980, en la jurisprudencia (en particular a partir de la “nueva fórmula” de la igualdad del Tribunal Constitucional alemán) y en la dogmática, intentos de reconfiguración del principio de igualdad.

En la “nueva formulación”, hay varios elementos que merecen mención. Ante todo, la arbitrariedad deja de ser el único objeto de control por parte del aplicador/intérprete. Este tiene, pues, un papel reforzado, ya que se considera que no basta un motivo suficiente para justificar tratos desiguales; debe existir un fundamento necesario y de peso: la diferencia entre dos situaciones debe tener tales características y tal importancia que fundamenten la distinción de trato. Con esta concepción, el acento recae

sobre la idea de proporcionalidad de la evaluación, en la relevancia de las disimilitudes que originan tratamientos diversos.

De esta forma, y según la nueva lectura, una medida o norma es contraria al principio de igualdad siempre que instituya diferencias de trato entre grupos o ciudadanos sin que entre esos grupos o personas existan desemejanzas con importancia o una naturaleza susceptible de justificar el trato desigual. En el plano dogmático, puede, así, señalarse que lo que esta fórmula verdaderamente implica es una intensidad ampliada del escrutinio de la actividad legislativa por el juez, reduciendo el margen de conformación del legislador a favor de la imposición de una evaluación jurisdiccional en términos de igualdad.

No obstante, no puede afirmarse que se esté en presencia de una sustitución de una concepción o “fórmula de igualdad” por otra. Efectivamente, la idea de igualdad proporcional se ha combinado con el entendimiento de la igualdad como prohibición de la arbitrariedad, tanto en el plano jurisprudencial como en el plano doctrinal a lo largo de las últimas décadas¹⁰⁴. Así, aquel ha sido utilizado frecuentemente como complemento de la nueva formulación en una evaluación en dos momentos: un primero en el cual se indaga sobre la justificación, en términos de proporcionalidad, de la diferencia de trato instituida por vía legal entre dos grupos o personas aparentemente semejantes; y un segundo momento en el cual se aprecian las consecuencias concretas del trato desigual en la esfera jurídica de los sujetos afectados, activando las ideas de prohibición de la arbitrariedad y también de justicia como límite a la actividad legislativa.

Esta configuración más compleja del principio de igualdad se revela, en cambio, incapaz de dar respuesta a varias de las críticas o insuficiencias que

¹⁰⁴ En este sentido, véanse JOUANJAN, O. — *Le Príncipe D'Égalité Devant la Loi en Droit Allemand*, *Económica*, 1992; PEREIRA, R. A. — “Igualdade e proporcionalidade: um comentário às decisões do Tribunal Constitucional de Portugal sobre cortes salariais no sector público”, en *Revista española de Derecho Constitucional*, n.º 98, 2013.

venían siendo apuntadas a la concepción de la igualdad como mera prohibición de la arbitrariedad. Ante todo, siguen faltando criterios orientadores de la comparación entre personas o grupos en situación aparentemente similar para determinar la legitimación de su trato diferenciado. Por otra parte, en lo que respecta específicamente al juicio de ponderación que pretende evaluar en términos de igualdad proporcional las (de)semejanzas entre grupos o individuos, indagando acerca del equilibrio de las distinciones operadas por el legislador, tampoco se definieron criterios estrictos. Queda, pues, por determinar si dicho juicio de ponderación equivale únicamente a las exigencias del principio de proporcionalidad, tal como se desarrollan en la jurisprudencia y en el plano dogmático y aplicadas a la materia de los derechos fundamentales en general, o si, por el contrario, tiene un diseño específico para el dominio de la igualdad.

3.2.3 — Estado actual de la densificación del principio de igualdad (perspectivas y problemas)

En los últimos años, y en razón del diagnóstico de las insuficiencias apuntadas, tanto a la idea de igualdad como prohibición de la arbitrariedad, como a la “nueva fórmula” de igualdad proporcional, se viene defendiendo la imperiosa necesidad de encontrar criterios que determinen la intensidad del análisis de los tratamientos desiguales.

Una de las propuestas consiste en defender análisis más bien estrictos de los tratos desiguales cuando diferentes grupos o categorías de personas reciban un trato distinto en función de sus características, y un escrutinio menos intenso cuando solamente estén en causa diferentes circunstancias¹⁰⁵. Así pues, se propone una exigencia de relevancia autónoma de la

¹⁰⁵ Véase la explicación de VILLACORTA MANCEBO, L. — “Principio de igualdad y legislador: arbitrariedad y proporcionalidad como límites (probablemente insuficientes)”, en *Revista de estudios políticos*, n.º 130, 2005.

característica decisiva, es decir, se defiende que esta sea significativa para el grupo de personas en cuestión, independientemente de la norma a examinar. En cambio, y como señala L. Villacorta, si son únicamente los hechos o circunstancias los que reciben tratamiento desigual, se impone un análisis más flexible.

Esta distinción pide, sin embargo, alguna matización, no solo por la dificultad inherente a la diferenciación entre la persona y sus circunstancias, sino también porque, como se puede verificar, ante todo, en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre discriminación, que analizaremos en la parte II de este trabajo, es posible encontrar, en múltiples ocasiones, distinciones directamente referidas a circunstancias que, no obstante, dan lugar en la práctica a un trato desigual entre personas. Son los conocidos casos de discriminación indirecta y similares que, por lo tanto, deben considerarse como tratamiento desigual de personas. Al contrario, pueden también surgir tratos distintos de grupos de personas no fundados en características intrínsecas de dichos grupos, por lo que se recomienda suavizar o intensificar el escrutinio de proporcionalidad, según los elementos concretos del caso¹⁰⁶.

En relación con los tratos desiguales que tienen repercusiones —a veces importantes— en otros derechos fundamentales, jurisprudencia y doctrina suelen coincidir en que *«se impone un análisis tanto más severo cuanto más puede salir perjudicado el ejercicio de libertades protegidas por la Ley Fundamental por el trato desigual de personas o circunstancias»*¹⁰⁷. De esta manera, la aplicación del principio de igualdad debe ser más severa cuando el Estado interfiere en los derechos de libertad de los ciudadanos; cuando están en causa derechos a prestaciones se admite normalmente un margen de decisión más amplio

¹⁰⁶ En este sentido, de nuevo, VILLACORTA MANCEBO, L. — “Principio de igualdad y legislador: arbitrariedad y proporcionalidad como límites (probablemente insuficientes)”, en *Revista de estudios políticos*, n.º 130, 2005.

¹⁰⁷ Véase la sentencia del Tribunal Constitucional alemán, BVerGe 91, 346, 363.

para el legislador. No obstante, cuando esté en causa un retroceso —en particular, la retirada de prestaciones ya concedidas— la fundamentación de un trato desigual tendrá también que ser sometida a un análisis más exigente.

De todas formas, en el actual estado de la dogmática, hay todavía muchas cuestiones sin respuesta definitiva. Ante todo, estamos aún lejos de construir criterios orientadores de la decisión en dos planos: en primer lugar, para evaluar los supuestos de hecho que fundamentan el juicio de semejanza o desemejanza y para elegir el *tertium comparationis*; por otra parte, para aceptar o rechazar las justificaciones avanzadas por el legislador para fundamentar un determinado tipo de trato desigual.

En segundo lugar, y de gran importancia en este trabajo, la doctrina no ha logrado aún proponer un contenido material mínimo para el principio de igualdad, en consonancia con lo que el concepto implica, hoy, en el debate social, económico y político; ni tampoco ha logrado encontrar principios definidores de la interconexión entre dicho principio en su dimensión social de igualdad material, el principio del Estado social, (entendido como principio rector vinculante para los poderes públicos que impone la búsqueda de dicha igualdad material a través de la actividad estatal), y los derechos fundamentales, en particular los derechos económicos y sociales identificados en la literatura especializada como elementos fundamentales en la construcción de una sociedad más justa y menos desigual, como la educación y la salud. Esto a pesar de que, como veremos, en los textos constitucionales concretos de los países europeos, la igualdad asume un carácter pluridimensional, que se extiende más allá de las dimensiones formales de prohibición de la arbitrariedad y de exigencia de proporcionalidad.

3.3 — El principio de igualdad en las Constituciones de los países Europeos

La igualdad, como valor, principio o derecho fundamental, ha sido incluida en muchos textos constitucionales y catálogos de derechos desde el final del siglo XVIII. Esta inclusión adoptó, sin embargo, formas bastante distintas, en ocasiones complementarias. M. Carbonell¹⁰⁸ distingue cuatro tipos de normas jurídicas que contienen mandatos de igualdad: a) el principio de igualdad en sentido estricto, consagrado como principio o valor fundamental de un ordenamiento jurídico; b) las prohibiciones concretas de discriminación, que consisten habitualmente en un elenco de razones «especialmente odiosas» y que, por ello, no deben, por norma, servir de fundamento a cualquier distinción (en particular si se realiza por autoridades públicas); c) normas concretas relativas a la igualdad entre hombres y mujeres; d) normas relativas a la igualdad sustancial, en particular normas que atribuyen a las autoridades públicas el poder y el deber de eliminar los obstáculos que impidan una *igualdad real*, ya sea a través de políticas públicas dirigidas al efecto, ya sea a través de medidas legislativas concretas, como la discriminación inversa y la acción positiva. A continuación, se hará una brevísimas síntesis en torno de las constituciones alemana, italiana, portuguesa y española, que presentan bastantes afinidades y puntos de contacto, tanto en lo que respecta a los textos constitucionales, como a la propia jurisprudencia constitucional. A partir de los elementos comunes, es posible trazar un marco del principio de igualdad como es concebido y desarrollado en los Estados de derecho democráticos, cuya consideración es imprescindible para una comprensión adecuada del principio en el ámbito del derecho constitucional europeo.

¹⁰⁸ CARBONELL, M. - *El principio constitucional de igualdad*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2003.

3.3.1 — La igualdad en la Ley Fundamental Alemana

3.3.1.1 — Marco Constitucional general

La primera norma fundamental sobre igualdad en la Ley Fundamental alemana es el conocido artículo 3, que abarca la igualdad ante la ley, la igualdad entre hombres y mujeres y la prohibición de discriminaciones. El clásico principio de igualdad ante la ley (artículo 3.1.) se impone, en primer lugar, a los poderes administrativo y jurisdiccional, en su vertiente de igual aplicación de la ley, es decir, de sujeción a las mismas normas por parte de toda la ciudadanía; y al poder legislativo, en la dimensión de igualdad en la ley¹⁰⁹.

Otro aspecto fundamental del principio de igualdad se encuentra recogido en los artículos 33.1 y 2 y 38 de la Ley Fundamental y consiste en el igual derecho de acceso a los cargos políticos y a ejercer de manera compartida el poder estatal, a través de la igualdad de voto. Así pues, manifiesta la dimensión democrática del principio de igualdad.

Existe aún, en el texto constitucional, una norma específica que prevé “iguales oportunidades de desarrollo” para los niños nacidos dentro y fuera del matrimonio (artículo 6.5).

3.3.1.2 — Jurisprudencia

¹⁰⁹ Sobre la igualdad en la Ley Fundamental alemana, véanse MICHAEL, L. y MORLOK, M. – Grundrechte, 3. Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2012; VOLKMANN, U. – *Staatsrecht II Grundrechte*, 2. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2011; ALEXY, R., *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, 2010; KOKOTT, J. – “Gleichheitssatz und Diskriminierungsverbote in der Rechtssprechung des Bundesverfassungsgerichts”, en BADURA, P. y DREIER, H. – *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, V. 2, JCB Mohr (Paul Siebeck), 2001; SACKSOFSKY, U., *Das Grundrecht auf Gleichberechtigung*, Nomos, 1996; HESSE, K., “Der Gleichheitssatz in der neueren deutschen Verfassungsentwicklung”, en *Archiv des öffentlichen Rechts*, N. 109, 1984, “Der allgemeine Gleichheitssatz in der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Rechtssetzungsgleichheit”, en BADURA, P. y RUPERT, S. (ed.), *Wege und Verfahren des Verfassungslebens*, Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag, München 1993; HUSTER, S., *Rechte und Ziele : zur dogmatic des allgemeinen Gleichheitssatzes* Berlin: Duncker & Humblot, 1993; ZIPPELIUS, R., MÜLLER, G., MUSSGNUG, R., HUFEN, F., Y HILL, H. - *Der Gleichheitssatz. Gesetzesgestaltung und Gesetzesanwendung im Leistungsrecht - Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Tübingen vom 5. bis 8. Oktober 1988*, de Gruyter, 1989; BÖCKENFÖRDE, W. - *Der Allgemeine Gleichheitssatz und die Aufgabe des Richters*, Berlin: Walter de Gruyter, 1957.

a) Interpretación del principio de igualdad como principio de prohibición de la arbitrariedad

El Tribunal Constitucional alemán adoptó, entre las décadas de 1950 y 1970, y bajo la profunda influencia de G. Leibholz, que era, en esa época, magistrado constitucional, una concepción del principio de igualdad según la cual este se identifica como un principio de prohibición de la arbitrariedad. Esta idea fue, así, el eje central de la interpretación oficial del artículo 3.1 de la Ley Fundamental por parte del TC alemán, que sostenía que¹¹⁰ se viola el principio de igualdad cuando no se puede encontrar, sobre la base de una diferencia o desigualdad jurídica de trato, una justificación razonable, resultante de la naturaleza de las cosas o cualquier razón objetivamente plausible, o sea, cuando la disposición deba ser considerada arbitraria.

Así pues, los elementos esenciales del planteamiento del Tribunal eran, ante todo, la exigencia de justificación objetiva, inherente al principio de igualdad, tanto en relación con trato igual como a trato desigual; la insistencia en la objetividad de la fundamentación presentada y su encuadramiento en el orden natural de las cosas; y, por último, el requisito de suficiencia o plausibilidad de la justificación presentada.

La obligación de justificar el tratamiento igual de situaciones distintas, un progreso original, en su tiempo, en términos comparados, sería constantemente afirmada por la jurisprudencia posterior y transmitida a varios ordenamientos constitucionales europeos y al comunitario. Se ha afirmado, incluso, su carácter inmanente en relación con el principio de igualdad.

¹¹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional alemán, BVerfGE 1, 14: «Der Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) bindet auch den Gesetzgeber. Er verbietet, daß wesentlich Gleiches ungleich, nicht dagegen, daß wesentlich Ungleiches entsprechend der bestehenden Ungleichheit ungleich behandelt wird. Der Gleichheitssatz ist verletzt, wenn sich ein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender oder sonstwie sachlich einleuchtender Grund für die gesetzliche Differenzierung oder Gleichbehandlung nicht finden läßt, kurzum, wenn die Bestimmung als willkürlich bezeichnet werden muß».

b) Superación del criterio de la igualdad como mera prohibición de la arbitrariedad

A partir de la década de 1980, el Tribunal Constitucional alemán inicia un camino de superación del criterio clásico que identifica el principio de igualdad, en su calidad de norma-parámetro, con un control de la arbitrariedad legislativa y de la obligación de justificar los tratos (des)iguales. Así, afirmó en una de sus sentencias¹¹¹ que el legislador excede los límites de su amplio margen de libertad, violando así el artículo 3.1 de la Ley Fundamental, cuando el trato desigual no es compatible con una concepción fundada en un concepto de Justicia, es decir, cuando la diferenciación legal no encuentra un fundamento razonable u obvio.

Con este planteamiento se introduce una nueva concepción del principio de igualdad, más sutil, más directamente relacionada con la cuestión de la justicia¹¹². Esta nueva fórmula jurisprudencial fue aplicada en varios casos en los cuales estaban en causa medidas del ámbito socio-económico. El Tribunal Constitucional explicaba así su nueva construcción jurisprudencial¹¹³: *«Un trato desigual de varios grupos de destinatarios de normas solo es compatible con el principio general de igualdad previsto en el artículo 3.1 de la Ley Fundamental, cuando existan entre ellos diferencias de tal naturaleza y peso que puedan justificar la desigualdad de trato. El tratamiento desigual y los fundamentos que los justifican deben ser proporcionales entre ellos (...) En este aspecto, es particularmente*

¹¹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional alemán, BVerfGE 93, 386.

¹¹² Véase KOKOTT, J. — “Gleichheitssatz und Diskriminierungsverbote in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts”, en BADURA, P. y DREIER, H. — Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, V. 2, JCB Mohr (Paul Siebeck), 2001.

¹¹³ Sentencia del Tribunal Constitucional alemán, BVerfGE 82, 126: «Eine ungleiche Behandlung mehrerer Gruppen von Normadressaten ist mit dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG nur vereinbar, wenn zwischen ihnen Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, daß sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen können. Ungleichbehandlung und rechtfertigender Grund müssen in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen (vgl. BVerfGE 55, 72 [88]; 58, 369 [373 f.]; 60, 123 [133 f.]; 60, 329 [346]; 62, 256 [274]; 72, 141 [150]). Dabei fällt insbesondere ins Gewicht, ob eine Ungleichbehandlung Auswirkungen auf grundrechtlich gesicherte Freiheiten hat (vgl. BVerfGE 62, 256)».

significativo determinar si el trato desigual tiene impacto en las libertades fundamentales constitucionalmente protegidas».

Esta fórmula se aleja de la idea de control de la arbitrariedad, ampliando el margen de actuación del juez y las posibilidades de evaluación de las distinciones de trato creadas por el legislador. Es un criterio más exigente, dado que deja de bastar una justificación suficiente, exigiendo una razón fuerte, necesaria, para la fundamentación de los tratamientos diferenciadores.

La jurisprudencia mayoritaria se mantiene, en cambio, en general, fiel a la concepción tradicional del principio de igualdad¹¹⁴. Otras veces, las dos formulaciones se utilizan de forma complementaria, como hacen también, como veremos, otros tribunales constitucionales europeos. Así, los dos estándares suelen combinarse, según O. Jouanjan, de modo a evitar una duplicación funcional: el primero permite el control jurisdiccional de la apreciación que el legislador hace de las situaciones concretas en causa, ya sean categorías de situaciones o grupos de personas; y el segundo permite al órgano judicial controlar los efectos individuales de la norma general o evaluar la adecuación de una norma individual a la situación que tiene por objeto. Esta doble concepción del principio de igualdad ha influido de forma duradera en los tribunales congéneres del Tribunal Constitucional alemán y constituye el marco de referencia en materia de interpretación del principio de igualdad, tanto en su dimensión formal, como también (aunque en menor medida) en su dimensión material, o de igualdad de oportunidades, que puede ser considerada una situación de fuerte limitación del margen de apreciación del legislador y, en consecuencia, de estricto escrutinio judicial de la arbitrariedad.

¹¹⁴ JOUANJAN, O. — *Le Principe D'Égalité Devant la Loi en Droit Allemand*, Económica, 1992.

3.3.2 — La igualdad en la Constitución Italiana de 1947

3.3.2.1 - Marco Constitucional general

El principio de igualdad está previsto en la Constitución italiana, en términos generales, en el artículo 3.1, que prevé que *«todos los ciudadanos tienen igual dignidad social y son iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas, o de condiciones personales o sociales»*. La doctrina interpreta el precepto, en general, como consagrando dos dimensiones distintas de igualdad, la primera de igualdad ante la ley y la segunda de prohibición de discriminaciones, de manera similar a las normas constitucionales equivalentes en los ordenamientos constitucionales congéneres¹¹⁵.

Además, la ley fundamental italiana de 1947 fue la primera constitución de posguerra, en la Europa occidental, en recoger la idea de materialidad del principio de Igualdad. Lo hizo en el artículo 3.2, que dice que *«es misión de la República remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país»*.

En cuanto a disposiciones específicas sobre igualdad, hay que señalar el artículo 29, que prevé la igualdad moral y jurídica de los cónyuges; el artículo 37, que establece el principio de igualdad salarial y de derechos laborales entre hombres y mujeres. En el plano de la igualdad política, son de destacar

¹¹⁵ Sobre la igualdad en la Constitución italiana, SORRENTINO, F. – *Dell'Eguaglianza*, Mucchi Editore, 2015; GUASTINI, R. – “Breve lección sobre la igualdad”, en *Eunomia: Revista en Cultura de la Legalidad*, N. 4, 2013; CARTABIA, M. y VETTOR, T. – *Le Ragioni dell'nguaglianza*, Università degli Studi di Milano Bicocca, 2009; GIANFORMAGGIO, L. (ed. por A. Facchi, C. Faralli y T. Pitch) – *Eguaglianza, donne e diritto*, il Mulino, 2005.; GHERA, F., *Il Prinzipio di Eguaglianza Nella Costituzione Italiana e nel Diritto Comunitario*, CEDAM, 2003; D'ALOIA, A. – *Eguaglianza Sostanziale e Diritto Diseguale – contributo allo Studio delle Azioni Positive nella Prospettiva Costituzionale*, CEDAM, 2002; CERRI, A., *Eguaglianza giuridica e egualitarismo*, Japadre, 1984, PIZZORUSSO, A., *Que cos'è l'eguaglianza*, Editori Riuniti, 1983.

el artículo 48.2, que consagra la igualdad de voto, y el artículo 51, que asegura la igualdad de acceso a los cargos públicos y electivos.

En general, señala, F. Ghera¹¹⁶, son expresiones del principio de igualdad todas las disposiciones constitucionales que atribuyen derechos “a todos” los ciudadanos. Además, hay otras disposiciones constitucionales que especifican el principio de igualdad sustancial del artículo 3.2, al establecer obligaciones para los poderes públicos destinadas a garantizar, de forma efectiva, la realización práctica de dicho principio. Algunas de esas normas remiten de manera inequívoca a la idea de igualdad de oportunidades, o de punto de partida, como es el caso del artículo 34.2 de la Constitución, que prevé el derecho de todos los ciudadanos a una educación básica gratuita. Otras, en cambio, se inspiran en una concepción de igualdad más cercana a la igualdad de resultados o de bienestar, como el artículo 32.1 (sanidad gratuita para los indigentes), 36.1 (derecho a un salario suficiente que asegure al trabajador y su familia una existencia libre y digna) o el artículo 38.1 (que consagra el derecho al mantenimiento, por parte de la seguridad social, de las personas no aptas para el trabajo y sin medios de subsistencia). En todas estas normas, es la necesidad y no el mérito, el principio de justicia que rige la distribución de las prestaciones estatales, en manifestación de un principio de solidaridad presente en el texto y en el proyecto constitucional. Así pues, son claramente legítimas, en el marco de la Constitución, las medidas destinadas a promover la igualdad material, tanto en su dimensión de igualdad de oportunidades, como en una dimensión más estricta de igualdad de bienestar.

3.3.2.2 — Breve recorrido por la jurisprudencia – de una concepción restrictiva a la ampliación del alcance del principio de igualdad

¹¹⁶ GHERA, F. — Il Principio di Eguaglianza Nella Costituzione Italiana e nel Diritto Comunitario, CEDAM, 2003.

El Tribunal Constitucional italiano empezó por sostener una concepción bastante restrictiva del principio de igualdad, correspondiente a la dimensión liberal de la igualdad, fundada en las exigencias de universalidad de la ley y de justificación objetiva para eventuales disparidades dentro del ordenamiento jurídico. En la sentencia 28/1957¹¹⁷, el Tribunal afirmó que *«la evaluación de la relevancia de la diversidad de situaciones en las cuales se encuentran los sujetos de las relaciones a disciplinar no puede dejar de estar reservada al poder discrecional del legislador, siempre y cuando se garantice la observancia de los límites establecidos por el artículo 3.1 de la Constitución, según el cual las distinciones de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas, condición personal y social, no pueden ser consideradas criterios válidos para la adopción de una disciplina jurídica distinta»*. Así pues, sustentó el Tribunal que *«mientras dichos límites sean observados y las normas sean dictadas por categorías de destinatarios y no “ad personam”, toda evaluación sobre la correspondencia entre la diversidad de reglamentos y la diversidad de las situaciones regladas implicaría valoraciones de naturaleza política o, por lo menos, una apreciación sobre el uso del poder discrecional del Parlamento que no debe ser ejercido por el Tribunal»*. Este planteamiento cogió rápidamente forma, llegando a afirmarse, en la sentencia 53/1958¹¹⁸ que *«no se configuran como valoraciones de naturaleza política ni se controla el uso del poder discrecional del legislador, si se declara que el principio de igualdad es violado cuando el legislador sujeta a una disciplina indiscriminada situaciones que él mismo considera y declara diversas»*.

¹¹⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional italiano n.º 28/1957, de 22 de enero de 1957. En el original «La valutazione della rilevanza delle diversità di situazioni in cui si trovano i soggetti dei rapporti da disciplinare non può non essere riservata al potere discrezionale del legislatore, salva l'osservanza dei limiti stabiliti nel primo comma dell'art. 3 della Costituzione, ai sensi del quale le distinzioni di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche e di condizioni personali e sociali non possono essere assunte quali criteri validi per la adozione di una disciplina diversa. Fino a quando tali limiti siano osservati e le norme siano dettate per categorie di destinatari e non ad personam, ogni indagine sulla corrispondenza della diversità di regolamento alla diversità delle situazioni regolate implicherebbe valutazioni di natura politica, o quanto meno un sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento, che alla Corte costituzionale non spetta esercitare».

¹¹⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional italiano n.º 53/1958, de 9 de julio de 1958. En el original, «né si compiono valutazioni di natura politica, e nemmeno si controlla l'uso del potere discrezionale del legislatore, se si dichiara che il principio dell'eguaglianza é violato, quando il legislatore assoggetta ad una indiscriminata disciplina situazioni che esso stesso considera e dichiara diverse».

Como refiere de nuevo F. Ghera¹¹⁹, la evolución de la jurisprudencia italiana fue en el sentido típico de afirmar la igualdad como obligación de justificación, sobre la base de un motivo razonable, de las distinciones operadas por vía normativa, acabando por consolidarse una concepción del principio de igualdad como principio de razonabilidad de las clasificaciones legislativas, con la consecuente prohibición de trato desigual no fundamentado. Además, la construcción jurisprudencial ha llevado también a sumar a las prohibiciones de discriminación específicamente previstas en el texto constitucional, un principio general y amplio de prohibición de la arbitrariedad de las clasificaciones normativas, de acuerdo con el significado generalizadamente admitido del principio de igualdad.

Así pues, se extendió el radio de acción del principio de igualdad, que pasa a ser comprendido como norma general de amplio alcance que constituye un límite a la función legislativa en todos los dominios del derecho. Por otro lado, en cambio, esta ampliación de sentido del principio de igualdad ha contribuido también para suavizar la rigidez con que eran interpretadas las prohibiciones de discriminación previstas en el artículo 3.1, que dejan de ser concebidas como absolutas e inderogables para admitir que puedan verificarse siempre y cuando exista una fundamentación objetiva y razonable.

Esta moderación de la concepción de las prohibiciones constitucionales de discriminación se reveló especialmente útil en el marco del Estado Social, en el cual la ley asume muchas veces la función de instrumento de corrección y equilibrio de los desajustes sociales y económicos, no siendo, pues, igual para todos en el sentido liberal, sino

¹¹⁹ Véase la explicación más pormenorizada en GHERA, F. — *Il Principio di Eguaglianza Nella Costituzione Italiana e nel Diritto Comunitario*, CEDAM, 2003.

dando «*relieve a las condiciones personales y sociales que determinan una condición de necesidad, para seleccionar la os destinatarios de las intervenciones del Estado Social*»¹²⁰.

El Tribunal Constitucional ha señalado, en varias ocasiones, la libertad del legislador para distinguir y establecer distinciones entre categorías distintas de sujetos; pero, no deja de referir, igualmente, que cuando exista ya una tendencia de trato semejante en el marco de orden jurídico, la discrecionalidad del poder legislativo no puede alterar decisivamente los términos de esa correspondencia sin transformarse en irracionalidad. Así pues, la jurisprudencia constitucional demuestra la autonomía del criterio de razonabilidad en relación con el juicio de igualdad en sentido estricto: el primero tiene por objeto la arbitrariedad legislativa y el segundo la razonabilidad de las distinciones operadas.

Más recientemente, en la conocida sentencia 70/2015, el Tribunal ha vuelto a aplicar el principio de igualdad como fundamento de una decisión sobre normas relativas a la fórmula de actualización automática de pensiones, adoptadas en el ámbito de un conjunto de medidas urgentes para la estabilización financiera: «*la disposición (...) se limita a apelar genéricamente a la “contingente situación financiera” sin que emerja del diseño completo la necesaria prevalencia de las exigencias financieras sobre los derechos objeto de un juicio de equilibrio, en relación a los cuales se han efectuado intervenciones fuertemente incisivas. (...) El interés de los pensionistas, en particular de los titulares de pensiones modestas, depende del mantenimiento del poder adquisitivo de las prestaciones recibidas, del cual deriva, por lo tanto, el derecho a una prestación de la seguridad social adecuada. Tal derecho, constitucionalmente fundado, resulta irrazonablemente sacrificado en nombre de las exigencias financieras no explicadas en detalle. Resultan, pues afectados los derechos fundamentales relativos a la relación de seguridad social, fundados en incuestionables parámetros constitucionales: la proporcionalidad de las prestaciones de jubilación,*

¹²⁰ GHERA, F. — *Il Principio di Eguaglianza Nella Costituzione Italiana e nel Diritto Comunitario*, CEDAM, 2003.

entendida como compensación diferida (art. 36 de la Constitución.) y la adecuación (art. 38.2 de la Constitución.). Este último debe entenderse como una expresión, aunque no explícita, del principio de solidaridad del artículo 2 de la Constitución y como actuación del principio de igualdad sustancial, consagrado en el artículo 3.2 de la Constitución»¹²¹.

Independientemente de las críticas concretas que puedan dirigirse a la decisión¹²², la abertura de la jurisprudencia a la idea de igualdad material, que es bastante inusual, es un elemento interesante e importante que deberá ser tomado en consideración en una reflexión sobre las posibilidades y modalidades de garantía jurisdiccional de la igualdad sustancial.

3.3.3 — La igualdad en la Constitución Española de 1978

3.3.3.1 — Marco constitucional

La Constitución Española de 1978 (CE), resultante de la Transición hacia la democracia es, como veremos, similar a la portuguesa en algunos aspectos esenciales de la densificación del principio de igualdad. En ambas, la igualdad es un término muchas veces repetido en el texto constitucional.

¹²¹ Sentencia del Tribunal Constitucional italiano, n.º 7/2015, de 10 de marzo de 2015. En el original «La disposizione concernente l'azzeramento del meccanismo perequativo, contenuta nel comma 24 dell'art. 25 del d.l. 201 del 2011, come convertito, si limita a richiamare genericamente la «contingente situazione finanziaria», senza che emerga dal disegno complessivo la necessaria prevalenza delle esigenze finanziarie sui diritti oggetto di bilanciamento, nei cui confronti si effettuano interventi così fortemente incisivi. Anche in sede di conversione (legge 22 dicembre 2011, n. 214), non è dato riscontrare alcuna documentazione tecnica circa le attese maggiori entrate, come previsto dall'art. 17, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196, recante «Legge di contabilità e finanza pubblica» (sentenza n. 26 del 2013, che interpreta il citato art. 17 quale «puntualizzazione tecnica» dell'art. 81 Cost.). L'interesse dei pensionati, in particolar modo di quelli titolari di trattamenti previdenziali modesti, è teso alla conservazione del potere di acquisto delle somme percepite, da cui deriva in modo consequenziale il diritto a una prestazione previdenziale adeguata. Tale diritto, costituzionalmente fondato, risulta irragionevolmente sacrificato nel nome di esigenze finanziarie non illustrate in dettaglio. Risultano, dunque, intaccati i diritti fondamentali connessi al rapporto previdenziale, fondati su inequivocabili parametri costituzionali: la proporzionalità del trattamento di quiescenza, inteso quale retribuzione differita (art. 36, primo comma, Cost.) e l'adeguatezza (art. 38, secondo comma, Cost.). Quest'ultimo è da intendersi quale espressione certa, anche se non esplicita, del principio di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. e al contempo attuazione del principio di eguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, secondo comma, Cost.».

¹²² Sobre la sentencia véase, en sentido crítico, MORRONE, A. - “Ragionevolezza a rovescio: l'ingiustizia della sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale”, en *Federalismi.it*, n.º 10, 2015.

En el caso español, la igualdad es mencionada ya en el artículo 1.1, donde se establece que «*España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político*». Así se confiere a la igualdad el carácter de valor constitucional fundamental, que debe impregnar todo el ordenamiento jurídico¹²³. Para Pérez Luño¹²⁴, la igualdad asume, en este plano, «*su dimensión trascendente, es decir, se presenta como un criterio para enjuiciar las acciones, ordenar la convivencia y establecer sus fines, que superan la esfera de la estricta positividad*».

En segundo lugar, la igualdad aparece, en su tradicional dimensión formal, típicamente liberal, en el artículo 14, que combina la previsión de igualdad ante la ley con la prohibición de discriminaciones infundadas: «*los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*».

Finalmente, hay que señalar el artículo 9.2 de la CE, según el cual “*corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*”. Como dice M. L.

¹²³ Así BALAGUER CALLEJÓN, F., CÁMARA VILAR, G., BALAGUER CALLEJÓN, M. L. Y MONTILLA MARTOS, J. A. — *Introducción al Derecho Constitucional*, Tecnos, 2011. Sobre la igualdad en la Constitución Española de 1978, véanse también BALAGUER CALLEJÓN, M. L., *Igualdad y Constitución Española*, Tecnos, 2010.; BILBAO UBILLOS, J. M. y REY MARTINEZ, F., “El Principio Constitucional de Igualdad en la Jurisprudencia Española”, en CARBONELL, M. - *El Principio Constitucional de Igualdad*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2003 y también “Veinte años de Jurisprudencia sobre la Igualdad Constitucional”, in *La Constitución y la Práctica del Derecho*, N. 4, 1999; MONTILLA MARTOS, J. A., “El mandato constitucional de promoción de la igualdad real y efectiva en la jurisprudencia constitucional: Su integración con el principio de igualdad”, en *Estudios de derecho público en homenaje a Juan José Ruiz-Rivo*, Tecnos, 1997; CARMONA CUENCA, E. — “El Principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista de estudios políticos*, n.º 84, 1994; RUBIO LLORENTE, F. — “La Igualdad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional – Introducción”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 11, N. 31, 1991; JIMÉNEZ CAMPO, J. — “La igualdad jurídica como límite frente al legislador”, en *Revista española de derecho constitucional*, Año 3, N. 9, 1983; ALONSO GARCIA, E. — “El Principio de Igualdad del Artículo 14 de la Constitución Española”, en *Revista de Administración Pública*, N. 100, 1983;

¹²⁴ PÉREZ LUÑO, A. E. — *Dimensiones de la Igualdad*, 2ª Edición, Dykinson, 2007.

Balaguer¹²⁵, esta norma «*da a la igualdad una capacidad de remoción de obstáculos para que los poderes públicos puedan garantizar su cumplimiento, junto a la libertad, lo que convierte ahora la igualdad en una aspiración cuyo carácter finalista va a permitir en este caso un desarrollo que estará en función de los ciudadanos y de los grupos en que se integran. Es un mandato a los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de la igualdad*». Reforzando esta idea de igualdad sustancial, merece mención el artículo 31 de la CE, que establece que «*todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio*», asegurando que el sistema fiscal obedece a un principio de justicia.

Por último, cabe notar que en el ordenamiento constitucional español se multiplican normas que consagran derechos específicos de igualdad, es decir, exigencias de igual trato a propósito de otros derechos constitucionales. El artículo 23, sobre acceso a las funciones y cargos públicos, prevé que este se haga en condiciones de igualdad. Del mismo modo, el artículo 32.1 consagra la igualdad jurídica de los cónyuges y el artículo 39.2 la igualdad entre los hijos legítimos e ilegítimos. Además, y tal como en el texto constitucional portugués, que veremos a continuación, la CE prevé una serie de obligaciones de protección por los poderes públicos de determinadas categorías de sujetos, como los jóvenes, a quien deben ser aseguradas las condiciones para «*la participación libre y eficaz*» «*en el desarrollo político, social, económico y cultural*» (artículo 48) y también de los ciudadanos en la tercera edad, a quien «*los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica*» (artículo 50) .

3.3.3.2 — Jurisprudencia constitucional sobre el principio de igualdad

¹²⁵ De nuevo, BALAGUER CALLEJÓN, F., CÁMARA VILAR, G., BALAGUER CALLEJÓN, M. L. Y MONTILLA MARTOS, J. A. — *Introducción al Derecho Constitucional*, Tecnos, 2011.

a) Jurisprudencia sobre la igualdad formal

El Tribunal Constitucional ha distinguido, desde muy pronto, en el plano jurisprudencial, las consecuencias del principio de igualdad como afirmación de la igualdad formal y el principio de igualdad material como meta del orden económico-social. Así, en relación con la primera, en la STC 49/1982¹²⁶, afirmó que *«la igualdad a que el artículo 14 se refiere, que es la igualdad jurídica ante la ley, no comporta necesariamente una igualdad material o igualdad económica real y efectiva. Significa que a los supuestos de hecho iguales deben serles aplicadas unas consecuencias jurídicas que sean iguales también y que para introducir diferencias entre los supuestos de hecho tiene que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados»*. En estos términos, la igualdad implica, por un lado, la generalidad de la ley, como el Tribunal ha declarado varias veces, por ejemplo, en la STC 75/1983¹²⁷: *«el art. 14 de la Constitución configura el principio de igualdad ante la Ley como un derecho subjetivo de los ciudadanos, evitando los privilegios y las desigualdades discriminatorias entre aquéllos, siempre que se encuentren dentro de las propias situaciones de hecho, a las que debe corresponder un tratamiento jurídico igual, pues en tales supuestos la norma debe ser idéntica para todos, comprendiéndolos en sus disposiciones y previsiones con la misma concesión de derechos que eviten las desigualdades»*. Sin embargo, lo dispuesto en el artículo 14 de la CE no se agota en la exigencia de igualdad en la ley, incluyendo también la igualdad en la aplicación: *«la regla general de la igualdad ante la ley ... contempla, en primer lugar, la igualdad en el trato dado por la ley o igualdad en la ley y constituye desde este punto de vista un límite puesto al ejercicio del poder legislativo, pero es asimismo igualdad en la aplicación de la ley, lo que impone que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales y*

¹²⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional español n.º 49/1982, de 14 de julio.

¹²⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional español n.º 75/1983, de 3 de agosto.

*que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonables*¹²⁸.

Más aún, y de manera similar a sus congéneres, el TC español ha sostenido repetidamente una lectura del artículo 14 de la CE y del principio de la igualdad como prohibición de la arbitrariedad de decisiones no objetivamente fundadas. En la STC 75/1983, ya mencionada, explicó que *«sólo le resulta posible al legislador, en adecuada opción legislativa, establecer para los ciudadanos un trato diferenciado, cuando tenga que resolver situaciones diferenciadas fácticamente con mayor o suficiente intensidad, que requieran en su solución por su mismo contenido una decisión distinta, pero a tal fin resulta indispensable que exista una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, cuya exigencia deba aplicarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo estar presente por ello una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida, y dejando en definitiva al legislador con carácter general la apreciación de situaciones distintas que sea procedente diferenciar y tratar desigualmente»*.

De todas formas, la posición de Tribunal ha sido, casi desde el inicio, más restrictiva en relación con el margen de apreciación del legislador que su congénere italiano. En la STC 34/1981¹²⁹ puede confirmarse esta evaluación: *«la apreciación de en qué medida la ley ha de contemplar situaciones distintas que sea procedente diferenciar y tratar desigualmente o, desde otra perspectiva, que no deben ser tratadas igualmente, queda, con carácter general, confiada al legislador. Pero tal valoración tiene unos límites, ya que no puede dar lugar a un resultado que vaya contra derechos y libertades reconocidos en la Constitución (art. 53.1), ni en general contra cualquier precepto o principio de la misma (art. 9, números 1 y 3) relativos a la sujeción a la Constitución de todos los poderes públicos y a la interdicción de la arbitrariedad, ni, como resulta obvio, contra la esencia del propio principio de igualdad que rechaza toda*

¹²⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional español n.º 49/1982, de 14 de julio.

¹²⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional español N. 34/1981, de 10 de noviembre.

desigualdad que por su alcance sea irrazonable y por ello haya de calificarse de discriminatoria».

Como llama la atención Pérez Luño, la jurisprudencia constitucional española suele conjugar la interpretación del artículo 14 de la CE con lo dispuesto en el artículo 9.2 y con la idea de igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico-constitucional, plasmada en el artículo 1.1. Esta lectura sistemáticamente enmarcada y teleológica de las normas constitucionales permite una adecuada interconexión entre las varias normas de igualdad, entrañando *«un enfoque correcto de las relaciones entre valores y principios constitucionales al contribuir a mantener el carácter fundamentador, orientador y crítico de aquéllos, y la tarea concretizadora de éstos»*¹³⁰.

b) Igualdad material y admisibilidad de un trato más favorable en la jurisprudencia constitucional española

Como se adelantó, con relación a la jurisprudencia constitucional sobre el artículo 9.2, o sea, sobre la dimensión social (y material) de la igualdad, el Tribunal Constitucional español ha considerado, desde sus primeros pronunciamientos, que la norma formula un correctivo del principio de igualdad formal de acuerdo con las exigencias de un Estado social de Derecho, lo que consiste básicamente en la consecución de la materialidad de los valores constitucionales. Este tipo de planteamiento es bastante original en su profundidad, a nivel comparado, y constituye una base adecuada para una re-densificación en términos amplios del principio de igualdad.

Así pues, puede leerse, ya, en la STC 34/1981¹³¹, lo siguiente: *«el principio de igualdad jurídica consagrado en el artículo 14 hace referencia inicialmente a la universalidad de la ley, pero no prohíbe que el legislador contemple la necesidad o*

¹³⁰ PÉREZ LUÑO, A. E. — *Dimensiones de la Igualdad*, 2ª Edición, Dykinson, 2007.

¹³¹ Sentencia del Tribunal Constitucional español n.º 34/1981, de 10 de noviembre.

conveniencia de diferenciar situaciones distintas y de darles un tratamiento diverso, que puede incluso venir exigido, en un Estado social y democrático de Derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores del Ordenamiento, como son la justicia y la igualdad (artículo 1), a cuyo efecto atribuye además a los poderes públicos el que promuevan las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva (artículo 9.2)». El Tribunal ha mantenido, en general, un planteamiento prudente en lo que respecta al control jurisdiccional de normas contrarias al mandato del artículo 9.2, ya que este no trata de imponer una igualdad absoluta en la condición social de todos los ciudadanos. Sin embargo, en algunas ocasiones, ha afirmado la obligación constitucional de los poderes públicos de proseguir los objetivos consagrados en la norma. Así se hizo en la STC 27/1981¹³², donde esclarece que «el acto del Legislativo se revela arbitrario (...) cuando engendra desigualdad. Y no ya desigualdad referida a la discriminación —que ésta concierne al artículo 14—, sino a las exigencias que el 9.2 conlleva, a fin de promover la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra, finalidad que, en ocasiones, exige una política legislativa que no puede reducirse a la pura igualdad ante la ley».

Según Carmona Cuenca¹³³, el Tribunal Constitucional ha avanzado en la interpretación del principio de igualdad material, especificando, en algunas decisiones, cuál ha de ser el contenido de esta acción estatal encaminada a hacer realidad dicho principio. Encontramos, así, en la STC 32/1981¹³⁴ la idea de que la igualdad sustancial se traduce en la práctica en la obligatoriedad para el Estado de proporcionar una serie de “prestaciones mínimas” a todos los ciudadanos, aunque el fundamento movilizado ha sido principio de Estado social del artículo 1.1, en conexión con el 149.1.18: *«el tratamiento común a los administrados que preceptúa el artículo 149.1.18 ha de*

¹³² Sentencia del Tribunal Constitucional español n.º 27/1981, de 20 de julio.

¹³³ CARMONA CUENCA, E. — “El Principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista de estudios políticos*, n.º 84, 1994.

¹³⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional español n.º 32/1981, de 28 de julio.

entenderse en el Estado social y democrático de Derecho que configura la Constitución (artículo 1.1), con un alcance no meramente formal, sino, también, del modo que determine la Ley, con un contenido sustancial en forma de pautas de prestaciones mínimas que deben proporcionarse a todos los ciudadanos».

Más aún, el Tribunal Constitucional español ha explicado que el combate a discriminaciones o diferencias históricas, sociales y económicas puede justificar adecuadamente una excepción al principio de igualdad de trato. Como puede leerse en la STC 3/1983¹³⁵, en la cual el Tribunal consideró razonable y no discriminatoria la diferencia normativa de trato entre trabajadores y empleadores, en el dominio de la jurisdicción laboral, con fundamento en la desigualdad socio-económica y jurídica de los trabajadores: *«siendo esto así, es evidente que la igualdad entre trabajadores y empresarios promovida por el derecho laboral... no puede ser desconocida o quebrada por una presunta plena efectividad del artículo 14 CE, pues lo contrario equivaldría, paradójicamente, a fomentar mediante el recurso a la igualdad formal, una acrecentada desigualdad material en perjuicio del trabajador y en vulneración del artículo 9.2 de la Constitución»*¹³⁶.

Es también de señalar otro campo de la jurisprudencia constitucional en materia de igualdad, que se refiere a la admisibilidad de un trato más favorable de ciertos sectores sociales o sujetos más débiles, en relación con el principio de igualdad constitucional. En esta materia, el Tribunal ha preferido, muchas veces, reconducir al artículo 14 de la Constitución la fundamentación de los supuestos de trato legal diferenciado de sujetos tradicionalmente sujetos a discriminación; la norma asume, de esta manera, el carácter de norma-parámetro única lo que, por una parte, permite

¹³⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional español n.º 3/1983, de 25 de enero.

¹³⁶ Véase un comentario a estas y otras sentencias del Tribunal Constitucional español, en las cuales se admiten, con base en el artículo 9.2 de la CE, un trato normativo desigual para situaciones fácticas diversa, en BILBAO UBILLOS, J. M. y REY MARTÍNEZ, F. — “El principio constitucional de igualdad en la jurisprudencia española”, en CARBONELL, M. - *El principio constitucional de igualdad*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2003.

defender una lectura que le atribuya un sentido más amplio que la mera igualdad formal, pero que, por otra parte, reduce al ámbito del artículo 14 situaciones que podrían ser resueltas con base en el artículo 9.2.

Ejemplo concreto de este tipo de planteamiento es la STC 19/1989¹³⁷: *«la virtualidad del art. 14 de la Constitución no se agota en la cláusula general de igualdad que inicia su contenido, sino que también persigue la interdicción de determinadas diferencias, históricamente muy arraigadas, que, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, han situado a amplios sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 de la Constitución (...) De ahí que, en principio, no puedan considerarse lesivas del principio de igualdad, aun cuando establezcan un trato más favorable, las medidas que tengan por objeto compensar la situación de desventaja de determinados grupos sociales y, en concreto, remediar la tradicional situación de inferioridad de la mujer en el ámbito social y en el mercado de trabajo, matización que, por otra parte, viene siendo habitual en las normas internacionales más recientes sobre igualdad y no discriminación».*

Finalmente, es importante dar nota de algunos de los últimos desarrollos jurisprudenciales sobre la materia en análisis, con especial importancia para la prohibición de discriminación. La STC 39/2002¹³⁸ detalla, de forma sistematizada, los requisitos de dicha prohibición y explica también que *“a diferencia del principio genérico de igualdad, que no postula ni como fin ni como medio la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato, las prohibiciones de discriminación contenidas en el art. 14 CE implican un juicio de irrazonabilidad de la diferenciación establecida ex constitutione, que imponen como fin y generalmente como medio la parificación, de manera que sólo pueden ser utilizadas excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica, lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto, así como un mayor rigor*

¹³⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional español n.º 19/1989, de 31 de enero.

¹³⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional español n.º 39/2002, de 14 de febrero.

respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad (...) También resulta que en tales supuestos la carga de demostrar el carácter justificado de la diferenciación recae sobre quien asume la defensa de la misma y se torna aún más rigurosa que en aquellos casos que quedan genéricamente dentro de la cláusula general de igualdad del art. 14 CE”.

El Tribunal Constitucional español tiene aún varias decisiones importantes sobre cuestiones de igualdad de género. En la STC 59/2008¹³⁹, el TC desestimó la cuestión de inconstitucionalidad por vulneración del mandato de igualdad en relación a la discriminación por razón de sexo de una norma del Código Penal que prevé una pena distinta en función de quien sea la víctima del maltrato ocasional, aumentandola si la víctima es esposa o pareja (mujer) del agresor. El Tribunal consideró que en este caso la distinta penalidad -el trato diferenciado- está justificada debido a las altísimas cifras en torno a la frecuencia de una grave criminalidad que tiene por víctima a la mujer y por agente a la persona que es o fue su pareja. Ya la STC 12/2008¹⁴⁰ y la STC 13/2009¹⁴¹ se ocupan de cuestiones relativas a la representación equilibrada de género (sistema de cuotas), legitimando las medidas cuestionadas como garantizadoras de la igualdad de oportunidades, y medio de corregir la situación histórica de discriminación de la mujer en la vida pública.

3.3.4 — La igualdad en la Constitución Portuguesa de 1976

3.3.4.1 — Marco constitucional

La Constitución de la República Portuguesa de 1976 (CRP), aprobada dos años después de la Revolución democrática de 25 de Abril de 1974, que

¹³⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional español n.º 59/2008, de 14 de mayo.

¹⁴⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional español n.º 12/2008, de 29 de enero.

¹³⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional español n.º 59/2009, de 19 de enero.

puso fin a un régimen dictatorial, es un buen ejemplo de la consagración del principio de igualdad en el texto constitucional de manera plural, compleja, combinando todos los tipos de normas antes identificados.

Recogido en el Título I de la parte I, de la Constitución, el principio de igualdad es uno de los principios estructurantes del sistema constitucional. Está previsto en el artículo 13 del texto de la CRP que establece que «*todos los ciudadanos tienen la misma dignidad social y son iguales ante la ley*»; el apartado 2 del mismo artículo estipula que «*nadie puede ser privilegiado, beneficiado, perjudicado, privado de cualquier derecho o exento de cualquier deber por razón de ascendencia, sexo, raza, lengua, territorio de origen, religión, convicciones políticas o ideológicas, instrucción, situación económica, condición social u orientación sexual*». Así pues, se prevé el principio de igualdad en su dimensión liberal y formal, como afirmación de la igual posición de todos los ciudadanos, sujetos a la misma ley y titulares de los mismos derechos y deberes, independientemente de su estatus, posición o características. El principio es, en este sentido, un principio de prohibición de la arbitrariedad¹⁴².

El apartado 2 del artículo 13, con sus prohibiciones de discriminación, forma parte de la dimensión democrática del principio, que puede encontrarse también en otras normas, en particular en los artículos 10, n.º 1 («*el pueblo ejerce el poder político a través del sufragio universal, **igual**, directo, secreto y periódico, del referendo y de las demás formas previstas en la Constitución*»), 48, n.º 1 («*todos los ciudadanos tiene el derecho a tomar parte en la vida política y en la dirección de los asuntos públicos del país*») y 50, n.º 1 («*todos los ciudadanos tienen el derecho de acceso, en condiciones de igualdad y libertad, a los cargos públicos*»). Esta dimensión de

¹⁴² Sobre la igualdad en la Constitución Portuguesa, véanse CANAS, V. – “Constituição Prima Facie: Igualdade, Proporcionalidade, Confiança (Aplicados ao "Corte" de Pensões)”, en *E-pública Revista Eletrónica de Direito Público*, N. 1, 2014; MIRANDA, J., *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, Coimbra Editora, 2012; CANOTILHO, J. J. GOMES y MOREIRA, V. – *Constituição da República Portuguesa Anotada*, V. I, 4ª Edición, Coimbra Editora, 2007; GARCIA, M. G. F. P. D. – *Estudos sobre o Princípio da Igualdade*, Almedina, 2005; AMARAL; M. L., «O princípio da igualdade na Constituição Portuguesa», en *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes*, Coimbra Editora, 2004; NOVAIS, J. REIS, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra Editora, 2004; CORREIA, F. ALVES - *O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*, Almedina, Coimbra, 1997; ALBUQUERQUE, M. De, *Da Igualdade – Introdução à Jurisprudência*, Almedina, Coimbra, 1993.

prohibición de discriminaciones abarca, así, las cuestiones clasificadas como de *reconocimiento y representación*. O sea, prohíbe las discriminaciones en función de características intrínsecas de la persona, cuyo cambio voluntario es imposible o una exigencia inconcebible en el marco de Estado de derecho, por atentar contra la dignidad: los ciudadanos deben ser tratados como iguales, y respetados en todos los aspectos de su vida y personalidad. Por otra parte, se consagra extensamente el principio de la igualdad democrática, del derecho a la participación política y representación en condiciones iguales como elemento esencial del proyecto político y democrático definido en el texto constitucional.

La dimensión social del principio de igualdad —en la cual el principio asume la forma de obligación de diferenciación— está consagrada en el artículo 9, d) de la CRP, que establece como *«tarea fundamental del Estado promover el bienestar y la calidad de vida del pueblo y la igualdad real entre los portugueses, así como la realización efectiva de los derechos económicos, sociales, culturales y medioambientales, mediante la transformación y modernización de las estructuras económicas y sociales»*. Esta dimensión social encuentra respuesta en varias otras disposiciones constitucionales, principalmente en el marco de los derechos económicos, sociales y culturales, como es el caso de la previsión del artículo 58, n.º 2 (*«para asegurar el derecho al trabajo incumbe al Estado promover la igualdad de oportunidades en la elección de la profesión o género de trabajo»*) y 74 (*«todos tienen derecho a la enseñanza con garantía del derecho a la igualdad de oportunidades de acceso y éxito escolar»*). En estas normas, hay un inequívoco proyecto de justicia social, de democracia no solamente política, sino también económica, social y cultural, en términos similares a los defendidos por algunos de los autores ya estudiados y muchas de las organizaciones internacionales, en particular las Naciones Unidas. El principio de igualdad asume, aquí, una verdadera función social, exigiendo de los poderes públicos acciones para eliminar las desigualdades de hecho, a través de políticas redistributivas. El sistema

socio-económico, concretamente configurado por los representantes de la mayoría democrática, moldeado y encuadrado con recurso a normas jurídicas debe, pues, adaptarse a estos objetivos y constituirse como instrumento para su consecución.

Combinando la idea de realización práctica del Estado social de derecho y de admisibilidad de discriminaciones positivas, la CRP establece también varias normas de protección de sujetos considerados más *débiles* en el contexto social. Véanse las normas de protección de la mujer durante el embarazo y después del parto en lo que se relaciona con las condiciones de trabajo (artículos 59, n.º 2, c) y 68, n.º 3). Estas disposiciones estaban ya en la versión inicial de la Constitución y son consideradas consecuencia del deber constitucional de remoción de las desigualdades económicas, sociales y culturales. Además, podemos descubrir en el texto constitucional otros sujetos a quien el Estado debe dispensar tutela especial, lo que podrá justificar verdaderas discriminaciones positivas, como los niños huérfanos o privados de un ambiente familiar normal (artículo 69, n.º 2); los jóvenes, que merecen protección especial para el ejercicio efectivo de ciertos derechos (artículo 70); y, finalmente, los ciudadanos con minusvalías, que deberán ser apoyados a través de políticas de rehabilitación e integración¹⁴³.

Además, son de destacar también las normas constitucionales específicas en materia de igualdad entre hombres y mujeres. Esta está presente, desde luego, en el artículo 9, h) de la Constitución, que define como tarea fundamental del Estado «*promover la igualdad entre hombres y mujeres*», añadida al texto en la reforma constitucional de 1997, por influencia del derecho de la Unión Europea, en particular de su consagración como principio

¹⁴³ Véase, MIRANDA, J. - *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, Coimbra Editora, 2012. El autor menciona también la previsión de protección y apoyo a las pequeñas y medias empresas y a las iniciativas generadoras de empleo y que fomenten las exportaciones o sustitución de importaciones (artículos 86, n.º 1 y 100); el apoyo preferencial a los pequeños y medios agricultores, a las cooperativas de trabajadores agrícolas y otras formas de explotación por trabajadores (artículo 97, n.º 1), como obligaciones de protección fundadas en razones políticas y económicas.

fundamental en el Tratado de Amsterdam. Esta dimensión particular de la igualdad es, así, el dominio donde la interconstitucionalidad es más evidente, es decir, donde de la interacción dialéctica entre normas constitucionales de niveles distintos resulta un refuerzo de la consagración, interpretación y garantía de un valor constitucional común, en este caso, la igualdad. De acuerdo con las disposiciones de la CRP cabe, pues, al Estado eliminar todo tipo de desigualdad de género y promocionarla activamente en las políticas públicas relativas a distintos sectores sociales y económicos. En este ámbito, las normas de discriminación positiva, como el trato más favorable de las mujeres en el acceso a cargos públicos, parecían más problemáticas, en la medida en que implicaban una distinción jurídica. Las dificultades constitucionales de encuadramiento de este tipo de soluciones fueron también superadas con la reforma constitucional de 1997, que modificó el artículo 109 y pasó a autorizar expresamente las medidas de promoción de la igualdad de derechos políticos entre hombres y mujeres.

Por último, es de resaltar que la Constitución portuguesa alberga también una serie de derechos específicos de igualdad, o sea, derechos fundamentales que tiene por objetivo garantizar y dar eficacia al principio de igualdad sustancial, en diversos ámbitos. Entre ellos, pueden señalarse como ejemplos el derecho a la protección contra todas las formas de discriminación, incluido en el artículo 26, n.º 1, y comprendido como verdadero derecho subjetivo fundamental a ver asegurada, en la práctica, la protección jurídica y de hecho contra la discriminación; el derecho de igualdad de los cónyuges y de los hijos, nacidos dentro y fuera del matrimonio (artículo 36); el derecho de igualdad en el acceso a la función pública (artículo 47) y en el acceso a cargos políticos (artículo 109).

En el dominio de los derechos sociales, puede afirmarse que muchas de las disposiciones constitucionales funcionan como materializaciones de la dimensión social de la igualdad y del proyecto constitucional de

construcción de un Estado de derecho democrático y social, como es el caso del artículo 58, que consagra el derecho al trabajo, la obligación estatal de promover políticas de pleno empleo y la igualdad de oportunidades en la elección de la profesión o trabajo; del artículo 59, que registra varios derechos de los trabajadores, entre los cuales el principio de igualdad salarial; del artículo 63, sobre seguridad social y solidaridad; del artículo 64, sobre el derecho a la salud y a un servicio nacional de salud universal y tendencialmente gratuito, que establece como obligación prioritaria del Estado garantizar a todos, independientemente de la condición económica, el acceso a los cuidados de medicina preventiva, curativa y de rehabilitación; o del artículo 73, que consagra el derecho a la educación, previendo que esta *«realizada a través de la escuela y de otros medios formativos contribuya a la igualdad de oportunidades, la superación de las desigualdades económicas, sociales y culturales, el desarrollo de la personalidad y del espíritu de tolerancia, de comprensión mutua, de solidaridad y de responsabilidad, al progreso social y a la participación democrática en la vida colectiva»*.

Este es el diseño global del principio de igualdad en la CRP, que engloba las dimensiones liberal, democrática y social antes referidas. Como explican Gomes Canotilho y Vital Moreira, el principio de igualdad es estructurante del Estado de derecho democrático y social, dado que *«impone la igualdad en la aplicación del derecho, fundamentalmente asegurada por la tendencia a la universalidad de la ley (...); garantiza la igualdad de participación en la vida política de la colectividad y de acceso a los cargos públicos y funciones políticas (...); exige la eliminación de las desigualdades de hecho para asegurar una igualdad material en el ámbito económico, social y cultural (igualdad de Estado de derecho social)»*¹⁴⁴. Para Maria da Glória Garcia¹⁴⁵, la unión de estas tres dimensiones corresponde a *«una exigencia de igualdad a la propia ley y ya no meramente a las situaciones a que ella se aplica: una igualdad que se*

¹⁴⁴ CANOTILHO, J. J. GOMES y MOREIRA, V. — *Constituição da República Portuguesa Anotada*, V. I, 4ª Edición, Coimbra Editora, 2007.

¹⁴⁵ GARCIA, M. G. F. P. D. — *Estudos sobre o Princípio da Igualdade*, Almedina, 2005.

presenta no como punto de partida, sino como resultado, como algo que se espera alcanzar». Según esta concepción, y como señala la autora «el principio de igualdad no solo limita externamente la actuación de los poderes públicos, sino que, a través de la intencionalidad de la norma o decisiones jurídicas, también lo limita internamente». Abierto a valores provenientes de la consciencia general de la sociedad —o de la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales, el principio de igualdad gana, de esta manera, una directividad material que, aunque sea naturalmente maleable según el tiempo y el espacio, es decir, según el momento histórico concreto vivido en cada sociedad, exige, sin embargo, la consecución de la igualdad social como imperativo de justicia y la configuración del sistema jurídico, económico y social de modo compatible con esta finalidad.

Siguiendo el logrado resumen de J. Miranda¹⁴⁶ *«en la Constitución de 1976 es nítida la afirmación, con carácter general, tanto de la igualdad ante la ley (...) como de la igualdad real entre los portugueses (...). La Constitución no se limita a declarar el principio de igualdad. Lo aplica, desde luego, a zonas más sensibles o más importantes de su idea de derecho. Y, desde ahí, un sistema bastante complejo, tal vez demasiado ambicioso, en que se deparan consecuencias puras y simples de la igualdad jurídica, preceptos de diferenciación en función de diferencias de circunstancias, imposiciones derivadas de la igualdad social y discriminaciones positivas». Así pues, combina el sentido negativo primario del principio de igualdad como prohibición de privilegios, un sentido positivo que exige trato igual para situaciones iguales y trato desigual para situaciones sustancial y objetivamente desiguales, y un sentido activo y prescriptivo, que impone a los poderes públicos el trato de las situaciones de la vida no como existen, sino como deberían existir según los estándares de la Constitución material, lo que equivale a una transformación de la mera igualdad ante la ley en una verdadera igualdad a través de la ley.*

¹⁴⁶ MIRANDA, J. - *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, Coimbra Editora, 2012.

3.3.4.2 — Jurisprudencia constitucional

a) Caracterización general del principio de igualdad en la jurisprudencia constitucional: la igualdad como prohibición de la arbitrariedad y la “igualdad proporcional”

La comprensión amplia del principio de igualdad que acaba de describirse es bastante más problemática en el plano de las garantías. De hecho, la protección jurisdiccional del principio de igualdad, como está configurada, esencialmente, por la jurisprudencia constitucional, tiene un alcance menos amplio. En este plano, el principio de igualdad queda reducido, básicamente, a sus dos primeras dimensiones, es decir, a la dimensión liberal de prohibición de la arbitrariedad y a la dimensión democrática de prohibición de discriminaciones. Es cierto que el principio es expresamente reconocido por el Tribunal Constitucional como principio estructurante de la Constitución. En la sentencia n.º 232/2003¹⁴⁷, que hace un balance sobre la jurisprudencia constitucional en materia de igualdad (con base en lo establecido, entre otras, en las sentencias n.º 319/00¹⁴⁸ y 563/96¹⁴⁹) señala que el principio constitucional de igualdad, en el fondo, «*se reconduce a la prohibición de la arbitrariedad, prohibición esa que, naturalmente, no anula la libertad de conformación del legislador donde él no la infrinja*». Se reconoce también que este es un principio estructurante del Estado de derecho democrático y del sistema constitucional global, vinculando «*directamente a los poderes públicos, tengan ellos competencia legislativa, administrativa o jurisdiccional (...) lo que resulta, por un lado, de su consagración como derecho fundamental de los ciudadanos y, por otro lado, de la atribución a los preceptos constitucionales de derechos,*

¹⁴⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional portugués n.º 232/2003, de 13 de mayo de 2003. Para un estudio más completo de la jurisprudencia constitucional portuguesa en lo que se refiere al principio de igualdad se reenvía, también, para todas las decisiones citadas en esta sentencia.

¹⁴⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional portugués n.º 319/00, de 21 de junio de 2000.

¹⁴⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional portugués n.º 563/96, de 10 de abril de 1996.

libertades y garantías de una fuerza jurídica propia traducida en su aplicabilidad directa, sin necesidad de cualquier ley de reglamentación, y de su carácter vinculante inmediato para todas las entidades públicas». El Tribunal insiste, asimismo, en la idea de que el principio «postula que se dé trato igual a situaciones de hecho esencialmente iguales y trato desigual a las situaciones de hecho desiguales». En esta medida, pues, «el principio no impide que, teniendo en cuenta la libertad de conformación del legislador, se puedan (y deban) establecer diferenciaciones de trato “razonable y objetivamente fundadas” bajo la pena de que, si así no sucede, ‘el legislador esté incurriendo en arbitrio por preterición del acatamiento de soluciones objetivamente justificadas por valores constitucionalmente relevantes». Esta idea de preservación del margen de conformación del legislador es, además, uno de los puntos centrales de la jurisprudencia constitucional portuguesa en el ámbito del principio de igualdad. El paso más avanzado del Tribunal es, en general, admitir que «el principio de igualdad no funciona tan solo en la vertiente formal y reductora de la igualdad ante la ley; implica asimismo, la aplicación igual de derecho igual (...) lo que presupone la averiguación y valoración casuísticas de la diferencia, de modo a que reciben trato semejante los que se encuentren en situaciones semejantes y diferenciado los que se hallen en situaciones legitimadoras de la diferenciación». Añade también que «la intención discriminatoria no opera automáticamente, siendo necesario integrar la evaluación jurídica y constitucional de la diferencia en los parámetros de razonabilidad y adecuación que presupone el principio de igualdad».

Más recientemente, el Tribunal ha adoptado un planteamiento que identifica la exigencia constitucional de igualdad con la idea de igualdad proporcional, de acuerdo con la “nueva fórmula” del Tribunal Constitucional alemán, reforzando la intensidad del escrutinio de la actividad legislativa. Pese a ello, y como señala la doctrina¹⁵⁰, esto no significa que

¹⁵⁰ Véanse, sobre la jurisprudencia constitucional portuguesa en materia de igualdad, por todos, CANAS, V. — “Constituição Prima Facie: Igualdade, Proporcionalidade, Confiança (Aplicados ao “Corte” de Pensões)”, *E-pública Revista Eletrónica de Direito Público*, N. 1, 2014 y PEREIRA, R. A. — “Igualdade e proporcionalidade: um comentário às decisões do Tribunal Constitucional de Portugal sobre cortes salariais no sector público”, en *Revista española de Derecho Constitucional*, n.º 98, 2013.

haya sido abandonada la tesis de la arbitrariedad, a la que el Tribunal sigue recorriendo con frecuencia, haciendo apelación a un criterio de evidencia delimitador de su propia competencia para el control normativo.

De acuerdo con esta nueva línea jurisprudencial, el principio de la proporcionalidad, cuando aducido a propósito del control de conformidad de una norma con el principio de igualdad, se reconduce a una exigencia de equilibrio en la evaluación de semejanzas y diferencias entre dos situaciones. Un buen ejemplo de la posición del Tribunal se encuentra en la sentencia 330/93¹⁵¹, donde se afirma que *«La operatividad del principio de igualdad, como se señala en el derecho público más reciente, pasa por la comparación de las situaciones de hecho y jurídicas concretas de diferentes grupos de destinatarios de la actividad normativa, a fin de saber si entre ellos se verifican diferencias de hecho con peso suficiente para justificar un trato jurídico diferenciado. Esta formulación es —a nuestro ver— tributaria del reciente cambio jurisprudencial (...) en el Tribunal Constitucional de la R.F.A. (...) Siendo este criterio más comprensivo que el de la prohibición de la arbitrariedad, puede ser de gran utilidad, siempre que sea necesario apurar si la diferencia o diferencias detectadas entre los grupos de destinatarios de la norma cuestionada son de tal naturaleza que*

¹⁵¹ Sentencia del Tribunal Constitucional portugués N.º 330/93, de 11 de mayo de 1993. En el original: «Sobre a forma como actualmente o princípio da igualdade é entendido na doutrina e jurisprudência, escreve Gomes Canotilho (in Revista de Legislação e de Jurisprudência, ano 124.º, n.º 3811, p. 327, em «Anotação» ao Acórdão n.º 359/91 deste Tribunal), o seguinte: A operatividade do princípio da igualdade, como se salienta na juspublicística mais recente, passa pela comparação das situações fácticas e jurídicas concretas de diferentes grupos destinatários da actividade normativa, a fim de se saber se entre eles se verificam diferenças fácticas com um peso suficiente para justificar um -tratamento jurídico diferenciado. Esta formulação é — ao que nos parece — tributária da recente mudança jurisprudencial de que dá conta Alves Correia (ibidem, p. 425) no Tribunal Constitucional da R. F. A.: «Interessa, por fim, assinalar que a mais recente jurisprudência do Tribunal Constitucional da R. F. A. vem abandonando a teoria da proibição do arbítrio, procurando substituí-la por um critério mais compreensivo, sem contudo, eliminar a liberdade de conformação do legislador. A nova formulação do BVerfG é a seguinte: «Esta norma constitucional (o artigo 3.º, n.º 1) obriga a tratar de modo igual todos os homens perante a lei. Consequentemente, este direito fundamental é sobretudo violado se um grupo de destinatários da norma em comparação com outros destinatários da norma é tratado de modo diferente, sem que existam entre os dois grupos diferenças de tal natureza (Art) e de tal peso (Gewicht) que possam justificar o tratamento desigual». Mas, ainda que esta posição não esteja totalmente isenta de críticas de que Alves Correia dá conta (cfr. p. 426), o certo é que, sendo este critério mais compreensivo do que o da proibição do arbítrio, pode ser da maior utilidade sempre que se torne necessário apurar se a diferença ou as diferenças detectadas entre os grupos de destinatários da norma questionada são de tal natureza que justifiquem a desigualdade de tratamento. Assim, e de um modo esquemático pode dizer-se (com Pieroth/Schlink, Grundrechte — Staatsrecht II, n.º 506, p. 115), que, para se poder reconhecer um fundamento material ao desigual tratamento normativo de situações essencialmente iguais, deve aquele prosseguir um fim legítimo, ser adequado e necessário para realizar tal fim e manter uma relação de equitativa adequação com o valor que subjaz ao fim visado».

justifiquen la desigualdad de trato. Así, y de un modo esquemático, puede decirse (con Pieroth/Schlink, Grundrechte — Staatsrecht II, n.º 506, p. 115) que, para poder reconocerse un fundamento material al desigual tratamiento normativo de situaciones esencialmente iguales, debe aquel perseguir un fin legítimo, ser adecuado y necesario para realizar tal fin y mantener una relación de equitativa adecuación con el valor que subyace al fin perseguido».

En algunas de las recientes sentencias de la llamada “jurisprudencia de la crisis”, el Tribunal Constitucional portugués ha vuelto a utilizar la “igualdad proporcional” como fundamento de varias declaraciones de inconstitucionalidad. Efectivamente, en las sentencias 353/12¹⁵² y 187/13¹⁵³, el Tribunal ha declarado inconstitucionales parte de los recortes de los salarios de funcionarios públicos y de pensiones por considerarlos contrarios al principio de igualdad proporcional: al exigir de los servidores públicos y pensionistas una contribución adicional en favor de equilibrio de los presupuestos del Estado y de la reducción del déficit público, el legislador impuso a estos ciudadanos un grado de sacrificio considerado demasiado pesado, cuando comparado con lo exigido a otras categorías, en particular a los trabajadores del sector privado.

b) La igualdad como prohibición de discriminación en la jurisprudencia constitucional

En lo que respecta a la igualdad en su dimensión de no discriminación, la jurisprudencia portuguesa es bastante variada y ha sabido captar, con carácter general, los cambios sociales subyacentes a los juicios de diferencia y semejanza inherentes a las cuestiones de discriminación y a las ponderaciones relativas a su eventual justificación. Efectivamente, se nota, en el campo de la no discriminación, algún esfuerzo en el sentido de adoptar

¹⁵² Sentencia del Tribunal Constitucional portugués n.º 353/12, de 5 de julio de 2012.

¹⁵³ Sentencia del Tribunal Constitucional portugués n.º 187/13, de 5 de abril de 2013.

soluciones acordes con las concepciones dominantes. A pesar de eso, es de señalar que existe una incomprensible decisión sobre discriminación por razón de la raza, en la cual el Tribunal consideró no existir discriminación, ya que la especial vigilancia policial prevista en la ley para los nómadas, que afectaba casi únicamente a ciudadanos gitanos, no se fundamentaba en su etnia, sino “en su condición de errantes”¹⁵⁴ —un caso típico y claro de discriminación indirecta que el Tribunal debería haber declarado inconstitucional—.

En la sentencia 231/94¹⁵⁵, el Tribunal ha considerado que el trato más favorable del cónyuge del sexo femenino en el acceso a una pensión de viudedad atentaba contra el principio constitucional de igualdad, por lo que declaró la inconstitucionalidad de las normas en juicio. El Tribunal ha entendido que la evolución económica del país había disminuido la diferencia entre hombres y mujeres trabajadoras, tanto a nivel de hecho como jurídico, por lo que la discriminación prevista en dichas normas se configuraba como objetivamente injustificable, debiendo alargarse el ámbito de aplicación de la pensión. También en el marco de la discriminación por razón de género, y al analizar la conformidad con la CRP de normas sobre el cálculo de pensiones por accidentes laborales más favorables cuando el cónyuge o superviviente es mujer¹⁵⁶, el Tribunal Constitucional señaló que la diferencia estaría en vías de desaparecer, gracias a cambios en la legislación de la seguridad social, no declarando las normas inconstitucionales. Al contrario, afirmó que *«el problema de la igualdad —en la vertiente que nos interesa— no es tanto el de la simetría, sino que consiste, esencialmente, en contrariar la desventaja económica, social, política y sexual en que las mujeres se encuentran por contraposición a los hombres. (...) A esta luz, la confluencia de ciertos factores es*

¹⁵⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional portugués n.º 452/89, de 28 de junio de 1989.

¹⁵⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional portugués n.º 231/94, de 9 de marzo de 1994.

¹⁵⁶ Sentencias del Tribunal Constitucional portugués n.º 609/94, de 22 de noviembre de 1994, 81/95, de 21 de febrero de 1995, 109/95, de 23 de febrero de 1995 y 713/96, de 22 de mayo de 1996.

susceptible de justificar positivamente la diferencia detectada. Es el caso, por ejemplo, del peso de las tareas domésticas de la mujer, parcela acrecida y no remunerada de su trabajo».

Más recientemente, son de destacar dos decisiones sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo, analizado, por última vez en la sentencia 121/2010¹⁵⁷. El Tribunal no se ha pronunciado por la inconstitucionalidad de las normas que instituyen la igualdad en el acceso a dicha institución, independientemente del sexo de ambos cónyuges, afirmando que el concepto constitucional de matrimonio es un concepto abierto, que admite distintas conformaciones legislativas, así como diversas concepciones políticas, éticas o sociales, cabiendo al legislador, en cada momento histórico, aprehender y verter en el ordenamiento las concepciones sociales dominantes en la materia.

A pesar de todo esto, hay un elemento inquietante en esta dimensión de la jurisprudencia constitucional portuguesa sobre igualdad, que es la no utilización del léxico y de las técnicas desarrolladas en los últimos años —en gran parte, por acción del TJUE— en materia de no discriminación, en particular el concepto de discriminación indirecta. El simple planteamiento de este tipo de hipótesis cambia, muchas veces, la perspectiva del decisor, llevando al reconocimiento de situaciones de discriminación que, de otra forma, parecen conformes a la prohibición de la arbitrariedad, fórmula a la cual el Tribunal se limita tal vez demasiadas veces.

c) Igualdad material y derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional

Ante esta visión más restrictiva del principio de igualdad —o, por lo menos, de las dimensiones justiciables de dicho principio— el Tribunal Constitucional portugués ha hecho, a lo largo de su historia, pocas

¹⁵⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional portugués n.º 121/2010, de 28 de abril de 2010.

referencias a la idea de igualdad material y a su conexión ineludible con los derechos fundamentales, en particular con los derechos económicos, sociales y culturales que contienen mandatos claros de búsqueda, por parte del legislador, de la igualdad de oportunidades.

La definición del planteamiento del Tribunal en materia de igualdad sustancial y de la conformación legislativa de los derechos-garantía de esa misma igualdad¹⁵⁸ empezó en 1984, con la sentencia n.º 39/84¹⁵⁹, en la cual se declaró inconstitucional la revocación parcial de la ley que instituía el Servicio Nacional de Salud. El Tribunal afirmó, entonces, que las normas de índole programática, de realización diferida en el tiempo, tendrían una vinculabilidad jurídica más atenuada, y que las normas constitucionales que imponen al Estado tareas concretas para la realización de derechos fundamentales justificarían una menor libertad de elección del legislador, siempre que estuvieran ya total o parcialmente realizadas. Desde aquí, el Tribunal ha desarrollado una jurisprudencia casi invariablemente comprensiva en relación con las opciones legislativas, aunque en situaciones en que estas contradicen el sentido de las imposiciones constitucionales¹⁶⁰. En una serie de decisiones emitidas a lo largo de las últimas décadas, el Tribunal Constitucional admitió una serie de medidas que constituyen retrocesos evidentes en la garantía universal de derechos económicos y sociales esenciales a la realización de la igualdad de oportunidades y del proyecto de justicia consagrado en la Constitución. Es el caso de la sentencia 339/89¹⁶¹, sobre la introducción de tasas de copago en el servicio nacional

¹⁵⁸ Sobre esta materia, véase el buen resumen de NOVAIS, J. REIS - *Direitos Fundamentais –Trunfos Contra a Maioria*, Coimbra Editora, 2006.

¹⁵⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional portugués n.º 39/84, de 11 de abril de 1984.

¹⁶⁰ Así, NOVAIS, J. REIS - *Direitos Fundamentais — Trunfos Contra a Maioria*, Coimbra Editora, 2006.

¹⁶¹ Sentencia del Tribunal Constitucional portugués n.º 339/89, de 12 de abril de 1989.

de salud o de la sentencia 148/94¹⁶², sobre la actualización del valor de las tasas de matrícula en las universidades públicas.

No obstante, en sentencias más recientes, como es el caso de la sentencia 509/02¹⁶³, de la sentencia 141/15¹⁶⁴ y de la sentencia 295/15¹⁶⁵, todas ellas sobre las condiciones de atribución de la renta social de inserción (renta mínima), el Tribunal avanza un poco en el tipo de escrutinio que se permite hacer de medidas legislativas relacionadas con los derechos sociales. En la primera de las decisiones referidas, se ha considerado que la supresión de la prestación de renta mínima para los jóvenes de entre 18 y 25 años dañaba el núcleo esencial del derecho fundamental a un mínimo de existencia digna, derecho que el Tribunal construye, por vía interpretativa, a partir del principio de la dignidad de la persona. En las dos sentencias siguientes, relativas a la introducción de un presupuesto de residencia legal en Portugal por 1 año (para los ciudadanos nacionales) y 3 años (para los extranjeros) para poder solicitar la prestación, el Tribunal declaró inconstitucionales las normas en juicio, en ambas situaciones. En el caso de los nacionales, por violación del principio de igualdad, considerando que la distinción entre ciudadanos portugueses que han emigrado y retornado y ciudadanos que no hayan salido es ilegítima y no puede fundar un trato desigual en conformidad con la Constitución, ya que el fundamento discriminatorio es el ejercicio de un derecho fundamental —la libertad de circulación—. Con respecto a los extranjeros, el Tribunal entendió que la medida en causa violaba el principio de proporcionalidad, siendo excesiva e innecesaria.

Al no tratarse, en este caso, de sentencias en las que siempre se aplique el principio de igualdad, ellas son, sin embargo, inequívocamente, decisiones

¹⁶² Sentencia del Tribunal Constitucional portugués n.º 148/94, de 8 de febrero de 1994.

¹⁶³ Sentencia del Tribunal Constitucional portugués n.º 509/02, de 19 de diciembre de 2002.

¹⁶⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional portugués n.º 141/15, de 25 de febrero de 2015.

¹⁶⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional portugués n.º 296/15, de 25 de mayo de 2015.

relevantes en el plano de la igualdad material, en la dimensión social de la igualdad, consagrada en el texto constitucional. La evolución del tipo de escrutinio jurisdiccional que se admite en relación con ellas es, pues, un elemento interesante e importante para un replanteamiento del contenido y condiciones de operatividad del principio de la igualdad en el marco del derecho constitucional europeo. A esta cuestión se volverá en la parte III del trabajo.

Segunda Parte
El Principio de Igualdad en el Derecho Constitucional de la Unión
Europea

1. Evolución histórica: del proyecto económico a la ciudadanía social

1.1 – De la Igualdad como riesgo económico a la Igualdad como derecho humano fundamental; 1.2 – Los derechos de Igualdad en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión; 1.3 – Igualdad y no discriminación en el Derecho Constitucional de la Unión Europea: marco actual.

1.1 – De la Igualdad como riesgo económico a la Igualdad como derecho humano fundamental

La historia de la normativa sobre igualdad y no discriminación en la Unión Europea se teje, como sucede con los derechos fundamentales en general, sobre las complejas relaciones entre el proyecto económico inicial y la idea de consolidación de una Europa social. En un modelo de integración basado esencialmente en el mercado, las cuestiones de igualdad y las políticas sociales vienen diseñadas teniendo por objetivo la eficiencia; ya en un modelo de integración con enfoque en la ciudadanía y en la dimensión social del proyecto europeo, las políticas sociales son desarrolladas de manera autónoma, en paralelo a —y no al servicio de— la dimensión económica de la Unión. Ahora bien, es en el ámbito de esta permanente tensión donde pueden comprenderse los avances y retrocesos, operados por vía legislativa y también por vía jurisprudencial, en materia de igualdad de oportunidades y en los campos del derecho de la protección social directamente vinculados a ella.

Las primeras referencias específicas a cuestiones de igualdad en el derecho originario de la Unión Europea aparecen en el marco de las Disposiciones Sociales del Tratado de Roma, firmado en 1957. El artículo 117 registraba, entonces, el acuerdo de los Estados miembros en cuanto a la necesidad de promover la mejora de las condiciones de vida y trabajo de los trabajadores, permitiendo su “parificación en el progreso”. Tal evolución

resultaría, según la misma norma, del funcionamiento del mercado común, que favorecería la armonización de los sistemas sociales y la aproximación de las disposiciones legislativas y administrativas en los términos previstos en el mismo Tratado.

Referencias más explícitas a la igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito del mercado laboral aparecen en el artículo 119 del Tratado de Roma (posteriormente artículo 141 del Tratado de la Comunidad Europea, hoy artículo 157 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea). Cada Estado miembro asumía, en una primera fase, el compromiso de aplicar el principio de igualdad entre trabajadores de ambos sexos en materia de remuneración. El propósito de estas disposiciones era de naturaleza claramente económica, y países con legislación más desarrollada y generosa en el campo de la protección social, como Francia, mostraban su temor a una distorsión de competencia en el marco del mercado común. De esta forma, las normas mencionadas buscaban asegurar que de las ventajas sociales no resultarían desventajas económicas o de competencia.

Casi dos décadas más tarde, la densificación de estas primeras normas del “derecho europeo de la igualdad” empezó a hacerse por vía jurisprudencial. De hecho, las sentencias del TJUE han aportado, como veremos en este trabajo, avances significativos en materia de igualdad. En la conocida sentencia *Defrenne v. Sabena*¹⁶⁶, el Tribunal reconoció, para el futuro, el efecto directo del artículo 119 del TFUE, afirmando que *«el artículo 119 apunta a un doble objetivo; por una parte, habida cuenta de la diferencia en el grado de evolución de las legislaciones sociales en los distintos Estados miembros, el artículo 119 está concebido para evitar que, en lo que a la competencia intracomunitaria se refiere, las empresas radicadas en Estados que efectivamente hayan establecido el principio de igualdad de retribución no sufran merma alguna en el ámbito de la competencia en*

¹⁶⁶ Cfr. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) *Gabrielle Defrenne v Société Anonyme Belge de Navigation Aérienne Sabena*, proceso n.º C-43/75, de 8 de abril de 1976.

relación con las empresas sitas en Estados que todavía no hayan eliminado la discriminación salarial en detrimento de la mano de obra femenina; por otra parte, dicha disposición responde a los objetivos sociales de la Comunidad, la cual no se limita a una unión económica, sino que, al mismo tiempo, mediante una acción común, debe garantizar el progreso social, promover la mejora constante de las condiciones de vida y de trabajo de los pueblos europeos, tal como subraya el Preámbulo del Tratado; (...) de este doble objetivo, económico y social, se desprende que el principio de igualdad de retribución forma parte de los fundamentos de la Comunidad».

En el año 2000, en la sentencia *Deutsche Telekom*¹⁶⁷, el Tribunal de Justicia vendría a reconocer el principio de igualdad salarial como expresión de un derecho humano fundamental, invirtiendo la jerarquía teleológica hasta entonces utilizada para explicar el artículo 119 del Tratado de la Comunidad Económica Europea y afirmando el objetivo económico como un propósito secundario en relación con los fines de naturaleza social. Como puede leerse en la sentencia misma «*el Tribunal de Justicia indicó reiteradamente que el derecho a no ser discriminado por razón de sexo constituye uno de los derechos humanos fundamentales cuyo respeto debe garantizar el Tribunal de Justicia (...) A la luz de dicha jurisprudencia, procede considerar que la finalidad económica perseguida por el artículo 119 del Tratado, que consiste en la eliminación de las distorsiones en la competencia entre las empresas establecidas en distintos Estados miembros, reviste un carácter secundario respecto al objetivo social contemplado por la misma disposición que constituye la expresión de un derecho humano fundamental*».

Sin embargo, el paso más relevante para la efectiva consagración de un principio general de no discriminación en el derecho de la Unión la atribución de competencias legislativas específicas en dicha materia a la UE, a través del artículo 13 del TCE con la redacción introducida con del Tratado de Ámsterdam (ahora artículo 19 del TFUE). La Unión pasó, de

¹⁶⁷ Cfr. Sentencia del TJUE *Deutsche Telekom AG v Lilli Schröder*, proceso n.º C-50/96, de 10 de Sentencia de 2000.

esta forma, a poder «adoptar medidas adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual». Este cambio en el derecho originario tuvo como consecuencia la disipación de las dudas sobre la posibilidad de intervención de las Instituciones europeas en estos asuntos, pasando a discutirse las formas y alcance de la legislación y políticas comunitarias a adoptar. De esta manera, el artículo 13 del Tratado de Ámsterdam abrió el camino para la aprobación de una serie de medidas legislativas, en particular de directivas, en materia de no discriminación, que se analizarán con detalle más adelante. Aún en el año 2000, apareció la Directiva 2000/43/EC¹⁶⁸, sobre no discriminación por razón de la raza y origen étnico, muy aplaudida por la doctrina debido a su extenso ámbito, más allá del tradicional marco del mercado laboral. Posteriormente, se aprobó la Directiva 2000/78/CE¹⁶⁹, que amplió los motivos de discriminación prohibidos en el ámbito laboral, pasando a incluir la edad, la orientación sexual, las deficiencias, así como la religión y creencias. El paso siguiente fue la adopción de varias directivas en materia de género¹⁷⁰, que se ha consolidado como la dimensión de igualdad más desarrollada en el derecho de la Unión Europea.

¹⁶⁸ Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio, que aplica el principio de igualdad de trato entre las personas, sin distinción de raza u origen étnico.

¹⁶⁹ Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre que establece un cuadro general de igualdad de trato en el empleo y actividad profesional.

¹⁷⁰ Véase, por ejemplo, la Directiva 2004/113/CE, de 13 de diciembre que aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro; la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en dominios relacionados con el empleo y actividad profesional; Directiva 2010/18/UE, de 8 de marzo, acerca da la implementación del Acuerdo Marco sobre permiso parental; Directiva 2010/41/UE, de 7 de julio, sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres en el caso de los trabajadores independientes.

1.2 – Los derechos de Igualdad en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión

En la misma época, y en un acto de enorme importancia para el derecho constitucional europeo, se aprobó en Niza la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, que adquiriría efectos jurídicos vinculantes con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, en 2009. La Carta dedica un título completo (Título III) a la cuestión de la Igualdad. En él se consagran distintos derechos relacionados con este asunto, como el derecho a la igualdad ante la ley (artículo 20), el derecho a la no discriminación (artículo 21), el respeto por la diversidad cultural, religiosa y lingüística (artículo 22), y la garantía de igualdad entre hombres y mujeres (artículo 23). En este título se incluyen también los derechos del niño (artículo 24), los derechos de las personas mayores (artículo 25) y el derecho a la integración de las personas discapacitadas (artículo 26).

La consagración de un Título dedicado a la Igualdad es una señal bastante positiva. El conjunto normativo de él resultante es un paso importante en la construcción de un paradigma positivo de la igualdad, centrado en el derecho en la igualdad de oportunidades y en el reconocimiento, apartándose del enfoque meramente negativo o defensivo, del derecho a no ser tratado de forma diferente sin justificación razonable¹⁷¹. Por otra parte, es también de destacar que las normas sobre dimensiones específicas de igualdad (diversidad cultural, religiosa y lingüística, igualdad de género, derechos del niño, de los mayores y de los discapacitados) apuntan claramente a una concepción sustancial de esa misma igualdad. Efectivamente, es relevante la consagración de derechos fundamentales de este tipo que, debiendo ser entendidos como derechos fundamentales en sí

¹⁷¹ En este punto acompañamos BELL, M. – “The right to equality and non-discrimination”, en HERVEY, T. y KENNER, J. (ed.) - *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights: A Legal Perspective*, Hart Publishing, 2003 y – “Equality and the European Constitution”, *Industrial Law Journal*, v. 33, N. 3, 2004.

mismos, de los cuales resulta un ámbito de protección jurídica propio y especial, son también derechos accesorios para la realización de la igualdad de oportunidades, entendida como principio y valor fundamental de la Unión. Así pues, la igualdad consagrada en la Carta es más amplia que la simple igualdad jurídica, impuesta al legislador y al aplicador de la ley. Es antes una igualdad de tipo sustancial que exige de los poderes públicos actuaciones concretas con el objetivo de compensar las desventajas que sufren ciertos grupos de personas en situaciones de mayor debilidad.

a) Artículo 20

La primera norma específica de la Carta en materia de igualdad es el artículo 20, que consagra la igualdad ante la ley. Este es un ejemplo clásico del patrimonio constitucional común de los Estados miembros, ya reconocido por el tribunal de Justicia como un principio fundamental del derecho de la Unión. La disposición normativa es bastante breve, pero, según las propias reglas de aplicación de la CDFUE, podrá ser invocada para cuestionar la conformidad de cualquier norma de derecho de la Unión o acto de sus Instituciones. Así pues, funciona como un mecanismo de control de todas las áreas del derecho interno de la UE y de las medidas nacionales que lo implementen, permitiendo desafiar normas que consagren algún tipo de trato desigual, lo que sucede, como regla, cuando las disposiciones legales determinan los criterios de distribución de determinado tipo de bienes. La necesidad de encontrar reglas objetivas de atribución de recursos escasos es particularmente notable en el campo de la legislación y de los actos de administración relativos a políticas sociales, como el empleo, seguridad social, sanidad y educación¹⁷², en los cuales la igualdad en la ley y ante la ley asume particular importancia. Por otro lado, el artículo 20 puede

¹⁷² Así, también, BELL, M. – “Article 20 – Equality before the law”, en PEERS, S., HERVEY, T.; KENNER, J.; WARD, A. (ed.), *The EU Charter of Fundamental Rights – A Commentary*, C H BECK, HART, NOMOS, 2014.

ser invocado en conjugación con otros derechos, más concretamente cuando se alegue trato desigual por razón de la violación de otras normas (un buen ejemplo, son las normas sobre prestaciones sociales que reservan la atribución del beneficio a los nacionales).

Como es usual también en las constituciones nacionales, no existe una frontera estricta entre lo dispuesto en el artículo 20 y el principio de no discriminación consagrado en el artículo 21. En realidad, el artículo 20 establece un principio general de igualdad, del cual el principio de no discriminación es una dimensión particular.

La interpretación del principio consistentemente repetida en el marco del derecho de la Unión, sobre todo por influencia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se reconduce a la fórmula clásica de tratar de forma igual lo igual y de manera diferente lo diferente, en la justa medida de la diferencia. Las críticas dogmáticas a la excesiva formalidad de esta concepción —en especial las llamadas de atención sobre el hecho de que la igualdad meramente formal puede legitimar tratos sociales y legales de desventaja y forzar la asimilación por un ordenamiento jurídico y social predeterminado— son repetidas también en el ámbito de la Unión Europea; lo mismo pasa con la constatación de la dificultad en establecer criterios claros para la definición de la comparabilidad entre dos situaciones concretas, a efectos de aplicación del principio de igualdad¹⁷³.

En el marco de un ordenamiento jurídico en el que el peso del poder jurisdiccional es muy significativo, una de las cuestiones más determinantes para la densificación del principio de igualdad establecido en el artículo 20 de la Carta es, precisamente, la determinación del grado de escrutinio y tutela judicial de que se beneficia. El TJ ha oscilado, hasta el momento, entre dos formas de control: la primera, menos estricta, en la cual se admite

¹⁷³ De nuevo, BELL, M. – “Article 20 – Equality before the law”, en PEERS, S., HERVEY, T.; KENNER, J.; WARD, A. (ed.), *The EU Charter of Fundamental Rights – A Commentary*, C H BECK, HART, NOMOS, 2014.

cualquier justificación racional y objetiva como justificación para excepciones al principio de igualdad; y la otra, más exigente, en la cual se aplica un examen más riguroso a las normas que pretenden limitar el ámbito de aplicación del principio. La posibilidad de justificación de tratamientos desiguales (que será analizada con más detalle en otro punto de este trabajo) obedece, así, a criterios claros, en las situaciones de discriminación previstas en el artículo 21 de la CDFUE, en particular las que se fundan en características intrínsecas y no mutables de las personas, así como en ámbitos bien desarrollados de la política social comunitaria, como el empleo (en especial, el estatuto de los trabajadores). En la sentencia *Chatzji*¹⁷⁴, el TJ parece haber abierto la puerta a un entendimiento más sustancial del principio de igualdad, al decidir que las particularidades de la situación en análisis, aunque no justificasen el trato idéntico al punto de comparación invocado, si configuraban diferencias que justifican exigir del legislador un tratamiento adecuado, en un punto intermedio ente la disciplina jurídica aplicable y las intenciones de la demandante. En la fundamentación de su decisión, el Tribunal sostiene una comprensión del principio de igualdad menos centrada en la igualdad formal con respecto a un término de comparación, y más centrada en la protección efectiva y material de la igualdad de oportunidades.

b) Artículo 21

El artículo 21 consagra la no discriminación como valor constitucional de la Unión Europea, derecho subjetivo y también como técnica jurídica. Como valor, de tipo absoluto, supone una prohibición de distinciones que, debido al criterio de diferenciación en el cual se fundan, son consideradas *a priori* arbitrarias, ilegítimas u odiosas. En su dimensión de derecho subjetivo,

¹⁷⁴ Véase la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea *Chatzji*, proc. C-149/10, de 16 de septiembre de 2010.

la no discriminación traduce el derecho individual a no ser discriminado, privado de cualquier derecho o sujeto a cualquier deber por razón de pertenencia a las categorías enunciadas en la ley. Por último, en la calidad de técnica de control jurídico, desarrollada, en gran medida, por vía jurisprudencial, la no discriminación permite hacer operativo el principio fundamental de la igualdad, que es un concepto indeterminado.

La inserción sistemática en el marco de la igualdad de este derecho a la no discriminación, así como del respectivo elenco de categorías “sospechosas”, cuya movilización en el marco normativo exige una fundamentación clara y objetiva, y de los derechos específicos que de ahí se derivan (derechos de los niños, de las personas mayores, de los ciudadanos discapacitados, etc.) demuestra una intención deliberada de situar dichos derechos fundamentales en un plano de integración igualitaria y no en el plano de la *solidaridad*, del apoyo y asistencia a las necesidades especiales de personas en determinada situación o con ciertas características. Dicho de otro modo, la Carta, en este punto, va más allá de la concepción de este tipo de derechos como los derechos a prestaciones públicas; efectivamente, estas son solamente una de las varias dimensiones de los derechos de igualdad y, en cierto modo, como se repetirá a lo largo de este trabajo, constituyen instrumentos de realización del principio constitucional de igualdad, entendido en sentido amplio, en el ámbito jurídico, social y económico.

El segundo párrafo del artículo 21 de la Carta hace referencia al problema específico de la no discriminación por razón de la nacionalidad. Al prever la prohibición de este tipo de distinción «*en el ámbito de aplicación de los Tratados y sin perjuicio de sus disposiciones particulares*», se limita la titularidad de la protección a los ciudadanos de los Estados miembros y su aplicabilidad al marco de aplicación del derecho de la UE, excluyendo los nacionales de países terceros y las llamadas “situaciones puramente internas”. Como se verá más adelante en este trabajo, la prohibición de discriminación por

razón de la nacionalidad es la que ha generado algunos de los problemas más interesantes del camino de la integración europea, en especial cuestiones acerca de la construcción de una ciudadanía social europea, con derechos mínimos asociados. Por otra parte, hay que señalar que no se hablará en el presente trabajo de los muchísimos y desafiantes problemas del trato constitucional de los extranjeros extra-comunitarios en el marco del derecho constitucional europeo, más concretamente los relacionados con el principio de la igualdad y con la universalidad de determinados derechos sociales.

c) Artículo 22

La previsión de respeto por la diversidad cultural, religiosa y lingüística consagrada en el artículo 22 de la Carta, es un claro reflejo de la necesidad de reconocer y proteger la diversidad como «*característica intrínseca de la construcción europea*»¹⁷⁵, verdadero principio fundamental de un proyecto con origen en distintas identidades nacionales. Pese a ello, probablemente debido a la débil densificación de esta norma de la Carta, es visible aún una cierta oscilación en la protección jurídica conferida en materia cultural y religiosa. Si, por una parte, las Instituciones europeas se han mostrado abiertas a aceptar la protección de la lengua o de la identidad cultural de los Estados miembros como excepción a la aplicación de normas de derecho de la Unión, la operatividad de este artículo de la Carta en lo que respecta a la protección de sujetos individuales o minorías culturales, religiosas y lingüísticas parece bastante menor.

De hecho, siendo esta una de las normas de la Carta que más claramente incorporan la idea de reconocimiento e implican políticas públicas de promoción de igualdad sustancial, como es el caso de la enseñanza de las

¹⁷⁵ Véase JERÓNIMO, P., “Artigo 22.º Diversidade cultural, religiosa e linguística”, in SILVEIRA, A. y CANOTILHO, M. (coord.) – *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*, Almedina, 2013.

lenguas y culturas minoritarias, la verdad es que la mayoría de las competencias para la adopción de este tipo de medidas se encuentra aún en la esfera estatal, debiendo reconocerse que los estados siempre tendrán un papel fundamental en esta materia, dadas las especificidades de cada situación nacional y el equilibrio resultante del principio de subsidiariedad.

No obstante, la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia muestra dar algunos pasos hacia una protección efectiva de la diversidad cultural y lingüística, tomándola en consideración en situaciones donde incluso estaban implicadas libertades económicas fundamentales. Así, por ejemplo, en el caso *UTECA*¹⁷⁶, el Tribunal consideró que la defensa del multilingüismo español constituía una razón de interés general que justificaba la imposición de una obligación a los operadores de televisión por la que se debía destinar el 5% de sus ingresos de explotación a la financiación anticipada de películas cinematográficas y de televisión europeas y, más concretamente, el 60 % de dicho 5 % a obras cuya lengua original fuera cualquiera de las oficiales de España.

Así pues, de forma similar a las restantes normas de igualdad previstas en la Carta de Derechos Fundamentales, la protección de la diversidad cultural, religiosa y lingüística contribuye a la construcción de un principio de igualdad, en el marco del derecho constitucional de la Unión Europea, que incluye indudablemente una dimensión de igualdad sustancial y del que se derivan, para los poderes públicos, deberes de protección y promoción activas de la igualdad, en distintos planos.

d) Artículo 23

Con respecto a la norma del artículo 23 de la Carta, este establece la igualdad entre hombres y mujeres y consagra una obligación, en particular

¹⁷⁶ Sentencia del TJUE *Unión de Televisiones Comerciales Asociadas (UTECA) contra Administración General del Estado*, Proc. C-222/07, de 5 de marzo de 2009.

para los poderes públicos, de garantizar en todos los dominios, más concretamente en materia de mercado laboral y salarios (donde la protección jurídica contra la discriminación por razón de género está más desarrollada). De esta forma, la Carta consagra un principio general de igualdad entre hombres y mujeres que, a su vez, implica el reconocimiento de un derecho fundamental a la no discriminación. Este principio integra, hoy, un *acquis communautaire* bien establecido sobre igualdad de género, integrado tanto por las normas de derecho originario de la Unión, como por un elevado número de instrumentos de derecho derivado, *soft law* y jurisprudencia constante y reiterada del Tribunal de Justicia.

Pero como señala D. Schiek¹⁷⁷, teniendo en cuenta que los artículos 20 y 21 de la Carta ya prevén, respectivamente, un principio general de igualdad y la prohibición de discriminación por razón del género, la disposición normativa del artículo 23 deberá aportar algo más al derecho constitucional de la Unión Europea. Como es particularmente notable en el caso de las discriminaciones que sufren las mujeres en los distintos campos de la vida social, la garantía efectiva de la igualdad exige normas jurídicas que impulsen cambios en la realidad social y económica, así como políticas públicas de promoción de igualdad sustancial. Así pues, la repetición, en este ámbito, de una concepción que configure el principio de igualdad y no discriminación como simple demanda de razonabilidad parece insuficiente. No obstante, la jurisprudencia sobre esta norma pasado por momentos de avances y retrocesos, y no existe una línea jurisprudencial consistente sobre la existencia y definición del significado autónomo del artículo 23¹⁷⁸. La

¹⁷⁷ Véase SCHIEK, D. - “Article 23: Equality between Women and Men”, en PEERS, S., HERVEY, T.; KENNER, J.; WARD, A. (ed.), *The EU Charter of Fundamental Rights – A Commentary*, C H Beck, Hart, Nomos, 2014.

¹⁷⁸ En este sentido, de nuevo, SCHIEK, D. - “Article 23: Equality between Women and Men”, en PEERS, S., HERVEY, T.; KENNER, J.; WARD, A. (ed.), *The EU Charter of Fundamental Rights – A Commentary*, C H Beck, Hart, Nomos, 2014

opinión de la Abogado General Kokott en el caso *Test-Achats*¹⁷⁹, por ejemplo, parece ir en el sentido de aglutinar en un mismo concepto la igualdad y la no discriminación, en todas sus dimensiones, previstas en los artículos 20, 21 y 23 de la CDFUE: *«el principio general de igualdad de trato y de no discriminación se refleja en el artículo 20 de la Carta de los Derechos Fundamentales, que establece la igualdad de todas las personas ante la ley. Ahora bien, en el presente caso se trata del principio de igualdad de trato y de no discriminación entre hombres y mujeres, reconocido muy pronto por el Tribunal de Justicia como principio fundamental del Derecho de la Unión (23) y que actualmente se encuentra recogido expresamente como derecho fundamental en el artículo 21, apartado 1, y en el artículo 23, párrafo primero, de la Carta de los Derechos Fundamentales. (...) Como a efectos del presente procedimiento no existe una diferencia sustancial entre los conceptos de “principio de igualdad de trato”, “principio de no discriminación” y “prohibición de discriminación”, los usaré como sinónimos».*

Al contrario de muchas directivas en este campo, con ámbito limitado, esta norma de la Carta alarga el potencial de aplicación del principio de la igualdad de género a, potencialmente, cualquier materia o cuestión afectada por el derecho de la Unión Europea. Estando la división del trabajo y de los papeles sociales todavía en el centro de una serie de problemas sociales, prácticamente todas las políticas, actos y legislación comunitaria pueden ser afectados por las exigencias que de ahí se derivan.

e) Artículo 24

El artículo 24 de la Carta se refiere a los derechos del menor, cuya personalidad e individualidad se reconocen expresamente en las disposiciones normativas. Así pues, el niño aparece, en este marco, como un sujeto de derechos, libre e igual, aunque merecedor de especial protección

¹⁷⁹ Véanse las Conclusiones de la Abogado General Kokott en el caso *Test-Achats*, proc. C-236/09, de 30 de septiembre de 2010.

en ciertos contextos, debido a su situación de especial vulnerabilidad¹⁸⁰. Esta concepción de los niños, en el marco del derecho de la Unión, es especialmente importante, ya que contribuye a un alargamiento del ámbito de aplicación del principio de igualdad sustancial más allá del espacio económico; los menores no son, debido a su estatuto particular, agentes económicos por sí mismos, aunque puedan formar parte del núcleo familiar de adultos trabajadores o prestadores de servicios.

Esta norma de la Carta es el reflejo de todo un patrimonio constitucional común europeo, más concretamente de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que afirma que el niño es sujeto de derechos en condiciones de igualdad con los adultos, lo que resulta de su personalidad propia que debe ser protegida y respetada¹⁸¹. Además, debemos también recordar las normas de la Carta Social Europea que prevén derechos (y las consiguientes obligaciones, para los poderes públicos) a una especial protección de los menores y de las familias, en el ámbito laboral, social, jurídico y económico, así como todo el contenido de la Convención de los derechos del niño, de 1989.

Es aún de señalar que esta es una de las primeras referencias explícitas a los derechos de los menores en el marco del derecho europeo. Así pues, la norma de la Carta constituye un progreso y una profundización interesante de la idea y del principio de igualdad. Al ser una categoría que necesita medidas positivas de promoción y protección, más que de defensa contra normas y actos discriminatorios por razón de la edad, el estatuto constitucional de los menores conduce inevitablemente a un concepto de igualdad sustancial, exigiendo que se evalúen todas las medidas relativas a ellos según parámetros constitucionales centrados en los propios niños y en

¹⁸⁰ Véase MARTINS, R. CÂNDIDO “Artigo 24.º Direitos das crianças”, in SILVEIRA, A. y CANOTILHO, M. (coord.) – *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*, Almedina, 2013.

¹⁸¹ De nuevo, MARTINS, R. CÂNDIDO “Artigo 24.º Direitos das crianças”, in SILVEIRA, A. y CANOTILHO, M. (coord.) – *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*, Almedina, 2013.

la obligación de los poderes públicos de proteger sus intereses. Será muy interesante tener en mente este aspecto a la hora de analizar el conjunto de políticas de austeridad, adoptadas en la Unión en el contexto de la lucha contra la crisis económica, principalmente en lo que respecta a la organización del sistema educativo y de las prestaciones sociales en el dominio de la educación y seguridad social.

f) Artículo 25

El artículo 25 se centra en los derechos de las personas mayores. Este es un tema de creciente importancia en el marco del derecho de la UE, pero también en el ámbito nacional, esencialmente en lo relativo a los derechos sociales y a la regulación jurídica del mercado laboral. La pirámide demográfica invertida hacia la que los países de la Unión caminan a grandes pasos exige, efectivamente, buscar soluciones jurídicas para un conjunto de problemas específicos, y la consagración de una norma autónoma, en el texto de la Carta, dedicada a los ciudadanos mayores es un dato muy positivo.

Como sucede con relación a los ciudadanos con discapacidad y a los niños, la doctrina aplaude la inclusión sistemática de este derecho en el plano de la igualdad¹⁸², que permite combatir el prejuicio según el cual los problemas que surgen de la condición de las personas mayores necesitan respuestas situadas únicamente en el plano de las prestaciones sociales. Estas son, tan solo, una de las múltiples dimensiones del problema social y jurídico-constitucional de la edad, que incluyen, sin ninguna duda, además de los derechos sociales, importantes cuestiones relativas a la participación cívica y política de estas personas y a su integración plena como miembros activos de la sociedad. Además, los problemas jurídicos relacionados con los

¹⁸² En este sentido, véase VÍTOR, P. TÁVORA “Artigo 25.º Direitos das pessoas idosas”, in SILVEIRA, A. y CANOTILHO, M. (coord.) – *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*, Almedina, 2013.

derechos de las personas mayores que llegan con más frecuencia al Tribunal de Justicia están relacionados con la prohibición de discriminación por razón de la edad, en particular en el marco del mercado de trabajo.

Las referencias a una vida *digna e independiente* y a la *participación* en la vida social y cultural sugieren un concepto de igualdad sustancial más amplio que la simple igualdad formal de tratamiento. De esta norma constitucional se deriva, así, para la Unión y los Estados cuando apliquen derecho comunitario, una obligación jurídica de respeto de los derechos de las personas mayores, que implica, por lo menos, un deber de abstención, de no adopción de normas o políticas públicas que sean especialmente perjudiciales para esta categoría de personas. Esta idea está, también, presente en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que ha afirmado la prohibición de discriminación por razón de la edad como un principio general de derecho comunitario, así como en varias decisiones de tribunales constitucionales nacionales sobre pensiones, que serán referidas con más detalle en la parte III de este trabajo.

El contenido material de esta disposición de la Carta debe, asimismo, ser interpretado a la luz de otras normas integrantes del derecho constitucional europeo, entendido en su sentido más amplio, y en particular del artículo 23 de la Carta Social Europea, que apunta hacia *la construcción de un estatuto de igualdad* de las personas mayores¹⁸³, que permita mantenerlas como miembros de pleno derecho de la sociedad y garantizar su libertad de elegir el propio modo de vida y su autonomía, así como su capacidad de autodeterminación pese a su situación de dependencia o institucionalización. Los servicios y prestaciones sociales son, así pues, instrumentos de realización de estos objetivos, que derivan directamente de una concepción sustancial del principio de igualdad.

¹⁸³ De nuevo, VÍTOR, P. TÁVORA “Artigo 25.º Direitos das pessoas idosas”, in SILVEIRA, A. y CANOTILHO, M. (coord.) – *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*, Almedina, 2013.

g) Artículo 26

El artículo 26 dedica su atención a los derechos de los ciudadanos con discapacidad. Como ya señalamos anteriormente, la inserción sistemática de este derecho en el plano de la igualdad, y no en el Título IV de la Carta, sobre solidaridad, remite a una protección que va más allá de la mera satisfacción de las necesidades especiales, lo que supone la integración plena y el trato *como igual* de esta categoría de ciudadanos, desde el punto de vista jurídico, cívico, social y económico. La norma integra, así, los contenidos que provenían ya del derecho constitucional europeo, en particular de la Convención Europea de Derechos Humanos y de la Carta Social Europea, desarrollándolos e incluyendo en el núcleo de protección constitucional la participación social plena y la autonomía de las personas discapacitadas¹⁸⁴. Además, es precisamente con fundamento en la necesidad de promoción de esa autonomía y de la integración social y profesional que se reconoce, en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, la titularidad de un derecho subjetivo a trato diferenciado, que pueda incluso dar lugar a una *discriminación positiva*, siempre que la adopción de medidas específicas se muestre necesaria y adecuada a la consecución de esos objetivos.

El derecho de la UE parece, así, adoptar una concepción personalista del ciudadano con discapacidad —que coloca a la persona en el centro del análisis socio-jurídico y se centra en la titularidad de derechos subjetivos que permitan a cada uno superar las dificultades específicas resultantes de su condición—. Las disposiciones de la Carta, combinadas con las normas de derecho derivado, muestran la opción por un modelo social de la

184 En este sentido, véase ARAÚJO, A. y MATIAS, G. S., “Artigo 26.º Integração das pessoas com deficiência”, in SILVEIRA, A. y CANOTILHO, M. (coord.) – *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*, Almedina, 2013.

deficiencia¹⁸⁵, que se centra en un contexto social en el cual el ciudadano vive y ejerce sus derechos, en la relación entre el individuo con discapacidad y la sociedad envolvente, que debe buscar la eliminación de las barreras físicas y sociales que conducen a la discriminación y exclusión de estos ciudadanos. En cambio, como podrá verse más adelante en el presente trabajo, la jurisprudencia del TJ oscila entre esta concepción y la concepción “médica” de la discapacidad, que ve las limitaciones de la persona como un problema individual a resolver; el Tribunal adopta frecuentemente un lenguaje que posibilita la combinación de las dos perspectivas en el plano jurisprudencial.

De todas formas, la previsión de una norma específica sobre los ciudadanos con minusvalías, en el marco de la igualdad, es una aportación importante para el desarrollo del principio jurídico-constitucional de la igualdad en el marco europeo y puede funcionar como parámetro de fiscalización de un conjunto importante de normas, en especial de las que definen los derechos de participación y las prestaciones sociales que permiten remover obstáculos para una efectiva igualdad de oportunidades de este conjunto de personas.

1.3 – Igualdad y no discriminación en el Derecho Constitucional de la Unión Europea: marco actual

En el marco del derecho originario de la Unión Europea, además de las disposiciones de la Carta de los derechos fundamentales, que acabamos de analizar, existen varias normas de innegable relevancia en materia de igualdad, en sus diversos elementos: igualdad formal, igualdad de oportunidades y no discriminación. Ya, el artículo 2 del TUE refiere la

¹⁸⁵ De nuevo, ARAÚJO, A. y MATIAS, G. S., “Artigo 26.º Integração das pessoas com deficiência”, in SILVEIRA, A. y CANOTILHO, M. (coord.) – *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*, Almedina, 2013.

igualdad como unos de los valores fundamentales de la Unión y la no discriminación y el pluralismo como características esenciales de las sociedades europeas. A continuación, el artículo 3, n.º 3, incluye entre las tareas fundamentales de la Unión el combate contra la exclusión social y las discriminaciones, así como la promoción de la justicia y protección sociales, de la igualdad entre hombres y mujeres, de la solidaridad entre generaciones y la protección de los derechos del niño. Aclara también dicha disposición normativa que la Unión respeta la riqueza de su diversidad cultural y lingüística. De este modo, y aunque las normas del TUE no constituyan una fuente de derechos subjetivos, se puede decir que trazan el marco valorativo global dentro del cual deberán ser integradas todas las cuestiones de naturaleza jurídica relativas a la igualdad de oportunidades y protección social en la UE.

En el TFUE, los actuales artículos 18 y 19 mantienen, esencialmente, el contenido al que previamente hemos hecho referencia, atribuyendo al Parlamento y al Consejo competencias para prohibir y reprimir, a través de acciones adecuadas, la discriminación. Sin embargo, la actual redacción del artículo 19 amplía de forma notoria el papel del Parlamento Europeo, cuya aprobación de las medidas adoptadas por el Consejo para combatir la discriminación es, por norma, obligatoria. Esta es una nota positiva, teniendo en consideración la importancia de la intervención del Parlamento en la elaboración y definición de contenido de la legislación europea antidiscriminación¹⁸⁶.

El TFUE impone también una obligación de *mainstreaming* de las cuestiones de discriminación al prever, en el artículo 8, que «*en todas sus acciones, la Unión se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad*» y, en el artículo 10, que «*en la definición y ejecución de*

¹⁸⁶ HOWARD, E. – “EU Equality Law: Three Recent Developments”, en *European Law Journal*, vol. 17, n.º 6, 2011.

sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual». En el fondo, se puede decir que estas normas establecen para las Instituciones europeas un deber jurídico de evaluar las posibles consecuencias discriminatorias, directas o indirectas, de todas sus acciones y políticas, garantizando de esta forma que dichas acciones son utilizadas, siempre que sea posible, como instrumento de promoción de la igualdad.

Es de señalar también el artículo 157 del TFUE, que hace referencia específicamente a la igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito del mercado laboral. Esta ha sido una de las primeras normas europeas en materia de igualdad de género (corresponde al antiguo artículo 141 del TCE) y establece el principio de igualdad de retribución en caso de realización del mismo trabajo o de trabajo de igual valor (o sea, un principio de para “trabajo igual, salario igual”) entre trabajadores de ambos sexos. Además, atribuye al Parlamento Europeo y al Consejo poderes para adoptar medidas destinadas a garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades y de igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos como el empleo y ocupación, y aclara que el principio de la igualdad de trato no impide que los Estados miembros adopten o mantengan algún tipo de medidas de discriminación positiva.

Finalmente, hay que señalar que el Tratado de Lisboa confirió eficacia jurídica plena a las normas de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, razón por la cual todas las normas analizadas adquirieron un papel más relevante en el marco de derecho constitucional europeo.

El cuadro expuesto demuestra que el derecho originario de la Unión afirma la igualdad y la no discriminación como valores fundamentales, estableciendo, incluso, deberes jurídicos específicos para sus instituciones en esa materia. De esto resulta un marco jurídico-constitucional de gran apertura a las cuestiones de igualdad de oportunidades y a los problemas de

justicia social relacionados con ella, no constituyendo, por lo tanto, obstáculo al desarrollo, por vía legislativa y hasta por medio de la jurisprudencia, de un acervo normativo que reglamente y densifique la protección jurídica conferida a nivel constitucional, con relación a situaciones o problemas concretos. Susceptible de problematización — aunque comprensible, teniendo en cuenta la actual distribución de competencias entre Estados miembros y Unión, así como el escenario político que se viene diseñando en el plano europeo en las últimas décadas— es la centralidad de las cuestiones de identidad y afirmación, en detrimento de los problemas de redistribución y justicia social, de los que el derecho de la Unión poco se ocupa. Si consideramos el carácter intrincado de las cuestiones de discriminación y la interseccionalidad que a menudo se verifica entre los distintos motivos de discriminación ilegal, el análisis de las situaciones concretas y su clasificación únicamente bajo las categorías protegidas por el derecho de la Unión resulta, a veces, bastante difícil.

2. Dimensiones específicas de igualdad y su desarrollo legislativo y jurisprudencial en el marco del derecho de la Unión Europea

2.1 – Igualdad entre hombres y mujeres; 2.2 - No discriminación por razón de la raza y origen étnico; 2.3 - No discriminación por razón de la edad; 2.4 – No discriminación por razón de la orientación sexual; 2.5 – No discriminación por razón de discapacidad; 2.6 - No discriminación por razón de la nacionalidad.

Las normas sobre igualdad de oportunidades en el contexto de la Unión Europea son un acervo complejo que presenta algunos desequilibrios estructurales. Como ya referimos y como se verá a lo largo de esta exposición, no puede negarse que las cuestiones de reconocimiento prevalecen sobre las de redistribución, lo que es natural o, por lo menos, comprensible, en un cuerpo legislativo que tiene su génesis en preocupaciones de naturaleza económica y competencial. De hecho, la legislación de la Unión sobre no discriminación ha tenido un proceso evolutivo singular, con una evidente conexión con los objetivos de naturaleza social expresos en los Tratados, pero sin constituir un instrumento esencialmente orientado para la construcción de la dimensión social de la Unión Europea. Pese a ello, no puede dejar de reconocerse que este derecho europeo de la igualdad de oportunidades ha crecido y se ha establecido como una dimensión importante de la integración europea, dando una contribución relevante para la evolución positiva, en este dominio, de muchos de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, tanto en el plano de la reglamentación material de determinadas materias (como es el caso de la protección social de la maternidad y paternidad), como en el plano procedimental e interpretativo (introduciendo conceptos casi ignorados en la doctrina y jurisprudencia nacionales, como el de discriminación indirecta). A continuación, se analizarán las dimensiones

específicas de Igualdad (o, de forma más precisa, de no discriminación) que han sido objeto de legislación comunitaria, así como el desarrollo que, por vía pretoriana, el Tribunal de Justicia ha hecho de dicha legislación.

2.1 – Igualdad entre hombres y mujeres

2.1.1 – Marco legislativo general

La Igualdad de género es, sin ninguna duda, la dimensión de Igualdad y no discriminación más desarrollada y más profundamente regulada por el derecho de la Unión. Por esta razón, es considerada por parte de la doctrina especializada como el “vértice de la pirámide” de una jerarquía de igualdades que estaría constituida por los varios fundamentos prohibidos de discriminación, desarrollados en grado distinto y a través de diferentes instrumentos normativos, políticas públicas y jurisprudencia, en el marco de la Unión.

Creemos que este planteamiento encuentra justificación si tenemos en consideración el número de instrumentos legales dedicados a las cuestiones de igualdad entre hombres y mujeres. Sin embargo, la necesidad de este tipo de normas sigue siendo evidente en la UE de hoy. De acuerdo con el Informe del Parlamento Europeo sobre la estrategia de la UE para la igualdad entre mujeres y hombres después de 2015¹⁸⁷, una de cada tres mujeres mayores de 15 años de la UE ha sufrido alguna vez en su vida violencia física y/o sexual; solo el 62,5% participan en el mercado de trabajo, y *«no se ha llegado en ningún momento a la igualdad de género. Además, es más frecuente que las mujeres acaben trabajando en unas condiciones laborales precarias, que se caracterizan por contratos limitados y salarios bajos. Las estructuras y los*

¹⁸⁷ Informe del Parlamento Europeo sobre la estrategia de la UE para la igualdad entre mujeres y hombres después de 2015, (2014/2152(INI)), de 13 de mayo de 2015, disponible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A8-2015-0163+0+DOC+PDF+V0//ES>.

estereotipos siguen favoreciendo una intensa segregación sexual del mercado de trabajo, en sentido tanto horizontal como vertical, y la actual diferencia salarial entre hombres y mujeres del 16,4 % se traduce, a la hora de la jubilación, en una diferencia del 39 % en la pensión». Además, «según la Comisión Europea, solo 5 % de los puestos directivos de la UE están ocupados por mujeres» y el rostro femenino de la pobreza en Europa «no ha hecho sino agravarse con la crisis. Las medidas de austeridad practicadas por los gobiernos, las congelaciones y reducciones salariales, las suspensiones de la contratación y las reducciones de personal en el sector público, las reformas de las pensiones, las disminuciones y limitaciones de las prestaciones familiares y para la dependencia, y el incremento de los precios de los servicios subvencionados por el Estado, como por ejemplo las guarderías, ya afectan más a las mujeres jóvenes que a los hombres. Su independencia económica —una base necesaria para la igualdad efectiva—, así como su participación en la vida pública, son elementos extremadamente frágiles».

Todo esto demuestra que las mujeres se encuentran aún, frecuentemente, en situación de desventaja clara, necesitando protección legal y políticas especiales. Por lo tanto, en el cuadro actual de derecho de la Unión, encontramos variadas fuentes normativas que concretan formas de protección y concreción del principio general de no discriminación por razón del género, en distintos campos de la vida social.

Es de destacar, en este dominio del principio de igualdad entre hombres y mujeres, la protección contra la discriminación de género en el marco del mercado laboral (donde se incluye el principio de igualdad salarial —salario igual para trabajo igual o de igual valor—), así como la prohibición de discriminación de género en lo que respecta a medidas de apoyo social, concretamente, la de protección a la maternidad y paternidad.

En el ámbito del derecho derivado, asumen particular relevancia, además de la jurisprudencia del TJ, que se analizará a continuación, algunos instrumentos normativos fundamentales. Son de destacar, entre los más

recientes, los siguientes: la Directiva 2010/41/UE¹⁸⁸, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma; la Directiva 2010/18/UE, que aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES¹⁸⁹; la Directiva 2006/54/CE¹⁹⁰, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación; y, por último, la Directiva 2004/113/CE¹⁹¹, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro¹⁹².

Además de las Directivas, que son, como es normal, un instrumento fundamental para la armonización del derecho interno de los Estados miembros en materia de igualdad de género, encontramos en este dominio una pluralidad de fuentes de derecho, con distintos grados de eficacia,

¹⁸⁸ Véase la Directiva 2010/41/UE, de 7 de julio de 2010, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma.

¹⁸⁹ Véase la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, y se deroga la Directiva 96/34/CE.

¹⁹⁰ Véase la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación

¹⁹¹ Véase la Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro.

¹⁹² En materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres, hay que considerar, además de las mencionadas en el texto, las Directivas siguientes: Directiva 75/117/CEE, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos; 76/207/CEE, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo; 79/7/CEE, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social; 86/378/CEE, de 24 de julio de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social; 92/85/CEE, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia; 96/34/CE, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES (revocada); 96/97/CE, de 20 de diciembre de 1996, por la que se modifica la Directiva 86/378/CEE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social; 2002/73/CE, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo.

estando algunos, claramente, en la categoría de la *soft law*. De todas formas, merece mención el *Pacto Europeo por la Igualdad de Género (2011-2020)*¹⁹³, que reconoce la igualdad entre mujeres y hombres como valor fundamental y principio constitucional de la Unión Europea, al estar consagrada en los Tratados y en el artículo 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. El pacto recuerda también la obligación de *mainstreaming* de las cuestiones de género, afirmando que la incorporación del principio en todas sus actividades representa un objetivo general para la Unión, pero admite que los avances son lentos y que todavía no se ha alcanzado la igualdad de género *de facto*. Son también de señalar el ya mencionado *Informe del Parlamento Europeo sobre la estrategia de la UE para la igualdad entre mujeres y hombres después de 2015*, la *Carta de la Mujer*¹⁹⁴; la *Comunicación sobre Un mejor equilibrio en la vida laboral: más apoyo a la conciliación de la vida profesional, privada y familiar*¹⁹⁵ y la *Comunicación sobre Actuar contra la diferencia de retribución entre mujeres y hombres*¹⁹⁶.

La situación de la igualdad de género en la UE es, asimismo, objeto de un informe anual de la Comisión. Es de recordar, finalmente, que el derecho de la Unión Europea ha impuesto la creación de Comisiones de Igualdad u organismos similares, tanto a nivel nacional como en el contexto de la propia Unión. Estas han desempeñado un importante papel en la implementación y acompañamiento de las políticas de igualdad de género,

¹⁹³ Véanse las Conclusiones del Consejo de 7 de marzo de 2011 sobre el Pacto Europeo por la Igualdad de Género (2011-2020) - (2011/C 155/02).

¹⁹⁴ Véase la Comunicación de la Comisión *Un compromiso reforzado en favor de la igualdad entre mujeres y hombres - Una Carta de la Mujer*, Declaración de la Comisión Europea con motivo del Día Internacional de la Mujer 2010, en conmemoración del 15º aniversario de la adopción de la Declaración y la Plataforma de Acción de la Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre la Mujer celebrada en Pekín, y del 30º aniversario de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, COM/2010/0078, de 5 de marzo de 2010.

¹⁹⁵ Véase la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones – *Un mejor equilibrio en la vida laboral: más apoyo a la conciliación de la vida profesional, privada y familiar*, COM/2008/0635, 3 de octubre de 2008.

¹⁹⁶ Véase la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones – *Actuar contra la diferencia de retribución entre mujeres y hombres*, COM/2007/0424, de 18 de julio de 2007.

en el diálogo y asesoramiento de las instituciones y en el apoyo a las víctimas de discriminación.

2.1.2 – Evolución Jurisprudencial

La jurisprudencia del TJ en materia de igualdad de género es probablemente uno de los campos de decisión de este Tribunal más ricos y más desarrollados en el ámbito de los derechos fundamentales. Teniendo en cuenta las limitaciones propias de nuestro trabajo, hemos elegido no hacer un relato pormenorizado y exhaustivo de todas las decisiones, ya que estas abarcan campos tan distintos como el mercado laboral, en sentido estricto, y las políticas de protección social, como el apoyo a la maternidad y paternidad. De hecho, las decisiones del TJ han contribuido, en las últimas décadas, a estimular importantes progresos en cuestiones de igualdad, en lo que respecta directamente al ordenamiento jurídico de la UE, así como, y con más relevancia, en lo que respecta a los órdenes jurídicos internos de los Estados miembros.

No obstante, la jurisprudencia en materia de género tardó un poco en aparecer y desarrollarse. La primera decisión sobre la materia, la sentencia *Defrenne v. Sabena*¹⁹⁷ surge aproximadamente dos décadas después de la referencia a la igualdad entre trabajadores de ambos sexos y a la consagración del principio de la igualdad de trato en materia salarial en el Tratado de Roma de 1957. Las decisiones sobre cuestiones de igualdad entre hombres y mujeres comenzaron a ser más numerosas solamente en las décadas de 1990 y 2000, con las alteraciones en el marco del derecho originario de la Unión y la adopción de una serie de Directivas importantes, como antes se explicó. Sería ya en el año 2000, en la sentencia *Deutsche Telekom v. Schröder*¹⁹⁸, que el TJ afirmaría el carácter de derecho fundamental

¹⁹⁷ Sentencia del TJUE *Drefrenne v. Sabena*, proc. 43/75, de 8 de abril de 1976.

¹⁹⁸ Sentencia del TJUE *Deutsche Telekom v. Schröder*, proc. C-50/96, de 10 de febrero de 2000.

inherente al principio de la igualdad de trato, previsto y protegido por el derecho de la UE, y su superioridad jerárquica con relación a la finalidad económica de las mismas normas.

En materia de acciones positivas, hay también que señalar extensa jurisprudencia, con especial notoriedad para las sentencias *Kalanke*¹⁹⁹, *Marschall*²⁰⁰, *Hessen*²⁰¹ y *Abrahamsson*²⁰². Pese a los avances y retrocesos a lo largo de los años, la posición del TJ es hoy clara y defiende que, que «*a un candidato perteneciente al sexo infrarrepresentado puede concedérsele la preferencia frente a un competidor del sexo opuesto, siempre que los candidatos posean méritos equivalentes o sensiblemente equivalentes y cuando las candidaturas sean objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta las situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos*» (sentencia *Abrahamsson*, conclusiones, apartado 3).

Al contrario, en el caso *Kreil*²⁰³, relativo a la prohibición casi total de acceso de las mujeres a empleos en las Fuerzas Armadas alemanas, el TJ ha declarado que el principio de igualdad de género tiene alcance general y también se aplica a las relaciones de empleo en el sector público. En estos términos, y aunque un Estado miembro pueda «*reservar a los hombres o a las mujeres, según los casos, [determinadas] tareas así como la formación profesional correspondiente*», está obligado a «*examinar periódicamente las actividades de que se trate para determinar, teniendo en cuenta la evolución social, si se puede mantener la excepción al régimen general*».

Aún en el ámbito del mercado laboral, hay que recordar el gran número de decisiones del TJ donde se analizan cuestiones de discriminación indirecta —unos de los instrumentos interpretativos de más utilidad desarrollados por el Tribunal en materia de no discriminación— como es el

¹⁹⁹ Sentencia del TJUE *Kalanke*, proc. C-450/93, de 17 de octubre de 1995.

²⁰⁰ Sentencia del TJUE *Marschall*, proc. C-409/95, de 11 de noviembre de 1995

²⁰¹ Sentencia del TJUE *Hessen*, proc. C-158/97, de 27 de marzo de 2000.

²⁰² Sentencia del TJUE *Abrahamsson*, proc. C-407/98, de 6 de julio de 2000.

²⁰³ Sentencia del TJUE *Tanja Kreil*, proc. C-285/98, de 11 de enero de 2000.

caso de las sentencias *Rinke*²⁰⁴ y *Allonby*²⁰⁵. Ambas son buenos ejemplos de la necesidad de evaluar el impacto en lo que respecta al género del régimen jurídico del trabajo a tiempo parcial —en el primer caso, a efectos de formación profesional y acceso a la carrera médica; en el segundo, en materia salarial y de pensiones—. De hecho, la mayoría de los trabajadores a tiempo parcial son mujeres, por un lado, por la dificultad que todavía representa, para ellas, la conciliación entre vida privada y laboral y, por otra parte, por razón de la precariedad que aún enfrentan en el mercado de trabajo, más intensa que la de los trabajadores de sexo masculino en situación equivalente. De este modo, la regulación, usualmente desfavorable, de que es objeto el trabajo a tiempo parcial puede implicar verdaderas discriminaciones indirectas, prohibidas por el derecho de la Unión.

En este cuadro, asume significativa importancia para aplicación de las normas europeas sobre igualdad de género la consideración de datos cuantitativos reales, además de las cuestiones jurídicas. Otro buen ejemplo de este planteamiento metodológico puede encontrarse en la sentencia *Vöfß*²⁰⁶, en la cual estaba en causa legislación alemana sobre contratos de trabajo en funciones públicas, que determinaba pagos diferentes para las horas extra, según el trabajador tuviese un contrato a tiempo integral o parcial. El TJ fundó su decisión no solamente en los argumentos de hecho y de legalidad presentados por las partes, sino también, y como factor considerado muy relevante, en los datos estadísticos disponibles, que demostraban que más del 80% de los funcionarios contratados a tiempo parcial para las funciones en cuestión eran mujeres. Pero, no considerando suficiente su propio análisis estadístico, el TJ remitió una reflexión más pormenorizada al órgano nacional de reenvío, llamando la atención sobre el

²⁰⁴ Sentencia del TJUE *Rinke*, proc. C-25/02, de 9 de septiembre de 2003.

²⁰⁵ Sentencia del TJUE *Allonby*, proc. C-256/01, de 13 de enero de 2004.

²⁰⁶ Ver Sentencia del TJUE *Vöfß*, proc. C-300/06, de 6 de diciembre de 2007.

hecho de que una legislación nacional en materia salarial debe ser juzgada contraria al derecho de la Unión siempre que, entre los trabajadores sujetos a dicha legislación, sea afectado un porcentaje considerablemente más elevado de trabajadoras mujeres y que la diferencia en el trato no pueda ser justificada por factores objetivos, extraños a cualquier discriminación fundada en el género.

En las últimas décadas, las sentencias en materia de igualdad de trato se han multiplicado, extendiendo la aplicación del principio a situaciones que no se encuadran en el contexto específico del mercado laboral, en concreto la protección social, la conciliación entre vida privada y familiar y profesional, y adquisición o suministro de bienes y servicios. Véanse, a este propósito, las sentencias *Roca-Alvarez*²⁰⁷, *Test-Achats*²⁰⁸, *Mayr*²⁰⁹ o *Busch*²¹⁰.

La polémica sentencia *Test-Achats* hace referencia a la aplicación del principio de igualdad en el mercado de servicios, en particular en los seguros de responsabilidad civil de los conductores de automóviles. El TJ juzgó entonces contraria al derecho de la UE —en particular, al principio de no discriminación por razón del género— una norma comunitaria que «permite a los Estados miembros afectados mantener de modo ilimitado en el tiempo una excepción a la norma de primas y prestaciones independientes del sexo», afirmando que dicha norma es «contraria a la consecución del objetivo de igualdad de trato entre mujeres y hombres marcado por la Directiva 2004/113 y resulta incompatible con los artículos 21 y 23 de la Carta».

En el ámbito de la protección social y de la maternidad y paternidad, el TJ tiene igualmente varias decisiones interesantes. A través de ellas es posible constatar el progreso en la legislación de la Unión y también de las

²⁰⁷ Sentencia del TJUE *Roca-Alvarez*, proc. C-104/09, de 30 de septiembre de 2010.

²⁰⁸ Sentencia del TJUE *Test-Achats*, proc. C-236/09, de 1 de marzo de 2011.

²⁰⁹ Sentencia del TJUE *Mayr*, proc. C-506/06, de 26 de febrero de 2008.

²¹⁰ Sentencia del TJUE *Busch*, proc. C-320/01, de 27 de febrero de 2003.

posiciones del propio Tribunal en este asunto. Si en la sentencia *Hofmann*²¹¹, de los años 1980, el TJ decidió que no era una exigencia del derecho comunitario una obligación de los Estados miembros de atribuir a los padres un permiso de paternidad o de permitir el goce por parte del padre de parte del permiso de maternidad, por decisión común de la pareja, ya en la más reciente sentencia *Roca-Álvarez*, también sobre igualdad de derechos entre hombres y mujeres en lo que respecta a la conciliación de la vida familiar y laboral, el TJ consideró que vulnera el principio de la igualdad de trato una norma nacional que *«prevé que las mujeres, madres de un niño y que tengan la condición de trabajadoras por cuenta ajena, pueden disfrutar de un permiso, según varias modalidades, durante los nueve primeros meses siguientes al nacimiento de ese hijo, en tanto que los hombres, padres de un niño y que tengan la condición de trabajadores por cuenta ajena, sólo pueden disfrutar del citado permiso cuando la madre de ese niño también tiene la condición de trabajadora por cuenta ajena»*. Este planteamiento representa un importante paso adelante en el sentido de la igualdad y división efectiva de los derechos y obligaciones familiares entre hombres y mujeres. Queda todavía camino por hacer, ya que la efectividad de esta dimensión del derecho de la Unión tarda en imponerse en tribunales más conservadores, como algunos en Portugal, que siguen equiparando la situación descrita a un fraude a la ley, no reconociendo el pleno derecho de los padres a la protección en la paternidad²¹².

Por su parte, las ya mencionadas sentencias *Mayr* y *Busch*, sobre situaciones en las cuales hubo recurso a la procreación médicamente asistida y a la maternidad de sustitución, revelan el amplio ámbito de aplicación del derecho fundamental a la igualdad de trato entre hombres y mujeres, así como el avanzado grado de desarrollo del derecho de la Unión Europea en esta materia. En *Mayr*, el TJ decidió que el derecho derivado de la UE y el

²¹¹ Ver Sentencia del TJUE *Hofmann*, proc. C-184/83, de 12 de julio de 1984.

²¹² Ver Sentencia del Tribunal da Relação do Porto, 4.ª Sección (Social), de 11 de abril de 2011, proc. 371/09.3TTOAZ.P1.

«principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, se oponen al despido de una trabajadora que, en circunstancias como las del asunto principal, se encuentra en una fase avanzada de un tratamiento de fecundación in vitro, es decir, entre la punción folicular y la transferencia inmediata de los óvulos fecundados in vitro al útero de dicha trabajadora, en la medida en que se demuestre que este despido se basa esencialmente en el hecho de que la interesada se ha sometido a tal tratamiento»; en Busch, el TJ añadió que el derecho de la Unión «reserva a los Estados miembros el derecho a mantener o a adoptar disposiciones destinadas a proteger a la mujer en lo que se refiere “al embarazo y a la maternidad”, reconociendo así la legitimidad, en relación con el principio de igualdad, de la protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y después del mismo, por una parte, y de la protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, por otra» y garantiza «una protección particular de las trabajadoras encintas, que hayan dado a luz o en período de lactancia respecto a cualquier actividad que pueda presentar un riesgo específico para su seguridad o su salud o que tenga repercusiones negativas sobre el embarazo o la lactancia».

Una de las decisiones más recientes en materia de protección social de la maternidad es la sentencia *Dita Danosa*²¹³, en la cual se juzgaba la legalidad de la destitución como miembro de la dirección de una sociedad por acciones de una mujer embarazada. *Danosa* argumentaba que debería ser considerada trabajadora, en la acepción del derecho de la Unión y beneficiar de la prohibición de despido consagrada en el derecho derivado, mientras que la entidad empleadora alegaba que los directivos de una sociedad de capitales no son trabajadores, puesto que no ejercen sus funciones sobre la dirección de otra persona. O sea, lo que verdaderamente estaba en juicio era la extensión de dicha prohibición a todas las relaciones jurídicas que puedan tener características parecidas a las de un vínculo jurídico-laboral o la

²¹³ Sentencia del TJUE *Dita Danosa*, proc. C-232/09, de 11 de noviembre de 2010.

aceptación de niveles de protección diferentes para mujeres en situaciones laborales distintas. EL TJ decidió que *«en virtud del principio de no discriminación y, en especial, de lo dispuesto en la Directiva 76/207, debía reconocerse a la mujer una protección contra el despido no solamente durante el permiso de maternidad, sino también durante todo el embarazo. Según el Tribunal de Justicia, un despido durante esos períodos sólo puede afectar a las mujeres y, por lo tanto, supone una discriminación directa por razón de sexo»*. Por lo tanto, añadió, *«es preciso señalar que la revocación unilateral, por el mandante, de un mandato antes del término inicialmente acordado, basada en el embarazo de la mandataria o en una causa esencialmente asociada a ese estado, sólo puede afectar a las mujeres. Aun suponiendo que la Sra. Danosa no tenga la condición de “trabajadora embarazada” en el amplio sentido propugnado (...), admitir que una sociedad pueda destituir de sus cargos a los miembros de su consejo de dirección que ejercen funciones como las descritas en el asunto principal, sería contrario al objetivo de protección (...) en la medida en que la destitución se base esencialmente en el embarazo de la interesada. (...) Como ya ha señalado el Tribunal de Justicia, el objetivo perseguido por las reglas del Derecho de la Unión que regulan la igualdad entre hombres y mujeres, en el campo de los derechos de las mujeres embarazadas o que hayan dado a luz, consiste en proteger a las trabajadoras antes y después de dar a luz (...) Este objetivo no podría conseguirse si la protección contra el despido otorgada por el Derecho de la Unión a las trabajadoras embarazadas dependiese de la calificación formal de su relación laboral en Derecho nacional o de la elección entre un tipo u otro de contrato hecha en el momento de su contratación»*.

Por último, otro campo fértil de la jurisprudencia del TJ en materia de género y protección social está relacionado con la regulación de pensiones. En la sentencia *Gómez-Limón*²¹⁴, por ejemplo, estaba en causa la contestación, por parte de una trabajadora, a las reglas de cálculo de su pensión de discapacidad, que se basaba en el valor de las contribuciones efectivamente entregadas al sistema público de seguridad social durante el

²¹⁴ Sentencia del TJUE *Gómez-Limón*, proc. C-537/07, de 16 de julio de 2009.

período relevante para la legislación nacional. Gómez-Limón alegaba que estas habían sido reducidas proporcionalmente a la reducción salarial debida al horario a tiempo parcial adoptado durante el período de permiso parental. De esta forma, argumentaba la trabajadora, se privaba de efecto práctico una medida —la reducción de horario laboral— destinada a promover la igualdad y a eliminar la discriminación de género, por lo que se debería calcular la pensión con base en los montantes contributivos correspondientes al salario a tiempo integral. En esta situación, el TJ parece haber llegado al límite de la protección que está dispuesto a asegurar, en el difícil equilibrio entre la garantía de los principios y derechos fundamentales consagrados en el derecho de la Unión y la intromisión en materias complejas, como es el sistema de pensiones, que está aún, ampliamente, en manos de los Estados miembros. De hecho, en dominios como la protección social, los límites y lagunas de la construcción de una verdadera ciudadanía social europea, con estándares mínimos comunes, resultan especialmente visibles, quedando claras las contradicciones entre la afirmación de los derechos individuales y la necesidad de construir y mantener sistemas de protección social coherentes y sostenibles.

Así, en la sentencia *Gómez-Limón*, el TJ afirmó que *«una legislación nacional como la controvertida en el procedimiento principal no supone discriminación directa, dado que se aplica indistintamente a los trabajadores y a las trabajadoras»*, aunque *«las mujeres optan mucho más frecuentemente que los hombres por disfrutar de períodos de reducción del horario de trabajo para encargarse de la educación de los hijos, con reducción proporcional del salario y la consiguiente disminución de los derechos de seguridad social derivados de la relación laboral»*. Por este motivo, y con un grado de *self-restraint* típico en casos que envuelven prestaciones sociales, pero un poco contradictorio en relación con otras situaciones de discriminación indirecta, en particular, las que se verifican por razón de las reglas del trabajo a tiempo parcial, el TJ afirmó que el derecho de la UE *«no se opone al cálculo de una*

pensión de jubilación conforme a una regla pro rata temporis en caso de trabajo a tiempo parcial. En efecto, aparte del número de años de servicio de un funcionario, la consideración del período de tiempo que efectivamente ha trabajado durante su carrera, en comparación con el de un funcionario que ha trabajado a tiempo completo durante toda su carrera, constituye un criterio objetivo y ajeno a cualquier discriminación por razón de sexo que permite una reducción proporcionada de sus derechos a pensión».

2.2 - No discriminación por razón de la raza y origen étnico

2.2.1 – La “Directiva de la Raza”

Como consecuencia de la aprobación del artículo 19 del TFUE (ex artículo 13 del TCE), ya explicada, el Consejo aprobó, el 29 de junio de 2000, la Directiva 2000/43/CE, que aplica el principio de igualdad de trato entre todas las personas, sin distinciones de origen racial o étnico. Esta Directiva fue muy apreciada por parte de la doctrina, en primer lugar, por su amplio alcance, que va más allá del tradicional dominio del empleo y mercado laboral incluyendo campos que habitualmente no son tratados en la legislación contra la discriminación, como la educación, la habitación y los cuidados de salud, elementos fundamentales de las políticas sociales de cualquier Estado.

Otro aspecto de señalar en la Directiva es la limitación de la posibilidad de justificación de trato discriminatorio a “*requisitos profesionales esenciales y determinantes*” y a las medidas de acción positiva. Está también prevista la protección contra intentos de represalias debido a quejas individuales, exigiéndose la introducción en los sistemas jurídicos internos de las «*medidas que resulten necesarias para proteger a las personas contra cualquier trato adverso o consecuencia negativa que pueda producirse como reacción ante una reclamación o ante un procedimiento destinado a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato*» (artículo 9). Se invierte, igualmente, la carga de la prueba, en los casos de

discriminación directa e indirecta (artículo 8), y se establece la obligación de los Estados miembros de crear órganos para la promoción de la igualdad de trato entre todas las personas, con funciones de asistencia a las víctimas y seguimiento de todas las situaciones problemáticas.

2.2.2 – Jurisprudencia

Teniendo en cuenta la buena evaluación de la Directiva 2000/43/CE, la primera decisión jurisdiccional sustancial en materia de raza y origen étnico era esperada con cierta expectativa. Se hizo efectiva con la decisión del TJ en el caso *Feryn*²¹⁵, de julio de 2008, que sigue siendo hasta el momento presente, la sentencia más importante del Tribunal en materia de raza y contiene varias declaraciones fundamentales²¹⁶.

La sentencia *Feryn* resulta de una queja del organismo belga para la promoción de la igualdad de trato, que solicitó a los órganos jurisdiccionales competentes en materia laboral que declarasen que la empresa *Feryn*, especializada en venta e instalación de puertas, aplicaba una política de contratación discriminatoria. La institución justificó su petición con las declaraciones públicas realizadas por director de la empresa, en las cuales y pese a manifestar la necesidad de contratar montadores, afirmaba que no podía emplear trabajadores “no autóctonos” ya que sus clientes se mostraban reticentes a darles acceso a sus domicilios privados para la ejecución de los trabajos.

En el marco del reenvío prejudicial hecho por el tribunal belga, el TJ precisó que «el hecho de que un empleador declare públicamente que no contratará a

²¹⁵ Sentencia del TJUE *Feryn*, proc. C-54/07, de 10 de julio de 2008.

²¹⁶ En materia de no discriminación por razón del origen étnico, véase también la Sentencia del TJUE *Wardyn*, proc. C-391/09, de 12 de mayo de 2011. En ella, el TJ afirmó que no configura una discriminación por razón del origen étnico una legislación nacional según la cual los nombres y apellidos de los ciudadanos solo pueden ser redactados en documentos relativos al estado civil utilizando los caracteres de la lengua nacional, mientras que los nombres de ciudadanos extranjeros deben ser redactados en los mismos documentos con caracteres latinos.

trabajadores de determinado origen étnico o racial constituye una discriminación directa en la contratación, en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/43, ya que declaraciones de esa clase pueden disuadir firmemente a determinados candidatos de solicitar el empleo y, por tanto, dificultar su acceso al mercado de trabajo».

En segundo lugar, el TJ admitió que *«las declaraciones mediante las que un empleador da a conocer públicamente que, en el marco de su política de contratación, no empleará a trabajadores de determinado origen étnico o racial pueden ser uno de esos hechos aptos para basar la presunción de una política de contratación discriminatoria. En consecuencia, incumbe a ese empleador aportar la prueba de que no ha vulnerado el principio de igualdad de trato, lo que puede hacer en particular demostrando que la práctica real de contratación de su empresa no corresponde a esas declaraciones. Corresponde al tribunal remitente, por una parte, verificar que los hechos imputados a ese empleador están demostrados y, por otra, apreciar si son suficientes los elementos que dicho empleador aporte en apoyo de sus afirmaciones de que no ha vulnerado el principio de igualdad de trato».*

Estas declaraciones son bastante importantes en distintos planos. Con ellas se sanciona una interpretación amplia del concepto de discriminación directa, que incluye las situaciones en las que: en primer lugar, no existe víctima directa ni identificable de las actitudes discriminatorias; en segundo lugar, la discriminación puede configurarse en simples declaraciones de carácter abstracto y no en un episodio concreto de apartamiento o perjuicio de alguien con justificación en una de las características incluidas en el catálogo de fundamentos prohibidos de discriminación. Además, se mantiene la inversión de la carga de la prueba, como se prevé en la Directiva, cabiendo a la empresa comprobar la inexistencia de discriminación, lo que, en situaciones como estas, solo podrá hacerse con una política de contrataciones efectivamente plural. De todo esto resulta una protección contra la discriminación racial y étnica con carácter bastante amplio, permitiendo la intervención de los órganos especializados en materia

de igualdad y potenciando la prevención de situaciones con víctimas particulares.

2.3 - No discriminación por razón de la edad

2.3.1 - Marco general

La discriminación por razón de la edad viene siendo progresivamente reconocida como un fenómeno preocupante en el espacio europeo, en particular en el marco del mercado laboral. Es, también, objeto de atención creciente por parte de los gobiernos, en la definición de políticas públicas en materia de empleo, educación y seguridad social.

En el ámbito del mercado de trabajo, las cuestiones de discriminación por razón de la edad oscilan, por norma, entre dos polos, con intereses aparentemente contradictorios: los trabajadores jóvenes (normalmente, menores de 25 años) y los trabajadores mayores (con más de 58 o 60 años). Ambas categorías son, con frecuencia, objeto de normas especiales en el dominio laboral, ya que se consideran que tienen una menor probabilidad de empleabilidad, cuando son comparadas con la mayoría de los trabajadores. Por este motivo, tanto la legislación interna de muchos Estados miembros, como normas y acuerdos negociados en el ámbito de la contratación colectiva prevén, repetidamente, tipos especiales de contratos, con excepciones a las reglas de contratos de duración determinada o a las normas generales de seguridad social, entre otras.

La edad como “razón odiosa” de discriminación ha sido introducida bastante tarde en el derecho de la Unión, apareciendo solamente con las reformas legislativas traídas por el tratado de Ámsterdam, del que ya se habló, y con las Directivas adoptadas después de dichas reformas. De esta forma, la edad está en la lista de razones prohibidas de discriminación de la llamada Directiva-Marco sobre el empleo, la Directiva 2000/78/CE. Esta

consagra los instrumentos típicos del léxico jurídico europeo en materia de discriminación: prohíbe la discriminación directa e indirecta, el acoso y las instrucciones para discriminar. Se prevén las habituales excepciones con base en el orden público y protección de los derechos de terceros, así como las medidas de acción positiva.

Pese a ello, en lo que respecta a la edad, la Directiva contiene normas específicas (en el artículo 6) que alargan el número de excepciones permitidas al principio de no discriminación. Se admite, así, que puedan considerarse objetiva y razonablemente justificadas medidas que, en el marco del derecho nacional, tengan un objetivo legítimo, incluyendo políticas de empleo y mercado laboral o formación profesional, siempre y cuando los medios para realizar dicho objetivo sean apropiados y necesarios. Estas diferencias de trato pueden incluir, por ejemplo: a) el establecimiento de condiciones especiales de acceso al empleo y a la formación profesional, de empleo y de trabajo, incluidas las condiciones de despido y recomendación, para los jóvenes, los trabajadores de mayor edad y los que tengan personas a su cargo, a fin de favorecer su inserción profesional o garantizar la protección de dichas personas; b) el establecimiento de condiciones mínimas en lo que se refiere a la edad, la experiencia profesional o la antigüedad en el trabajo para acceder al empleo o a determinadas ventajas vinculadas al mismo; c) el establecimiento de una edad máxima para la contratación, que esté basada en los requisitos de formación del puesto en cuestión o en la necesidad de un período de actividad razonable previo a la jubilación. Además, según el artículo 6, apartado 2, de la Directiva, *«los Estados miembros podrán disponer que no constituirán discriminación por motivos de edad, la determinación, para los regímenes profesionales de seguridad social, de edades para poder beneficiarse de prestaciones de jubilación o invalidez u optar a las mismas, incluidos el establecimiento para dichos regímenes de distintas edades para trabajadores o grupos o categorías de trabajadores y la utilización, en el marco de dichos regímenes, de*

criterios de edad en los cálculos actuariales, siempre que ello no suponga discriminaciones por razón de sexo».

A este modelo se le ha denominado “semi-igualdad” y muestra las contradicciones que resultan del intento de combinar los objetivos de las políticas públicas de empleo —cuya racionalidad es, por norma, de tipo económico— con las exigencias del principio de igualdad y no discriminación, entendido en una perspectiva típica de derechos fundamentales. Si no puede negarse que los grupos de los trabajadores mayores y más jóvenes presentan especificidades, y en particular en lo que respecta a las tasas de paro y empleabilidad, que parecen susceptibles de justificar distinciones por razón de la edad, tampoco puede negarse que el principio de igualdad, en una comprensión amplia, protege a esos mismos trabajadores contra los estereotipos e intenta salvaguardar su dignidad. Pero, y como veremos en el análisis de la jurisprudencia en este dominio, en el actual marco jurídico y político, los propósitos de naturaleza económica parece que se imponen a los demás, abriendo un amplio margen de actuación al legislador (normalmente, el legislador nacional de los Estados miembros). Este hecho puede suscitar algunos problemas, especialmente en los casos en los que la discriminación por razón de la edad se cruza con otro tipo de discriminación, como el género, la raza o la discapacidad, en ejemplos típicos de interseccionalidad, donde uno de los dominios de protección tiene un ámbito bastante más amplio que los restantes²¹⁷.

²¹⁷ Sobre esta cuestión, véanse los trabajos de DEWHURST, E. - “Equality in an Economic Crisis – Re-Writing Age Discrimination Legislation”, in A. Silveira, M. Canotilho y P. Madeira Froufe (eds.) *Citizenship and Solidarity in the European Union – From the Charter of Fundamental Rights to the Crisis, the State of the Art*, Peter Lang, 2013 y de SCHIEK, D. - “Age Discrimination before the ECJ - conceptual and theoretical issues”. *Common Market Law Review*, 48, 2011.

2.3.2 – Evolución Jurisprudencial

A pesar de que la protección específica contra la discriminación por razón de la edad es relativamente reciente en el marco del derecho de la Unión Europea, la jurisprudencia sobre este tema ha proliferado y es objeto de un encendido y rico debate²¹⁸.

Uno de los primeros y más famosos casos relativos a cuestiones de discriminación por razón de la edad fue la sentencia *Mangold*²¹⁹. Estaba en juicio la validez de una cláusula del contrato de trabajo celebrado por el señor Mangold, entonces con 56 años de edad, que, fundándose en una disposición legal aplicable a los trabajadores con más de 52 años, limitaba la duración de dicho contrato a 8 meses. Para el señor Mangold, la cláusula en cuestión debería ser considerada contraria al Acuerdo-Marco entre CES, UNICE y CEEP relativo a contratos de trabajo de duración determinada y con la Directiva 2000/78/CE, aunque tal limitación sea conforme con el derecho interno alemán. La entidad empleadora argumentó que, en este caso, la posibilidad de recurso a contratos de menor duración está objetivamente justificada debido a la dificultad de los trabajadores mayores en encontrar un empleo, atendiendo a las características actuales del mercado laboral.

Cuestionado sobre la compatibilidad entre el derecho interno y el derecho de la UE, el TJ empezó por afirmar el principio de no discriminación por razón de la edad como un principio general de derecho comunitario, que debe ser respetado por los Estados miembros, independientemente de la transposición al orden jurídico interno de directivas de la Unión sobre la materia: *«el principio de no discriminación por*

²¹⁸ De nuevo, remitimos a DEWHURST, E. - “Equality in an Economic Crisis – Re-Writing Age Discrimination Legislation”, in A. Silveira, M. Canotilho e P. Madeira Froufe (eds.) *Citizenship and Solidarity in the European Union – From the Charter of Fundamental Rights to the Crisis, the State of the Art*, Peter Lang, 2013, SCHIEK, D. - “Age Discrimination before the ECJ - conceptual and theoretical issues”. *Common Market Law Review*, 48, 2011 y SCHMIDT, M. - The Mangold Case before the European Court of Justice”, *German Law Journal*, vol. 7, n.º 5, 2006.

²¹⁹ Sentencia del TJUE *Mangold*, proc. C-144/04, de 22 de noviembre de 2005.

razón de la edad debe ser considerado un principio general del Derecho comunitario. (...) Consiguientemente, el respeto al principio general de igualdad de trato, en particular por razón de la edad, no puede, por sí solo, depender de la expiración del plazo concedido a los Estados miembros para adaptar su Derecho interno a una directiva destinada a establecer un marco general para luchar contra la discriminación por razón de la edad, especialmente en lo relativo a la organización de las vías de recurso adecuadas, la carga de la prueba, la protección contra las represalias, el diálogo social, las acciones positivas y otras medidas específicas de aplicación de dicha Directiva». Por eso, cabría, según el TJ, «a los jueces nacionales que conocen de un asunto en el que se discute sobre el principio de no discriminación por razón de la edad, garantizar, en el marco de su competencia, la protección jurídica que confiere el Derecho comunitario a los justiciables y la eficacia plena de éste, dejando sin aplicación cualesquiera disposiciones de la Ley nacional eventualmente contraria». Finalmente, el Tribunal contestó a la pregunta formulada en el reenvío que «el Derecho comunitario y, en particular, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que, como la controvertida en el procedimiento principal, permite, sin límite alguno y a menos que exista una conexión estrecha con un contrato de trabajo anterior por tiempo indefinido celebrado con el mismo empresario, celebrar contratos de trabajo de duración determinada con trabajadores de más de 52 años».

La decisión ha sido objeto de intenso debate y crítica. Efectivamente, con ella, el TJ elevó las expectativas relativas a la jurisprudencia futura sobre la implementación de la legislación europea sobre igualdad y no discriminación, pareciendo sugerir que esta debería ser considerada, en todos los casos, una concreción del principio de igualdad, tal como es entendido en el marco de derecho constitucional europeo, e independientemente de la aplicación de una directiva; así, el acervo

legislativo de la UE en materia de igualdad tendría siempre efecto directo, tanto vertical cuanto horizontal²²⁰.

Las críticas se centran en algunos aspectos esenciales: por una parte, el TJ no presentó fundamentación suficiente para justificar la inclusión del principio de no discriminación por razón de la edad, que ni siquiera está suficientemente arraigado en el derecho internacional, como parte del patrimonio constitucional común europeo. Por otra parte, el TJ tampoco remitió, en su decisión, a los derechos consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE que, como hemos visto, consagra expresamente este tipo de protección contra la discriminación en el artículo 21.º.

Además de los aspectos mencionados, esta jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha sido intensamente contestada, en particular en países como Alemania, debido a otra cuestión de carácter sistémico y de más difícil resolución: la interferencia con la legislación nacional en materia laboral, especialmente con las normas sobre edad de origen contractual o negociadas colectivamente. En el fondo, la evaluación de disposiciones normativas sobre la edad, sin el necesario encuadramiento sistemático y sin una indispensable visión del conjunto del ordenamiento jurídico provocaría inseguridad jurídica en lo que respecta a la aplicación de las reglas nacionales, sin adecuada fundamentación y, posiblemente, sin legitimidad.

La siguiente jurisprudencia ha intentado, en cierto modo, calmar algunos de los miedos. Los casos que se han sucedido a la mencionada sentencia *Mangold*, resueltos en las sentencias *Palacios de la Villa*²²¹ y *Age Concern England*²²², demuestran el ejercicio, por parte del TJ, de un significativo

²²⁰ En este sentido, véase SCHIEK, D. - "The ECJ Decision in Mangold: A Further Twist on Effects of Directives and Constitutional Relevance of Community Equality Legislation", *Industrial Law Journal*, vol. 35, n.º 3, 2006.

²²¹ Sentencia del TJUE *Palacios de la Villa*, proc. C-411/05, de 16 de octubre de 2007.

²²² Sentencia del TJUE *Age Concern England*, proc. C-388/07, de 5 de marzo de 2009.

grado de autocontención, ampliando, de esa forma, el margen de actuación permitido a los Estados, a fin de justificar normas potencialmente discriminatorias con base en objetivos legítimos de políticas públicas, en particular en lo que se refiere a legislación sobre sistemas de pensiones. En la sentencia *Palacios de la Villa*, el Tribunal de Justicia afirmó que *«la prohibición de toda discriminación por razón de edad, tal como se aplica en la Directiva 2000/78, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que considera válidas las cláusulas de jubilación forzosa establecidas en los convenios colectivos que exijan, como únicos requisitos, que el trabajador haya alcanzado el límite de edad a efectos de jubilación, fijado en 65 años por la normativa nacional, y que cumpla con las demás condiciones en materia de seguridad social para acceder a la prestación de jubilación en su modalidad contributiva»* siempre que las medidas en causa sean objetiva y razonablemente justificadas, en el marco del derecho nacional, por un propósito legítimo, y se respete el principio de proporcionalidad, o sea, que los medios empleados para lograr tal objetivo de interés general no resulten inadecuados e innecesarios a este respecto. Esta orientación jurisprudencial fue confirmada en la sentencia *Age Concern England*, en la cual el TJ sostuvo que *«el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78 reconoce a los Estados miembros la posibilidad de prever, en el marco del Derecho nacional, ciertas formas de diferencias de trato por razón de edad cuando estén “objetiva y razonablemente” justificadas por una finalidad legítima, como las políticas de empleo, del mercado de trabajo o de la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios. Impone a los Estados miembros la carga de demostrar la legitimidad del objetivo invocado como justificación a un nivel elevado de exigencia probatoria»*.

La tendencia para considerar justificadas por objetivos claros y razonables de política pública las medidas discriminatorias por razón de la edad se ha mantenido en la jurisprudencia más reciente. La única diferencia

entre las varias decisiones del TJ consiste en la evaluación concreta del respeto por el principio de proporcionalidad, cuya violación se dio por verificada en algunas situaciones, teniendo en consideración sus características distintivas. Esto mismo sucedió en las sentencias *Küçükdeveci*²²³ y *Hutter*²²⁴, ambas relativas a medidas legislativas internas que afectan a los trabajadores más jóvenes, determinando, respectivamente, la no contabilización del trabajo realizado antes de los 25 años en el cálculo del plazo de aviso previo de despido, y la exclusión de la experiencia profesional adquirida antes de los 18 años de edad en la determinación de la remuneración de los agentes del Estado.

En ambos casos, las autoridades alemanas y austríacas sostenían que existían razones de flexibilización del empleo y de promoción del acceso de los jóvenes al mercado de trabajo que fundamentaban las normas adoptadas. En la primera situación, la legislación nacional contestada tendría por objetivo conceder al empleador una mayor flexibilidad en la gestión del personal, aliviando sus obligaciones en lo que respecta al proceso de despido de los jóvenes trabajadores, a los cuales sería razonable exigir más movilidad personal y profesional; en el caso de la sentencia *Hutter*, las diferencias de trato por razón de la edad estarían ligadas al establecimiento de condiciones especiales de acceso al empleo para los jóvenes, con la finalidad de promover su inserción profesional y de fijar condiciones mínimas de edad y experiencia profesional o antigüedad para el acceso al empleo y a determinados beneficios relacionados con el empleo.

El TJ recordó que «los Estados miembros disponen indiscutiblemente de una amplia facultad de apreciación al elegir las medidas que les permitan lograr sus objetivos en materia social y laboral»²²⁵; pero, en la concreta situación analizada en la

223 Sentencia del TJUE *Küçükdeveci*, proc. C-555/07, de 19 de enero de 2010.

224 Sentencia del TJUE *Hutter*, proc. C-88/08, de 18 de junio de 2009.

225 Sentencia del TJUE *Küçükdeveci*, apartado 38 y *Hutter*, apartado 45.

sentencia *Küçükdeveci*, el mismo Tribunal decidió que la legislación nacional no podría ser considerada adecuada para realizar el objetivo pretendido, por ser aplicable a «*todos los trabajadores incorporados a la empresa antes de cumplir los 25 años, cualquiera que fuere su edad en el momento del despido*». El TJ añadió, asimismo, que la legislación apreciada afectaba «*de forma desigual a los jóvenes trabajadores, en el sentido de que incide en los que, sin formación o tras una formación breve, inician de forma temprana una actividad laboral, pero no en los que, tras una larga formación, no ejercen una profesión hasta una edad más avanzada*», por lo que se agravó la valoración jurisprudencial en el sentido del no cumplimiento del principio de proporcionalidad.

Con respecto a la sentencia *Hutter*, el TJ decidió que «*una normativa nacional que, con la finalidad de no desfavorecer a la enseñanza general con relación a la formación profesional y de fomentar la inserción de los jóvenes aprendices en el mercado de trabajo, excluye el cómputo de los períodos de empleo cubiertos antes de los 18 años de edad a efectos de la determinación del escalón que corresponde a los agentes contractuales de la función pública de un Estado miembro*» es contraria al derecho de la Unión Europea, en particular a la prohibición de discriminación por razón de la edad y al principio de igualdad de trato en el empleo y actividad profesional, por configurarse como no adecuada a la consecución de las finalidades invocadas, en la medida en que «*no toma en consideración la edad de las personas en el momento de su contratación*».

Sin embargo, este juicio de disconformidad entre la legislación interna de los Estados y el principio de no discriminación por razón de la edad, tal como es enunciado y densificado en el marco del derecho de la Unión, no ha sido la decisión más frecuente. En la gran mayoría de los casos, el TJ dio plenamente por justificadas las excepciones consagradas en los ordenamientos nacionales, en función de los objetivos alegados por las autoridades de los Estados miembros. Esto pasó en las sentencias *Wolf*²²⁶

²²⁶ Sentencia del TJUE *Wolf*, proc. C-299/08, de 12 de enero de 2010.

(en la que se consideró objetivamente justificada una legislación nacional que fija en 30 años la edad máxima para el reclutamiento en el ámbito del servicio técnico de los bomberos); *Petersen*²²⁷ (en la cual se entendió admisible la fijación de un límite máximo de edad para el ejercicio de la profesión de dentista concertado con las autoridades de salud, establecido, concretamente, en 68 años, cuando esa medida tenga por objetivo repartir las posibilidades de empleo entre las generaciones si, teniendo en cuenta la situación del mercado laboral en cuestión, tal medida se revela apropiada y necesaria para alcanzar la finalidad deseada); *Rosenblatt*²²⁸ (en la cual el TJ se pronunció en el sentido de la validez, a la luz del derecho de la Unión, de cláusulas que determinan la cesación automática de los contratos de trabajo cuando el trabajador alcance la edad de jubilación, aunque dichas cláusulas se establezcan a través de convenio colectivo y no de la ley, siempre y cuando tengan un objetivo legítimo y lo persigan de forma apropiada y necesaria); *Georgiev*²²⁹ (en la cual el TJ declaró que el derecho de la Unión no se opone a una legislación nacional que impone la jubilación automática de los profesores universitarios que hayan cumplido 68 años de edad y determina que los que hayan cumplido 65 solo pueden continuar su actividad profesional a través de la celebración de contratos de duración determinada de un año, renovables, como máximo, dos veces, siempre y cuando tal legislación tenga un objetivo legítimo relacionado con la política de empleo y del mercado laboral); *Fuchs and Kohler*²³⁰ (en la cual se reiteró que el derecho de la UE no se opone a medidas que prevén la jubilación obligatoria de los funcionarios a los 65 años de edad, permitiéndoles, simultáneamente, seguir trabajando hasta los 68, si el interés del servicio que

²²⁷ Sentencia del TJUE *Petersen*, proc. C-341/08, de 12 de enero de 2010.

²²⁸ Sentencia del TJUE *Rosenblatt*, proc. C-45/09, de 12 de octubre de 2010.

²²⁹ Sentencia del TJUE *Georgiev*, procesos n.º C-250/09 e C-268/09, de 18 de noviembre de 2010.

²³⁰ Sentencia del TJUE *Fuchs and Kohler*, procesos n.º C-159/10 e C-160/10, de 21 de julio de 2011.

desempeñan así lo exige,); *Hennings and Mai*²³¹ (en la cual es de señalar una decisión de no conformidad por parte del TJ, que juzgó contrarias al derecho de la Unión normas de convenciones colectivas sobre escalones salariales que preveían diferencias por razón de la edad); y *Hörmfeldt*²³² (en el cual el Tribunal decidió que una medida nacional que permite a un empleador hacer cesar el contrato de trabajo con base en el hecho de que el trabajador cumpla 67 años y que no tiene en consideración la pensión de jubilación que el interesado efectivamente recibirá no viola el derecho de la UE, siempre que sea justificado por una finalidad legítima relativa a la política de empleo y del mercado laboral y constituya un medio apropiado y necesario para su realización).

La excepción más reciente al artículo 6 de la Directiva 2000/78/CE, en casos relacionados con la edad, para justificar las restricciones a la no discriminación, la encontramos en la sentencia *Prigge*²³³, en la cual el TJ sostuvo que, teniendo en consideración que *«las autoridades nacionales e internacionales consideran que, hasta la edad de 65 años, los pilotos poseen las capacidades físicas necesarias para pilotar, aunque entre los 60 y los 65 años sólo puedan hacerlo como miembros de una tripulación cuyos restantes miembros tengan menos de 60 años»*, las normas de una convención colectiva que fija *«en 60 años el límite de edad a partir del cual se considera que los pilotos de líneas aéreas incluidos en el ámbito de aplicación del convenio colectivo ya no poseen las capacidades físicas necesarias para ejercer su actividad profesional, pese a que las normativas nacional e internacional autorizan el ejercicio de dicha actividad, con determinadas condiciones, hasta la edad de 65 años»* imponen a estos pilotos un requisito desproporcionado que debe ser considerado contrario al derecho de la Unión Europea.

²³¹ Sentencia del TJUE *Hennings and Mai*, procesos n.º C-297/10 e C-298/10, de 8 de setiembre de 2011.

²³² Sentencia del TJUE *Hörmfeldt*, proc. C-141711, de 5 de julio de 2012.

²³³ Sentencia del TJUE *Prigge*, proc. C-447/09, de 13 de setiembre de 2011.

Algunas de las sentencias mencionadas pueden suscitar cierta extrañeza. Ejemplo de ello es la argumentación del TJ en el caso *Petersen*, que da por admisible el hecho de que las autoridades nacionales consideren la evolución de la situación del empleo en un determinado sector de actividad como razón para justificar la aplicación de un límite de edad que conduce a la salida del mercado de trabajo de los trabajadores mayores, con el objetivo de favorecer el empleo de los profesionales más jóvenes. Queda, en cambio, por determinar, en qué momento se debe analizar la situación del mercado laboral: si en el de la producción normativa o en el de su evaluación jurisprudencial. Creemos que, a la hora de evaluar la conformidad con el derecho de la Unión, se debe tener en consideración el cuadro sectorial vigente en el momento de la sentencia, siendo posible que se verifique una disconformidad posterior a la entrada en vigor de las normas, o sea, una situación en la que la evaluación de la evolución del empleo en cierto sector llevada a cabo por las autoridades nacionales en el momento de la adopción de la legislación interna justificaría la excepción al principio de no discriminación, pero no es lo que sucede en el momento de la intervención del TJ, por lo que no se puede considerar que se cumplen los requisitos de justificación racional y objetiva de dicha excepción.

Ya el caso *Rosenbladt*, cuando se analiza con más detalle, revela las fragilidades de la ponderación efectuada por el TJ en situaciones de yuxtaposición de situaciones discriminatorias, dado que la demandante en el proceso principal es una mujer trabajadora, mayor de 65 años y con bajos rendimientos durante su vida activa y sobre todo después de su jubilación. La visión del órgano jurisdiccional remitente parece más amplia del problema cuando alega que la justificación de la discriminación con base en objetivos de las políticas de empleo estaba comprometida, ya que «*las cláusulas de extinción automática del contrato de trabajo de aquellos trabajadores que han alcanzado la edad de 65 años se vienen utilizando frecuentemente desde hace mucho*

tiempo, sin que hayan tenido, empero, la menor incidencia sobre el nivel de empleo en Alemania. (...) En cuanto al objetivo encaminado a conseguir una estructura armoniosa de la pirámide de edades en el sector de las tareas de limpieza, el órgano jurisdiccional remitente alberga dudas acerca de su pertinencia, habida cuenta de que no existe un riesgo particular de envejecimiento de la mano de obra empleada en el referido sector».

El mismo órgano advierte también que aunque pueda comprenderse que los representantes de trabajadores y empleadores vean la cláusula de extinción automática de los contratos de trabajo como reflejo de un equilibrio entre intereses divergentes pero legítimos, la verdad es que dicha cláusula *«ocasiona un perjuicio económico importante a los trabajadores del sector de limpieza industrial en general y a la Sra. Rosenbladt en particular. Al caracterizarse este sector por puestos de trabajo escasamente remunerados y a tiempo parcial, las pensiones del régimen legal del seguro de vejez no permiten que los trabajadores cubran sus necesidades vitales»*. Por otra parte, *«por lo que se refiere al interés de los empresarios en planificar su política de gestión de personal, el órgano jurisdiccional remitente observa que basta con que estos últimos pregunten a sus trabajadores si contemplan la posibilidad de trabajar después de alcanzada la edad de jubilación»*.

No obstante, el TJ, en una respuesta que sorprende negativamente por el simplismo del análisis de una realidad trágica y compleja en la cual están en causa derechos fundamentales, afirmó, con fundamento en una interpretación amplia de la posibilidad de excepción al principio de no discriminación por razón de la edad, que *«la extinción de pleno derecho del contrato de trabajo (...) no tiene como efecto automático compeler a las personas afectadas a retirarse definitivamente del mercado de trabajo. Por consiguiente, tal disposición no establece un régimen imperativo de jubilación forzosa (véase, en este sentido, la sentencia Age Concern England, antes citada, apartado 27). No se opone a que un trabajador siga ejerciendo su actividad profesional después de haber alcanzado la edad de jubilación, si ésta es su voluntad —por ejemplo, por razones económicas—. Tampoco priva de protección frente a la discriminación por motivos de edad a aquellos trabajadores que,*

habiendo alcanzado la edad de jubilación, desean seguir activos y buscan un nuevo empleo»; por ello, el Tribunal de Justicia concluyó que una medida nacional como la que estaba en causa en el proceso «no excede de lo que resulta necesario para alcanzar los objetivos perseguidos, habida cuenta del amplio margen de apreciación reconocido a los Estados miembros y a los interlocutores sociales en materia de política social y de empleo». Esta sentencia demuestra, así, los problemas que pueden resultar de una metodología basada en una única cuestión (en esta situación concreta, la discriminación por razón de edad), revelándose aquella incapaz de captar la complejidad de una situación claramente merecedora de protección social y tutela jurídica, contribuyendo —tal vez inadvertidamente— a reforzar la situación de exclusión verificada en el litigio principal.

2.4 – No discriminación por razón de la orientación sexual

2.4.1 – Marco legislativo general

La prohibición de la discriminación por razón de la orientación sexual está plasmada en los artículos de los Tratados ya mencionados, especialmente en el artículo 21 de la Carta y en los artículos 10 y 19 del TFUE. Estas disposiciones constituyen, así, el parámetro normativo de validez de las restantes normas de derecho de la Unión en esa materia. En el plano del derecho derivado cabe señalar, también aquí, la Directiva 2000/78/CE que establece el marco general de aplicación del principio de igualdad en el ámbito del mercado laboral. Este hecho implica que la protección proporcionada por el sistema jurídico de la Unión en relación con este tipo de discriminación es claramente más débil y menos amplia que la que se refiere a las otras características (género, raza y origen étnico). Es cierto que esto no pasa solamente con la orientación sexual, pero una cierta indefinición conceptual en sede legislativa, aliada al escaso desarrollo de la

materia, hace que este sea uno de los dominios menos tratados del derecho europeo de igualdad de oportunidades. Efectivamente, la Directiva no define el concepto de orientación sexual. Cuando analizamos la jurisprudencia del TJ parece que el ámbito de aplicación de las normas sobre el asunto incluye no solo a las personas tratadas desfavorablemente por razón de su orientación sexual *efectiva*, sino también a aquellas que son objeto de discriminación debido a su orientación sexual *aparente* o a su asociación con personas de determinada orientación sexual. En materia de restricciones, se admite, además de la habitual posibilidad de justificación de los tratos discriminatorios y de las medidas de discriminación positiva, la justificación de diferencias de trato cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, la característica en causa constituya un requisito profesional esencial y determinante, pero siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado.

Como es común en el derecho de la Unión Europea, la Directiva tiene un ámbito material que viene siendo interpretado de manera amplia, incluyendo todas las formas de empleo u ocupación y no solamente el trabajo por cuenta ajena, tal como es regulado en el derecho interno. Protege contra las discriminaciones directas e indirectas, pero también contra el acoso y las instrucciones para discriminar. Este último concepto no está todavía suficientemente desarrollado, pero deberá ser, en cambio, igualmente interpretado de forma lata, abarcando tanto las instrucciones de quien tenga competencia y autoridad para que su orden produzca el efecto discriminatorio deseado, así como cualquier preferencia o apoyo expreso en el sentido de favorecer un trato desfavorable debido a una característica determinada —por ejemplo, la orientación sexual, en contexto laboral²³⁴—.

²³⁴ Véase el Informe *Combating Sexual Orientation Discrimination in the European Union* – European Network of Legal Experts in the Non-discrimination field, European Commission, 2014.

Por último, merece mención, porque sus normas han sido discutidas recientemente en sede jurisprudencial, la Directiva 2004/83/CE²³⁵, que establece las normas mínimas relativas a las condiciones a cumplir por nacionales de países terceros que pretendan beneficiar de estatuto de refugiado o de personas que, por otros motivos, necesiten protección internacional; así como normas relativas a dicho estatuto de refugiado y al contenido de la protección concedida. En el artículo 10, el diploma prevé que la noción de grupo social específico a efectos de determinación de existencia de persecución en el Estado de origen podrá incluir un grupo basado en una característica común como la orientación sexual.

2.4.2 – Evolución Jurisprudencial

Tenemos que esperar a la segunda parte de la década de 1990 para encontrar la primera jurisprudencia del TJ acerca de los problemas de los ciudadanos homosexuales, bisexuales y transexuales, entre la que se destacan tres decisiones *P contra S y Cornwall County Council*²³⁶, *Grant*²³⁷ y *K. B.*²³⁸. En el primer caso estaba en causa el despido de un trabajador transexual debido a su cambio de sexo. El TJ decidió, sin embargo, fundamentar su decisión en la prohibición de discriminación entre hombres y mujeres, visto que «*el derecho a no ser discriminado por razón de sexo constituye uno de los derechos humanos fundamentales cuyo respeto debe garantizar el Tribunal de Justicia*»; por este motivo «*el ámbito de aplicación de la Directiva no puede reducirse únicamente a las discriminaciones que se derivan de la pertenencia a uno u otro sexo. Debe extenderse a las discriminaciones que tienen lugar a consecuencia del cambio de sexo del interesado, al basarse esencialmente, si no exclusivamente, en el sexo del interesado, puesto que despedir*

²³⁵ Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004.

²³⁶ Sentencia del TJUE *P contra S y Cornwall County Council*, proc. C-13/94, de 30 de abril de 1996.

²³⁷ Sentencia del TJUE *Grant*, proc. C-249/96, de 17 de febrero de 1998.

²³⁸ Sentencia del TJUE *K. B.*, proc. C-117/01, de 7 de enero de 2004.

a una persona por tener intención de someterse o haberse sometido a una operación de cambio de sexo es darle un trato desfavorable frente a las personas del sexo al que se consideraba que pertenecía antes de la citada operación».

Por otra parte, en la sentencia *Grant*, el TJ se vio llamado a decidir sobre el litigio entre L. Grant y su entidad empleadora, que había recusado la atribución de reducciones en el precio de los transportes a la pareja del mismo sexo de la trabajadora, en condiciones análogas a las de los matrimonios o de las parejas de hecho heterosexuales. Una vez más, y porque el caso es anterior a la Directiva 2000/78/CE, el TJ situó el problema en el ámbito de la discriminación de género, considerando que las normas de derecho comunitario derivado aplicables *«que prohíben las discriminaciones entre hombres y mujeres no [son] más que la expresión, en el ámbito limitado que les es propio, del principio de igualdad, que es uno de los principios fundamentales del Derecho comunitario».* En cambio, al contrario del caso *P contra S*, en el cual las *«discriminaciones se basaban fundamentalmente, si no exclusivamente, en el sexo de la persona de que se trataba»*, en la situación de la sentencia *Grant* no existe una razón que justifique una prohibición de la discriminación *«por la misma razón que las discriminaciones basadas en la pertenencia de una persona a un sexo determinado, con las que están estrechamente relacionadas».* Esa analogía *«se limita al caso del cambio de sexo de un trabajador y, por tanto, no se aplica a las diferencias de trato basadas en la orientación sexual de una persona».*

En la sentencia *K. B.* se cuestionaba la decisión de las autoridades del Reino Unido de denegar al ciudadano K. B. el derecho de designar a su pareja transexual como beneficiaria de la pensión de viudedad por el hecho de no estar casados, cuando la legislación interna no permitía la alteración del sexo en el registro civil. En este punto, es obvio que se está ante una frontera de competencias que el TJ no quiso cruzar, advirtiendo de que *«la definición del matrimonio es una cuestión de Derecho de familia que compete a los Estados miembros y, por otra parte, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha*

declarado reiteradamente que el obstáculo para contraer matrimonio derivado del hecho de que el Derecho del Reino Unido no permite a un transexual modificar su partida de nacimiento no constituye una infracción de los artículos 8, 12 o 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales» y que, además, «el hecho de reservar determinadas ventajas a las parejas que hayan contraído matrimonio, excluyendo a todas aquellas que convivan sin estar casadas, obedece bien a la decisión del legislador o bien a la interpretación de las normas jurídicas de Derecho interno efectuada por los órganos jurisdiccionales nacionales, sin que los particulares puedan invocar discriminación alguna por razón de sexo prohibida por el Derecho comunitario».

Sin embargo, el TJ precisó que *«en una situación como la del litigio principal existe, no obstante, una desigualdad de trato que, si bien no afecta directamente al disfrute de un derecho protegido por el Derecho comunitario, afecta a uno de sus presupuestos. Como ha subrayado acertadamente el Abogado General en el punto 74 de sus conclusiones, esta desigualdad de trato no incide en el reconocimiento de una pensión de viudedad, sino en una condición previa indispensable para su concesión, a saber, la capacidad para contraer matrimonio».*

De esta forma, *«dado que corresponde a los Estados miembros determinar los requisitos para el reconocimiento jurídico del cambio de sexo de una persona en la situación de R, tal como, por otra parte, ha admitido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencia Goodwin c. Reino Unido, antes citada, § 103), incumbe al juez nacional comprobar si, en un caso como el del litigio principal, una persona en la situación de K.B. puede invocar el artículo 141 CE para que se le reconozca el derecho a que su compañero pueda disfrutar de una pensión de supervivencia».*

O sea, a pesar del evidente ejercicio de *self-restraint* del Tribunal, al perseguir un equilibrio entre los instrumentos de protección existentes y el respeto por las competencias e identidades nacionales en una cuestión sensible, el Tribunal buscó ampliar su ámbito de actuación e inició una dialéctica interesante con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que tiene jurisprudencia sobre cuestiones idénticas.

La sentencia, probablemente, más conocida del TJ en materia de orientación sexual es la sentencia *Maruko*²³⁹, cuya fundamentación se basa, por fin, en la prohibición de discriminación por razón de la orientación sexual. La situación que dio origen al litigio entre el señor Maruko y las autoridades alemanas fue la denegación de una pensión de viudedad al miembro superviviente de una pareja de hecho por no prever los estatutos de la entidad responsable por el pago dicho beneficio, pese a que se trataba de un organismo de derecho público y la ley alemana establecía una equiparación entre matrimonio y pareja de hecho. El TJ recordó que el principio de igualdad de trato en el ámbito del derecho de la Unión exige abstenerse de cualquier discriminación, tanto directa cuanto indirecta, y que *«existe discriminación directa cuando una persona es tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1 de la misma Directiva. El apartado 2, letra b), inciso i), del mismo artículo 2 establece que existe discriminación indirecta cuando una disposición, un criterio o una práctica aparentemente neutros puede ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas, salvo que dicha disposición, dicho criterio o dicha práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios»*. Ahora bien, *«De la información recogida en la resolución de remisión resulta que, a partir de 2001 (...) la República Federal de Alemania ha adaptado su ordenamiento jurídico para permitir a las personas del mismo sexo vivir como una unión, formalizada para toda la vida, con obligaciones de asistencia y de protección mutua. Habiendo optado por no abrir a estas personas la institución del matrimonio, que se mantiene reservada únicamente para las personas de diferente sexo, dicho Estado miembro ha creado para las personas del mismo sexo un régimen distinto, la pareja inscrita, cuyas condiciones se han ido asimilando progresivamente a las aplicables al matrimonio»*. Sin embargo, la *«prestación de*

²³⁹ Sentencia del TJUE *Tadao Maruko*, proc. C-267/06, de 1 de abril de 2008.

supervivencia está limitada, en virtud de lo dispuesto en los estatutos del Vddb, solamente a los cónyuges supervivientes y se le niega a los miembros supervivientes de una pareja inscrita». Por esta razón, el TJ decidió que el derecho de la Unión Europea se opone a «una normativa como la controvertida en el procedimiento principal, en virtud de la cual el miembro superviviente de una pareja inscrita, tras fallecer el otro miembro, no tiene derecho a percibir una pensión de supervivencia equivalente a la que se otorga a un cónyuge superviviente, cuando, en el Derecho nacional, la institución de la pareja inscrita coloca a las personas del mismo sexo en una situación comparable a la de los cónyuges en lo relativo a dicha prestación de supervivencia».

Esta sentencia ha representado un avance significativo en la protección y garantía de los derechos fundamentales contra la discriminación por razón de la orientación sexual. La caracterización de dicha discriminación, por parte del Tribunal de Justicia, como discriminación directa, simplifica y aclara la argumentación jurisprudencial, al mismo tiempo que evita la posibilidad de justificación de trato desfavorable, con base en un objetivo razonable, en el marco jurídico y político nacional²⁴⁰. Por otra parte, y en la línea de la jurisprudencia anterior, es importante la mención del Tribunal al hecho de que, aunque la competencia para la definición de las instituciones jurídicas de derecho de familia, como el matrimonio o la unión civil, sea puramente nacional, los Estados miembros deben utilizarla respetando los principios generales de derecho de la UE.

La decisión siguiente se encuentra en la sentencia *Römer*²⁴¹, en la cual la situación de hecho era muy similar a la tratada en la sentencia *Maruko*, aunque estuviera en causa el montante de la pensión a que tendría derecho el requirente, el señor Römer; dicho montante variaba según Römer —que había vivido décadas con una pareja del mismo sexo, con la cual celebró, años después, una unión registrada— fuera tratado como soltero o casado.

²⁴⁰ En este sentido, véase ERIKSSON, A. - “European Court of Justice: Broadening the scope of European nondiscrimination law”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 7, n.º 4, octubre de 2009.

²⁴¹ Sentencia del TJUE *Römer*, proc. C-147/08, de 10 de mayo de 2011.

El TJ mantuvo la jurisprudencia *Maruko*, pero insistió en la idea de que la apreciación de la comparabilidad entre la situación jurídica y factual de una persona casada y de una persona en unión de hecho registrada «es competencia del órgano jurisdiccional remitente y debe centrarse en los derechos y obligaciones respectivos de los cónyuges y de las personas que constituyan una pareja estable inscrita, tal como se regulan en el marco de las correspondientes instituciones, que sean pertinentes habida cuenta del objeto y de las condiciones de reconocimiento de la prestación en cuestión». De esta forma, parece haber aquí un cierto grado adicional de prudencia por parte del TJ. La obligación de los Estados de tratar de forma igual las uniones hetero y homosexuales queda, claramente, dentro de su margen de decisión política de equiparar las uniones civiles al matrimonio en todas o solo en determinadas materias. Así, el principio de la igualdad de trato y de la prohibición de discriminación por razón de la orientación sexual es aplicable tan solo en los dominios en los cuales el propio ordenamiento nacional establezca la equivalencia entre ambos institutos²⁴². Aunque esta posición pueda parecer un retroceso en relación con la sentencia *Maruko*, por lo menos desde el punto de vista de la promoción de los derechos de los ciudadanos homosexuales, la verdad es que es difícil prever más avances en el actual marco jurídico de distribución de competencias: el reconocimiento del derecho al matrimonio, la institución de la figura de la unión civil o la atribución de cualquier tipo de beneficios sociales a los miembros de uniones homosexuales permanece en la esfera de los ordenamientos nacionales y no de la Unión Europea.

Una de las decisiones más recientes en lo que respecta al tema de la no discriminación por razón de orientación sexual es la sentencia *Hay*²⁴³. Una vez más, se trataba de un litigio entre F. Hay y su entidad empleadora por haberle denegado esta al primero, después de la celebración de su unión civil

²⁴² Ver CORNIDES, J - "Three Case Studies on 'Anti-Discrimination'", *European Journal of International Law*, V. 33, n.º 2, 2012.

²⁴³ Sentencia del TJUE *Hay*, proc. C-267/12, de 12 de diciembre de 2013

registrada (PACS) con persona del mismo sexo, la atribución de beneficios concedidos por matrimonio, en los términos del convenio colectivo que le era aplicable. La decisión del Tribunal de Justicia sigue, aquí, en la línea de la jurisprudencia anterior, aunque es de registrar una mayor claridad en las afirmaciones, especialmente al constatar que *«de reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que una normativa de un Estado miembro que atribuye únicamente a los trabajadores casados el derecho a ventajas en términos de remuneración o de condiciones de trabajo, cuando en dicho Estado miembro el matrimonio sólo es legalmente posible entre personas de distinto sexo, crea una discriminación directa por motivo de orientación sexual en perjuicio de los trabajadores homosexuales titulares de un PACS, los cuales se encuentran en una situación análoga»*. Asimismo, el TJ ha añadido que *«La circunstancia de que el PACS no esté reservado a las parejas homosexuales, a diferencia de lo que sucede en el caso de la pareja estable registrada a que se refieren los asuntos que dieron lugar a las sentencias Maruko y Römer, antes citadas, es irrelevante y, en particular, no modifica la naturaleza de la discriminación contra las parejas homosexuales, las cuales, a diferencia de las parejas heterosexuales, no podían legalmente contraer matrimonio en el momento de los hechos del litigio principal. En efecto, aunque una diferencia de trato no se base expresamente en la orientación sexual de los trabajadores, sino en la situación matrimonial de éstos, seguirá constituyendo una discriminación directa, habida cuenta de que, al estar reservado el matrimonio a las personas de distinto sexo, los trabajadores homosexuales se verán en la imposibilidad de cumplir el requisito necesario para obtener la ventaja reclamada. Por otra parte, en la medida en que la discriminación producida es directa, no podrá justificarse por un “finalidad legítima”»*.

Cabe también mencionar la sentencia *ACCEPT*²⁴⁴, que se ocupa de la discriminación por razón de la orientación sexual a través del discurso, o sea, de declaraciones públicas. *ACCEPT*, una organización no gubernamental de promoción y protección de los derechos de personas

²⁴⁴ Sentencia del TJUE *ACCEPT*, proc. C-81/12, de 25 de abril de 2013.

homosexuales y transexuales, presentó queja contra el señor Becali y un club de fútbol del cual era responsable, alegando que el principio de igualdad de trato había sido violado en virtud de su política de reclutamiento. Se comprobó que Becali había proferido declaraciones según las cuales, para no contratar a un jugador presentado como homosexual, habría preferido recurrir a un jugador del equipo júnior. El organismo nacional contra la discriminación consideró que esta situación constituía una discriminación sobre la forma de acoso y sancionó el club con una advertencia, única sanción posible a la luz de la legislación aplicable. El caso es interesante y permitió al Tribunal de Justicia aclarar varios aspectos controvertidos. En primer lugar, el TJ precisó que *«hechos como aquellos de los que trae causa el litigio principal pueden calificarse de “hechos que permit[e]n presumir la existencia de discriminación” respecto de un club de fútbol profesional, cuando las declaraciones de que se trate emanen de quien, sin disponer necesariamente desde el punto de vista jurídico de la capacidad necesaria para vincularlo o representarlo en materia de contratación de personal, se presenta a sí mismo y es percibido en los medios de comunicación y en la sociedad como el principal directivo de dicho club»*. Además, añadió que *«la carga de la prueba tal como está modificada en el artículo 10, apartado 1, de la Directiva 2000/78 no lleva a exigir una prueba imposible de aportar sin violar el derecho al respeto a la vida privada»*. Finalmente, el Tribunal concluyó que la sanción para la discriminación por razón de la orientación sexual debe tener, por fuerza del derecho de la Unión, un carácter efectivo, proporcional y disuasivo, siendo competencia de los órganos nacionales apreciar si estos requisitos se cumplen. En línea con la mencionada sentencia *Feryn*, se insiste en la idea según la cual las declaraciones discriminatorias (de naturaleza racista u homofóbica) constituyen, en sí mismas, actos de discriminación directa, lo que parece confirmar la intención de permitir el uso de las disposiciones de derecho de la UE relativas a la discriminación como medio de combate al llamado *hate speech*.

Con un tema bastante diferente de los ya presentados, es de destacar la sentencia *Minister voor Immigratie en Asiel*²⁴⁵. La causa en litigio era la denegación, por las autoridades holandesas, de los pedidos de autorización de residencia temporaria (asilo) presentados por los ciudadanos extranjeros X, Y y Z, fundados en la persecución sufrida en sus países de origen por razón de su homosexualidad. Se comprobó que, en dichos países, la homosexualidad está tipificada como delito, con penas entre los diez años de cárcel y cadena perpetua (Sierra Leona y Uganda) y de uno a cinco años de cárcel (Senegal). Las autoridades belgas alegaban que aunque la orientación sexual de los requirentes fuera creíble, no se habían demostrado de forma suficiente los hechos y circunstancias invocados, esto es, que, una vez regresados a su país, los interesados mantuvieran un recelo fundado de persecución en virtud de su pertenencia a un determinado grupo social.

El órgano jurisdiccional remitente deseaba averiguar con su consulta al TJ, por un lado, si los extranjeros con una orientación homosexual pueden ser considerados como “grupo social específico” en la acepción del derecho de Unión y, en caso de respuesta positiva, cuáles son las prácticas homosexuales incluidas en el ámbito de la normativa comunitaria; y por otro, si la existencia de actos de persecución relativos a estas prácticas puede llevar, por sí misma, a la concesión del estatuto de refugiado o si puede esperarse de los extranjeros homosexuales que oculten esta condición, en su país de origen, para evitar las sanciones legales.

A la primera cuestión el TJ contestó de forma positiva, afirmando que *«la existencia de una legislación penal como la controvertida en cada uno de los litigios principales, cuyos destinatarios específicos son las personas homosexuales, autoriza a considerar que tales personas constituyen un grupo que es percibido como diferente por la sociedad que lo rodea»*. Añadió también que la legislación de la Unión en causa

²⁴⁵ Sentencia del TJUE *Minister voor Immigratie en Asiel*, procesos acumulados n.º C-199/12 a C-201/12, de 7 de noviembre de 2013.

«no prevé limitaciones relativas a la actitud que los miembros del grupo social específico pueden adoptar respecto a su identidad o respecto a los comportamientos que están o no incluidos en el concepto de orientación sexual a los efectos de dicha disposición», incluyendo, por eso, los actos relativos a la esfera privada de la persona, así como los actos de su vida pública. El TJ enfatizó, por último, que *«el hecho de que a los miembros de un grupo social que comparten la misma orientación sexual se les exija que oculten esa orientación resulta contrario al reconocimiento mismo de una característica que resulta tan fundamental para la identidad que no se les puede exigir a los interesados que renuncien a ella. Así pues, no es legítimo esperar que, para evitar ser perseguida, una persona que solicita asilo oculte su homosexualidad en su país de origen».* Esta decisión merece nota muy positiva, ya que no solo refuerza el estándar (interno) europeo de protección contra la discriminación por razón de la orientación sexual, sino que también contribuye a la construcción paulatina de un nivel elevado de protección en este dominio en el plano internacional.

Pese a ello, el más reciente episodio en materia de discriminación por razón de la orientación sexual, la sentencia *Léger*²⁴⁶, representa, en cierto modo, un retroceso en los criterios de aplicación de este derecho en el orden jurídico europeo. En causa estaba la interpretación de la Directiva 2004/33/CE, de 22 de marzo de 2004, que desarrolla la Directiva 2002/98/CE (por la que se establecen normas de calidad y de seguridad para la extracción, verificación, tratamiento, almacenamiento y distribución de sangre humana y sus componentes) en lo que respecta a determinadas exigencias técnicas relativas a la sangre y respectivos componentes. “En el caso en cuestión, la aplicación de una ley de derecho interno permitió que el señor Léger viese su donación de sangre rechazada por el hecho haber mantenido relaciones sexuales con otro hombre; esta situación llevó al órgano jurisdiccional remitente a acudir ante el TJ en el sentido de averiguar si dicha normativa, que tiene por objetivo evitar la transmisión de

²⁴⁶ Sentencia del TJUE *Léger*, proc. C-528/13, de 29 de abril de 2015.

enfermedades graves, puede ser tomada (en estos términos) por un Estado miembro”

El TJ admitió que la suspensión de donación de sangre en función de la orientación sexual implica una discriminación por razón de esa misma orientación, de acuerdo con el artículo 21 de la CDFUE. Sin embargo, el Tribunal afirma que la evaluación concreta tiene que tener en consideración la apreciación de la situación epidemiológica específica francesa en lo que respecta a la existencia de un riesgo elevado de propagación de enfermedades graves transmisibles por la sangre, tarea que cabe a los órganos nacionales. Asimismo, según el tribunal, hay que analizar si se cumplen los requisitos previstos en el artículo 52 de la CDFUE para restringir los derechos en ella consagrados, concretamente la necesidad y proporcionalidad, y la correspondencia a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la protección de derechos y libertades de terceros. El TJ advirtió aún que *«una contraindicación permanente para la donación de sangre aplicable a la totalidad del grupo constituido por los hombres que han tenido relaciones sexuales con otros hombres sólo resulta proporcionada si no existen métodos menos coercitivos para garantizar un alto nivel de protección de la salud de los receptores. (...) En efecto, por una parte, no cabe excluir la posibilidad de que existan técnicas eficaces para garantizar un alto nivel de protección de la salud de los receptores incluso cuando se haya dado una conducta sexual que entrañe un alto riesgo de contraer enfermedades infecciosas graves transmisibles por la sangre»*. Corresponde, pues, al tribunal remitente verificar estos supuestos y evaluar si los requisitos de necesidad y proporcionalidad se cumplen; en caso afirmativo, la restricción no viola el derecho de la UE.

Esta decisión se comprende mal²⁴⁷ teniendo en cuenta la exposición de la cuestión de hecho efectuada por el propio Tribunal de Justicia, según la

²⁴⁷ Para un comentario más desarrollado a la Sentencia, véase SCHILLACI, A., “La prudenza non è mai troppa? La Corte di giustizia e il divieto di donazione di sangue per gli omosessuali”, en *SIDIBlog*, 2015, <http://www.sidi-isil.org/sidiblog/?p=1487>.

cual, aunque para el Gobierno francés y la Comisión, el riesgo de transmisión de enfermedades estaría en el «*“periodo ventana”*, es decir, un periodo inmediatamente posterior a la infección viral y durante el cual los marcadores biológicos utilizados para la detección de la infección en las donaciones de sangre siguen siendo negativos, pese a la infección del donante. A su juicio, son pues las infecciones recientes las que entrañan un riesgo de que no se detecte el VIH en las pruebas de detección y, por consiguiente, un riesgo de transmisión de dicho virus al receptor». Ahora bien, de ser así, y como advierte el mismo TJ, deben ser llevados en consideración «*el tiempo transcurrido desde la última relación sexual, comparado con la duración del periodo ventana, (...) la estabilidad de la relación de pareja de la persona de que se trate [y] si sus relaciones sexuales son protegidas o no [lo que permitiría] valorar el nivel de riesgo que presenta individualmente cada donante en razón de su propia conducta sexual*». Por lo tanto, no vemos cómo es posible sostener, ante estos elementos, una exclusión permanente y definitiva de los hombres que hayan tenido relaciones sexuales con otros hombres, ya que el respeto por el principio de proporcionalidad —en particular en su dimensión de necesidad, o sea, de la inexistencia de medios menos gravosos para alcanzar el objetivo pretendido— se ve comprometido.

2.5 – No discriminación por razón de discapacidad

2.5.1 – Marco general

Tal como los otros motivos de discriminación ya analizados (en particular, la edad y la orientación sexual), la protección contra la discriminación por razón de deficiencia se hace, en el derecho derivado de la UE, esencialmente con base en la ya referida Directiva 2000/78/CE, que establece un cuadro general de igualdad de trato en el empleo y ocupación. Pero este diploma no incluye una definición del concepto de discapacidad, por lo que la delimitación del universo de ciudadanos protegidos por la

prohibición de discriminación por razón de discapacidad se ha revelado problemática, suscitando en el momento de su aplicación a nivel nacional cuestiones que han sido reenviadas al TJ y que se analizarán a continuación. El derecho interno de los diferentes Estados miembros varía de forma muy significativa en esta materia, por lo que el hecho de dejar que en los ordenamientos jurídicos nacionales la definición del universo de sujetos abarcados por la protección conferida por el derecho de la Unión conduce a la fragmentación y a la aplicación de distintos grados de tutela, según el orden jurídico aplicable²⁴⁸.

En lo que se refiere a la Directiva 2000/78/CE, esta prevé en el artículo 5 la obligación de la entidad empleadora de llevar a cabo “ajustes razonables”, o sea, de tomar las medidas adecuadas en función de las necesidades, en una situación concreta, para que una persona deficiente tenga acceso a un empleo, ejercerlo o progresar profesionalmente, o para que le sea administrada formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades. Este deber estaba ya consagrado en el derecho interno de varios Estados miembros antes de la adopción de la Directiva y revela una preocupación importante por la remoción de prácticas laborales y otro tipo de barreras que puedan privar a las personas con minusvalías de la plena inserción en el mercado laboral, pero se ha resultado ser una norma de aplicación problemática, en particular en lo que respecta a la evaluación de la razonabilidad de las adaptaciones requeridas al empleador.

²⁴⁸ Véase el informe de WADDINGTON, L. y LAWSON, A. - *Disability and non-discrimination law in the European Union - An analysis of disability discrimination law within and beyond the employment field*, European Network of Legal Experts in the non-discrimination field, European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, 2009.

Están asimismo fuera del ámbito de la protección conferida por el derecho de la UE las discriminaciones sufridas por los ciudadanos con discapacidad en otros contextos, aunque se trate de materias también reguladas por legislación europea, como es el caso de la prestación y acceso a bienes y servicios, y de la utilización de transportes o del acceso a la salud; este es, por lo tanto, un asunto acerca del cual queda un largo camino por recorrer y en el cual el derecho de la Unión podrá, basándose en buenas prácticas y en los más elevados estándares de protección adoptados en algunos Estados miembros, promover, a través del refuerzo de la interconstitucionalidad y de la internormatividad, el fortalecimiento de los niveles de tutela y garantía de los derechos de las personas con discapacidad en los restantes Estados miembros.

2.5.2 – Evolución Jurisprudencial

La jurisprudencia del TJ en materia de discapacidad es bastante reciente, pero incluye ya un conjunto significativo de decisiones que permiten aclarar algunas cuestiones relativas al marco legislativo general, así como hacer otras tantas preguntas.

La primera sentencia a señalar es la sentencia *Chacón Navas*²⁴⁹, en la cual el Tribunal de Justicia hizo una interpretación esclarecedora y restrictiva del concepto de discapacidad. Estaba en causa el despido de S. Chacón Navas, que trabajaba en una sociedad de restauración. La trabajadora se encontraba en situación de baja por enfermedad y, según los servicios de sanidad que le prestaban asistencia, no podría retomar su actividad profesional a corto plazo. Al año siguiente, la entidad empleadora notificó la señora Chacón su despido, reconociendo expresamente el carácter irregular del mismo y ofreciendo una indemnización. Esta, sin embargo, interpuso

²⁴⁹ Sentencia del TJUE *Chacón Navas contra Euresst Colectividades S.A.*, proc. C-13/05, de 11 de julio de 2006.

una acción contra la empresa alegando la nulidad del despido en función de la desigualdad de trato y de la discriminación sufrida por razón de su situación de baja por enfermedad. El tribunal español entendió que de la inversión de la carga de la prueba en este caso resultaba que el despido se había debido únicamente a dicha baja por enfermedad; consideró también que existía un nexo de causalidad entre enfermedad y discapacidad, debiendo este último concepto ser interpretado como un término genérico que abarca las minusvalías en sentido estricto, así como los factores que limiten la actividad y participación en la vida social. Así pues, la enfermedad puede originar discapacidades para el individuo, que deberá ser protegido en tiempo útil con fundamento en la prohibición de discriminación por razón de discapacidad. De esta forma, el TJ tuvo que pronunciarse sobre el alcance del concepto de discapacidad, empezando por puntualizar que, en ausencia tanto de una definición legal como de una remisión expresa para el derecho interno de los Estados miembros, cabrá encontrar una interpretación autónoma y uniforme de dicho concepto que debe buscarse *«teniendo en cuenta el contexto de la disposición y el objetivo que la normativa de que se trate pretende alcanzar»*. En este sentido, el TJ consideró que, en el contexto de la Directiva 2000/78/CE *«el concepto de “discapacidad” se refiere a una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional»*. Pero añadió que *«el legislador escogió deliberadamente un término que difiere del de “enfermedad”. Así pues, es preciso excluir la equiparación pura y simple de ambos conceptos»*. En lo que respecta a la definición del ámbito subjetivo de la prohibición de discriminación, el Tribunal consideró que el concepto integra un elemento de permanencia o de larga duración tendencial, afirmando que *«la importancia que el legislador comunitario atribuye a las medidas destinadas a adaptar el puesto de trabajo en función de la discapacidad demuestra que tuvo en mente supuestos en los que la participación en la vida profesional se ve obstaculizado durante un largo período. Por lo tanto, para que la*

limitación de que se trate pueda incluirse en el concepto de “discapacidad”, se requiere la probabilidad de que tal limitación sea de larga duración».

Es estos términos, se excluyó la posibilidad de protección de los trabajadores solamente enfermos con fundamento en prohibición de discriminación por discapacidad; el TJ explicó que *«una persona que haya sido despedida por su empresario exclusivamente a causa de una enfermedad no está incluida en el marco general establecido por la Directiva 2000/78 para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad»* y que *«ninguna disposición del Tratado CE contiene una prohibición de la discriminación por motivos de enfermedad en cuanto tal»*, por lo que el ámbito de aplicación de la Directiva no debe *«ampliarse por analogía a otros tipos de discriminación además de las basadas en los motivos enumerados con carácter exhaustivo en el artículo 1 de la propia Directiva»*.

Poco después el TJ fue llamado a pronunciarse en el caso *Coleman*²⁵⁰, en el cual se apreciaba la situación de la señora Coleman, que alegaba haber sido despedida por haber tenido un hijo con discapacidades. El Tribunal tuvo que pronunciarse sobre si la prohibición de discriminación por motivo de discapacidad, consagrada en la Directiva 2000/78/CE, protege sólo a las propias personas discapacitadas frente a la discriminación directa y el acoso, o si incluye en su ámbito de protección también a los trabajadores que, aun sin estar ellos mismos discapacitados, reciben un trato menos favorable o sufren acoso por su vinculación con una persona discapacitada. En este sentido, el órgano jurisdiccional remitente quiso saber si cuando un empresario acosa a un trabajador por tener un hijo discapacitado a su cuidado, ese acoso vulnera el principio de igualdad de trato establecido en el derecho de la Unión. La respuesta del TJ fue afirmativa, al entender que la prohibición de acoso y *«la prohibición de discriminación directa (...) no se circunscribe exclusivamente a aquellas personas que sean ellas mismas discapacitadas»*, y que *«cuando se demuestre que el comportamiento no deseado constitutivo del acoso del que*

²⁵⁰ Sentencia del TJUE *Coleman*, proc. C 303/06, de 17 de julio de 2008.

es víctima un trabajador (...) está relacionado con la discapacidad de un hijo suyo, (...) tal comportamiento resulta contrario a la prohibición del acoso».

Esta decisión es importante y esclarecedora, no solo con respecto al ámbito de la discriminación directa por razón de discapacidad, sino sobre todo en lo que se refiere a materia de acoso, quedando claro que este constituye un comportamiento equivalente a la discriminación, con las mismas reglas de interpretación y aplicación.

La densificación del concepto de deficiencia y su relación con la enfermedad en el contexto del derecho de la Unión ha sido reforzada en la sentencia *HK Danmark*²⁵¹. El tribunal fue llamado a pronunciarse sobre las situaciones de J. Ring, afectada por dolores permanentes que la llevaron a faltar repetidamente al trabajo hasta que fue despedida, y de L. Skouboe Werge, víctima de un accidente que le había provocado una lesión que la incapacitó para el trabajo, por tiempo indeterminado, y que en consecuencia había llevado a la autoridad administrativa competente declarar una situación de minusvalía. Con fundamento en la ley relativa a la prohibición de discriminación, el sindicato HK Danmark interpuso una demanda en nombre de las dos mujeres contra sus respectivas entidades empleadoras alegando que las dos trabajadoras eran discapacitadas y que los empleadores deberían proponerles una reducción de la jornada de trabajo, por fuerza de la obligación de proceder a ajustes razonables prevista en el artículo 5 de la Directiva 2000/78/CE.

El TJ se vio obligado a pronunciarse sobre el concepto de discapacidad y precisar, en particular, si este es aplicable a cualquier persona que, por razones de lesiones físicas o mentales, no puede ejercer su trabajo por un largo periodo de tiempo, o solo lo puede hacer de forma muy limitada; asimismo, había que aclarar si se podría incluir en el concepto de

²⁵¹ Sentencia del TJUE *HK Danmark v. Dansk almennyttigt Boligselskab*, procesos n.º C-335/11 y C-337/11, de 11 de abril de 2013.

discapacidad una situación causada por una enfermedad clínicamente diagnosticada. El Tribunal asumió en este caso un planteamiento abierto a la posibilidad de extensión del ámbito de protección conferido por el derecho de la UE en materia de discapacidad, afirmando que *«el concepto de “discapacidad” a que se refiere la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación es de larga duración. La naturaleza de las medidas que el empleador ha de adoptar no es determinante para considerar que al estado de salud de una persona le es aplicable este concepto»*.

La amplitud del concepto fue de nuevo discutida en la sentencia *Z. v. A Government department, and The Board of management of a community school*²⁵², un caso complejo que envolvía procreación médicamente asistida con recurso a maternidad de sustitución, un claro ejemplo de la intersección de género y discapacidad como motivos de discriminación. Cuestionado sobre si debería entenderse como discriminación por razón de discapacidad la no concesión de permiso retribuido similar al permiso de maternidad a una mujer trabajadora que, debido a una deficiencia que la impedía dar a luz, tuvo una hija biológica con recurso a un contrato de maternidad de sustitución, el TJ declaró que atendiendo a que *«el concepto de “discapacidad” en el sentido de la Directiva 2000/78, debe entenderse como referido a una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo, que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás*

²⁵² Sentencia del TJUE *Z. v a Government department, and The Board of management of a community school*, proc. C-363/12, de 18 de marzo de 2014.

trabajadores [es cierto que la infertilidad] constituye una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo. En ese sentido, es indiscutible que la imposibilidad para una mujer de gestar un hijo puede ser causa de grave sufrimiento para ella». Sin embargo, “el concepto de “discapacidad”, en el sentido de la Directiva 2000/78, supone que la limitación que aqueja a la persona, al interactuar con diversas barreras, pueda impedir su participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores. Ahora bien, como ha manifestado el Abogado General en los puntos 95 a 97 de sus conclusiones, la incapacidad para tener un hijo por medios convencionales no constituye en principio un impedimento para que la madre subrogante acceda a un empleo, lo ejerza o progrese en él». De esta forma, el TJ concluyó que la situación apreciada en el proceso no configuraba ni una discriminación por razón de deficiencia, ni una discriminación de género.

La decisión podrá generar algún malestar, ya que el derecho de la Unión se muestra aquí incapaz de remediar la evidente desigualdad que se manifiesta en el proceso principal: la denegación del derecho al permiso de maternidad a una trabajadora que tuvo que utilizar un proceso poco usual para ser madre en virtud de una enfermedad crónica. Este es, de hecho, un caso típico de violación del principio de igualdad, si tenemos en cuenta el verdadero elemento de comparación, el de una trabajadora en la misma situación (madre reciente y principal cuidadora de un niño) que no tuvo necesidad de utilizar procedimientos médicos para conseguir el embarazo. Quedan, así, en evidencia, los límites del sistema —límites bastante cortos en lo que respecta al principio de Igualdad en sus dimensiones más allá de la no discriminación—. En ausencia de una verdadera política social de la Unión, con una regulación más completa y compleja de materias como la protección de maternidad, la tutela que puede garantizarse por vía jurisdiccional en casos como este siempre estará condicionada por el ámbito material y objetivos de cada directiva específica en materia de igualdad de

oportunidades. En realidad, hay que admitir que la situación descrita no configura, efectivamente, una discriminación por razón de discapacidad o por razón de género, sino una cuestión de protección social de la maternidad.

Por último, el Tribunal de Justicia se pronunció sobre el ámbito de protección conferido por el derecho de la UE en cuestiones relacionadas con la discapacidad en la sentencia *Fag og Arbejde (FOA) contra Kommunernes Landsforening (KL)*²⁵³. Los elementos de hecho del caso son complicados y envuelven el despido de un trabajador obeso de una guardería pública, que no había conseguido adelgazar después de haber recibido apoyo de la entidad patronal para ello. No está claro en qué medida la obesidad del trabajador fue un elemento llevado en consideración a la hora de proceder al despido; la entidad empleadora defiende que este se debió un hecho concreto: la disminución del número de niños, mientras que el señor Kaltoft se muestra convencido de que la causa de su despido fue su obesidad. El TJ se vio obligado a apreciar si la discriminación por obesidad encuentra cabida dentro del ámbito de la protección conferida contra la discriminación por razón de discapacidad, y afirmó que *«el Tribunal de Justicia ha estimado que, a efectos de la Directiva 2000/78, el concepto de “discapacidad” debe entenderse como referido a una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo, que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores. (...) Así, sería contrario al objetivo mismo de esta Directiva, que consiste en hacer realidad el principio de igualdad de trato, admitir que ésta pueda aplicarse en función de la causa de la discapacidad. Efectivamente, a efectos de la Directiva 2000/78, el concepto de “discapacidad” no depende de en qué medida la persona haya podido o no contribuir a su propia discapacidad»*. De esta forma, *«la*

²⁵³ Sentencia del TJUE *Fag og Arbejde (FOA) contra Kommunernes Landsforening (KL)*, proceso n.º C-354/13, de 18 de diciembre de 2014.

obesidad como tal no puede considerarse “discapacidad”, dado que, por su propia naturaleza, no da lugar necesariamente a una limitación», pero «en el supuesto de que, en determinadas circunstancias, la obesidad del trabajador de que se trate acarrearía una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, pudiera impedir la participación plena y efectiva de dicha persona en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación fuera de larga duración, la obesidad podría estar incluida en el concepto de “discapacidad” a efectos de la Directiva 2000/78». Así pues, y aunque el derecho de la Unión no consagre «un principio general de no discriminación por razón de obesidad en el ámbito del empleo y la ocupación» debe entenderse que «la obesidad de un trabajador puede considerarse como “discapacidad” cuando acarree una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo, que, al interactuar con diversas barreras, pueda impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores. Corresponderá al tribunal nacional comprobar si en el asunto principal concurren dichos requisitos». Esta decisión abre la posibilidad de consolidación de una interpretación amplia del concepto de discapacidad, aclarando la jurisprudencia anterior y dejando de lado la ponderación de la responsabilidad y culpa individuales así como de las causas de la discapacidad a la hora de atribuir la debida tutela legal.

2.6 - No discriminación por razón de la nacionalidad

2.6.1 – Marco legislativo general

El principio de no discriminación por razón de la nacionalidad es una de las dimensiones de igualdad y no discriminación protegida desde el inicio en el derecho de la Unión. No obstante, ha sufrido mutaciones interesantes y muy relevantes en las últimas décadas, que acompañan desde cerca los avances y retrocesos del propio proceso de integración. De hecho, la no

discriminación por razón de la nacionalidad ha evolucionado de una simple exigencia de igual trato de los *trabajadores* de cualquier Estado miembro hacia un verdadero derecho de igualdad de los *ciudadanos* europeos dentro de la Unión. En realidad, esta es una materia en la cual la igualdad en el marco del mercado ha dado un impulso importante para el desarrollo de una idea más amplia de igualdad en el espacio jurídico y político europeo²⁵⁴.

Efectivamente, la no discriminación por razón de la nacionalidad ha sido esencial para asegurar, en las fases inicial e intermedia del proceso de integración, la consolidación y respeto por las reglas del mercado común y por las cuatro libertades fundamentales consagradas en los Tratados —libre circulación de capitales, bienes, servicios y trabajadores—. Prevista repetidas veces en los Tratados²⁵⁵, es uno de los derechos fundamentales imprescindibles para la construcción europea. Pero la evolución de un derecho de ámbito subjetivo restringido —perteneciente exclusivamente a los trabajadores— a un verdadero derecho de ciudadanía (ya que los nacionales de estados terceros siguen excluidos del ámbito de esta prohibición de discriminación y su condición, merecedora de una tesis autónoma, no será abordada en este trabajo) ha sido objeto de contestación y ha sufrido algún retroceso, a medida que deja de invocarse para fundamentar o exigir la titularidad de derechos económicos y pasa a esgrimirse para defender derechos de otros tipos. De hecho, las cuestiones más recientes de no discriminación por razón de la nacionalidad se sitúan en un plano de mayor relevancia política y están relacionadas con materias que siguen, en general, en el ámbito de competencia de los Estados miembros y no de la UE, como es el caso de la atribución de prestaciones sociales o del ejercicio de derechos cívicos y políticos. A este propósito, recordemos, a título de ejemplo, que las normas sobre fronteras del espacio Schengen, que hoy

²⁵⁴ Ver C. Nikolaidis, *The Right to Equality in European Human Rights Law*, Routledge, 2015.

²⁵⁵ Véanse, por ejemplo, los artículos 21, párrafo 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales y 18, 45 y 61 del TFUE.

forman parte integrante del derecho de la Unión Europea, se ven suspendidas cuando se realizan grandes eventos o reuniones de alto nivel que cuentan con el rechazo de la sociedad civil, y que llevan a que ciudadanos europeos vean recusada la entrada en un Estado miembro distinto del de su nacionalidad, donde pretendían manifestarse²⁵⁶. Así, emergen en esta materia obvias contradicciones sistémicas, resultantes de las tensiones entre no discriminación entre ciudadanos europeos y reserva de derechos para los ciudadanos *trabajadores* o, desde otra perspectiva, entre derechos fundamentales de los *buenos* ciudadanos dinámicos —que circulan entre distintos Estados miembros de la Unión en el ejercicio de sus libertades económicas— y los ciudadanos estáticos o *malos* dinámicos —que no circulan o lo hacen por otros motivos, entre los cuales la búsqueda de una mejor situación social y económica o el ejercicio de derechos fundamentales (como el derecho de reunión y manifestación, en el ejemplo ya mencionado)—.

En el marco del derecho derivado, numerosos instrumentos hacen referencia a la no discriminación por razón de la nacionalidad. Hay que señalar, en primer lugar, la Directiva 2004/38/CE²⁵⁷ sobre el derecho de libre circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias en el territorio de los Estados miembros. El artículo 24 de dicha Directiva afirma expresamente que todos los ciudadanos de la Unión que residan en el territorio de un Estado miembro de acogida benefician de igualdad de trato en relación con los nacionales de ese Estado miembro, en el ámbito de aplicación del Tratado, beneficio que

²⁵⁶ Véase la pregunta con pedido de respuesta escrita a la Comisión E-010232/2010, bajo el artículo 117 del Reglamento del Parlamento Europeo, de los Diputados Marisa Matias (GUE/NGL), Miguel Portas (GUE/NGL) y Rui Tavares (GUE/NGL), 9 de diciembre de 2010. Respuesta de Viviane Reding en nombre de la Comisión a la pregunta parlamentaria E-010232/2010, 23 de febrero de 2011.

²⁵⁷ Directiva 2004/38/CE del Parlamento y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

se extenderá a los familiares no nacionales de un Estado miembro, pero con derecho de residencia o título de residencia permanente.

Igualmente relevantes para el asunto aquí tratado son el Reglamento (CE) n.º 883/2004²⁵⁸ y el Reglamento (CE) n.º 987/2009²⁵⁹, que definen el cuadro legal de coordinación de los sistemas de seguridad social de la Unión. Hay que resaltar, sin embargo, que la determinación de las prestaciones sociales y de las respectivas condiciones de atribución sigue siendo hecha a nivel puramente nacional. Se incluyen en el ámbito subjetivo de estos diplomas legales todos los nacionales de un país de la UE que estén o hayan estado abarcados por la legislación de seguridad social de uno de esos países, así como los miembros de su familia y los nacionales de países terceros que residan legalmente en la Unión y cuya situación los conecte con varios Estados miembros. El principio de la igualdad de trato está consagrado en el artículo 4.

Merece aún mención el Reglamento (UE) n.º 492/2011²⁶⁰, relativo a la libre circulación de los trabajadores en la Unión. Esta normativa prohíbe la discriminación entre trabajadores nacionales y los provenientes de otro Estado miembro en lo que respecta a las condiciones de trabajo y empleo (despido, salario, reintegración en el mercado), beneficios sociales y fiscales, enseñanza y orientación profesional, afiliación a organizaciones sindicales y ejercicio de los derechos sindicales y laborales.

²⁵⁸ Reglamento (CE) n.º 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, modificado, por último, por el Reglamento (CE) n.º 988/2009, de 30 de octubre de 2009.

²⁵⁹ Reglamento (CE) n.º 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de Setiembre de 2009, que establece los modos de aplicación del Reglamento (CE) n.º 883/2004, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social.

²⁶⁰ Ver Reglamento (UE) n.º 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011 sobre la libre circulación de trabajadores de la Unión.

2.6.2 – Evolución Jurisprudencial

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre no discriminación por razón de la nacionalidad es extensa y ha caminado, durante décadas, mano a mano con la construcción de un proyecto de integración económica y con el establecimiento y protección de las libertades fundamentales, en particular la libertad de circulación de bienes, servicios y trabajadores. En este cuadro, los problemas han evolucionado de la protección de bienes y trabajadores a la protección de personas/ciudadanos.

El punto que señala el paso de la frontera entre economía y ciudadanía en este dominio es la sentencia *Martínez Sala*²⁶¹, considerada la primera decisión de manifiesta relevancia del TJ en materia de ciudadanía y que tiene como fundamento esencial la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad. Se trataba de un litigio que oponía una ciudadana de la Unión a las autoridades alemanas, debido a la recusa, por parte de estas, de atribuirle un subsidio para la educación de su hija, alegando que no poseía autorización de residencia válida (aunque, según resulta de los hechos narrados en la sentencia, esta fue una situación excepcional y temporal en el periodo total de residencia de la ciudadana Martínez Sala en Alemania). El Tribunal declaró que *«en su condición de nacional de un Estado miembro que reside legalmente en el territorio de otro Estado miembro, la demandante en el procedimiento principal está incluida en el ámbito de aplicación ratione personae de las disposiciones del Tratado consagradas a la ciudadanía europea. Ahora bien, el apartado 2 del artículo 8 del Tratado atribuye a la condición de ciudadano de la Unión los derechos y deberes previstos por el Tratado, entre ellos el de no sufrir discriminación por razón de la nacionalidad (...)*De ello se deduce que un ciudadano de la Unión Europea que, como la demandante en el procedimiento principal, reside legalmente en el territorio del Estado miembro de acogida puede invocar el artículo 6 del Tratado en todas las situaciones

²⁶¹ Sentencia de Tribunal de Justicia de la Unión Europea *Martínez Sala*, proc. C-85/96, de 12 de mayo de 1998.

comprendidas en el ámbito de aplicación ratione materiae del Derecho comunitario, incluida la situación en la que este Estado miembro retrasa o le deniega la concesión de una prestación que se concede a todas las personas que residen legalmente en el territorio de este Estado, basándose en que no dispone de un documento que no se exige a los nacionales de ese mismo Estado y cuya expedición puede ser retrasada o denegada por su Administración. Puesto que el trato desigual controvertido se sitúa, consiguientemente, en el ámbito de aplicación del Tratado, no puede considerarse justificado. En efecto, se trata de una discriminación ejercida directamente por razón de la nacionalidad de la demandante y, por otra parte, no se ha alegado ante el Tribunal de Justicia ningún elemento que justifique tal trato desigual».

A finales de la década de 1990, este tipo de planteamiento jurisprudencial pareció innovador y prometedor desde el punto de vista del refuerzo de los derechos de los ciudadanos. Dora Kostakopoulou²⁶² afirmó que, con esta decisión, el TJ “embarcó en una lectura constructivista de la ciudadanía de la Unión”, densificando el concepto y demostrando su capacidad de desarrollarlo aunque fuese contra los intereses de los Estados miembros. Así se confirmaría, en tesis, el potencial emancipador de las normas sobre ciudadanía europea introducidas por el Tratado de la Unión Europea, en 1992, transformando los solitarios ciudadanos del mercado en ciudadanos políticos, cívicos y solidarios²⁶³.

El TJ reafirmó su jurisprudencia, por ejemplo, en las sentencias *Grzelczyk*²⁶⁴ y *Baumbast*²⁶⁵ /²⁶⁶. En el primer dictamen, relativo a un estudiante

²⁶² KOSTAKOPOULOU, D. – “European Union Citizenship: Writing the Future”, in *European Law Journal*, Vol. 13, N.º 5, septiembre 2007.

²⁶³ MENÉNDEZ, A. J. – “Has European law become more human but less social?”, ARENA Working Paper, n.º 11, junio 2009.

²⁶⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea *Grzelczyk*, proc. C-184/99, de 20 de septiembre de 2001.

²⁶⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea *Baumbast*, proc. C-413/99, de 17 de septiembre de 2002.

²⁶⁶ Para un análisis más detallado de las sentencias mencionadas véanse CLOSA MONTERO, C. - “Martínez Sala and Baumbast: an institutionalist analysis”, in Poiars Maduro, M. y Azoulai, L. (eds), *The Past and Future of EU Law - The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Hart

francés residente en Bélgica, donde había trabajado y estudiado en los tres años anteriores, a quien le había sido retirada por las autoridades una prestación no contributiva de seguridad social, el Tribunal afirmó que el derecho de la Unión se oponía «a que se condicione la concesión de una prestación social de un régimen no contributivo, como el ingreso mínimo de subsistencia (...) a los nacionales de Estados miembros distintos del Estado miembro de acogida en cuyo territorio residen legalmente, a que estos últimos estén comprendidos dentro del ámbito de aplicación del Reglamento (CEE) n.º 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, cuando no se exige ningún requisito de este tipo a los nacionales del Estado miembro de acogida». Por otra parte, en la sentencia *Baumbast*, el TJ afirmó que los hijos de ciudadanos de la Unión tienen derecho a la residencia en territorio de la UE, aunque no estén reunidos los presupuestos estipulados en los instrumentos de derecho derivado, y también a la educación proporcionada por el Estado miembro de residencia, en virtud de la aplicación directa del artículo 18 del TFUE, cuyo valor de parámetro fundamental resulta particularmente manifiesto en estos casos.

Desde el punto de vista del principio general de igualdad, hay que señalar que estas sentencias fueron consideradas, en su época, como precursoras de la afirmación, por vía jurisprudencial, de un *derecho subjetivo general a la no discriminación*, fundado en el *status* de ciudadanía europea, que incluiría el acceso a las prestaciones y beneficios sociales. O sea, fue a partir de este momento cuando se empezó, en el plano de la construcción jurisprudencial del derecho constitucional europeo, a reconocer y afirmar el vínculo entre igualdad de oportunidades, entendida como valor fundamental, el principio jurídico de la igualdad en su dimensión de no discriminación y la garantía del ejercicio de los derechos que integran el

Publishing, 2009, y, de nuevo, MENÉNDEZ, A. J. – “Has European law become more human but less social?”, ARENA Working Paper, n.º 11, junio 2009.

patrimonio constitucional común europeo y el derecho constitucional europeo, en la acepción Häberliana del concepto. En el fondo, se puede afirmar que se intentaba establecer una conexión entre integración, residencia y solidaridad, según la cual los ciudadanos de la Unión podrían esperar recibir más derechos —en especial derechos de naturaleza social— asegurados por el Estado de acogida o residencia cuanto más duraderos y efectivos fuesen sus lazos con dicho país, independientemente del cumplimiento de requisitos previstos en instrumentos de derecho derivado de la UE o de derecho interno, cuando estos impliquen una discriminación por razón de la nacionalidad.

Este planteamiento se mantuvo en la sentencia *Bidar*²⁶⁷, en la cual el Tribunal de Justicia hizo una revisión de la jurisprudencia anterior, en materia de no discriminación, recordando lo siguiente: *«hay que recordar a este respecto que el principio de igualdad de trato prohíbe no sólo las discriminaciones manifiestas, basadas en la nacionalidad, sino también cualquier forma de discriminación encubierta que, aplicando otros criterios de diferenciación, conduzca de hecho al mismo resultado (véanse, en particular, las sentencias de 12 de febrero de 1974, Sotgiu, 152/73, Rec. p. 153, apartado 11; de 27 de noviembre de 1997, Meints, C-57/96, Rec. p. I-6689, apartado 44, y de 26 de junio de 2001, Comisión/Italia, C-212/99, Rec. p. I-4923, apartado 24). (...) Dicha diferencia de trato sólo podría estar justificada si se basara en consideraciones objetivas, independientes de la nacionalidad de las personas afectadas y proporcionadas al objetivo legítimamente perseguido por el Derecho nacional (véanse las sentencias, antes citadas, Bickel y Franz, apartado 27, D'Hoop, apartado 36, y García Avello, apartado 31). Con estos fundamentos, el TJ dio un paso más en la construcción de la ciudadanía social europea, reafirmando que «procede señalar que, aunque los Estados miembros deban dar muestras, a la hora de organizar y aplicar el sistema de asistencia social, de cierta solidaridad económica con los nacionales de otros Estados miembros (véase la sentencia Grzeleczyk, apartado 44), es*

²⁶⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea *Bidar*, proc. C-209/03, de 15 de marzo de 2005.

*lícito que todo Estado miembro vele por que la concesión de ayudas destinadas a sufragar los gastos de manutención de estudiantes procedentes de otros Estados miembros no se convierta en una carga excesiva que pueda tener consecuencias para el nivel global de la ayuda que puede conceder dicho Estado». A consecuencia de esta extraordinaria afirmación de un *deber de solidaridad* en relación con los ciudadanos europeos por parte de las autoridades de los Estados miembros, el Tribunal de Justicia decidió, en el caso concreto que «en este contexto, un Estado miembro no puede exigir, sin embargo, a los estudiantes de que se trate que demuestren la existencia de un vínculo con su mercado laboral. En efecto, dado que los conocimientos adquiridos por un estudiante durante sus estudios superiores por lo general no le destinan a un mercado geográfico laboral determinado, la situación de un estudiante que solicita una ayuda dirigida a sufragar sus gastos de manutención no es comparable a la del solicitante de un subsidio de espera que se concede a los jóvenes que buscan su primer empleo o de un subsidio de búsqueda de empleo».*

Otras sentencias han tratado el problema de la concesión de prestaciones sociales a ciudadanos en situación de necesidad, que constituye una gran preocupación de los gobiernos de los Estados. Sin embargo, hasta el inicio del siglo XXI el Tribunal de Justicia siguió defendiendo y complementando sus decisiones anteriores, continuando el camino de construcción de un *status* de ciudadanía europea con una importante dimensión de igualdad asociada. En la sentencia *Trojani*²⁶⁸, el TJ recordó que «el Estado miembro de acogida está plenamente facultado para considerar que un nacional de otro Estado miembro que ha recurrido a la asistencia social ya no cumple los requisitos a los que se halla sujeto su derecho de residencia. En tal supuesto, el Estado miembro de acogida podrá adoptar, respetando los límites impuestos por el Derecho comunitario, una medida de expulsión. Ahora bien, el hecho de que un ciudadano de la Unión recurra al sistema de asistencia social no puede implicar automáticamente la aplicación de una

²⁶⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea *Trojani*, proc. C-456/02, de 7 de septiembre de 2004.

medida de ese tipo». Es decir, el Tribunal parece que, en este caso, abre una puerta para la imposición de límites a la atribución de prestaciones sociales a no nacionales, pero restringe enseguida la posibilidad de expulsión de los ciudadanos europeos con base en el recurso al sistema de seguridad social, reafirmando que «*una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal, en la medida en que no concede la prestación de asistencia social a los ciudadanos de la Unión no nacionales del Estado miembro que residen legalmente en él aun cuando cumplan los requisitos exigidos a los nacionales de dicho Estado, constituye una discriminación por razón de la nacionalidad*», prohibida por el derecho de la Unión Europea. De esta forma, el TJ avanzaba paulatinamente hacia la construcción de un verdadero *espacio social transnacional* en el territorio de la UE, en el cual los ciudadanos podrían beneficiar, sin distinciones fundadas en la nacionalidad, de un estándar mínimo de derechos, en particular de derechos sociales.

La decisión fue, naturalmente, bastante polémica y se alegó que podía colocar en peligro la soberanía de los Estados miembros en materia de inmigración y prestaciones sociales. Analizando la cuestión desde otra perspectiva, también se alegó que, al querer tomar decisiones de tipo humanitario atendiendo a las difíciles circunstancias individuales de los ciudadanos implicados en cada situación concreta, el Tribunal de Justicia estaría, en realidad, minando el pacto social que origina y sustenta las prestaciones sociales en los espacios nacionales; de hecho, un pacto social implica una visión sistémica global que relacione los derechos sociales con la regulación del mercado laboral y los derechos de los trabajadores, que tenga en consideración el sistema fiscal y las especificidades económicas, sociales y culturales de cada comunidad estatal, lo que es muy difícil de llevar a cabo en el análisis jurisprudencial de un problema concreto. Menéndez²⁶⁹ afirma,

²⁶⁹ MENÉNDEZ, A. J. – “Has European law become more human but less social?”, ARENA Working Paper, n.º 11, junio 2009.

sobre este tema, que la jurisprudencia del TJ tiende a exacerbar el prejuicio del derecho de la Unión contra normas e instituciones legales de tipo solidario o distributivo. Según el autor, los parámetros constitucionales fundamentales de la Unión siguen siendo las cuatro libertades de circulación, a pesar del reconocimiento más reciente de la protección de los derechos fundamentales como elemento esencial del derecho constitucional europeo. Por esa razón, el Tribunal de Justicia suele encuadrar las cuestiones relevantes de acuerdo con la metodología normalmente utilizada para afirmar las libertades económicas, o sea, identificando los derechos subjetivos individuales en causa y construyendo la decisión como una ponderación centrada en la lógica formal y conmutativa de los derechos de tipo económico, ignorando la lógica de las prestaciones sociales, fundada en bienes y proyectos colectivos.

A pesar de las críticas, la posición del TJ se reforzó en la sentencia *Brey*²⁷⁰, en la cual recordó que *«el mero hecho de que un nacional de un Estado miembro disfrute de una prestación de asistencia social no basta para demostrar que represente una carga excesiva para el sistema de asistencia social del Estado miembro de acogida»* y advirtió que *«el margen de apreciación reconocido a los Estados miembros no puede utilizarse de manera que menoscabe el objetivo de la Directiva 2004/38, que es, en particular, facilitar y reforzar el ejercicio del derecho fundamental de los ciudadanos de la Unión de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, y su efecto útil»*.

¿Estaría, de esta forma, en marcha, la construcción, por vía jurisprudencial, de un verdadero *status* de ciudadanía social en el marco de la Unión Europea? Hasta ese momento, los menos críticos entendían que, de hecho, la jurisprudencia relatada ha contribuido a la expansión de la relevancia de la ciudadanía de la UE, promoviendo no solamente el

²⁷⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea *Brey*, proc. C-140/12, de 19 de septiembre de 2013.

movimiento transnacional de personas como el espacio social transnacional que inevitablemente ha de resultar de dicho movimiento. Si se hubiera continuado por este camino, varios autores²⁷¹ consideran que la Unión Europea podría haber avanzado hacia un estadio de desarrollo en el cual se establecieran niveles mínimos de solidaridad entre los ciudadanos de todo el territorio de la Unión. En ese espacio transnacional, verificado el vínculo fundamental de la residencia, los ciudadanos tendrían derecho a reivindicar las prestaciones sociales mínimas del Estado de acogida.

Pero el tiempo de expansión de la ciudadanía social con fundamento en el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad y en las normas mismas de la ciudadanía europea parece haber terminado; en el momento presente, nos encontramos en una situación de contracción de los derechos reconocidos a través de derecho de la UE, lo que está, además, en sintonía con el escenario de crisis económica, social y política que ha asolado el territorio europeo en los últimos años.

La reciente sentencia *Dano*²⁷² constituye un ejemplo expresivo del retroceso en relación con la anterior jurisprudencia del TJ. Estaba en causa un litigio entre E. Dano y su hijo Florin, de nacionalidad rumana, y las autoridades alemanas, que le habían denegado un pedido de atribución de una prestación social no contributiva del tipo de la renta mínima. Se comprobó que la señora Dano tenía una declaración de residencia de duración ilimitada, destinada a los ciudadanos de la Unión, y vivía que con su hijo en el apartamento de su hermana, que los mantenía. El caso parecía contener todos los celos y estereotipos que habitualmente se esgrimen en el debate sobre ciudadanía social e inmigración a nivel europeo: se demostró

²⁷¹ Ver D. SCHIEK, “Perspectives on social citizenship in the EU – from *status positivus* to *status socialis activus* via two forms of transnational solidarity”, *Cetls Online Paper Series*, V. 4, 2015, <http://www.qub.ie/schools/SchoolofLaw/Research/CentreforEuropeanandTransnationalLegalStudies/FileStore/Fileupload,501894,en.pdf>; LENAERTS, K. – “European Union citizenship, national welfare systems and social solidarity”, in *Jurisprudencija-Jurisprudence*, n.º 18 (2), 2011.

²⁷² Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea *Dano*, proc. C-333/13, de 11 de noviembre de 2014.

que E. Dano ya recibía del sistema de seguridad social alemán una prestación por tener un hijo a su cargo (*Kindergeld*), así como un adelanto sobre la pensión de alimentos del niño, cuyo padre no es conocido. La señora Dano tiene muy baja formación académica, no es capaz de escribir y solo lee y comprende de forma muy básica textos en alemán, aunque puede expresarse, con dificultades, en ese idioma. Tampoco tiene ningún tipo de formación profesional y no ha trabajado nunca, ni en Rumanía ni en Alemania, y, aunque se cuestiona su capacidad para trabajar, parece que nunca ha buscado un trabajo.

El TJ tomó, en el análisis del caso, la posición del Estado de acogida y no la del individuo, sujeto de derechos, como había sido habitual hasta este momento. De hecho, afirmó lo siguiente: *«la eventual existencia de una desigualdad de trato entre los ciudadanos de la Unión que han hecho uso de su libertad de circulación y de residencia y los nacionales del Estado miembro de acogida respecto de la concesión de las prestaciones sociales es una consecuencia inevitable de la Directiva 2004/38. En efecto, tal desigualdad potencial se basa en la relación que estableció el legislador de la Unión en el artículo 7 de dicha Directiva entre la exigencia de recursos suficientes como requisito de residencia, por un lado, y la preocupación por no crear una carga para la asistencia social de los Estados miembros, por otro. Por lo tanto, un Estado miembro debe tener la posibilidad, con arreglo al citado artículo 7, de denegar las prestaciones sociales a ciudadanos de la Unión que no ejerzan una actividad económica y ejercen su libertad de circulación con el único objetivo de poder disfrutar de la ayuda social de otro Estado miembro cuando no disponen de recursos suficientes para optar al derecho de residencia. Así pues, privar a un Estado miembro interesado de dicha posibilidad tendría como consecuencia (...) que personas que, a su llegada al territorio de otro Estado miembro, no disponen de recursos suficientes para subvenir a sus necesidades, dispondrían de ellos, automáticamente, mediante la concesión de una prestación especial en metálico no contributiva cuyo objeto es garantizar la subsistencia del beneficiario»*. De esta forma, queda claro que el Tribunal de Justicia ha limitado su planteamiento

anterior, de afirmación del principio de no discriminación por razón de nacionalidad en lo que respecta a un estándar mínimo de derechos sociales contra la pretensión de los Estados miembros de reserva de dichos derechos para sus propios nacionales. El escenario de crisis económica y de contestación de la universalidad de determinado tipo de prestaciones sociales dificulta, sin ninguna duda, los esfuerzos anteriores en el sentido del establecimiento de una ciudadanía social transnacional mínima, en el espacio de la Unión Europea, fundada en el principio de igualdad. El vínculo de residencia entendido como conexión suficiente para garantizar el acceso a prestaciones sociales básicas atribuidas por el ordenamiento estatal parece volver a dar lugar a la restricción de titularidad de derechos y prestaciones según la nacionalidad²⁷³.

Esta opción del TJ fue confirmada en la Sentencia *Alimanovic*²⁷⁴, relativa a un caso en el cual se contestaba la exclusión de ciudadanos de la UE con derecho de residencia en Alemania de las prestaciones de subsistencia para desempleados de larga duración, aseguradas a los ciudadanos nacionales en circunstancias idénticas. El Tribunal recordó su jurisprudencia anterior, según la cual “*los ciudadanos de la Unión que hayan conservado la condición de trabajadores con fundamento en el artículo 7, apartado 3, letra c), de la Directiva 2004/38 tienen derecho a prestaciones de asistencia social, como las discutidas, durante ese período de seis meses al menos*”, pero consideró que el Estado miembro de acogida puede denegar toda prestación de asistencia social a un ciudadano de la Unión que disfrute de un derecho de residencia

²⁷³ Véase D. SCHIEK, “Perspectives on social citizenship in the EU – from *status positivus* to *status socialis activus* via two forms of transnational solidarity”, *Cetls Online Paper Series*, V. 4, 2015, <http://www.qub.ie/schools/SchoolofLaw/Research/CentreforEuropeanandTransnationalLegalStudies/FileStore/Fileupload,501894,en.pdf>.

²⁷⁴ ²⁷⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea *Alimanovic*, proc. C-67/14, de 15 de septiembre de 2015.

exclusivamente fundado en el hecho de estar buscando empleo y de tener reales posibilidades de ser contratado.

Este nuevo rumbo jurisprudencial implica, pues, un retroceso en relación con una interpretación más amplia de los derechos de ciudadanía europea, promotora de un grado mínimo de cohesión social y garante de la igualdad de derechos sociales, siempre y cuando se verifique un cierto nivel de integración del ciudadano europeo en el Estado miembro de acogida. Al adoptar la perspectiva estatal en su planteamiento, el Tribunal de Justicia parece haber desistido, por lo menos por el momento, de la afirmación, por vía jurisprudencial, de un verdadero estatus de igualdad sustancial de todos los ciudadanos europeos, en un paso que parece integrarse en una tendencia, en el marco de la Unión, de reafirmación de los Estados, y no del espacio europeo y de las Instituciones europeas, como territorios y agentes de las decisiones políticas fundamentales.

3. - Conceptos fundamentales y densificación del principio de igualdad y no discriminación en el derecho de la Unión Europea

3.1 – Discriminación directa e indirecta; 3.2. Justificación de trato discriminatorio; 3.3 – Acoso; 3.4 – Mainstreaming; 3.5 – Interseccionalidad; 3.6 - Conclusiones parciales: el principio de igualdad en el derecho de la Unión Europea

Analizada la evolución jurisprudencial y las contribuciones del TJUE a la afirmación del principio de igualdad en el marco del derecho de la Unión Europea, cabe, ahora, procurar densificar ese principio desde el punto de vista dogmático, elaborando una construcción doctrinal a partir de las normas y de la jurisprudencia. De hecho, se ha avanzado mucho en la protección de los individuos contra la discriminación y los estereotipos a favor de la acomodación razonable de la diferencia, en una evolución significativa en el sentido de la igualdad material. Sin embargo, hay que afirmar con claridad que queda todavía mucho camino que recorrer. Así, la construcción dogmática posible en este momento no implica un compromiso general y efectivo con la implementación de la igualdad sustancial en el marco de la Unión. Pese a ello, el análisis de algunos de los conceptos fundamentales para la garantía efectiva de la igualdad y de la no discriminación demostrará que ya es posible extraer del derecho de la Unión Europea elementos de gran relevancia para la comprensión y densificación adecuada del principio de igualdad en el marco del derecho constitucional europeo.

3.1 – Discriminación directa e indirecta

La construcción legislativa y jurisprudencial de los conceptos de discriminación directa e indirecta, proceso en el cual el TJ ha asumido un

papel de enorme importancia, es una de las grandes contribuciones del derecho de la Unión Europea al patrimonio constitucional común europeo. Efectivamente, estos conceptos desempeñan un papel fundamental en la eficacia real del principio de la igualdad de oportunidades.

Puede decirse que el elemento esencial de la distinción entre las dos categorías de discriminación reside en el carácter más o menos evidente, más o menos visible, de la discriminación. Así pues, la discriminación directa consiste en el hecho de que una determinada medida de diferencia se base, de manera directa y no justificada, en un criterio prohibido por el orden jurídico. Se trata de una discriminación notoria, manifiesta. En la definición más común en términos legislativos y jurisprudenciales, se dice que existe discriminación directa solamente cuando, por razón de una característica prohibida, una persona esté sujeta a trato menos favorable que el que es reservado a otra persona en situación equivalente. Encontramos ejemplos de discriminación directa en situaciones como las analizadas por el Tribunal de Justicia en las sentencias *Feryn*²⁷⁵, *Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL*²⁷⁶ y *Pensionsversicherungsanstalt contra Christine Kleist*²⁷⁷.

En cambio, la discriminación indirecta se refiere a medidas que, en el plano estrictamente formal, son indistintamente aplicables en lo que respecta a los criterios de distinción prohibidos por el ordenamiento jurídico, pero que en el plano práctico y material tienen un efecto idéntico al de las discriminaciones directas. Hay, así, discriminación indirecta siempre que determinada medida o normativa, con base en criterios aparentemente neutrales, se revela en concreto susceptible de colocar en situación de desventaja a un determinado grupo de ciudadanos protegido por la

²⁷⁵ Véase la sentencia del TJUE *Feryn*, proceso C-54/07, de 10 de julio de 2008

²⁷⁶ Véase la sentencia del TJUE *Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL*²⁷⁶, proc. C-236/09, de 1 de marzo de 2011.

²⁷⁷ Véase la sentencia del TJUE *Pensionsversicherungsanstalt contra Christine Kleist*, proc. C-356/09, de 18 de noviembre de 2010.

prohibición de discriminación. De este modo, configuran situaciones de discriminación indirecta la utilización de criterios diferenciadores cuyos efectos sean equivalentes a los que resultarían de la aplicación de criterios jurídicamente inválidos, así como el establecimiento de una distinción puramente formal de casos diferentes, a los cuales se aplica en la práctica trato idéntico.

A propósito de las cuestiones de discriminación indirecta —más comunes, pero cuya identificación y fundamentación resulta más exigente que la de los casos de discriminación directa— el derecho de la Unión, por acción del TJ, ha proporcionado varios criterios metodológicos indispensables. Desde un primer momento, el Tribunal de Justicia ha defendido que la existencia o no de discriminación en una situación concreta debe ser tratada como una cuestión de hecho; este planteamiento tiene varias implicaciones bastante relevantes. Por un lado, la consideración no solamente de los efectos que la desigualdad de trato puede causar en un individuo en particular, sino también del impacto causado en los ciudadanos como miembros de un determinado grupo social. Así pues, y pese a las dificultades metodológicas de esta evaluación, la consideración de la discriminación indirecta como dimensión de la no discriminación se revela como una importante forma de tutela de las minorías, en sociedades plurales, permitiendo identificar y conservar identidades de grupo.

Por otro lado, en lo que respecta a las etapas del proceso probatorio en casos de discriminación, el TJ ha advertido repetidamente sobre la necesidad de llevar en consideración los datos estadísticos (en las comparaciones a que procede, el Tribunal suele aludir al porcentaje de individuos de cada grupo relevante afectados por una determinada medida), así como sobre la importancia de prestar atención a la dimensión sociológica de los problemas (el TJ trata habitualmente las cuestiones individuales a partir de un examen de la situación del grupo a que pertenece el ciudadano afectado) y a la

elaboración de listas de justificaciones consideradas objetivamente legítimas o ilegítimas para no aplicar la prohibición de discriminación.

Encontramos buenos ejemplos de situaciones de discriminación indirecta en las sentencias *Seymour-Smith and Perez*²⁷⁸ y *Allonby*²⁷⁹. En la primera, tratándose de un caso típico de discriminación laboral por razón del género, el Tribunal de Justicia concluyó, en una aplicación ejemplar de los criterios mencionados, que *«para determinar si una medida adoptada por un Estado miembro afecta de modo diferente a hombres y mujeres hasta tal punto de equivaler a una discriminación indirecta en el sentido del artículo 119 del Tratado, el Juez nacional debe comprobar si los datos estadísticos disponibles muestran que un porcentaje considerablemente menor de trabajadores femeninos que de trabajadores masculinos reúnen el requisito impuesto por dicha medida. Si concurre esta circunstancia, existe discriminación indirecta basada en el sexo, a menos que dicha medida esté justificada por factores objetivos y ajenos a toda discriminación por razón de sexo»*.

3.2. Justificación de trato discriminatorio

La problemática de la justificación legal de trato discriminatorio también ha sido desarrollada en el marco del derecho de la Unión Europea, esencialmente en lo que respecta a las discriminaciones indirectas. La justificación de las discriminaciones directas es, en principio, más difícil o incluso imposible de obtener, excepto cuando están legalmente previstas derogaciones expresas a un determinado criterio prohibido de distinción, que deberán ser adecuadamente fundamentadas.

En cuanto a las discriminaciones indirectas, muchas de las normas que en la práctica implican una distinción odiosa no tendrán, de hecho, una intención discriminatoria, precisamente porque no tienen por base criterios de diferenciación prohibidos y podrán incluso configurar la mejor solución

²⁷⁸ Véase la sentencia del TJUE *Seymour-Smith and Perez*, proc. C-167/97, de 9 de febrero de 1999.

²⁷⁹ Véase la sentencia del TJUE *Allonby*, proc. C-256/01, de 13 de enero de 2004.

posible para alcanzar determinada finalidad constitucionalmente deseable. Además, y al contrario de lo que sucede con las discriminaciones directas, en este caso hay que llevar en consideración el necesario margen de libertad del legislador en la ordenación social.

La jurisprudencia del TJ buscó definir y enumerar criterios que permitan determinar si cierta conducta o medida discriminatoria puede ser objetivamente justificada. Se sugiere incluso un test para las soluciones normativas cuya legitimidad sea cuestionada. Así pues, deberán corresponder a (1) una necesidad real, (2) ser apropiadas a la consecución de determinado objetivo e (3) indispensables para alcanzar ese propósito. Corresponde este test, en el fondo, a la comprensión amplia que en el derecho constitucional nacional se suele hacer del principio de proporcionalidad (incluyendo las dimensiones de necesidad, adecuación y proporcionalidad en sentido estricto). Teniendo en mente la gravedad de las consecuencias de las discriminaciones prohibidas y el deber constitucional de protección que tienen los Estados en esta materia ante los ciudadanos, hubo, durante décadas, demandas sucesivas de imponer mayor rigor a las exigencias de justificación de las medidas discriminatorias en el marco del derecho de la UE, proponiéndose una inversión de la carga de la prueba según la cual pasaría a caer a los poderes públicos (o a la entidad interesada en la manutención de la medida) la demostración de que esta corresponde al medio menos gravoso posible para alcanzar determinado objetivo y de que no existen medios alternativos no discriminatorios que permitan alcanzarlos. Esto mismo se consagró después en los instrumentos jurídicos europeos, en particular en las directivas adoptadas a consecuencia de la atribución institucional de competencias resultante del Tratado de Ámsterdam en materia de no discriminación, y fue también ampliamente reconocido en la jurisprudencia del TJ.

3.3 – Acoso

El concepto de acoso surgió en el contexto del derecho de la Unión por primera vez a propósito de la igualdad entre hombres y mujeres en el mercado laboral²⁸⁰. No obstante, solo fue incluido en Directivas sobre no discriminación con la aprobación de la Directiva de la Raza (2000/43/CE) y de la Directiva Marco (2000/78/CE), en las cuales se establece que es una forma de discriminación prohibida por el derecho de la UE. Posteriormente, la Directiva entonces en vigor sobre no discriminación por razón del género fue modificada con el objetivo de incluir el acoso, que fue definido como «la situación en que se produce un comportamiento no deseado relacionado con el sexo de una persona con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo»; a su vez, el acoso sexual se definió como «la situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo».

La inclusión de las situaciones de acoso en el ámbito de protección del derecho comunitario y el hecho de incluirlo en el concepto mismo de no discriminación representa un paso importante en la densificación del principio de igualdad en el plano del derecho constitucional de la Unión Europea. Efectivamente, hay que señalar que el acoso no es tanto una cuestión de garantizar trato igual o de prevenir un tratamiento diferenciado de las personas con fundamento en el género, raza u otra característica prohibida, sino de proteger potenciales víctimas contra un trato ofensivo,

²⁸⁰ Véase la Recomendación de la Comisión n.º 92/131/CEE, de 27 de noviembre de 1991, relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, que recomienda a los Estados miembros que adopten las medidas necesarias para fomentar la conciencia de que la conducta de naturaleza sexual u otros comportamientos basados en el sexo que afectan a la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, incluyendo la conducta de superiores y compañeros, resulta inaceptable y en la cual consta, como anexo, un Código de conducta sobre las medidas para combatir el acoso sexual.

intimidatorio o degradante que perjudique de tal forma la dignidad que interfiera con la capacidad de la persona de interrelacionarse con su entorno²⁸¹. Así pues, la cuestión de la comparación, siempre presente en la aplicación del principio de igualdad queda, claramente, en segundo plano y se erige una verdadera protección contra el trato humillante, que impone, en el fondo, un nivel mínimo de respeto mutuo en las relaciones interpersonales.

Como antes se observó a propósito del caso *Coleman*, el TJ ha equiparado ya plenamente el acoso a la discriminación directa, en relación con las condiciones de aplicación e interpretación del derecho de la Unión. Además, queda también claro en dicha sentencia que los motivos de discriminación prohibidos actúan más allá del ámbito personal de los afectados directos, pudiendo existir discriminación por asociación con un portador de una de las características ‘sospechosas’ consagradas en las directivas. Esto refuerza una concepción de la normas de igualdad y no discriminación no sólo como ‘normas de trato igual o equivalente’, sino también como ‘estándar mínimo’ de respeto y reconocimiento de los grupos de personas definidos por determinada característica.

3.4 - *Mainstreaming*

El concepto de *mainstreaming*, frecuentemente mencionado en la doctrina especializada, consiste en la movilización de todas las áreas del derecho y de distintas políticas públicas, en el marco de la Unión, para combatir la discriminación y promover la igualdad. Se trata, en el fondo, de un tratamiento sistémico, integrado y global de una determinada cuestión de igualdad que, por su amplitud, incluye tanto mecanismos de *hard law* como de *soft law*. O sea, a través del *mainstreaming* se promueve la adopción de una

²⁸¹ En este sentido, véase NIKOLAIDIS, C. - *The Right to Equality in European Human Rights Law*, Routledge, 2015.

perspectiva específica de derechos de igualdad, que debe reflejarse en todas las políticas y medidas adoptadas por la UE. Es un concepto muy común en la literatura especializada, no solamente en el marco del derecho de la Unión Europea, sino también en lo que respecta a los derechos humanos en general en el marco del derecho internacional²⁸².

Utilizado en numerosos instrumentos e informes sobre no discriminación en la Unión, con especial atención a las cuestiones de igualdad de género, la idea de *mainstreaming* es también frecuentemente acusada de indeterminación conceptual y de un alto riesgo de instrumentalización, concretamente de las organizaciones de la sociedad civil que se ocupan de cuestiones específicas de igualdad²⁸³.

Así pues, es importante que el mensaje fundamental que emane del concepto de *mainstreaming* sea, en el marco del derecho de la Unión Europea, un apelo claro a la no discriminación que integre, al mismo tiempo, el respeto por la diversidad, acomodando el frágil equilibrio entre valores y derechos potencialmente en conflicto en el contexto de la Unión, pero sin abdicar de promover la igualdad de oportunidades en todo el ámbito de actuación de la UE. Podemos encontrar un ejemplo claro de este planteamiento en el Informe del Parlamento Europeo sobre la estrategia de la UE para la igualdad entre mujeres y hombres después de 2015²⁸⁴, en el cual se *«lamenta una vez más que la Estrategia Europa 2020 no haya incluido de forma satisfactoria la perspectiva de género, por lo que pide a la Comisión y el Consejo que velen por que la igualdad de género se integre en la totalidad de los programas,*

²⁸² Véase KOSKENNIEMI, M. - "Human Rights Mainstreaming as a Strategy for Institutional Power", *Humanity: An International Journal of Human Rights, Humanitarianism, and Development*, vol. 1, n.º 1, 2010, y MCCRUDDEN, C. - "Mainstreaming and Human Rights," in *Human Rights in the Community: Rights as Agents for Change*, Colin Harvey (ed.), Hart, 2005.

²⁸³ Véase, en este sentido, KOSKENNIEMI, M. - "Human Rights Mainstreaming as a Strategy for Institutional Power", *cit.*, y SHAW, J. - *Mainstreaming Equality in European Union Law And Policymaking* – European Network Against Racism, 2004.

²⁸⁴ Informe del Parlamento Europeo sobre la estrategia de la UE para la igualdad entre mujeres y hombres después de 2015, (2014/2152(INI)), de 13 de mayo de 2015, disponible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A8-2015-0163+0+DOC+PDF+V0//ES>.

acciones e iniciativas emprendidas en el marco de dicha estrategia, y que introduzcan en la estrategia un pilar específico para la igualdad entre mujeres y hombres, analicen los objetivos de la futura estrategia como un aspecto del Semestre Europeo e introduzcan la perspectiva de género en las recomendaciones específicas por país y en el Estudio Prospectivo Anual sobre el Crecimiento», y se recomienda a la Comisión, entre otras cosas, que proponga medidas concretas para promover la representación paritaria de mujeres y hombres en puestos directivos y que apoye al Consejo en las negociaciones para la adopción de la directiva relativa a una representación equilibrada de hombres y mujeres en los consejos de administración de las empresas; por último, se pide también al Consejo que alcance cuanto antes una posición común sobre esta propuesta de directiva.

Estos ejemplos confirman la estrategia de *mainstreaming* más frecuente en la Unión Europea, que consiste en la adopción de legislación comunitaria para proteger derechos individuales al mismo tiempo que se insta a los Estados y las Instituciones a desarrollar políticas y medidas de acción positiva que tienen por objeto derechos colectivos de ciertos grupos. Los métodos más típicos para alcanzar el objetivo primordial del *mainstreaming* incluyen la participación de la sociedad civil y organizaciones no gubernamentales en la elaboración y evaluación de normas y políticas de igualdad, así como la inclusión de expertos en cuestiones de igualdad en la Administración Pública, que toman parte en el diseño e implementación de diversas medidas²⁸⁵.

Esta técnica prevista, como se señaló, en el encuadramiento constitucional del principio de igualdad y no discriminación en la UE, concretamente en los artículos 8 y 10 del TFUE, está especialmente desarrollada en las cuestiones de género. En esta materia, la legislación

²⁸⁵ SHAW, J. - *Mainstreaming Equality In European Union Law And Policymaking* – European Network Against Racism, *cit.*

europea exige, en ocasiones, la creación de órganos para la promoción y seguimiento de problemas de igualdad de género (como muestra el artículo 20 de la Directiva 2006/54/CEE²⁸⁶) y la Comisión Europea produce un número notable de informes e instrucciones destinadas a los distintos organismos europeos responsables de políticas públicas con potencial impacto en materia de género, como es el caso de las políticas de empleo y de las políticas sociales.

3.5 - Interseccionalidad

El debate sobre interseccionalidad nace de la percepción de la interconexión entre las diversas causas de discriminación. La idea de interseccionalidad permite integrar el debate sobre las múltiples causas de desigualdad, superando las exigencias de identidad y reconocimiento resultantes de cada característica individual —el género, la raza, la edad o la orientación sexual— y llamando la atención sobre la interrelación entre cada una de ellas y sobre la complejidad de los problemas resultantes de la yuxtaposición de desigualdades o discriminaciones múltiples.

En el fondo, este es un debate sobre la intersección de distintos motivos de discriminación y sus efectos²⁸⁷: se trata de comprender, por ejemplo, de qué forma la raza, la orientación sexual o la clase social pueden ampliar o agravar tratos discriminatorios originalmente fundados en el género. Se trata también de trasladar la cuestión al dominio de las políticas públicas, ya que frecuentemente las estrategias y normas adoptadas para combatir un determinado tipo de discriminación no tienen efectos neutros en relación

²⁸⁶ Véase la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, cuyo artículo 20 prevé lo siguiente: «Cada Estado miembro designará uno o más organismos responsables de la promoción, el análisis, el seguimiento y el apoyo de la igualdad de trato entre todas las personas, sin discriminación por razón de sexo, y adoptará en este sentido las disposiciones necesarias. Dichos organismos podrán formar parte de los órganos responsables a nivel nacional de la defensa de los derechos humanos o de la salvaguardia de los derechos individuales».

²⁸⁷ Véase M. VERLOO, “Multiple Inequalities, Intersectionality and the European Union”. *European Journal of Women’s Studies*, SAGE Publications, 2006, 13 (3).

con los demás. De hecho, los problemas de discriminación de género, por ejemplo, pueden ser ampliados (y lo son, numerosas veces) por discriminaciones por razón de la raza, religión o edad.

La referencia a la interseccionalidad busca, así, captar la complejidad que se deriva de la yuxtaposición de discriminaciones distintas. Se hace, de esta manera, un esfuerzo para comprender las consecuencias desfavorables o humillantes que la pertenencia a varios grupos objetos de discriminación puede implicar para el libre desarrollo de la personalidad de una persona o para su integración en diferentes esferas de la vida social (en las cuales asume importancia decisiva el mercado laboral).

Siendo este tipo de situaciones menos comunes que las ‘discriminaciones simples’ y asumiendo cada una de ellas características únicas, su tratamiento legislativo y jurisprudencial es más difícil. Hay que recordar que, en el marco del derecho de la Unión Europea, cada motivo de discriminación prohibida tiene un ámbito de aplicación propio, más o menos amplio (extenso, en el caso de la raza y género, más limitado en lo que respecta a la edad u orientación sexual). Esto puede causar problemas, concretamente en casos bajo tutela judicial, en situaciones como la de las mujeres musulmanas que ven denegado el derecho al uso del velo como símbolo religioso en el espacio público. Sería, pues, deseable una tendencia que armonizase los ámbitos de aplicación del (los) derecho(s) de igualdad y no discriminación en la Unión Europea, a través de la extensión de aplicación de los que presentan ahora mismo una finalidad más restrictiva.

Asimismo, la necesidad de categorizar, por vía interpretativa, cada situación de discriminación tiende a reducir la percepción y consideración de razones de trato desfavorable que no están encuadradas en las normas movilizadas en determinado caso²⁸⁸. Sin embargo, las cuestiones de interseccionalidad reciben ya la debida atención en algunas directivas que

²⁸⁸ Véase D. SCHIEK y V. CHEGE, *European Union Non-Discrimination Law*, Cavendish Publishing, 2009.

regulan problemas de igualdad, como la Directiva 2000/78/CE o de la Directiva 2000/43/CE. En el considerando 14 de esta última se establece que *«en la aplicación del principio de igualdad de trato con independencia del origen racial o étnico, la Comunidad, en virtud del apartado 2 del artículo 3 del Tratado CE, debe proponerse la eliminación de las desigualdades y fomentar la igualdad entre hombres y mujeres, máxime considerando que, a menudo, las mujeres son víctimas de discriminaciones múltiples»*.

3.6 - Conclusiones parciales: el principio de igualdad en el derecho de la Unión Europea

El Abogado General Miguel Poiares Maduro, en la opinión emitida a propósito de la sentencia *Coleman*²⁸⁹, define varios principios básicos para comprender y densificar el principio de igualdad en el marco del derecho de la Unión Europea: *«A efectos de determinar qué igualdad se requiere en cada caso concreto, es útil recordar los valores que subyacen a la igualdad, valores que no son otros que la dignidad humana y la autonomía personal.*

En su dimensión más elemental, la dignidad humana implica reconocer a cada individuo el mismo valor. La vida de cada uno es valiosa por el mero hecho de ser humana, y ninguna vida es más valiosa o menos valiosa que cualquier otra. Tal como recientemente ha recordado Ronald Dworkin, por más que existan entre nosotros profundas divergencias sobre las cuestiones de moralidad política, la estructura de las instituciones políticas y el funcionamiento de nuestros Estados democráticos, seguimos compartiendo, pese a todo, el valor que atribuimos a este principio fundamental. Por consiguiente, los individuos y las instituciones políticas no deben actuar de tal modo que se menoscabe la importancia intrínseca de cada vida humana. Un valor también relevante, aunque distinto, es la autonomía personal. Supone que los individuos deben ser capaces de planear y dirigir el curso de su vida a través de una sucesión de elecciones entre diferentes

²⁸⁹ Véanse las Conclusiones del Abogado General, Sr. M. Poiares Maduro, en el caso *Coleman*, proc. C-303/06, de 31 de enero de 2008.

opciones válidas. El ejercicio de la autonomía presupone que la gente pueda elegir entre un abanico de opciones válidas. Cuando actuamos como agentes autónomos, tomando decisiones sobre el modo en que queremos que se desarrolle nuestra vida, se concreta nuestra integridad personal, sentido de la dignidad y autorrespeto».

Este es un punto de partida importante para una densificación del principio de igualdad según el Derecho Constitucional Europeo. Efectivamente, es indispensable intentar unificar las distintas tendencias que se enfrentan en lo que respecta a la búsqueda de sentido y sustancia del principio, construyendo una concepción general que las reconozca y unifique en la medida de lo posible. Durante mucho tiempo, doctrina y jurisprudencia han oscilado entre la repetición de viejas fórmulas de igualdad y los pequeños pasos en la construcción de un verdadero concepto sustancial de igualdad. En este momento del trabajo, es posible constatar ya dos ideas fuerza, que emanan del patrimonio constitucional europeo, y que tienen un papel fundamental en la atribución de un sentido concreto al principio de igualdad.

a) – El principio de igualdad comprende una idea de inclusión social y participación, así como de autonomía personal

Esta es una de las principales conclusiones que pueden sacarse de un análisis cuidado de la doctrina y jurisprudencia europeas. El principio de igualdad conlleva una obligación de trato igual y de respeto idéntico por parte de los poderes públicos en relación con todos los ciudadanos. Así, *el derecho subjetivo a ser tratado como igual* (para volver a la terminología de Dworkin), que deriva de las normas constitucionales de igualdad, es expresión de la protección legal contra los prejuicios, estereotipos y fallos en el reconocimiento de características o necesidades especiales. Esta protección se impone tanto a las autoridades públicas como a entidades privadas; véase, a este respecto, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en

el caso *Test-Achats*²⁹⁰, en el cual se señala que la consecución de la igualdad entre hombres y mujeres impide la utilización del sexo como fundamento de distinciones, aunque cuando, como parece suceder en la situación concreta que allí se analiza, datos estadísticos o científicos podrían apoyar la existencia de una diferencia efectiva, justificadora de la solución normativa cuestionada.

Así, la evolución del derecho de la Unión ha ido, claramente, en el sentido de una *igualdad sustancial*, con exigencias mucho más significativas que las que se derivan de la libertad formal, en el marco del mercado único. La concepción de igualdad que ha sido construida a lo largo de las últimas décadas por la doctrina y la jurisprudencia tiene por objetivo, a pesar de muchas oscilaciones, el libre desarrollo de la personalidad y el asegurar a todos una efectiva igualdad de oportunidades, lo que conduce, como veremos enseguida, a la emergencia de deberes jurídicos de combate a las desigualdades de base y de eliminación de obstáculos para que cada uno pueda utilizar sus capacidades y participar en la vida social de acuerdo con sus propias visiones del mundo y planes de vida.

Pero, además de posibilitar la integración en la sociedad, el principio de igualdad protege también contra las concepciones sociales dominantes, creando un espacio de libertad y autonomía individual. En este sentido, a partir del principio de la igualdad se afirma, en el orden jurídico de la UE, un verdadero *derecho subjetivo a la igualdad*²⁹¹ —de una concepción de igualdad como instrumento de integración económica se ha llegado a la defensa de la igualdad como derecho fundamental—. De hecho, el Tribunal de Justicia, que podría haberse centrado únicamente en la dimensión de no-discriminación, ha repetido en diversas ocasiones que cada categoría que integra el conjunto de motivos “sospechosos” de distinción es una mera

²⁹⁰ Sentencia del TJUE *Test-Achats*, proc. C-236/09, de 1 de marzo de 2011.

²⁹¹ De la misma opinión es CHARILAOS, N. – *The Right to Equality in European Human Rights Law – The quest for substance in the Jurisprudence of the European Courts*, Routledge, 2015.

dimensión del principio general de igualdad, que constituye uno de los objetivos y aspiraciones de la Unión.

De esta forma, en la calidad de derecho fundamental, la igualdad protege fundamentalmente individuos en situación de desventaja, por razón de su pertenencia a determinada categoría, con relevancia en el plano social, cultural, político o económico, siendo posible, como hemos visto, la intersección, en la esfera de una misma persona, de varias de estas características potencialmente problemáticas, así como de consecuencias desfavorables en varios ámbitos de la vida social. El derecho a la igualdad debería, así, impedir la traducción normativa de prejuicios o estereotipos dominantes, como los que afectan a las mujeres, a las minorías étnicas y de orientación sexual o a los ciudadanos discapacitados.

Por esta razón, el principio exige al intérprete y aplicador de la norma un planteamiento atento, en especial cuando en su ámbito subjetivo exista un número significativo de personas pertenecientes a una categoría de *sujetos débiles*, que no corresponda al ciudadano-modelo idealizado por el legislador, y /o que sea minoritaria en determinada sociedad. El objetivo fundamental es que las características tradicionalmente “problemáticas” de cada uno (sexo, raza, etnia, religión, capacidades) sean, en gran medida, irrelevantes en el marco de las relaciones jurídicas y que las normativas adoptadas en distintos campos no transpongan para ese plano las concepciones de origen cultural y socio-económico que, durante siglos, han fundamentado tratos discriminatorios.

El orden jurídico europeo es más abierto a esta idea de protección contra trato distinto e injustificado que en relación con políticas de promoción activa de la igualdad basadas en mecanismos de acción positiva o discriminación inversa, como es el caso de las cuotas para participación de las mujeres en varios dominios de la vida social. Efectivamente, el derecho constitucional de la Unión se refiere expresamente a la igualdad de

oportunidades, y no de resultados. Pero a este respecto, y en particular en lo que se refiere a las cuestiones de género, hemos asistido a una interesante evolución, existiendo hoy una mayor aceptación de medidas que puedan no solamente impedir que cierto grupo de ciudadanos sea apartado, de hecho o a través del derecho, de determinado ámbito de la vida común, sino también que puedan promover la participación de esos ciudadanos, *como iguales y en condiciones de paridad*, en actividades de las cuales se encuentran en la práctica (casi) excluidos por razones múltiples y, muchas veces, complejas.

La protección de la dignidad y autonomía personales a través del derecho a la igualdad permite, incluso, la movilización del principio en casos en los cuales no existe una víctima concreta identificable de trato discriminatorio, como se verificó en la sentencia del TJ en el caso *Feryn*. Este es un caso ejemplar de combate a los estereotipos culturales asociados a determinada característica personal, en un plano general, que va más allá de la esfera jurídica de un solo ciudadano.

De esta forma, hasta en esta dimensión más defensiva del principio de igualdad se nota una evolución paulatina, lejos de ser aún unánime o estar completa, pero de todas maneras relevante, en el sentido de la atribución de sustancia y consecuencias prácticas a la idea de igualdad consagrada en el derecho constitucional europeo²⁹². Así pues, el régimen jurídico-constitucional de igualdad tiene hoy una vertiente de derechos fundamentales muy significativa, aunque en el plano del derecho derivado la fragmentación sea todavía un problema real. El progreso más significativo en lo que respecta a la relación entre igualdad, derechos sociales y crisis económica es, en cambio, más notable en la dimensión que se referirá a continuación.

²⁹² De nuevo, CHARILAOS, N. – *The Right to Equality in European Human Rights Law – The quest for substance in the Jurisprudence of the European Courts*, Routledge, 2015.

b) – El principio de igualdad obliga a la remoción de los obstáculos físicos, jurídicos y socio-económicos para asegurar una participación libre e igual en la vida de la comunidad.

Esta dimensión del principio tiene, en primer lugar, una traducción práctica en la obligación de *ajuste razonable*, expresamente consagrada en algunas normas de derecho derivado de la Unión y reafirmada múltiples veces por el Tribunal de Justicia. Son ejemplos de esta obligación de acomodación razonable varias normas y decisiones judiciales, entre las cuales se pueden destacar las que prohíben la discriminación de las mujeres debido al embarazo o maternidad, las normas que regulan los derechos de madres y padres, las que establecen diversos permisos de ausencia del trabajo para asistencia a la familia, así como las normas, más recientes, que instituyen una obligación de adaptación de los locales y condiciones de trabajo a las necesidades específicas de los trabajadores con algún tipo de discapacidad²⁹³.

Además, y en consonancia también con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, esta obligación de acomodación surge íntimamente relacionada con el concepto de discriminación indirecta. De hecho, hay una serie de obligaciones sustantivas de alteración del marco jurídico o de determinada situación material que tienen por objetivo asegurar que las diferencias relevantes desde el punto de vista jurídico-constitucional son llevadas en consideración en el trato de ciertas categorías de ciudadanos a fin de evitar, precisamente, situaciones de discriminación indirecta. En el fondo, aquí se proyecta la vieja fórmula de dar “trato diferente a lo que es diferente”, que establece para los intérpretes y aplicadores de las normas un deber de especial atención a las consecuencias de cada solución jurídica concreta para distintos universos subjetivos.

²⁹³ En este sentido, véase CHARILAOS, N. – *The Right to Equality in European Human Rights Law – The quest for substance in the Jurisprudence of the European Courts*, Routledge, 2015.

Son de señalar, en este sentido, las conclusiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Thlimmenos v. Greece*²⁹⁴, en el cual este Tribunal afirmó que los Estados tienen la obligación de tratar de manera distinta a personas en situaciones significativamente diferentes, y que el trato idéntico de dichas situaciones necesita una justificación objetiva y razonable. Así, todas las medidas aparentemente neutrales deben ser sometidas a un escrutinio más intenso, desde el punto de vista de la igualdad, siempre que se presenten indicios de que el trato igualitario implica consecuencias desfavorables (o irrazonables) para un determinado conjunto de sujetos, por razón de su condición o características específicas.

Este deber de intensificación del escrutinio y de declaración de no conformidad de la norma con el derecho constitucional europeo no depende, además, de la *intención* concreta y eventualmente comprobable del legislador. El objetivo inicial de las normas —siempre y cuando sea legítimo en el plano político-constitucional— tendrá que ser tomado en consideración para decidir sobre la existencia de una justificación razonable que pueda fundamentar su manutención, a pesar de las consecuencias desfavorables en la esfera jurídica de ciertos grupos de ciudadanos, pero no salvaguarda, *a priori*, su constitucionalidad.

De la combinación de la jurisprudencia y doctrina sobre la materia, especialmente del marco definido por el derecho de la Unión Europea y de las aportaciones del TEDH, en el cuadro de la Convención Europea de Derechos Humanos, resulta, así, un deber general de acomodación que debe ser entendido en un sentido más amplio que el de las normas que hacen referencias específicas a esa obligación, en particular en el campo de la prohibición de discriminación por razón de discapacidad. De esta forma, puede defenderse justificadamente que este deber general de acomodación implica la remoción de los obstáculos físicos, jurídicos y socio-económicos a

²⁹⁴ Sentencia del TEDH *Thlimmenos V. Greece*, de 6 de abril de 2000.

una participación libre e igual en la vida de la comunidad: implica, pues, *la reducción y remoción de las desigualdades de hecho*, en los distintos dominios de la vida social (económico, político, social, cultural).

Así pues, esta idea de acomodación razonable puede ser comprendida, también, como una expresión concreta, bajo la forma de deber jurídico, de la obligación por parte de los poderes públicos de promoción de la igualdad sustancial, por lo menos, en la dimensión de igualdad de oportunidades. Como bien explica N. Charilaos²⁹⁵, el concepto puede *«desempeñar un papel fundamental en la conducción de la implementación del principio de igualdad más allá de las prohibiciones de discriminación directa e indirecta. Esto porque su enfoque no reside solamente en garantizar la libertad en sentido negativo, como prevención contra interferencias externas, directas o indirectas. La capacidad del individuo de perseguir oportunidades de vida, en un ambiente socialmente inclusivo, debe ser el centro de atenciones. El énfasis en las libertades positivas es apto a crear un marco coherente para la imposición de obligaciones positivas, pero podrá también contribuir enormemente para la evaluación de las acciones positivas»*. Esta línea interpretativa es particularmente importante en lo que respecta a las normas que implementan políticas sociales y a las normas relativas a la organización del mercado laboral. Por un lado, la dificultad de ejercicio de los derechos sociales y la inexistencia de ciertas prestaciones por parte de los poderes públicos constituyen, muchas veces, los principales obstáculos a una participación e inserción social lograda. Este fenómeno es especialmente notable en el marco de la educación, en particular en lo que respecta a la atención a los individuos con necesidades especiales, y en la salud. Por otra parte, la organización del mercado laboral basada, cada vez más, en una idea de desregulación y de paridad entre trabajadores y empleadores en el ejercicio de su libertad contractual falla en la protección de categorías más vulnerables de

²⁹⁵ De nuevo, CHARILAOS, N. – *The Right to Equality in European Human Rights Law – The quest for substance in the Jurisprudence of the European Courts*, Routledge, 2015.

ciudadanos, como las mujeres o los que tienen algún tipo de discapacidad, impidiendo, frecuentemente, el propio acceso al mercado de trabajo en condiciones de libertad e igualdad.

Además, también es importante referir que la obligación de acomodación debe ser entendida en un sentido amplio, incluyendo no apenas al afectado directo por una determinada condición o característica, sino también a su círculo personal o familiar, que es, a menudo, igualmente víctima de acciones u omisiones perjudiciales y discriminatorias que impiden su inserción socio-profesional plena. Véase la sentencia del Tribunal de Justicia en el caso *Coleman*²⁹⁶, ya mencionado, en la cual se extendió la protección conferida por la prohibición de discriminación directa por razón de discapacidad a la madre de un niño con minusvalía.

Por fin, obsérvese que esta obligación de acomodación debería conducir al aplicador e intérprete de las normas a un análisis más amplio del que suele ser adoptado, especialmente por los tribunales nacionales, dándose especial atención a las potenciales consecuencias de determinada normativa, por lo menos, para las categorías “sospechosas” definidas en el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, y considerada la específica realidad económica y socio-cultural en el marco de la cual las normas deberán aplicarse. Así pues, si la regulación del tiempo de trabajo, en particular la adopción de soluciones de flexibilización como el banco de horas o el aumento unilateral del horario laboral, puede no acarrear implicaciones negativas para las mujeres trabajadoras en países con altos niveles de igualdad y estructuras adecuadas de promoción de la conciliación entre la vida privada y profesional, en países donde la carga de trabajo doméstico y el cuidado de los más vulnerables (niños, mayores, dependientes) aún recae fundamentalmente sobre las mujeres, tales soluciones tendrán probablemente consecuencias profundamente negativas

²⁹⁶ Sentencia del TJUE *Coleman*, proc. C 303/06, de 17 de julio de 2008.

para estas, de modo que puedan considerarse violadoras del principio de igualdad.

Tercera Parte

*El Principio de igualdad en el Derecho Constitucional Europeo:
contribución a una reflexión en tiempos de crisis.*

1. Crisis económica y Derecho Constitucional

1.1 - El derecho constitucional del Estado Social; 1.2 - La disolución del espíritu de 1945; 1.3 – De la crisis política a la crisis económica y social; 1.4 – La reacción a la crisis en el marco de la Unión Europea; 1.5 - Respuestas a la crisis y fuga del derecho constitucional; 1.6 – ¿De la crisis de la democracia constitucional a la recuperación de la normatividad?

1.1 – El derecho constitucional del Estado Social

El Derecho constitucional de la segunda mitad del siglo XX es el derecho constitucional del Estado social. Un derecho en el centro del ordenamiento jurídico, cuyas fronteras de validez las define a partir de sus propias premisas. Así pues, el derecho constitucional es un derecho que se asume como el estatuto jurídico de lo político, de un proyecto político común en el territorio creciente de las democracias europeas occidentales. En el marco de este proyecto común, la Constitución se asume como *instrumento normativo regulador de la convivencia social*, con las funciones de control del poder y de garantía de un conjunto de derechos y libertades cuya realización efectiva es tarea fundamental del Estado, independientemente de la orientación ideológica de cada mayoría parlamentaria momentánea. De esta forma, y en las palabras de Balaguer Callejón²⁹⁷, *«la Constitución limita el poder público a través de instrumentos jurídicos, al tiempo que establece las condiciones de un orden político plenamente democrático, entendiendo la democracia no sólo como la expresión de la voluntad de la mayoría sino también como democracia pluralista, garante de los derechos de las minorías»*.

²⁹⁷ Véase BALAGUER CALLEJÓN, F. - “El final de una época dorada. Una reflexión sobre la crisis económica y el declive del Derecho constitucional nacional”, en CORREIA, F. ALVES, MACHADO, J y LOUREIRO, J. C. (ed.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Coimbra Editora, 2012.

El derecho constitucional así instituido es, pues, un derecho constitucional maduro que resuelve los conflictos sociales generando consensos que se convierten en soluciones normativas. Casi todos los derechos consagrados en los nuevos catálogos constitucionales, cada vez más extensos, y las respectivas garantías institucionales que también ahí se prevén incorporan, en su formulación jurídica concreta, un determinado equilibrio entre las visiones del mundo y los intereses de distintos grupos sociales.

Durante largos años, los equilibrios socio-políticos cristalizados en los textos constitucionales funcionaron relativamente bien en un espacio determinado y homogéneo (el Estado nacional) y en un tiempo de crecimiento económico sin precedentes como lo fueron las primeras décadas posteriores a la Segunda Guerra Mundial en Europa. La prosperidad generalizada aseguraba un grado significativo de movilidad social ascendente, en la que los derechos fundamentales se erigen como pilares esenciales de ese crecimiento. Muchos de esos derechos presuponían la existencia o la creación de estructuras colectivas públicas (escuelas, hospitales, servicios sociales) que, funcionando de manera relativamente homogénea, constituían una buena plataforma para una efectiva igualdad de oportunidades. Al mismo tiempo, el hecho de tener, para muchos por primera vez en la historia, las necesidades básicas aseguradas, permitió que toda una generación se viese libre para la construir su camino de vida, independientemente de sus características personales (clase social, género, raza), con amplio espacio para el desarrollo de la propia personalidad y una elevada probabilidad de éxito personal y profesional, en un contexto socio-económico notablemente favorable. Finalmente, la predominancia de la utilización de los servicios públicos en aspectos esenciales de la vida contribuía a la integración y cohesión sociales. Personas de sectores sociales diferentes y características marcadamente distintas se cruzaban en distintos

momentos en la esfera pública, lo que promovía el conocimiento del otro, en una convivencia de enorme importancia para la toma de decisiones colectivas.

Así, el derecho constitucional delimitó durante décadas el espacio de una coexistencia esencialmente pacífica entre diferentes sectores sociales, permitiendo encontrar soluciones jurídicas para los problemas que se derivaban de la interacción entre ellos. La complejidad política, espacial y temporal, así como la heterogeneidad social y las cuestiones que esta coloca parecían, pues, dominadas.

De esta forma, las democracias constitucionales encuadraban el pluralismo de una forma que parecía eficaz. Por un lado, el amplio conjunto de derechos fundamentales, garantizados sobre la base de un principio de universalidad en los limitados espacios nacionales, aseguraba un trato a todas las personas como iguales, disminuyendo la importancia de elementos que tradicionalmente habían sido fuente de discriminaciones y permitiendo, al mismo tiempo, la afirmación de distinciones socio-culturales y políticas dentro de un espacio de libertad. Por otro lado, la normatividad de las constituciones mantenía controlados a los poderes públicos, haciendo que diferentes opciones políticas, resultantes de mayorías contingentes, tuviesen que enmarcarse dentro de las fronteras definidas por el pacto constitucional; de esta manera, los conflictos sociales y el disenso, natural en una sociedad plural, tenían que resolverse respetando los límites previamente acordados y definidos como objetivos comunes. Durante algún tiempo, esta fue una normatividad fuerte, en la medida en que no era firmemente cuestionada por ningún sector social representativo: parlamentos y gobiernos podían decidir cómo organizar escuelas, hospitales y un sistema de seguridad social; podían elegir la estructura de impuestos, tasas y otras fuentes de financiación para mantener las instituciones del Estado Social. Se discutía el grado de realización de los derechos fundamentales y la capacidad para aumentar el

nivel de prestaciones sociales, pero no se dudaba de su construcción como tarea fundamental del Estado y objetivo constitucional esencial. Acudiendo, de nuevo, a los dictados de Balaguer Callejón: «*La democracia pluralista se configura así como una precondition de la normatividad constitucional porque la cualidad jurídica de la constitución sólo tiene sentido sobre la base del reconocimiento del pluralismo y del conflicto. Las reglas jurídicas son esencialmente mecanismos de ordenación social destinados a pacificar potenciales conflictos y a hacer posible así la seguridad jurídica en el ordenamiento y la paz en la sociedad. En el plano constitucional, el Derecho sirve para resolver conflictos fundamentales, que harían imposible o dificultarían en extremo la convivencia si no se canalizaran por medio de la Constitución normativa. En las sociedades europeas de postguerra esos conflictos se articularon mediante un gran pacto social (Estado social de Derecho) que fue, simultáneamente un gran pacto democrático (Estado constitucional de Derecho)*».

1.2 – La disolución del *espíritu de 1945*

Pero, y como se ha visto en la parte I de este trabajo, desde la década de 1970 se estaban formando tendencias claras a nivel económico y social contra el *espíritu de 1945* y los proyectos constitucionales del Estado Social. O sea, el período de prosperidad y madurez constitucional no duró más que unas décadas²⁹⁸ y empezó a deshacerse, a nivel global, cuando aún daba los primeros pasos en los países del Sur de Europa (Portugal, España y Grecia, apenas salidos de décadas de regímenes dictatoriales y con un significativo retraso social y económico en relación con el resto de Europa occidental). De hecho, es interesante analizar y comprender cómo la crisis de la constitución normativa está íntimamente asociada a la crisis del Estado social, estando los destinos de los dos irremediabilmente interrelacionados.

²⁹⁸ De nuevo, BALAGUER CALLEJÓN, F. - “El final de una época dorada. Una reflexión sobre la crisis económica y el declive del Derecho constitucional nacional”, en CORREIA, F. ALVES, MACHADO, J y LOUREIRO, J. C. (ed.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Coimbra Editora, 2012.

A nivel socio-económico, la desigualdad, que había disminuido en los años de la segunda postguerra mundial, vuelve a aumentar esencialmente a partir de la década de 1980. El fenómeno tiene varias causas, pero la inversión de las políticas fiscales, sociales y económicas en un sentido menos redistributivo, a partir de los ejemplos de los gobiernos de Reagan en Estados Unidos y Thatcher en Reino Unido, es una de las principales. Con el aumento de la desigualdad se genera, como ya vimos, una brecha social entre las clases altas, que poseen un porcentaje cada vez más alto de la riqueza, y las clases medias y bajas, cuyo poder de compra disminuye paulatinamente en términos reales. Esta brecha de desigualdad mina el pacto social en el que se fundan las constituciones normativas. El proyecto socio-político común consagrado en la ley fundamental es cada vez menos común, haciendo que la *voluntad de constitución* de los ciudadanos con más poder político y económico y de sus representantes sea cada vez menor. La idea de contribuir al mantenimiento de estructuras colectivas compartidas pierde popularidad y la ola de privatizaciones e inversión privada permite crear estructuras paralelas a los servicios públicos, que no tienen por qué obedecer a las reglas de transparencia e igualdad de la administración pública ni al principio de universalidad. Por otra parte, también la utilización de los servicios públicos es objeto de una creciente división y oposición, donde los ciudadanos con más formación, poder de compra y capacidad de manipulación del sistema utilizan esas capacidades para acceder a los servicios con mayores índices de calidad²⁹⁹. La sociedad que así se construye es, pues, una sociedad donde cada sector social vive más cerrado en su

²⁹⁹ En muchos países europeos, especialmente en aquellos con más desigualdad, la realidad en relación con la utilización de servicios públicos se aproxima a la descrita para el contexto norteamericano por PUTNAM, R. – *Our Kids, The American Dream in Crisis*, Simon and Schuster, 2015, que demuestra cómo los padres de las familias de clase alta son capaces de manejar las reglas del sistema educativo para conseguir plaza para sus hijos en los mejores colegios públicos y, al mismo tiempo, y en un peligroso círculo vicioso, la concentración de niños de clases altas en las escuelas contribuye decisivamente a la calidad de la educación, debido a la participación de los padres, a los apoyos extracurriculares y a las mayores donaciones a las escuelas. Todos estos factores se conjugan para crear una brecha en el sistema educativo público que reproduce la brecha de la desigualdad socio-económica.

propia esfera socio-económica y territorial, fenómeno favorecido por una reestructuración polarizada del espacio urbano y por la *gentrificación*. Como tal, es una sociedad de mayor desconocimiento del otro, de sus condiciones de vida, preocupaciones e intereses, lo que dificulta la participación política, el diálogo democrático pluralista y el diseño de políticas públicas que respondan a las reales necesidades de la ciudadanía.

De esta forma, el pacto social y democrático orientado al desarrollo del Estado Social y fundado en la normatividad constitucional empieza a ser fuertemente cuestionado, llegando muy debilitado a las primeras décadas del siglo XXI. Esta fragilidad, combinada con la avasalladora crisis económica del final de la década de 2000, tuvo como consecuencia el surgimiento de una nueva concepción político-económica dominante, con una fuerte inclinación antisocial, en oposición abierta a las constituciones del Estado Social.

A nivel político, se dio un cambio fundamental en el territorio de ejercicio del poder, con el desarrollo de instituciones supranacionales de soberanía compartida, del que es ejemplo acabado la Unión Europea. Estos procesos de integración supranacional, impulsados por el proceso de globalización y los desafíos socio-políticos que aquel plantea a los Estados en distintos planos, implican un cierto grado de pérdida de poder. Pero, principalmente, lo que ellos permiten es ejercer el poder estatal fuera de las fronteras físicas y normativas nacionales. La estructura institucional de la Unión Europea permite, ante todo, una concentración de poder en los órganos ejecutivos inusual en el plano interno y, al mismo tiempo, la fuga a las obligaciones e imposiciones de las constituciones nacionales y sus respectivos mecanismos de control. Este fenómeno tiene consecuencias muy serias, descritas por Balaguer Callejón: él «*ha conducido a inutilizar las funciones de la Constitución nacional sobre un ámbito muy amplio de ejercicio del poder público. Por un lado, el control del poder y la garantía de los derechos constitucionales que*

se ven dificultados por la traslación de las decisiones a un espacio europeo sin ciudadanía. Por otro lado, la canalización de los conflictos internos, que se ve imposibilitada por el propio modelo de integración, que transforma los conflictos sociales y políticos internos en conflictos nacionales frente a Europa»³⁰⁰.

Al mismo tiempo, en el espacio de la Unión Europea, se construye un proyecto constitucional propio, con una inclinación clara para diseñar mecanismos legales e institucionales que funcionen a favor de un mercado común de servicios y capitales, y con preocupaciones de justicia social mucho menos acentuadas. El proyecto constitucional europeo es, además, particularmente complejo y con varias contradicciones intrínsecas. Al procurar integrar el patrimonio constitucional común europeo, tarea que ha llevado a cabo a lo largo de las últimas décadas, el derecho constitucional de la Unión fue desarrollando principios y mecanismos de protección de derechos fundamentales, así como una densificación más profunda de principios constitucionales básicos, como el de igualdad. Sin embargo, la integración sistémica de los elementos de naturaleza social presenta aún una serie de dificultades. Ante todo, en el propio proceso de negociación y redacción de las normas constitucionales. Efectivamente, al contrario de los procesos constituyentes nacionales, en los cuales estuvieron representados distintos sectores sociales y de los que resultaron textos pactados y compromisorios donde se conciliaban intereses distintos estableciendo un equilibrio propio y coherente entre mayorías y minorías en los distintos planos de la vida colectiva, el proceso constituyente europeo se basa en un compromiso entre intereses estatales. Ahora bien, esos intereses no son representativos de las distintas visiones del mundo y de los problemas específicos de cada sector social nacional, por lo que todo el proceso se ve

³⁰⁰ De nuevo, BALAGUER CALLEJÓN, F. “El final de una época dorada. Una reflexión sobre la crisis económica y el declive del Derecho constitucional nacional”, en CORREIA, F. ALVES, MACHADO, J y LOUREIRO, J. C. (ed.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Coimbra Editora, 2012.

distorsionado a favor de las mayorías políticas, sin representación adecuada de las minorías de cada país. Así, los conflictos internos que encontraban solución en el marco del derecho constitucional nacional dejan de poder resolverse de forma apropiada, ya que en el espacio nacional falta soberanía y en el espacio europeo falta pluralismo representativo. Todos los conflictos sociales internos son transmutados en conflictos entre distintos niveles de soberanía y constitucionalidad, en una disputa entre Unión Europea y los Estados miembros.

La pérdida de capacidad del derecho constitucional de enmarcar y resolver los conflictos sociales no lleva a que estos desaparezcan. Los conflictos sociales están siempre presentes en la arena socio-política y la erosión de los mecanismos de conciliación de intereses solo hace que surjan de manera más aguda y polarizada. Los intentos de resolver dichos conflictos a través de los mecanismos clásicos de control del poder, concretamente del recurso a los tribunales, entendidos como garantía institucional primordial de los derechos fundamentales, se ven frecuentemente frustrados. La pérdida de soberanía también afecta a los tribunales nacionales y el Tribunal de Justicia mostrando falta de capacidad y falta de voluntad para comprender los conflictos profundos subyacentes a determinadas soluciones normativas europeas y de resolverlos dentro de un marco jurídico-constitucional europeo integrador del pluralismo y orientado hacia un equilibrio entre distintos sectores sociales. Este fenómeno es particularmente evidente cuando los casos que llegan a Tribunal tienen una clara dimensión colectiva, como demuestran las Sentencias *Viking*³⁰¹ y *Laval*³⁰², y cuando hacen referencia a problemas amplios de política social,

³⁰¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea *Viking*, proc. C-438/05, de 11 de diciembre de 2007.

³⁰² Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea *Laval*, proc. C-431/05, de 18 de diciembre de 2007.

como sucede con el caso de la Sentencia *Dano*³⁰³ y con las cuestiones prejudiciales relativas a medidas de austeridad, sucesivamente rechazadas por el TJUE³⁰⁴, como veremos más adelante. Efectivamente, el Tribunal de Justicia suele resolver adecuadamente cuestiones individuales y dirimir conflictos entre los Estados y la Unión, pero se muestra menos sensible y menos apto para analizar e integrar los grandes conflictos sociales que sus congéneres nacionales.

Por otro lado, la centralización del espacio político-constitucional europeo reduce el pluralismo y, consecuentemente, limita la capacidad de proponer y debatir soluciones divergentes para los problemas sociales, políticos y económicos que afectan a los ciudadanos de la Unión. El consenso así generado no es, pues, fruto de un diálogo verdaderamente plural sino fruto de la ausencia de alternativas. Además, esta realidad coloca al margen del debate político y de la construcción constitucional un porcentaje significativo —y creciente— de la ciudadanía, que no se siente identificada con los ejes centrales de la política europea. Ante todo, la vida del ciudadano común sigue viéndose afectada por una infinidad de problemas sin expresión directa en la política europea —los desahucios, los niveles de desempleo, las reformas del sistema educativo, los problemas con los sistemas de sanidad, las migraciones—. Al relegar la crítica de su seno —definiendo como contrarias a la Unión Europea (y rechazando) casi todas las propuestas político-económicas y jurídico-constitucionales anti-institucionales o anti-sistémicas y colocando al margen del debate a sus representantes— el proyecto europeo pierde capacidad de comprensión de

³⁰³ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea *Dano*, proc. C-333/13, de 11 de noviembre de 2014.

³⁰⁴ El Tribunal de Justicia se declaró manifiestamente incompetente para apreciar la compatibilidad de varias medidas de austeridad, entre ellas los recortes de salarios, en varias ocasiones. Véanse, entre otros, los procesos C-128/12, *Sindicato dos Bancários do Norte*, Case C-134/12, *Corpul Național al Poliștilor*, C-665/13, *Sindicato Nacional dos Profissionais de Seguros e Afins*.

los conflictos, así como capacidad de síntesis entre soluciones antitéticas y un cierto grado de imaginación político-constitucional para la creación y el diseño de nuevas soluciones para sus contradicciones y sus problemas fundamentales.

Así pues, el intento de profundizar el derecho constitucional europeo entra en serias dificultades, ya que parece haber olvidado la naturaleza básica de todo derecho constitucional: construir una comunidad socio-política a partir de la confrontación, definir fronteras para la actuación de los poderes públicos a partir de los elementos consensuales entre los sectores sociales en conflicto. Recordando, de nuevo, los dictados de Balaguer Callejón³⁰⁵, *«la democracia constitucional y la Constitución normativa no suponen, por sí mismas, una garantía de solución de los conflictos sociales y políticos. Pero establecen un marco de reglas formales y materiales que hacen posible que la solución a esos conflictos se oriente hacia criterios de justicia. Desde el punto de vista del constitucionalismo moderno, posibilitan la realización de sus funciones esenciales (control del poder, garantía de los derechos) incorporando una nueva función: la canalización de los conflictos, su ordenación mediante normas constitucionales, a través del Derecho constitucional»*.

1.3 – De la crisis política a la crisis económica y social

Así, a partir de la primera década del siglo XXI, esencialmente a partir del rechazo del Tratado Constitucional por parte de la ciudadanía europea, el proyecto europeo entró en una honda de crisis política y constitucional, que se revelaría como un terrible contexto para la crisis económica que se siguió. Efectivamente, la incapacidad de comprender las razones profundas de las respuestas negativas en los *referenda* francés y holandés de 2005 llevó al aceleramiento de soluciones jurídico-políticas que no integran las cuestiones fundamentales que subyacen a esas decisiones, entre las cuales se contaba,

³⁰⁵ BALAGUER CALLEJÓN, F. “El final de una época dorada. Una reflexión sobre la crisis económica y el declive del Derecho constitucional nacional”, en CORREIA, F. ALVES, MACHADO, J y LOUREIRO, J. C. (ed.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Coimbra Editora, 2012.

antes incluso del derrumbe del sistema económico-financiero, un claro malestar con origen en problemas sociales y económicos y en la desigualdad creciente entre ciudadanos en el marco de la Unión. El llamado ‘fantasma del fontanero polaco’, el trabajador de un Estado miembro menos desarrollado que, al prestar sus servicios a precios más bajos y sin derechos sociales equivalentes a los de los trabajadores de Estados miembros más ricos, contribuiría a rebajar los estándares sociales en todo el territorio de la UE, era ya, en realidad, fruto de la constatación del aumento de las desigualdades sociales intra y supranacionales y del potencial papel acelerador del ordenamiento jurídico-constitucional de la Unión.

En este contexto poco optimista e inestable irrumpe la crisis económica y financiera del final de la primera década del siglo XXI. El impacto de la crisis fue severo en toda Europa, pero, aun así, con grandes matices, dependiendo de la situación individual previa de cada país. Así pues, en algunos países, en particular en los países del Sur de Europa y algunos del Este europeo, las consecuencias de la crisis a nivel social y económico fueron, de hecho, terribles. Los desequilibrios y los problemas económicos ya existentes (como una elevada deuda, pública y privada, altos niveles de desempleo en términos comparativos, déficit presupuestario o baja inversión) fueron amplificadas y agravados por el nuevo marco económico. La crisis afectó también al crecimiento y al mercado laboral, hizo disparar los números del desempleo y agravó los déficits de los presupuestos del Estado, con particular incidencia en los países donde se invirtieron enormes cantidades de dinero público para rescatar al sector financiero en riesgo de quiebra. Así pues, en varios países europeos, el esfuerzo financiero público de apoyo al sector económico-financiero, y en particular a la banca, transformó rápidamente la crisis económica en una crisis de deuda soberana, con la consiguiente incapacidad de algunos miembros de la zona Euro de refinanciar en los mercados una deuda pública creciente y la necesidad que

de ahí se derivó de solicitar a las Instituciones de la UE la negociación de programas de asistencia. La recesión que se siguió a estos eventos fue larga y la recuperación económica, donde se verifica, parece aún bastante débil. Se constata un notable retroceso social, que se refleja de manera particularmente aguda en los derechos sociales y económicos de los ciudadanos, y la desigualdad y pobreza han aumentado de forma significativa.

Los datos sobre Portugal son bastante expresivos. El desempleo aumentó más del doble entre 2008 y 2014. En ese periodo, se eliminaron más de 500.000 empleos, llegando a un 16.4% (oficial) el porcentaje de parados en 2013 (38,1% de desempleo para los jóvenes con menos de 25 años). La emigración³⁰⁶ —la solución para muchos de los parados, especialmente los jóvenes calificados— también alcanzó números impresionantes. Más de 100.000 personas salieron del país en 2011, más de 120.000 en 2012 y 128.000 en 2013. Esto significa que el 3,5% de los ciudadanos abandonaron el país en un período de 3 años. Números similares solo se dieron en los años 1960, periodo de dictadura, guerra colonial y estancamiento económico.

Efectivamente, el desempleo sigue siendo una de las principales preocupaciones del país, aunque los números oficiales muestren un ligera tendencia a la baja. El desempleo de larga duración ha aumentado de manera significativa³⁰⁷. Los números de parados serían probablemente aún más impresionantes, si se contabilizaran los ciudadanos que han dejado el país y los que no están buscando trabajo (no están inscritos en las oficinas públicas de empleo), razones por las cuales no integran las estadísticas.

³⁰⁶ Véanse los datos de PORDATA, *Emigrantes: total e por tipo – Portugal*, disponibles en www.pordata.pt.

³⁰⁷ De nuevo, véase el informe del Banco de Portugal, *A Economia Portuguesa – Relatório do Conselho de Administração do Banco de Portugal*, cit., p. 23 y sigs.

También en lo que respecta al sector laboral, es de destacar la bajada de los salarios, que ha sido notable (el 10% entre 2010 y 2013, como media, con especial impacto en el sector público)³⁰⁸. Esta tendencia, asociada al desempleo y a la disminución de todas las prestaciones sociales (desempleo, enfermedad, por hijo o menor a cargo), es causa de una pérdida significativa de los ingresos de las familias³⁰⁹.

Por último, mencionar que la tasa de pobreza ha igualmente aumentado, aunque el descenso de la renta media ha bajado el umbral de pobreza. La tasa de pobreza portuguesa es una de las más altas de la UE, con un número muy significativo de trabajadores pobres (un 10%) y un alto nivel de desempleo (la pobreza entre los parados está en torno al 40%, el doble de la tasa de la población general). El número de ciudadanos sin ningún tipo de apoyo estatal/social aumentó en más de 250.000 entre 2011 y 2012³¹⁰.

La situación en Grecia³¹¹ que, a semejanza de Portugal, se debatía desde antes de la crisis con problemas estructurales, con una de las más sustanciales caídas del PIB de la Unión Europea (en torno a menos del 7%, en 2011 y en 2012). La tasa de desempleo alcanzó valores record y el paro juvenil es el más alto de toda UE, en torno al 58%. Estos números son tan elevados que las consecuencias sociales no podían dejar de ser igualmente severas, en especial en lo que respecta al aumento de la pobreza, exclusión social (más de un 35% de los ciudadanos en riesgo) y número de personas

³⁰⁸ Banco de Portugal, *A Economia Portuguesa – Relatório do Conselho de Administração do Banco de Portugal*, cit.

³⁰⁹ Véase el Informe del Comité Portugués para UNICEF, *As Crianças e a Crise em Portugal - Vozes de Crianças, Políticas Públicas e Indicadores Sociais*, 2013, disponible en <http://www.unicef.pt/as-criancas-e-a-crise-em-portugal/files/Relatorio-Unicef.pdf>.

³¹⁰ Banco de Portugal, *A Economia Portuguesa – Relatório do Conselho de Administração do Banco de Portugal*, cit..

³¹¹ Véase el resumen de la situación económico-financiera del país en el informe de KALTSOUNI, S., KOSMA, A., Milieu Ltd - The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU - Country Report on Greece, Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, European Parliament, European Union, Brussels, 2015.

viviendo en situación de privación material severa (más de un 20% en 2013), así como a la inevitable inestabilidad del sistema de seguridad social.

Las familias han sufrido significativamente con la crisis, con la disminución de la renta disponible (cerca de un 23% menos, la mayor caída entre los países de la OCDE³¹²), y un aumento notable de la desigualdad. Además, como señala el propio Banco de Grecia³¹³, muchos de los indicadores de privación material son comunes no solo entre las personas que se encuentran por debajo del umbral de pobreza, sino también entre la población no pobre (como por ejemplo, el hecho de vivir en una casa demasiado pequeña para la familia o la incapacidad de hacer frente a un gasto extraordinario aunque necesario).

Enfrentan un elevado riesgo de pobreza los parados, familias monoparentales o con por lo menos un adulto con más de 65 años y los niños. De hecho, la pobreza en Grecia está cambiando de perfil y, en los últimos años, ha alcanzado particularmente a los trabajadores jóvenes y a las parejas con hijos. Los menores de 15 años que viven en familias cuyas rentas están por debajo del umbral de pobreza son una de las categorías que más ha crecido en porcentaje. La magnitud de la pobreza infantil es, además, uno de los problemas más presentes desde el punto de vista socio-económico³¹⁴.

La distribución de la renta en el país es muy desigual. De hecho, Grecia es (junto con Portugal y España) uno de los países de la UE con peores índices de desigualdad, ya que registra un índice de Gini de 34,5 (en 2014) y

³¹² Véase OCDE - 'How is life in Greece', OECD Better Life Initiative, 2014, disponible en <http://www.oecd.org/statistics/BLI%202014%20Greece%20country%20report.pdf>.

³¹³ MITRAKOS, T. - *Inequality, Poverty And Social Welfare In Greece: Distributional Effects Of Austerity*, Bank of Greece Working Paper N. 174, Bank of Greece, 2014, disponible en <http://www.bankofgreece.gr/BogEkdoseis/Paper2014174.pdf>.

³¹⁴ MITRAKOS, T. - *Inequality, Poverty And Social Welfare In Greece: Distributional Effects Of Austerity*, Bank of Greece Working Paper N. 174, Bank of Greece, 2014, disponible en <http://www.bankofgreece.gr/BogEkdoseis/Paper2014174.pdf>

una ratio S80/S20 de 6,6 (en 2014), ambos por encima de los valores medios europeos³¹⁵.

En España, salvando las específicas diferencias de contexto, la situación es similar. El estallido de la crisis económica, en 2008, llevó a un rápido aumento del desempleo, que alcanzó cerca del 26,7% en 2013, una de las tasas más altas de la UE, con particular impacto en los trabajadores jóvenes (de 15 a 25 años) y con un crecimiento notable del desempleo de larga duración, que afecta especialmente a los trabajadores menos cualificados, que corren serios riesgos de transformarse en desempleados estructurales.

La economía sigue en situación más precaria que en 2007 y la renta media también es más baja que antes de la crisis. España tiene más de un 1,8 millones de familias en paro, de las cuales más de la mitad no recibe ningún tipo de apoyo monetario. La pobreza aumentó, afectando especialmente a los niños, una tendencia común y muy preocupante en toda Europa del Sur.

España acompaña a sus congéneres en los problemas de desigualdad social y de distribución de renta, con un índice S80/S20 de 6,8 (en 2014) y un índice de Gini de 34,7 (en 2014)³¹⁶.

1.4 – La reacción a la crisis en el marco de la Unión Europea

Ante la gravedad de los problemas económicos y sociales, la posición de los Estados miembros y de las Instituciones de la Unión Europea fue insatisfactoria y muy criticable desde un punto de vista constitucional.

Sin mecanismos o instituciones eficaces para reaccionar a la crisis, la UE adoptó, principalmente, medidas destinadas a asegurar la consolidación

³¹⁵ Datos del Eurostat, EU-SILC, disponibles en <http://ec.europa.eu/eurostat/web/income-and-living-conditions/data/main-tables>.

³¹⁶ Datos del Eurostat, EU-SILC, disponibles en <http://ec.europa.eu/eurostat/web/income-and-living-conditions/data/main-tables>.

fiscal y reforzar la gobernación económica a nivel supranacional. Lo hizo con un retraso notable en relación con la evolución de los acontecimientos: en 2010 se aprobó el ‘semestre europeo’, un mecanismo de coordinación de políticas económicas en cuyo marco la Comisión analiza los planes de los Estados miembros a nivel presupuestario, macroeconómico y de reformas estructurales, emitiendo recomendaciones y evaluando la adecuación de las políticas nacionales con las exigencias del Pacto de Estabilidad y Crecimiento. Este fue reformado en 2011, a través de un conjunto de normativas que prevén, entre otras medidas, sanciones financieras para los Estados con déficits excesivos, procedimientos de penalización para deuda pública de más del 60% del PIB y límites a los gastos públicos relacionados con el crecimiento. Es también de señalar, aún en el cuadro del proceso de refuerzo de la gobernación económica, la creación del Mecanismo Europeo de Estabilidad Financiera (de carácter temporal, creado en 2010, en el marco de la zona Euro) y del Mecanismo Europeo de Estabilidad, que lo substituye en 2012. En 2013, entró en vigor el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria (Pacto Fiscal Europeo), que contiene un conjunto de reglas fundamentales sobre equilibrio presupuestario.

Además, han sido adoptadas una serie de nuevas reglas destinadas a intensificar el control público sobre el sistema financiero, con nuevas autoridades supervisoras para el sector, y la aprobación de un mecanismo único de supervisión (SSM) compuesto por el Banco Central Europeo y las autoridades competentes de los Estados miembros.

En el plano de los estímulos a la economía y promoción del crecimiento, la estrategia de la Unión se centra en torno al programa Europa 2020, un programa de inversión a 10 años, con enfoque en las áreas del empleo, innovación, reducción de la pobreza, medioambiente y energía, pero cuyos efectos aún se hacen sentir de forma débil.

Finalmente, el elemento más destacado de la reacción de la UE a la crisis han sido los programas de asistencia económica y financiera a los países en dificultades. Los rescates asumen diversas configuraciones, tanto en relación con el ámbito (Grecia, Chipre, Portugal y Irlanda tuvieron programas completos de ajuste económico, España únicamente pidió ayuda para la recapitalización y reestructuración de su sector financiero, Letonia, Hungría y Rumanía, que no son miembros del Euro, tuvieron programas de asistencia a la balanza de pagos), como en relación con la estructura, que varía entre una combinación de préstamos bilaterales, del FMI y del Banco Central Europeo, o la movilización de nuevos mecanismos, como el Mecanismo Europeo de Estabilidad Financiera o, más recientemente, el Mecanismo Europeo de Estabilidad.

La Comisión y el Banco Central Europeo han participado, como es sabido, en la negociación de dichos programas y en la elaboración de los Memorandos de Entendimiento, que establecen un conjunto importante de medidas y reformas económicas, laborales y sociales a adoptar por los Estados a cambio de préstamos, considerados indispensables. Efectivamente, la asistencia financiera dependía de una estricta condicionalidad macroeconómica, con exigencias de restauración de la sostenibilidad fiscal de los Estados y de implementación de reformas estructurales que promuevan la competitividad. Como veremos, hay fundamento para despertar dudas serias en cuanto a estos programas, tanto desde un punto de vista sustancial (muchas de las medidas acordadas —o impuestas— vulneran derechos fundamentales consagrados en el derecho constitucional europeo y exigencias derivadas de principios básicos del ordenamiento, como el principio de igualdad), como desde un punto de vista formal (los mecanismos adoptados son frecuentemente atípicos, en términos jurídicos, y algunos permiten, de manera deliberada, intentar

escapar a los límites constitucionales y las dificultades legales resultantes del orden jurídico de la UE).

1.5 – Respuestas a la crisis y fuga del derecho constitucional

Así pues, hay varias críticas que deben hacerse a todo este proceso, desde el punto de vista jurídico-constitucional y de protección de los derechos fundamentales.

En primer lugar, las reacciones a la crisis económica son inconsistentes desde el punto de vista jurídico. Las medidas aprobadas no se incluyen, en la totalidad, en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea, verificándose la coexistencia de normas de distintas fuentes; tanto de la UE como de los Estados miembros y también normas de derecho internacional. Este recurso a mecanismos de derecho internacional para eludir los Tratados de la UE, así como a mecanismos de derecho privado o a meras actuaciones informales de autoridades de la Unión que se situán fuera de las competencias de la UE resulta claramente inconsistente. Además, muchos de los actos practicados en el proceso tienen igualmente una naturaleza equívoca, no siendo fácil definirlos ni determinar qué consecuencias, previstas en qué orden jurídico, se aplicarán en caso de conflicto. Es cierto que, en estas situaciones, un determinado grado de complejidad es inevitable, teniendo en consideración el contexto de pluralismo ordenamental y la internormatividad, inevitable en un espacio como el de la Unión Europea. Pero, la huida deliberada del marco jurídico-constitucional de la UE, origina problemas adicionales de validez y, sobre todo, permite generar dudas y ambigüedades en el discurso político-constitucional sobre el carácter vinculante y la normatividad de las normas fundamentales de la UE (como también de las de los Estados miembros) así como sobre la primacía en la aplicación de determinadas normas.

a) El Pacto Fiscal Europeo (el paso del derecho de la Unión al derecho internacional)

Un ejemplo de lo que se acaba de decir es el Pacto Fiscal Europeo³¹⁷ que, desde el punto de vista jurídico, no deja de ser un tratado internacional abierto a la firma de los países de la UE que no lo hayan hecho en la fase inicial. Su relación con el derecho de la Unión es atípica, pero no inédita y, de acuerdo con el artículo 2.1, «*las Partes Contratantes aplicarán e interpretarán el presente Tratado de conformidad con los Tratados en los que se fundamenta la Unión Europea, en particular el artículo 4, apartado 3, del Tratado de la Unión Europea, y con el Derecho de la Unión Europea, incluido el Derecho procesal cuando sea necesaria la adopción de Derecho derivado*». Además, se reafirma en el artículo 2.2 que el Tratado es aplicable en la «*medida en que sea compatible con los Tratados en los que se fundamenta la Unión Europea y con el Derecho de la Unión Europea. No afectará a las competencias de la Unión para actuar en el ámbito de la unión económica*». Sin embargo, queda bastante claro que el Pacto Fiscal no integra el ordenamiento jurídico de la Unión, ya que él mismo prevé, en el artículo 16, su incorporación futura en ese marco legal³¹⁸.

³¹⁷ Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria, firmado el 2 marzo 2012 por los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados de la Unión Europea.

³¹⁸ La no integración del Pacto Fiscal en el orden jurídico europeo es defendida por muchos autores que advierten sobre las consecuencias jurídicas del hecho. Véase GORDON, M. – “The United Kingdom and the Fiscal Compact: Past and Future”, en *European Constitutional Law Review*, vol.10, n.º 1, 2014, que afirma: «*The status of the Fiscal Compact as an international agreement means that it formally stands outside the existing EU treaties*». VITORINO, A. constata lo mismo en “The ‘TSCG’: much ado about nothing?”, en *Tribune : Notre Europe’s viewpoint*, Notre Europe, 2012, disponible en https://infoeuropa.eu/ocid.pt/opac/?func=full-set-set&set_number=096680&set_entry=000009&format=999, donde dice que: «*Because it is about an ‘intergovernmental’ and not a community Treaty, the ‘TSCG’ has finally relaunched the debate on the institutional balances within the EU, even on the ‘community method’*». Finalmente, véase la posición de BESSELINK, L. y REESTMAN, J. - “The Fiscal Compact and the European constitutions: ‘Europe speaking German’”, en *European Constitutional Law Review*, vol. 8, n.º 1, 2012, que explican que «*Creating a treaty instrument mostly outside the EU framework, but not quite, to which not all member states adhere, is not new, as the experiences with the Schengen Agreement and the Prüm Convention have taught us. Here we focus on what it tells us about the autonomy and maturity of the Union’s legal and constitutional order. Reading the various provisions of the Fiscal Compact on its relation to the European Union will cast a shadow of doubt over that autonomy. Although the EU institutions are made use of, these provisions show that the Fiscal Compact is an addition from ‘outside’ the EU legal framework. Repeated incantations in the preamble and elsewhere that the Compact is in conformity with the EU Treaties actually make one suspect that the opposite might well be the case. That the Fiscal Compact, crucially, remains outside the EU framework is confirmed by the language of Article 16. (...) The EU Treaties themselves, evidently, are insufficient to master the problems of governing the economy under the Union’s own monetary system. The need of an intergovernmental treaty for which the supervision over compliance is not under the normal EU procedures, raises doubts on the constitutional maturity and even the constitutional nature of the Union. This is not to say that there is no nexus between the Fiscal Compact and the European Union. The objectives served by the*

Este hecho tiene, naturalmente, consecuencias relevantes desde el punto de vista constitucional, especialmente en los casos —como el portugués³¹⁹— donde las *reglas de oro* previstas en el artículo 3 del Tratado no han sido transpuestas al ordenamiento jurídico interno a través de reformas constitucionales, sino que se ha hecho con recurso a leyes con valor reforzado. Por otro lado, los argumentos de predominancia absoluta de estas reglas, con fundamento en los principios de primacía y efecto directo del derecho de la Unión Europea muchas veces utilizados en el debate político a nivel interno, no pueden considerarse procedentes, ya que estamos en el plano del derecho internacional.

Instrumentos como el Pacto Fiscal aportan, pues, escaso valor en el plano jurídico, dado que repiten soluciones ya consagradas en el marco del derecho de la Unión. Su utilidad es, así, esencialmente simbólica y política³²⁰, utilizándose para justificar la necesidad de adoptar un conjunto de medidas de austeridad que encuentran oposición tanto en el plano político como en el plano jurídico-constitucional. Este hecho distorsiona el debate en el seno de la ciudadanía al colocar la tónica en el cumplimiento de las obligaciones previstas en el Pacto Fiscal, relegando a segundo plano los límites a la actuación tanto de las Instituciones Europeas como de los Estados miembros consagrados en el derecho constitucional europeo y en particular las exigencias derivadas de la obligación de respeto y garantía de los derechos fundamentales.

rules contained in the Fiscal Compact are fully a function of the objectives of the European Union. But it needs acts outside the EU framework to realise these».

³¹⁹ En Portugal, las reglas previstas en el artículo 3 del Tratado, denominado “Pacto Presupuestario” fueron transpuestas al orden jurídico interno mediante la Ley n.º 37/2013, de 14 de junio, que altera la Ley Marco Presupuestaria (Ley n.º 91/2001, de 20 de agosto).

³²⁰ En este sentido, MADURO, M. POIARES - *Another Legal Monster? An EUI Debate On The Fiscal Compact Treaty*, Department Of Law, KOCHAROV, A. (ed.), EUI Working Papers, LAW 2012/09, disponible en http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/21496/LAW_2012_09_Kocharov_ed.pdf?sequence=1 y VITORINO, A. constata lo mismo en “The ‘TSCG’: much ado about nothing?”, en *Tribune : Notre Europe’s viewpoint*, Notre Europe, 2012, disponible en https://infoeuropa.eu/rocid.pt/opac/?func=full-set-set&set_number=096680&set_entry=000009&format=999

b) La naturaleza atípica de los Memorandos de Entendimiento

Otro ejemplo de la naturaleza atípica de los mecanismos adoptados por la Unión y los Estados en respuesta a la crisis son los propios Memorandos de Entendimiento, firmados en el cuadro de los programas de asistencia económica y financiera. En el ejemplo portugués hay dos documentos distintos —el Memorando de Entendimiento sobre las Condicionalidades de Política Económica, firmado con la Comisión y el BCE y el Memorando de Políticas Económicas y Financieras, firmado con el FMI— ambos aprobados por resolución del Consejo de Ministros³²¹. En cambio, los dos documentos son normalmente objeto de referencia conjunta, como si se tratase de un único Memorando. El proceso de aprobación, sin intervención parlamentaria, aunque con participación de algunos de los partidos de la oposición, parecía sugerir una naturaleza eminentemente política, pero esta clasificación no es unánime entre la doctrina nacional. Además, el propio Tribunal Constitucional clasificó los dos documentos como jurídicamente vinculantes. En la sentencia 353/12³²², el Tribunal afirmó que *«estos memorandos son vinculantes para el Estado portugués en la medida en que se fundamentan en instrumentos jurídicos —los Tratados que instituyen las entidades internacionales que en ellos participaron y de que Portugal es parte— de Derecho Internacional»*.

En cuanto a la doctrina, esta discrepa de manera significativa en su clasificación jurídica³²³. Algunos autores consideran los Memorandos como tratados internacionales, mientras que otros sostienen, de acuerdo con la posición tradicional del propio FMI, que el Memorando firmado con esta organización estaría formado por dos actos unilaterales —uno del Estado y

³²¹ Véase la Resolução do Conselho de Ministros n.º 8/2011, de 5 de mayo de 2011.

³²² Sentencia del Tribunal Constitucional portugués n.º 353/12, de 5 de julio de 2012.

³²³ La pluralidad de opiniones sobre los Memorandos puede constatarse en FERREIRA, E. PAZ (coord.) – *Troika Ano II. Uma avaliação de 66 cidadãos*, Edições 70, 2013.

otro del Fondo— mientras el Memorando con la Unión Europea consistiría en derecho europeo con meras obligaciones políticas —no jurídicas—. Una de las razones por las que el FMI defiende este planteamiento es, precisamente, el intento de eludir las dificultades políticas y jurídicas asociadas al proceso constitucionalmente previsto de aprobación y alteración de convenciones internacionales. Pero esta concepción no es muy lógica, dado que implicaría que no hubiera consecuencias jurídicas para la revocación o incumplimiento unilateral de lo dispuesto en los Memorandos. Una tercera posición afirma que, en realidad, se trataría de contratos internacionales. Una tesis intermedia, y de síntesis, defiende que el Memorando con el FMI sería «*un acuerdo sui generis con dimensiones tanto legales como políticas, que debería haber seguido el régimen interno de conclusión de las convenciones internacionales aplicables*»³²⁴.

Los intentos —bastante claros en el caso del Memorando con el FMI— de mantener los acuerdos con las instituciones de la Troika en el plano meramente político son un síntoma más de una inaceptable fuga del derecho constitucional, a sus procedimientos y exigencias formales. La mayoría de la doctrina afirma el carácter jurídico de los Memorandos, pronunciándose a favor de la existencia de consecuencias legales en caso de incumplimiento; pero, gran parte de los autores defiende también el planteamiento según el cual la intervención del Parlamento en su negociación y firma es dispensable, siendo únicamente necesario su aprobación por el Gobierno y la firma del Presidente de la República³²⁵.

Pese a los argumentos dogmáticos en contra, la defensa de la no necesidad de intervención parlamentaria formal en el proceso de adopción de los Memorandos es fuertemente criticable desde el punto de vista

³²⁴ BAPTISTA, E. CORREIA, “Natureza Jurídica dos memorandos de FMI e a UE”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 71, 2, 2011.

³²⁵ Así, BAPTISTA, E. CORREIA - “Natureza Jurídica dos memorandos de FMI e a UE”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 71, 2, 2011.

constitucional. No solo es cuestionable que algunas de las materias allí previstas no sean de competencia reservada a la Asamblea de la República, en los términos del artículo 165 de la Constitución portuguesa; sino que, además, los anteriores pactos de estabilidad y crecimiento, paquetes de medidas de estabilización de las finanzas públicas y reducción del déficit presupuestario, aprobados en el marco estrictamente nacional, siempre exigieron la intervención del Parlamento, por lo que no se comprende cómo un Memorando de este tipo, más gravoso en el plano jurídico y político, podría prescindir de ella³²⁶. La simplificación del debate pluralista a reuniones informales de la Troika con los dirigentes de los partidos con representación parlamentaria supone relegar a segundo plano el propio Parlamento y a los representantes del pueblo que ahí tienen asiento. El planteamiento según el cual este hecho demuestra cómo la realidad ha desplazado el derecho y la constitución³²⁷, válido no solo en este aspecto sino también para todo el proceso de gestión de la crisis socio-económica, representa una renuncia de las tareas del jurista y es inaceptable desde un punto de vista jurídico-constitucional.

Además, estos Memorandos han sido aprobados por un gobierno en funciones dimisionario, que ha asumido un fuerte compromiso político con medidas de considerable gravedad en lo que respecta a los derechos fundamentales de los ciudadanos. La situación es más grave aún, ya que es de competencia de la Asamblea de la República «*autorizar al Gobierno a contraer y conceder préstamos y a realizar otras operaciones de crédito que no sean de*

³²⁶ Cfr. HANEK, R. B. G. y GALLO, D. – *Constitutional Change Through Euro Crisis Law: "Portugal"*, Law Department Project Funded By The Research Council Of The EUI, 2015, disponible en <http://eurocrisislaw.eui.eu/portugal/>.

³²⁷ COUTINHO, F. PEREIRA - “A natureza jurídica dos memorandos da ‘troika’” in *Themis*, año XIII, N. 24/25.

deuda fluctuante, definiendo las respectivas condiciones generales» (artículo 161, h) de la Constitución portuguesa)³²⁸.

Con respecto al Memorando firmado con la Comisión en colaboración con el BCE, que es sin duda un documento jurídico firmado por ambas partes invocando el derecho europeo, refiere varias veces la existencia de un ‘acuerdo’ y de obligaciones de ‘estricta condicionalidad’, cuyo no cumplimiento podría originar sanciones legales, concretamente la continuación de un procedimiento por déficit excesivo en el marco de la Unión Europea. Por esta razón, es incomprensible la afirmación del Tribunal de Justicia según la cual las medidas adoptadas a consecuencia de los memorandos no tienen ningún vínculo con el derecho de la Unión.

c) El desplazamiento de los poderes de decisión a ‘mecanismos informales’

En tercer lugar, véase la importancia del papel desempeñado por el Eurogrupo³²⁹ en los procesos de negociación de los programas de asistencia financiera. Ahora bien, el Eurogrupo es un órgano informal formado por los ministros de los Estados miembros de la zona del euro, en el que participa el comisario de Asuntos Económicos y Financieros, Fiscalidad y Aduanas, así como el presidente del Banco Central Europeo, cuya principal misión es garantizar una coordinación estrecha de las políticas económicas de los Estados miembros del Euro, para promover un crecimiento económico fuerte y sostenible. Entre otras funciones, el grupo revisa los programas de ajuste económico en curso en los países en dificultades y acompaña la vigilancia post-programa a los Estados que han recibido asistencia financiera

³²⁸ En este sentido, HANEK, R. B. G. y GALLO, D. – *Constitutional Change Through Euro Crisis Law: "Portugal"*, Law Department Project Funded By The Research Council Of The EUI, 2015, disponible en <http://eurocrisislaw.eui.eu/portugal/>.

³²⁹ Véase la descripción del Eurogrupo, sus funciones y forma de funcionamiento, en <http://www.consilium.europa.eu/es/council-eu/eurogroup/>.

en el pasado. Además, el Eurogrupo participa también en la evaluación de los planos presupuestarios de los países de la zona del Euro, a cargo de la Comisión en el marco de los mecanismos de coordinación económica del Semestre Europeo.

La informalidad del Eurogrupo es, sin embargo, muy problemática desde un punto de vista jurídico-constitucional. En primer lugar, es cuestionable a qué límites de constitucionalidad obedece la actuación de cada uno de los miembros del grupo y del órgano en su conjunto. En principio, como se defenderá más adelante, todos los actos de las Instituciones y órganos de la UE están sometidos al derecho constitucional de la Unión, y en particular a los derechos fundamentales previstos en la CDFUE, independientemente de las circunstancias concretas de dicha actuación. Sin embargo, el Eurogrupo no está previsto en la arquitectura institucional de la Unión; tan solo aparece mencionado en el artículo 137 TFUE, que prevé que las modalidades de las reuniones entre los ministros de los Estados miembros cuya moneda es el euro se establecen en el Protocolo n.º 14 (sobre el Eurogrupo). Dicho Protocolo es muy breve y solamente prevé la participación de la Comisión y del BCE en las reuniones, así como la elección de un presidente cada dos años y medio. Así pues, los límites jurídicos que se derivan del derecho comunitario se imponen al Comisario y al Presidente del BCE presentes en las reuniones, pero es discutible si los ministros de Economía y Hacienda de los Estados de la zona del Euro están sometidos a cualquier condición que no integre su específico cuadro jurídico-constitucional nacional.

Esta indefinición dificulta enormemente la posibilidad de tutela jurisdiccional contra los actos del Eurogrupo. Además, teniendo en consideración la auto-limitación de competencias extrema que el Tribunal de Justicia se ha impuesto en materia de medidas de austeridad, que se analizará a continuación, dicha tutela es prácticamente imposible en el plano europeo,

como demuestra la decisión del TJ en el asunto *Konstantinos Mallis*³³⁰. Se trataba de un pedido de anulación, por parte de ciudadanos chipriotas, de la Declaración del Eurogrupo de 25 de marzo de 2013, en la que se señalaba la celebración de un acuerdo con las autoridades chipriotas sobre los elementos esenciales de un futuro programa macroeconómico de ajuste e indicaba las medidas de reestructuración del sistema financiero a adoptar en dicho marco, incluyendo la disolución del banco Laïki, con pérdidas para accionistas y titulares de depósitos no garantizados. Los demandantes alegaban que la declaración era, en la práctica, una decisión del BCE o del BCE y de la Comisión.

La respuesta del TJ es un ejemplo claro de las consecuencias inmediatas de la transferencia de negociaciones y procedimientos de toma de decisiones de gobernanza económica fuera del marco jurídico-constitucional de la Unión. Así pues, el Tribunal recordó que *«el Eurogrupo es un foro de discusión, a escala ministerial, de los representantes de los Estados miembros cuya moneda es el euro, y no un órgano decisorio. Dicho foro informal, cuyo objetivo es facilitar el intercambio de puntos de vista en relación con determinadas cuestiones específicas de interés común a los Estados miembros que son parte de él, está dotado de cierta estructura institucional, en la medida en que dispone de un presidente elegido por una duración determinada. Pues bien, no hay ninguna razón para considerar que dicha estructura se integra en la de la Comisión o en la del BCE»*. Dijo, además, que *“de las normas relativas al Eurogrupo no se desprende que dicha entidad haya recibido una delegación de competencia de la Comisión o del BCE, contrariamente a lo que los demandantes alegan, ni que las citadas instituciones puedan ejercer competencias de control con respecto a ella o dirigirla recomendaciones y, aún menos, instrucciones vinculantes»*, razón por la cual no puede decirse que aquellos órganos controlen el grupo o que este actúe como su

³³⁰ Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Tribunal General) *Konstantinos Mallis*, proc. T-327/13, de 16 de octubre de 2014.

mandatario, no pudiendo sus declaraciones imputarse a la Comisión o al BCE.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, el TJ consideró que *«el Eurogrupo no puede ser considerado un órgano decisorio. En efecto, las disposiciones que regulan su funcionamiento no le habilitan a adoptar actos jurídicamente vinculantes. Así pues, en principio, una declaración del Eurogrupo no puede ser considerada un acto destinado a producir efectos jurídicos frente a terceros»*. Hay visibles contradicciones en este planteamiento jurisdiccional: por un lado, el Eurogrupo es un mecanismo informal, pero, por otro, tiene una estructura institucional propia que permite considerarlo un ente autónomo en relación con la Comisión y con el BCE. Además, no adopta actos jurídicamente vinculantes, a pesar de sus declaraciones taxativas, que definen, en términos inequívocos, una serie de medidas jurídico-económicas con impacto significativo en los derechos fundamentales. Finalmente, las decisiones con efectiva eficacia jurídica tampoco son atribuibles, según el TJ, a la Comisión o al BCE, así que no tienen un autor identificado sin margen para dudas.

Las decisiones del Eurogrupo son *«de carácter meramente informativo»*, relatos de *«acuerdos adoptados desde el punto de vista político»* y una exposición de su punto de vista sobre la probabilidad de adopción de determinadas medidas, pero no *«un acto que pudiera producir efectos jurídicos frente a terceros al respecto»*. Por consiguiente, las formulaciones absolutamente categóricas de las declaraciones del grupo no pueden, según el Tribunal de Justicia, *«ser consideradas separadamente, sino que deben, al contrario, ser puestas en su contexto, que pone de manifiesto claramente el carácter meramente informativo de la Declaración impugnada»*.

1.6 – ¿De la crisis de la democracia constitucional a la recuperación de la normatividad?

Todo el cuadro de indeterminación y fluidez atrás descrito culminó en una serie de procesos que demuestran el profundo daño de los elementos básicos de las democracias constitucionales de los Estados miembros y el camino de des-construcción de la propia democracia europea (con una inversión clara de la creciente importancia del Parlamento Europeo, como órgano con legitimidad democrática directa), debido al reenfoque de la política europea en el Consejo, escenario de la mayoría de las decisiones, y a la transferencia a planos informales y supranacionales de las negociaciones y de un cierto grado del poder decisorio real.

Este fenómeno tiene efectos drásticos en lo que respecta a los elementos básicos del derecho constitucional. En primer lugar, es evidente la manera profunda como la democracia pluralista se ve afectada por todo el proceso descrito. Ella no existe, por un lado, a nivel europeo, dado el segundo plano al que ha sido relegado el Parlamento y la imposibilidad de proponer y discutir visiones alternativas en el marco de los órganos informales (como el Eurogrupo) y del Consejo, como tristemente muestran los más recientes acontecimientos relativos al caso griego. Las ideologías minoritarias y los intereses, preocupaciones y problemas de los sectores sociales que las protagonizan no tienen cabida en las cámaras de discusión con real poder decisorio de la Unión Europea de hoy. No se tolera la oposición o es rápidamente silenciada. En realidad, esta es una tendencia grabada en el ADN de la Unión como proyecto político, dado que, como ya vimos, su desarrollo y éxito reside en parte, precisamente, en la posibilidad de transferir el poder de decisión soberana a un espacio libre de límites jurídico-constitucionales y en la necesidad de construir consensos a partir de los opuestos que componen las sociedades plurales.

Así pues, desde el punto de vista de las Instituciones de la UE, la afirmación de la ausencia de alternativas parece la constatación de algo obvio, de una realidad percibida como ontológica. Solo comprendiendo este hecho se pueden comprender posiciones como las de Jean Claude Juncker, que admite³³¹ claramente la intención de retirar ciertas materias del debate democrático y pluralista: *«La política monetaria es un asunto serio. Debemos discutirla en secreto, en el Eurogrupo. (...) Lo mismo se aplica a las políticas económica y monetaria en la Unión. Si indicamos posibles decisiones, estamos alimentando especulaciones en los mercados financieros e imponiendo miseria principalmente a las personas que intentamos proteger. Estoy preparado para ser insultado por ser insuficientemente democrático, pero quiero ser serio. (...) Estoy a favor de debates secretos, oscuros?»*.

Por otro lado, a nivel nacional, tanto el caso portugués como la situación griega son ejemplos clarísimos de la negación del ‘mercado de ideas’ en que debería fundarse el pluralismo democrático. En Portugal, las elecciones legislativas de 2011, que tuvieron lugar poco después de la conclusión de las negociaciones del programa de asistencia económico-financiera, fueron dominadas por el argumento de la inexistencia de alternativas. El entonces presidente del Eurogrupo, J. Juncker, pidió a las autoridades portuguesas esfuerzos de ajuste presupuestario *«gobierne quien gobierne»*. Poco antes, el Presidente de la Comisión Europea, José Manuel Barroso, había asegurado que el dimisionario primer ministro portugués había dado garantías de que fuera quien fuera el Gobierno que se formara *«Portugal cumpliría sus compromisos»* de ajuste fiscal. El presidente del Banco Central Europeo, (BCE), Jean Claude Trichet, advirtió de que *«era capital que Portugal confirme las*

³³¹ Véanse las declaraciones de Jean Claude Juncker, Presidente del Eurogrupo, en 2011, en <https://euobserver.com/economic/32222>.

*propuestas que han sido aprobadas y convenidas con la Comisión, el BCE y los líderes europeos»*³³².

El reciente ejemplo griego es aún más dramático³³³. Después de dos programas de asistencia económica y financiera, en 2010 y 2012, es innegable que la austeridad impuesta por las Instituciones Europeas a cambio de los préstamos a Atenas tuvo costes sociales elevadísimos, con un desempleo galopante, desigualdad, exclusión, pérdida de derechos sociales y pobreza. La ‘receta’ de austeridad europea se reveló incapaz de promover el crecimiento económico y la reestructuración socio-económica anunciada, así como fuertemente insensible a las consecuencias sociales trágicas a que su aplicación ha conducido.

Esto llevó, también, a cambios sociales y políticos importantes, con la decadencia de los partidos tradicionales y las ascensión de nuevos movimientos, tanto de derechas como de izquierdas. De las elecciones de enero de 2015 salió elegido un nuevo gobierno, dominado por el Partido de Syriza (de izquierdas) que, después de meses de negociaciones infructíferas con las Instituciones de la Unión (con gran protagonismo del ‘órgano informal’ del Eurogrupo), con el objetivo de prorrogar el segundo programa de asistencia, decidió convocar un referéndum para el día 5 de julio. El referéndum tenía por objeto las propuestas de los acreedores a Grecia (que, sin embargo, ya no serían válidas en esa fecha). La reacción institucional llegó de la mano del Eurogrupo, que anunció la no renovación de plan de préstamos al país, considerando que el recurso al referéndum equivalía a una ruptura unilateral de las negociaciones. Durante la semana de campaña

³³² Cfr. Diario *El País*, de 25 de marzo de 2011: http://www.elpais.com/artículo/economia/Juncker/Gobierno/quien/gobierno/Portugal/tendra/hacer/rectores/elpepueco/20110325elpepueco_1/Tes y el trabajo de BALAGUER CALLEJÓN, F. “El final de una época dorada. Una reflexión sobre la crisis económica y el declive del Derecho constitucional nacional”, en CORREIA, F. ALVES, MACHADO, J y LOUREIRO, J. C. (ed.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Coimbra Editora, 2012.

³³³ Sobre la situación en Grecia, véase ARAVANTINOUS LEONIDI, G. – “La sfida di Atene all’Europa dell’austerità: il referendum del 5 luglio 2015”, en *Federalismi.it – Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo*, N. 14/2015.

electoral, los bancos griegos permanecieron cerrados y fue impuesto el control de capitales.

El pueblo griego rechazó las propuestas europeas, con una contundente mayoría de más del 60%. La reacción europea, caracterizada por el protagonismo alemán y del Eurogrupo, en detrimento de las Instituciones de la UE, fue la de incredulidad y desconcierto. Se anunció una reunión de urgencia entre la Canciller alemana y el Presidente francés. El vicecanciller social-demócrata alemán Sigmar Gabriel declaró que *«El resultado del referéndum es triste. La vida diaria de los griegos va a ser más dura», «Tsípras ha roto los últimos puentes con Europa»* y añadió que *«tras rechazar las normas de juego de la eurozona, es difícilmente imaginable continuar negociando programas millonarios»*³³⁴. En general, los protagonistas políticos declararon respeto por la decisión popular, pero recordaron que también ellos tenían legitimidad democrática, conferida por medio de elecciones en sus propios países y que Europa está compuesta por varios, y no solo por uno, pueblos cuya voluntad debe ser respetada.

El escenario político progresa rápidamente y los líderes europeos se declararon dispuestos a financiar un tercer programa de asistencia financiera a Atenas, pero a cambio de un programa creíble de reformas y contrapartidas. Además, la posibilidad de una salida de la Grecia del Euro, forzada por ciertos acontecimientos, en particular por la falta de liquidez y la amenaza del BCE de suspender la asistencia de emergencia, se presentó cada vez más como probable. Efectivamente, el Presidente del Consejo Europeo, Donald Tusk, declaró en el final de la Cumbre Europea de 7 de julio de 2015: *«Nuestra incapacidad para llegar a un acuerdo podría dar lugar a la quiebra de Grecia y a la insolvencia de su sistema bancario. Y con seguridad, resultará muy doloroso para el pueblo griego. Pero no me cabe duda de que afectará a toda Europa, incluso desde*

³³⁴ Cfr. Diario *El País*, de 6 de Julio de 2015, en http://internacional.elpais.com/internacional/2015/07/06/actualidad/1436171251_087220.html.

el punto de vista geopolítico. Si alguien tiene la impresión de que no será así, peca de ingenuidad. La cruda realidad es que solo nos quedan cinco días para llegar al acuerdo final. Hasta ahora, he evitado hablar de plazos. Pero esta noche debo decir alto y claro que el plazo final termina esta semana. Todos somos responsables de la crisis y todos tenemos la obligación de resolverla.»³³⁵.

El 12 de julio, en el ámbito de una nueva reunión del Eurogrupo, que había empezado el día anterior, el Gobierno griego se vio obligado a aceptar un paquete de medidas más duras que las rechazadas por el voto popular a cambio de un tercer programa de asistencia económico-financiera. El conjunto de propuestas de los acreedores fue considerado como ‘punitivo’ por la prensa y por muchos de los protagonistas, e incluye medidas duras desde el punto de vista fiscal, nuevos recortes en las pensiones y la constitución de un fondo de privatizaciones. Están también previstas algunas medidas para hacer frente a las consecuencias sociales de los últimos años de austeridad, como estímulos a la creación de empleo, re-alargamiento de la cobertura del sistema nacional de salud y los acuerdos con privados, cuando el SNS no tenga capacidad de respuesta, pero sin dotación presupuestaria. En general, y desde el punto de vista jurídico-constitucional, lo más impresionante es el compromiso de las autoridades griegas de no tomar ningún tipo de medidas legislativas relativas a sectores como la banca o el sistema fiscal sin consultar con los acreedores (Comisión Europea, Banco Central Europeo, FMI y Mecanismo Europeo de estabilidad)³³⁶. Efectivamente, este tipo de cláusulas no establecen reformas, consideradas —fundamentalmente o no— indispensables para promover la eficiencia del sistema jurídico-económico y el crecimiento. Ellas tienen por objetivo

³³⁵ Cfr. Observaciones del presidente Donald Tusk sobre el resultado de la Cumbre del Euro del 7 de julio de 2015 sobre Grecia, disponibles en <http://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2015/07/07-tusk-remarks-euro-summit/>.

³³⁶ El Memorando de Entendimiento entre las Instituciones Europeas (Comisión Europea y Mecanismo Europeo de Estabilidad) puede ser encontrado en http://ec.europa.eu/economy_finance/assistance_eu_ms/greek_loan_facility/pdf/01_mou_20150811_en.pdf.

primordial eliminar el margen de actuación del gobierno griego, que depende, así, de la aprobación de instituciones externas para implementar legislación que entienda necesaria y relevante para la regulación de determinados sectores.

Los procesos portugués y griego son ejemplos, en grados distintos, de varias tendencias preocupantes. En primer lugar, del desplazamiento de parte significativa del poder decisorio del marco institucional de la Unión (que, no siendo un ejemplo de democracia y transparencia tiene, aun así, un cuadro jurídico estable y mecanismos jurisdiccionales que permiten reaccionar, aunque con presupuestos exigentes, contra normas y actos de sus Instituciones) a mecanismos sin límites jurídico-constitucionales mínimamente definidos, como las reuniones del Eurogrupo, con *reglas del juego* no escritas y dictadas casuísticamente por los participantes más poderosos. Además, la posición del TJUE, ya presentada, según la cual el Eurogrupo no tiene poder decisorio es totalmente desmentida por un análisis serio de todos los acontecimientos narrados.

En segundo lugar, estos procesos demuestran el rechazo del pluralismo en el seno del funcionamiento de las Instituciones de la UE y de sus espacios paralelos (Eurogrupo, Troika). Las posiciones de oposición ideológica a la visión dominante son casi inmediatamente rechazadas, sin que haya una verdadera discusión, en términos objetivos y razonables, sobre los conflictos y sobre las propuestas alternativas para resolverlos. No existe, tampoco, una reflexión seria, con base en los datos empíricos y en la amplia investigación realizada en los últimos años, en distintos campos científicos (Economía, Sociología, Ciencia Política, Derecho) sobre los resultados y consecuencias sociales y económicos de las políticas, cuya implementación se continúa exigiendo. La eliminación de alternativas implica, así, la eliminación práctica de la democracia. Como bien muestran los procesos descritos, la voluntad de los pueblos europeos no es un elemento

fundamental llevado en cuenta en las discusiones a nivel europeo. Efectivamente, la solución del caso griego es un ejemplo de lo peor de dos mundos, desde el punto de vista de la democracia pluralista: ni se aceptó la posición del pueblo griego, claramente expresada en el *no* del referéndum de julio de 2015; ni, por otro lado, prevaleció el supuesto rechazo de los ciudadanos de varios países del norte a la renovación de las ‘ayudas’ a Atenas, argumento siempre invocado por sus representantes. El acuerdo alcanzado no parece convencer, en definitiva, a ninguna de las partes y está muy lejos de constituir un *consenso*, una superación del conflicto determinada en términos pluralistas.

Ahora bien, como explica Balaguer Callejón, *«una restricción de las alternativas democráticas que se basa en un planteamiento inaceptable: la idea de que sólo hay un camino para salir de la crisis económica. Las discrepancias entre los economistas nos indican claramente que la política decidida, a instancias de los llamados “mercados”, por los dos Estados que lideran actualmente la Unión Europea es sólo una de entre las muchas posibles. Sin embargo, esta política se presenta como la única viable, pretendiendo ampararse en la ciencia económica la reducción de las alternativas propias de todo sistema democrático. Siendo la Constitución pluralista un marco que hace posible la diversidad de alternativas en un sistema democrático, la limitación de esas alternativas es también un factor de naturaleza constitucional. Sólo la Constitución y el poder constituyente pueden limitarlas, de manera excepcional, para impedir que se puedan poner en peligro los valores superiores que sustentan el orden democrático y que garantizan los derechos fundamentales»*.³³⁷

La negación de la existencia de alternativas llevó también, por otro lado, en España, a la *«formalización específica de ese poder externo como poder constituyente en el orden estatal»*, según palabras de Balaguer Callejón. Como es sabido, la

³³⁷ BALAGUER CALLEJÓN, F. “El final de una época dorada. Una reflexión sobre la crisis económica y el declive del Derecho constitucional nacional”, en CORREIA, F. ALVES, MACHADO, J y LOUREIRO, J. C. (ed.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Coimbra Editora, 2012.

reforma del artículo 135 de la Constitución Española³³⁸ fue iniciada en virtud de una simple carta del Presidente del Banco Central Europeo que, ejerciendo su poder de hecho, presionó abiertamente a los líderes políticos de los Estados miembros para que introdujesen la llamada ‘regla de oro’ del equilibrio presupuestario³³⁹. Así, la CE prevé, ahora, que *«el Estado y las Comunidades Autónomas no podrán incurrir en un déficit estructural que supere los márgenes establecidos, en su caso, por la Unión Europea para sus Estados Miembros»*.

Esta reforma no es pacífica, ni desde el punto de vista jurídico ni desde punto de vista económico, y el propio partido en el gobierno, en España, se había negado reiteradamente a promoverla. No fue discutida en términos abiertos y plurales, como es propio del ejercicio del poder constituyente democrático. Los intérpretes constitucionales de la sociedad abierta no pudieron expresar de forma adecuada su opinión, oír la de los demás y buscar un consenso sobre el lugar de las reglas de equilibrio presupuestario en el orden jurídico español.

Como explica Balaguer Callejón, *«la reforma ha seguido un procedimiento muy rápido, mediante el acuerdo entre el Gobierno y el principal partido de la oposición y no se ha sometido a referéndum (facultativo en este caso) por el temor a que esa apelación a la ciudadanía pudiera generar mayor inestabilidad en los mercados. Esa negativa resulta expresiva, de nuevo, del angostamiento progresivo de las condiciones democráticas y de la pérdida de calidad democrática del espacio público nacional. La sola posibilidad de realizar un acto democrático tan básico como es el sometimiento a referéndum de una reforma constitucional es vista con desconfianza y con recelo. La reforma constitucional, que afecta al artículo 135 de la Constitución Española de 1978, entró en vigor el 27 de*

³³⁸ Reforma del artículo 135 de la Constitución Española, de 27 de septiembre de 2011 (BOE de 27-9-2011).

³³⁹ La carta se ha publicado en RODRÍGUEZ ZAPATERO, J. L., *El Dilema: 600 Días de Vértigo*, Editorial Planeta, 2013. Se puede afirmar que, pese a que no había en ella una recomendación expresa de reforma constitucional, esta fue consecuencia directa de la negociación entre el Gobierno de España la carta de los Presidentes entrante y saliente del BCE. El propio autor explica que *“con la reforma buscaba fortalecer el compromiso de nuestro país con la estabilidad presupuestaria”*, y *“reforzar el apoyo de nuestros socios y de las instituciones europeas, así como dar respuesta a las expectativas de los inversores”*, al mismo tiempo que admite que *“la carta incluía también medidas excepcionales para adoptar en el mercado de trabajo que yo no estaba dispuesto a asumir”*.

septiembre, el mismo día de su publicación oficial. La reforma contiene una Exposición de Motivos sorprendente, entre otras cosas, por la apelación que se hace al principio de Estado Social como fundamento del nuevo precepto constitucional: "la estabilidad presupuestaria adquiere un valor verdaderamente estructural y condicionante de la capacidad de actuación del Estado, del mantenimiento y desarrollo del Estado Social que proclama el artículo 1.1 de la propia Ley Fundamental y, en definitiva, de la prosperidad presente y futura de los ciudadanos"»³⁴⁰.

En el plano europeo, y como ya referimos, las nuevas reglas sobre el déficit, que constan en el Pacto Fiscal Europeo, tampoco han resultado de una decisión adoptada en el marco de una reforma de los Tratados o, por lo menos, de un debate institucional transparente, sino de procedimientos ‘informales’ (una vez más), a través de los cuales ciertas autoridades europeas, excediendo de forma notable sus competencias, han recomendado a los Estados una reforma constitucional para ‘calmar a los mercados’. Es en este marco donde surge la carta de Presidente del BCE al gobierno español, un ejercicio de la *presión informal* que permite huir a los controles constitucionales dentro de la Unión —en particular, al control formal de las competencias— y, aun así, activar el poder constituyente a nivel nacional.

La reforma fue impulsada, como se ha dicho, para ‘calmar a los mercados’, con fundamento en el repetido argumento de que no había alternativa. Pues bien, como muestran varios ejemplos de otros Estados miembros, incluyendo Portugal y Holanda³⁴¹, que no han llevado a cabo las pedidas reformas constitucionales, al final, siempre hay alternativas.

³⁴⁰ BALAGUER CALLEJÓN, F. “El final de una época dorada. Una reflexión sobre la crisis económica y el declive del Derecho constitucional nacional”, en CORREIA, F. ALVES, MACHADO, J y LOUREIRO, J. C. (ed.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Coimbra Editora, 2012. Sobre la reforma constitucional española véanse también, por ejemplo, SÁNCHEZ BARRILAO, J. F., “La crisis de la deuda soberana y la reforma del artículo 135 de la Constitución Española”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N. 137, 2013; LOPEZ AGUILAR, J. F., “De la Constitución ‘Irreformable’ a la Reforma Constitucional ‘Exprés’”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, N. 29, 2012; RIDAURA MARTÍNEZ, M. J., “La Reforma Del Artículo 135 De La Constitución Española: ¿Pueden Los Mercados Quebrar El Consenso Constitucional?”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, N. 29, 2012; MEDINA GUERRERO, M., “La reforma del artículo 135 CE”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, N. 29, 2012.

³⁴¹ Sobre el caso holandés, véase REESTMAN, J-H. - The Fiscal Compact: Europe's Not Always Able to

La opinión pública, por su lado, asistió sin poder intervenir a todo el proceso a través del cual se movilizaba al poder constituyente para responder a la crisis y a los mercados³⁴², transformados en categorías centrales del equilibrio constitucional. Efectivamente, de un constitucionalismo pactado, de consenso superador del conflicto entre sectores sociales, pasamos a una especie de *constitucionalismo de necesidad*, que algunos pretenden consagrar como fundamento de una cláusula de excepcionalidad o de estado de emergencia, que permita una ponderación entre valores y derechos constitucionales claramente favorable a las exigencias de los mercados, transformados en entes antropomórficos (con ‘voluntades’ inconstantes) y casi omnipotentes³⁴³. En realidad, la invocación del estado de necesidad económica para suspender o retroceder en la protección conferida a los derechos fundamentales, y en particular a los derechos económicos y sociales, no es nueva, como muestra el trabajo de Agamben³⁴⁴; en él se menciona cómo se ha invocado, ya en varias ocasiones, el estado de necesidad fuera de situaciones catastróficas y en tiempo de paz como forma de intentar liberar a los gobiernos de las exigencias formales y materiales del constitucionalismo, reforzando los poderes del ejecutivo en detrimento de los parlamentos, más concretamente en el campo de las políticas económicas.

Ahora bien, el *quid* del problema constitucional y democrático de la Unión Europea reside aquí: en la tendencia clara para minar la calidad de la

Speak German: On the Dutch Implementing Act and the Hazardous Interpretation of the Implementation Duty in Article 3(2) Fiscal Compact, en *European Constitutional Law Review*, 9, doi:10.1017/S1574019612001253.

³⁴² Así GUILLÉN LÓPEZ - “Constitucionalismo crítico y nuevos movimientos sociales”, en GARCÍA HERRERA, M. A., ASENSI SABATER, J. y BALAGUER CALLEJÓN, F. (coord.) - *Constitucionalismo Crítico – Liber amicorum Carlos de Cabo Martín*, Tirant lo Blanch, 2015.

³⁴³ URBANO, M. B. - “Estado de crise económico-financeira e o papel do Tribunal Constitucional”, en GONÇALVES, P., GOMES, C. AMADO, MELO, H. E CALVÃO, F. (ed.) - *A Crise e o Direito Público - VI Encontro de Professores portugueses de Direito Público*, ICJP, 2013.

³⁴⁴ AGAMBEN, G. - *State of Exception*, The University of Chicago Press, 2005.

democracia pluralista y la posibilidad de controlar y exigir responsabilidad a los poderes públicos. Esta es, además, una cuestión urgente en todos los países de la Unión Europea, incluyendo Alemania, cuyo gobierno tiene un evidente peso en las Instituciones de la UE y, sobre todo, en los ‘mecanismos informales’ como el Eurogrupo. La información transmitida a la ciudadanía sobre los eventos europeos y la calidad del debate democrático producido en las esferas nacionales acerca de la crisis son, sin duda, cuestionables. Así pues, más que un conflicto entre distintas legitimidades democráticas, como se ha afirmado durante la más reciente crisis griega, lo que existe hoy en Europa es una disputa entre los representantes de intereses dominantes en los Estados más ricos y menos afectados por la crisis económica —en especial, Alemania— y la ciudadanía de los países del Sur y de parte del Este, seriamente afectados por la crisis y por la austeridad, y a quienes se han exigido recortes de prestaciones y derechos sociales impensables en el marco de otros Estados europeos.

La negación del pluralismo está conduciendo a la construcción de lo opuesto a una Europa de los pueblos: la Unión Europea de hoy es un espacio de desconfianza y reafirmación de nacionalismos, en vez de un espacio de solidaridad y soberanía compartida, con estándares elevados de protección de los derechos fundamentales y un respeto evidente por el principio de subsidiariedad. En las expresivas palabras de Balaguer Callejón: *«Frente a las presiones derivadas del proceso de globalización, las instancias supranacionales europeas están fallando de manera estrepitosa en su tarea de proteger a los Estados miembros en el marco de las obligaciones de solidaridad derivadas del proyecto común europeo. El lema de la Unión Europea: "unida en la diversidad" se ha transmutado en el lema "dividida en la adversidad" con el que se están afrontando (o, más bien, no se están afrontando en absoluto) los problemas generados por la crisis*

*económica y las presiones de los mercados. La afectación del Derecho constitucional y de la democracia pluralista es evidente*³⁴⁵³⁴⁶.

Ante este fenómeno, a los constitucionalistas les quedan dos caminos: renunciar a su papel, afirmando la primacía de la realidad económica sobre el derecho; o recuperar algunos de los mecanismos del derecho constitucional, reconstruirlos y adaptarlos a la nueva realidad supranacional, intentando también dar respuestas nuevas allí donde surjan problemas nuevos. En general, y aunque los mecanismos formales e institucionales puedan estar desajustados a la realidad contemporánea, los principios materiales —como el de igualdad— no lo están. Estos siguen siendo las claves de un desarrollo equilibrado, no solo en el plano económico, sino principalmente en el plano político y social, siendo un elemento esencial de la garantía de una vida digna y plena para el conjunto de la ciudadanía.

Así, desde un punto de vista de derecho constitucional europeo, urge denunciar las cada vez más frecuentes tentativas de fuga a los controles jurídicos supranacionales y reafirmar el sometimiento de todas las normas y actos de Instituciones europeas a los parámetros de validez de los Tratados y de la Carta de Derechos Fundamentales.

También es necesario afirmar, sin lugar a dudas, la obediencia permanente de las Instituciones comunitarias y de las autoridades nacionales al derecho y a los derechos: no hay espacios extra-jurídicos en su actuación, no hay momentos libres del derecho constitucional. Quien ejerce poderes de

³⁴⁵ BALAGUER CALLEJÓN, F. “El final de una época dorada. Una reflexión sobre la crisis económica y el declive del Derecho constitucional nacional”, en CORREIA, F. ALVES, MACHADO, J y LOUREIRO, J. C. (ed.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Coimbra Editora, 2012.

³⁴⁶ Sobre la crisis y la Unión Europea véanse también GAMBINO, S. – “Crisi Economica e Costituzionalismo Contemporaneo. Quale Futuro Europeo per i Diritti Fondamentali e per lo Stato Sociale?”, en *Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea dell'Università Kore di Enna*, www.koreuropa.eu, 2015; MICCÙ, R., Valori comuni e garanzie costituzionali in Europa: il “progetto europeo” dentro e oltre la crisi, en *federalismi.it*, 2014; SÁNCHEZ BARRILAO, J. F., “Globalización y crisis económica: sombras en la integración europea”, en *Videtur Quod: anuario del pensamiento crítico*, N. 2, 2010;.

soberanía está obligado a respetar los respectivos límites y los órganos de garantía deben confirmar esto mismo.

Además, es importante llevar a cabo un trabajo de densificación de los derechos y principios fundamentales del derecho constitucional europeo, basado en estándares elevados de derechos fundamentales y en el respeto indiscutible por el principio del nivel más elevado de protección, recogido en el artículo 53 de la CDFUE —los parámetros de protección de derechos no deben rebajarse y el nivel que más garantías asegure para el ciudadano debe imperar, en cada caso concreto—.

Por último, tiene que reconocerse que el Derecho ha sido un instrumento fundamental en todo el proceso de la crisis económica, tanto cuando es utilizado para promover o justificar algunos de los problemas relacionados con ella, como cuando su relevancia es denegada con fundamento en que determinada gama de decisiones la pertenece a un espacio de pura política, fuera de los límites de la juridicidad. La verdad es que cada ordenamiento jurídico concreto —con mayor relevancia para los ordenamientos supranacionales— es un elemento estructural de la propia crisis, al permitir determinados mecanismos, como los que producen deuda pública y privada, y al no intervenir como regulador de ciertas prácticas económicas abusivas. Como bien explica G. Teubner³⁴⁷, *«las externalidades negativas de los sistemas (...) y su potencial auto-destructivo se han tornado manifiestas con la reciente crisis de los mercados de capitales. La constitución previamente existente del mercado de capitales no es el resultado de un proceso de evolución ciego, durante el cual los mercados se globalizaron automáticamente. Eso ha sucedido con la participación activa de la política y del derecho. El desmantelamiento de las barreras nacionales y una política explícita de des-regulación llevaron a una constitución de los mercados financieros políticamente deseada y jurídicamente estabilizada, que libertó una dinámica incontrolada.*

³⁴⁷ TEUBNER, G. — *Constitutional Fragments – Societal Constitutionalism and Globalization*, Oxford University Press. 2012.

Pero la substitución de las regulaciones nacionales por reglas limitativas no estaba en la agenda política; de hecho, fue considerada contraproducente».

El restablecimiento de mecanismos jurídicos de limitación de una serie de sectores político-económicos es, así, hoy, la principal tarea del derecho constitucional. Una dimensión vital de esa limitación es, como ya se ha afirmado repetidas veces, la garantía de los derechos fundamentales, en el plano vertical y en el plano horizontal —en relación con actores privados, frecuentemente de naturaleza transnacional, cuyo potencial de violación de dichos derechos es tan relevante como el estatal—. El no ser capaz de hacerlo hará que la dinámica centrípeta de la dimensión económica transforme definitivamente el Derecho en mero instrumento de sus realizaciones.

2. Igualdad y derechos fundamentales: episodios de una crisis interminable

2.1 – Igualdad, derechos fundamentales y crisis económica; 2.2.1 – Austeridad y derecho a la educación; 2.2.1 – Austeridad y derecho a la educación; 2.2.2 – Austeridad y derecho a la salud; 2.2.3 – Austeridad, derechos, trabajo; 2.2.4 – Austeridad y derechos de seguridad social; 2.3 – Medios de tutela y garantía de derechos y de la igualdad; 2.3.1 – Tutela a nivel nacional; 2.3.2 – Tutela a nivel internacional.

2.1 – Igualdad, derechos fundamentales y crisis económica

En la segunda sección de la primera parte de este trabajo analizamos la desigualdad como problema económico y social, y se identificaron una serie de fenómenos relacionados con ella, algunas de sus causas y un conjunto de medidas que permiten reducir la brecha social que surge como consecuencia. Es sabido también que la crisis económica y, en especial, las medidas adoptadas a nivel nacional y europeo para hacerle frente han tenido una serie de consecuencias socio-económicas, como el aumento notable del desempleo y la disminución de los salarios, que agravan el escenario de desigualdad.

Llegados a este punto, cabe reflexionar un poco sobre lo ocurrido en los últimos años, en especial en los países de Europa del Sur, y sobre el impacto social, económico y jurídico-constitucional de una serie de reformas legislativas que implementan políticas de austeridad y, al mismo tiempo, conlleva una reforma profunda de derechos económicos y sociales que son los pilares del Estado social de derecho construido en la Europa de las últimas décadas. Tales derechos constituyen también instrumentos fundamentales de la realización de una cierta idea de igualdad sustancial, como dimensión fundamental del principio constitucional de igualdad, que se concreta desde un punto de vista jurídico, en la igualdad de un amplio

conjunto de derechos, a partir de los cuales se busca garantizar una verdadera igualdad de oportunidades y un amplio espacio de libre desarrollo de la personalidad de cada ciudadano.

Así pues, es importante analizar, desde un punto de vista constitucional, las reformas normativas aprobadas en los últimos años, con el propósito de reducir el gasto público, consolidar las cuentas y presupuestos de la administración pública, así como regularizar la situación económica y financiera. Como veremos, las reformas en los países del Sur tienen evidentes rasgos comunes. Elegimos tres ejemplos distintos —Portugal y Grecia, objeto de programas de asistencia económica y financiera negociados con las Instituciones Europeas y el FMI, en los cuales muchas de las reformas constituyen contrapartidas indispensables de los préstamos solicitados, y España, cuyo programa de rescate se limitó al sector de la banca, teniendo así, en teoría, un mayor margen de actuación en el diseño e implementación de las políticas públicas en tiempo de crisis—. No obstante, las diferencias entre las tres realidades son poco significativas y se justifican con las diferencias del contexto y del marco jurídico-constitucional concretos, dando prueba de innegables elementos semejantes. Las reformas se centran en la desregulación y precarización del mercado laboral, la atenuación o eliminación de mecanismos tradicionalmente favorables a los trabajadores, como la negociación colectiva, y la disminución de las prestaciones sociales, así como el cambio de sus requisitos de atribución, pasándose de un horizonte de casi universalidad a la exclusión de determinados grupos, normalmente constituidos por personas en situación particularmente vulnerable, como los migrantes o los desempleados.

No siendo posible, en un trabajo de esta dimensión, abarcar a todas las políticas públicas relativas a derechos fundamentales, elegimos algunos *episodios* de esta *crisis interminable* con consecuencias directas en derechos que

constituyen el núcleo fundamental del Estado Social: salud, educación, trabajo y seguridad social.

Es muy importante tener en cuenta, en este análisis, dos elementos. En primer lugar, que el diseño concreto de muchas de las políticas de las que nos ocuparemos ha sido hecho por las autoridades nacionales en colaboración con las Instituciones Europeas y el FMI, representados en la *Troika*. O sea, hay una dimensión supranacional y de responsabilidad compartida en las posibles violaciones de derechos que se deriven de las reformas normativas, pese a que las Instituciones lo nieguen. Esta responsabilidad compartida es una realidad a pesar de que el actual sistema político y constitucional en el marco de la Unión no se ha revelado suficiente, como se verá, para controlar la adecuación constitucional de las medidas en relación con el parámetro común Europeo —el derecho de los Tratados y de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE— dejando, así, la garantía de los derechos fundamentales exclusivamente a cargo de los mecanismos de control a nivel nacional o de mecanismos internacionales de eficacia reducida.

La segunda nota es que, teniendo en cuenta la vocación de permanencia del Derecho, los retrocesos verificados con relación a distintos derechos fundamentales perdurarán más allá del período de crisis económica aguda. Esto significa que la pérdida de normatividad de muchos derechos y los daños causados tanto a los ciudadanos como al propio proyecto constitucional europeo se mantendrán a pesar de la recuperación económica, hasta que la sociedad pueda encontrar para ellos soluciones, políticas o jurídicas.

Así pues, si el parámetro relevante es el del derecho constitucional europeo, cabe indagar acerca de la compatibilidad de estas medidas y el conjunto normativo que resulta de nuestro patrimonio constitucional, en particular del principio de igualdad, en todas sus dimensiones y

proyecciones, y más concretamente la concepción sustancial de igualdad como proyecto común, de mejoría de las condiciones de vida de los ciudadanos, en condiciones de libertad y equidad. A partir de las aportaciones tanto del derecho nacional de los Estados miembros como del derecho de la Unión Europea, tratados en las partes I y II de este trabajo, podremos preguntar entonces si es posible diseñar un parámetro constitucional que permita cuestionar la conformidad de parte de estas medidas, y los indispensables mecanismos de garantía para implementarlos.

2.1.1 – Austeridad y derecho a la educación

El derecho a la educación, incluyendo educación básica gratuita, forma inequívocamente parte del patrimonio constitucional común europeo, y es uno de los derechos-garantía del principio de igualdad, en su dimensión de igualdad sustancial o igualdad de oportunidades.

Así pues, el derecho a la educación está previsto en una serie de instrumentos de derecho internacional de que son parte los Estados miembros de la UE. En primer lugar, consta en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales³⁴⁸, donde los Estados Partes reconocen el derecho a la educación y convienen que esta *«debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales»* y *«capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos»*. En este marco, los Estados partes acuerdan que, para lograr el pleno ejercicio de este derecho, *«la enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente; la enseñanza secundaria, en sus diferentes*

³⁴⁸ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, disponible en <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>.

formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita; la enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita».

Muchos otros tratados internacionales, especialmente los firmados en el ámbito de las Naciones Unidas, mencionan directamente el derecho a la educación, como la Convención sobre los Derechos del Niño³⁴⁹ (artículos 28 y 29); la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) (artículo 10)³⁵⁰, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial³⁵¹ (artículos 5 y 7) y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad³⁵² (artículo 24).

En el marco europeo, el derecho a la educación se consagra en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en el artículo 2 del Protocolo Adicional (n.º 1). La formulación de la Carta Social Europea³⁵³ es particularmente significativa, ya que asocia el derecho a la educación al libre desarrollo de la personalidad y de las capacidades de niños y jóvenes. El artículo 17, sobre el derecho de los niños y adolescentes a protección social,

³⁴⁹ Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990, disponible en <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>.

³⁵⁰ Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), aprobada en 1979 por la Asamblea General de la ONU, entrada en vigor en septiembre de 1981, disponible en <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm>.

³⁵¹ Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965, entrada en vigor: 4 de enero de 1969, disponible en <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CERD.aspx>.

³⁵² Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, disponible en <http://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>.

³⁵³ Carta Social Europea, firmada en el marco del Consejo de Europa, en 1961, disponible en <https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Presentation/ESCRBooklet/Spanish.pdf>.

jurídica y económica, consagra, en su número 2, el compromiso de los Estados *«a garantizar a los niños y adolescentes una educación primaria y secundaria gratuita, así como a fomentar la asistencia regular a la escuela»*. La Carta Social Europea contiene aún otras disposiciones normativas relativas a la educación, concretamente sobre la prohibición del trabajo infantil, sobre el derecho a formación profesional y sobre el derecho a la educación de personas con discapacidad (artículos 7, 10 y 15). Todavía en el marco del Consejo de Europa, hay que señalar la Recomendación del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre el derecho a una educación de calidad³⁵⁴, donde se define como principio orientador básico de la organización de la educación la igualdad de oportunidades: *«una educación de calidad debe ser asegurada sin discriminación de ningún tipo y debe ser comprendida como incluyendo el acceso al sistema educativo, bien como el goce de condiciones de enseñanza y aprendizaje que razonablemente permitan a los alumnos y estudiantes completar con suceso los programas educativos en que estén inscritos»*.

Finalmente, el derecho a la educación está consagrado en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que, en el artículo 14, prevé que *«toda persona tiene derecho a la educación y al acceso a la formación profesional y permanente»* y que *«este derecho incluye la facultad de recibir gratuitamente la enseñanza obligatoria»*, así como en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores³⁵⁵, según la cual *«la realización del mercado interior debe suponer para los trabajadores de la Comunidad Europea mejoras*

³⁵⁴ Recomendación CM/Rec(2012)13 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre el derecho a una educación de calidad, adoptada a 12 de diciembre de 2012, disponible en <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=2014671&Site=CM>.

³⁵⁵ Carta comunitaria de los Derechos Sociales de los Trabajadores, adoptada en la reunión de Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros de la Comunidad Europea en diciembre de 1989, disponible en http://www2.urjc.es/ceib/espacios/panorama/instrumentos/cohesion_social/ue/documentos/Carta_DS_Trabajadores.pdf. La Carta consagra un conjunto de derechos sociales que representan los principios mínimos comunes a todos los Estados miembros de la Unión Europea (UE) y sobre los cuales se basa el modelo social y laboral europeo, retomados en el TFUE (artículo 151) y en la CDFUE.

en el ámbito social, y en particular en materia de libre circulación, condiciones de vida y de trabajo, salud y seguridad en el lugar de trabajo, protección social, educación y formación».

La educación tiene una densificación más profunda, una definición sustancial, en las constituciones de los Estados miembros de la UE, en los cuales el vínculo entre educación y promoción de la igualdad de oportunidades es claramente visible, afirmándose aquella, al impulsar la superación de las desigualdades económicas, sociales y culturales, como uno de los pilares del sistema democrático. Las formulaciones concretas son, obviamente, distintas, pero hay varios elementos comunes, derivados de todo el marco jurídico y constitucional que expusimos en particular la conexión entre educación y libre desarrollo de la personalidad, y entre educación y espíritu de tolerancia, respeto por los principios democráticos y capacidad de ejercicio de los derechos fundamentales. Así, la Constitución Española prevé que *«todos tienen el derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales»* (artículo 27.1 y 27.2); la Constitución griega afirma que *«la instrucción constituye misión fundamental del Estado, y tendrá por objetivo la educación moral, cultural, profesional y física de los helenos, así como el desarrollo de su conciencia nacional y religiosa y su formación como ciudadanos libres y responsables.»* (artículo 16.2); la Constitución italiana establece que *«la escuela estará abierta a todos»* y que *«las personas con capacidad y méritos tendrán derecho, aun careciendo de medios, a alcanzar los grados más altos de la enseñanza »* (artículo 34), y asigna al Estado la tarea de aprobar las normas generales sobre la educación e instituir escuelas estatales para todos los grados y tipos de enseñanza (artículo 33); la Constitución portuguesa, en una formulación muy completa, garantiza a todos *«el derecho a la educación y a la cultura»* y establece que incumbe al Estado promover *«la democratización de la educación y las demás condiciones para que la educación, realizada a través de la escuela y de otros medios formativos, contribuya a la*

igualdad de oportunidades, la superación de las desigualdades económicas, sociales y culturales, el desarrollo de la personalidad y del espíritu de tolerancia, de comprensión mutua, de solidaridad y de responsabilidad; al progreso social y a la participación democrática en la vida colectiva» (artículo 73, n. 1 y 2).

El patrimonio constitucional común que resulta de todas estas (y otras) normas, consagradas en diferentes instrumentos y textos que se interrelacionan en un espacio europeo de interconstitucionalidad e internormatividad es, al mismo tiempo, bastante claro y bastante denso, ya que de ella emanan una serie de mandatos constitucionales. Ante todo, la educación es un derecho fundamental y como tal, deberá ser abierto y accesible a todos. Cabe al Estado asegurar la educación básica universal y gratuita, por un número de años suficiente para garantizar, en el actual contexto socio-económico, la capacidad de participación de los ciudadanos, de forma libre, crítica, responsable y tolerante, en la vida en sociedad. El sistema educativo deberá también ser un elemento integrador, es decir, un espacio libre de discriminación (por razón de raza, género, clase social y medios económicos), capaz de promover el desarrollo de la personalidad y de las capacidades de cada persona. Efectivamente, el papel de la escuela en la construcción de una verdadera comunidad constitucional es fundamental, por lo que el sistema educativo deberá organizarse a fin de promover la integración y el conocimiento del otro en el espacio de enseñanza, siendo necesario un equilibrio entre estos principios y los derechos de los padres y la libertad de creación de instituciones privadas, con el objetivo de asegurar que los establecimientos privados no se configuren como espacios de exclusión y uniformización que comprometan la democraticidad de la sociedad y promuevan la reproducción de elites económicas y sociales³⁵⁶. Cabe al Estado, también, asegurar la educación de las personas en

³⁵⁶ En este sentido, véase el comentario de HESPANHA, A. al “Artículo 14 – Derecho a la educación”, en SILVEIRA, A. y CANOTILHO, M. (coord.) – *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*, Almedina, 2013.

condiciones de igualdad, lo que exige las adaptaciones jurídicas e institucionales indispensables para garantizar el goce efectivo del derecho por parte de todos, incluyendo los niños y jóvenes con discapacidades o necesidades educativas especiales.

Con un cuadro jurídico y constitucional así de claro y considerado, además, en el ámbito de la Unión Europea como objetivo y elemento indispensable de construcción de un mercado común, no deja de ser impresionante la forma como las medidas de austeridad han afectado, de forma profunda, el derecho a la educación, siendo particularmente afectadas las minorías étnicas y los sujetos más débiles, como los estudiantes con discapacidades. El escenario es semejante en muchos países europeos, en particular en los más afectados por la crisis económica. Los recortes en educación son también una exigencia común a los memorandos de entendimiento firmados entre autoridades nacionales y la Troika (BCE, Comisión Europea y FMI), sin que las imposiciones constitucionales que vinculan a las dos primeras instituciones de la tríade en relación con el derecho a la educación parezcan haber sido tomadas en consideración en el diseño de las políticas públicas exigidas a los Estados intervenidos. Los ejemplos siguientes son dilucidadores.

a) Portugal

En Portugal³⁵⁷, el impacto de la crisis en los niños ha sido especialmente grave. El último informe de UNICEF³⁵⁸ advierte de la elevada tasa de

³⁵⁷ Portugal ha sido objeto de un programa de asistencia económica y financiera de la Troika (Comisión Europea, Banco Central Europeo y FMI), que ha asumido la forma de un acuerdo, firmado en 2011, en el cual el país se comprometió a implementar una serie de medidas y políticas de austeridad, a cambio de un préstamo de 78 mil millones de euros; el programa comprende varios documentos, el *Memorandum of Economic and Financial Policies*, disponible en http://www.portugal.gov.pt/media/371354/mefp_20110517.pdf; el *Technical Memorandum of Understanding*, disponible en http://www.portugal.gov.pt/media/371360/tmou_20110517.pdf; y el *Memorandum of Understanding on Specific Economic Policy Conditionality*, disponible en http://www.portugal.gov.pt/media/371369/mou_20110517.pdf.

pobreza entre los menores y de las consecuencias directas que las reformas en las prestaciones sociales han tenido en los ingresos y la situación social y económica de las familias con hijos. Han sido especialmente impactantes los cambios en el subsidio de desempleo y en la renta social de inserción (renta mínima) que han hecho que miles de familias hayan perdido una fuente de ingresos. Por otra parte, tanto la crisis económica en sí misma, como las medidas de austeridad aplicadas están relacionadas con importantes retrocesos en la protección de los derechos fundamentales de los niños a la salud y educación, vivienda y alimentación.

Los problemas relativos al derecho fundamental a la educación guardan una estrecha relación con la disminución de recursos dedicados a esta política pública, especialmente a las escuelas públicas. Los gastos del Estado con educación sufrieron un recorte abrupto del 4,8% al 3,9% del PIB entre 2010 y 2012, volviendo a aumentar al 4,2% en 2013³⁵⁹. Estos recortes están en consonancia con lo acordado en el Memorando de la Troika, que preveía la reducción de costes en el área de la educación, con un ahorro de por lo menos 195 millones de euros, a través de la racionalización de la red escolar, de la reducción de personal, gastos centralizados y recorte de las transferencias para colegios concertados.

Para alcanzar estos objetivos, el Gobierno adoptó una serie de medidas con un serio impacto en la calidad del sistema educativo y en el acceso de los menores a una educación digna y que promueva la igualdad de oportunidades. En consecuencia, se aumentó el número de alumnos por clase (de 24 a 26 en primaria y de 28 a 30 en educación secundaria); se

³⁵⁸ Comité Portugués para UNICEF, *As Crianças e a Crise em Portugal - Vozes de Crianças, Políticas Públicas e Indicadores Sociais*, 2013, citado, y el Informe *Ending child poverty in Europe – Report of the Committee on Social Affairs, Health and Sustainable Development, Parliamentary Assembly of the Council of Europe*, Doc. 13458, 21 de marzo de 2014, disponible en <http://www.assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileyd=20565&lang=en>.

³⁵⁹ PORDATA, Despesas do Estado em educação: execução orçamental em % do PIB – Portugal disponible en <http://www.pordata.pt/Portugal/Despesas+do+Estado+em+educacao+execucao+orcamental+em+percentagem+do+PIB-867>.

alargaron los horarios de los profesores y muchos fueron despedidos, a causa de la disminución de actividades en las escuelas y de la disminución del apoyo extra prestado a estudiantes con dificultades³⁶⁰.

La creación de un nuevo sistema de gestión de las escuelas, basado en grandes grupos de establecimientos de enseñanza bajo la misma dirección, con un claro refuerzo de los poderes de los directores y un retroceso en los mecanismos de gestión democrática ha sido otra de las consecuencias de las reformas del sistema educativo. Al mismo tiempo, en lo que respecta a la organización del currículo escolar, se nota una disminución significativa de las horas dedicadas al deporte, música, artes y educación para la ciudadanía, y un aumento atribuido a Portugués (lengua materna) y a Matemáticas³⁶¹.

Particularmente problemática desde un punto de vista de los derechos fundamentales es la gran reducción de mecanismos de integración y ayuda a niños y jóvenes con necesidades especiales o discapacidades. Aunque el número de afectados por este tipo de problemas matriculados en el sistema público de enseñanza haya aumentado (de 62.100 en 2012/2013 a 65.000 en 2013/2014), los recursos a ellos dedicados han disminuido de forma notoria. El número de profesores de educación especial en las escuelas públicas ha sufrido un recorte del 6,23% y el número de otros profesionales, tales como logopedas, fisioterapeutas, psicólogos y otros, ha caído un 16,24%³⁶². Esta situación es dramática, no solo por el perjuicio evidente para el desarrollo armonioso de los menores, sino también desde un punto de vista estrictamente jurídico-constitucional. Teniendo en cuenta el catálogo

³⁶⁰ Observatório de Políticas de Educação e de Formação, *O estado da educação num estado intervencionado – Portugal 2014* disponible en <http://www.op-edu.eu/media/O%20ESTADO%20DA%20EDUCACAO%20NUM%20ESTADO%20INTERVENCIONADO.pdf>.

³⁶¹ Observatório de Políticas de Educação e de Formação, *O estado da educação num estado intervencionado – Portugal 2014*, citado.

³⁶² Conselho Nacional de Educação, *Estado da Educação 2013*, disponible en <http://www.cnedu.pt/content/noticias/CNE/Estado-da-Educacao-2013-online-VE.pdf> y datos del Ministerio de Educación y Ciencia, disponibles en <http://www.dgeec.mec.pt/np4/224/>.

nacional de derechos fundamentales, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y muchos de los tratados internacionales que constituyen el patrimonio constitucional europeo, se puede decir que es difícil imaginar una categoría de sujetos de derechos más digna de especial protección que estos niños. Ante todo porque son niños, pero también porque son ciudadanos con discapacidades, lo que los hace doblemente vulnerables y refuerza su derecho a prestaciones estatales en el marco del Estado Social. Que esta especial protección constitucional no haya podido evitar que hayan sufrido tan directamente a causa de las medidas de austeridad y los recortes es significativo y merece reflexión.

En general, queda claro que los cambios en la política pública de educación y en las normas jurídicas a través de las cuales esta es implementada han tenido un impacto visible en la calidad del sistema y en los recursos disponibles, particularmente en los colegios públicos. El año académico de 2014/2015 empezó con una serie de problemas, en particular con la falta de profesores y auxiliares en muchas escuelas, debida a la prohibición en vigor de nuevas admisiones para función pública, lo que impide la contratación permanente de docentes y obliga a su renovación anual. Las escuelas de enseñanza artística y los conservatorios de música también se han visto muy afectados. Es difícil prever las consecuencias a medio y largo plazo de la continuación de este tipo de políticas y normativas públicas.

b) Grecia

En Grecia³⁶³, la situación es semejante³⁶⁴. Aunque la versión inicial del programa de ajuste de 2010 nada preveía en relación con reformas del

³⁶³ Grecia también ha sido objeto de tres programas de asistencia económica y financiera de la Troika (Comisión Europea, Banco Central Europeo y FMI), estando el tercero, firmado en agosto de 2015, aún en curso. Los dos primeros programas, aquí analizados, asumieron la forma de acuerdos, firmados en 2010 y

sistema educativo, las sucesivas reformas han incluido sugerencias e imposiciones a este respecto, como la revisión de los *currícula*, la introducción de un sistema de evaluación de profesores, la extensión del horario de las escuelas, la fusión de instituciones de enseñanza (cerca del 30%), así como el cierre de centenares de pequeñas escuelas. La quinta revisión del programa señalaba como objetivos de las reformas del sistema educativo la disminución de la concentración y centralización de competencias, de la ineficiencia en el uso de recursos y de las reglas impuestas a las escuelas privadas.

El programa de ajuste de 2012, a su vez, imponía la reducción de gastos del Ministerio de Educación (incluyendo salarios de profesores de educación secundaria y universitaria y costes operacionales de las escuelas), mejoras en la efectividad y eficiencia del sistema educativo y la liberalización de la creación de escuelas en varios grados y tipos de enseñanza y formación profesional.

La primera consecuencia de las medidas de austeridad y del esfuerzo de consolidación fiscal en Grecia fue la caída significativa de la inversión en educación, a partir de 2010. El país presenta uno de los recortes más significativos en educación de toda la Unión Europea³⁶⁵, que incluyen la disminución salarial de los profesores, cuando hasta el inicio de la crisis era uno de los países en los que se registraba un mayor aumento de los gastos

2012, respectivamente, en los cuales el país se comprometía a implementar una serie de medidas y políticas de austeridad, a cambio de 110 mil millones de euros (primer programa) y de 130 mil millones adicionales (segundo programa). Los documentos relativos al primer programa de ajuste económico para Grecia pueden encontrarse en http://ec.europa.eu/economy_finance/publications/occasional_paper/2010/pdf/ocp61_en.pdf y los documentos relativos al segundo programa están disponibles en http://ec.europa.eu/economy_finance/publications/occasional_paper/2012/pdf/ocp94_en.pdf.

³⁶⁴ Véase el informe de KALTSOUNI, S., KOSMA, A., Milieu Ltd - *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU - Country Report on Greece*, Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, European Parliament, European Union, Brussels, 2015; que seguiremos en este punto.

³⁶⁵ Véanse el Informe de la OCDE - *Education at a Glance 2014, OECD Indicators*, OECD Publishing, 2014, <http://dx.doi.org/10.1787/eag-2014-en> y KALTSOUNI, S., KOSMA, A., Milieu Ltd - *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU - Country Report on Greece*, Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, European Parliament, European Union, Brussels, 2015.

en este sector. La disminución del presupuesto atribuido al Ministerio de Educación deberá mantenerse en los próximos años.

La racionalización de la red de escuelas llevó, como ya referimos, a la fusión y cierre de muchas instituciones de enseñanza. Esto provocó cambios significativos en las escuelas, aumentando, en consecuencia, las quejas de jóvenes y niños que acusan los impactos negativos de esta medida en sus escuelas y en el proceso de aprendizaje. La fusión ha implicado el aumento de número de alumnos por clase, que repercute negativamente en la calidad de la educación.

Además, con la reducción del número de escuelas, muchos estudiantes tienen, hoy, que recorrer distancias significativas para llegar a su nuevo centro de enseñanza. Esto ha traído consigo también problemas de acceso al transporte escolar y a su propio funcionamiento, que ha afectado en particular a los alumnos que frecuentan clases especializadas de artes, centralizadas regionalmente, y los niños de minorías étnicas, como los romaní, que residen en campamentos aislados.

Especialmente afectados por las medidas de austeridad han sido igualmente los niños con discapacidades. En los últimos años, el Estado no ha tomado en cuenta las obligaciones derivadas de la necesidad de atribución de recursos suficientes a la educación especial, lo que se ha agravado con el deterioro del contexto económico. Así, los niños con discapacidades y necesidades educativas especiales han sufrido con retrasos sucesivos en el inicio de los periodos lectivos, la falta de profesores y personal cualificado, los retrasos en la atribución de apoyos adicionales, la falta de plazas en escuelas apropiadas, así como de soluciones para el transporte, lo que penaliza gravemente a los niños cuyos padres no pueden asegurar el transporte de sus hijos, que pueden ver completamente impedido su acceso a la educación.

El Gobierno griego aprobó también una serie de medidas de reducción del número de funcionarios, que afectó significativamente a las escuelas. La restricción a la contratación de nuevos funcionarios y las reducciones en el reclutamiento de profesores temporales, tuvo como resultado ahorros presupuestarios, pero igualmente la transferencia de muchos profesores y funcionarios auxiliares a otros sectores administrativos. El resultado de esta política, a que se suman las grandes reducciones en los fondos disponibles para cubrir los gastos operacionales de las escuelas, fue la falta repetida de profesores en los últimos años lectivos y serias dificultades, por parte de las instituciones educativas, de garantizar las necesidades básicas de sus alumnos.

c) España

Al contrario de los países antes mencionados, España no fue objeto de un programa de ajuste económico negociado con la Troika³⁶⁶ que exigiera contrapartidas y reformas de las políticas públicas de educación. Sin embargo, las medidas adoptadas para promover la eficiencia de los gastos en el sector educativo son bastante similares a las de sus congéneres del sur de Europa, así como las consecuencias negativas para la calidad e igualdad en la educación³⁶⁷.

Así pues, el presupuesto destinado a educación sufrió recortes y, asimismo, se adoptaron una serie de medidas adicionales con el propósito de aumentar la eficiencia y reducir los gastos. Una de las medidas generales que afectó al sector, y en particular a los profesores, fue la reducción de los

³⁶⁶ España tuvo un Programa de ajuste para el sector financiero, en 2012, negociado después del pedido de asistencia financiera externa de 100 mil millones, bajo la forma de una línea de crédito, de la cual se pidieron solamente 41.300 millones de euros, para la recapitalización y reestructuración del sector financiero español. Los principales documentos están disponibles en http://ec.europa.eu/economy_finance/publications/occasional_paper/2012/pdf/ocp118_en.pdf.

³⁶⁷ Véase el Informe de FREIXES SANJUÁN, T. y LLADÓS VILA, J. - *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU - Country Report on Spain*, Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, European Parliament, European Union, Brussels, 2015, que seguiremos de cerca.

salarios de los funcionarios en un 5% (de media). Además, se aumentó la ratio de estudiantes-por-profesor hasta un 20%, permitiendo un mayor número de alumnos por clase (25 en primaria y 30 en la educación secundaria). Se limitaron también las nuevas contrataciones, que se vieron congeladas o reducidas a una proporción muy pequeña con respecto a los profesionales que abandonan los servicios, en general por jubilación.

Los recortes en los presupuestos de educación llevaron igualmente a una disminución significativa del número de becas y ayudas de estudio disponibles en los últimos años, tanto en número absoluto como en cantidad de dinero atribuida.

Más aún, los fondos operacionales de las escuelas e institutos, en especial destinados a los comedores escolares, fue reducida drásticamente —entre el 30% al 50%— en varias comunidades autónomas, lo que ocasionó un impacto muy negativo en relación con la nutrición de un número creciente de niños de familias necesitadas. Además, en lo que respecta a los libros de texto, un gasto muy significativo para muchas familias, el objetivo parcial de gratuidad de los libros de texto ha sufrido un importante retroceso tanto en el importe de los fondos globales destinados a este fin como en el porcentaje de beneficiarios del mismo respecto a la población escolar total. Este hecho ha dado origen una intervención del Defensor del Pueblo, que exhorta a las autoridades públicas a *«mantener los programas y sistemas de apoyo a la gratuidad en la enseñanza obligatoria, en el marco del respeto al precepto constitucional que la establece y al principio de equidad que preside nuestro sistema educativo. A tal efecto, debe tomarse en consideración el elevado coste que a medio y largo plazo puede tener la reducción de las ayudas educativas, en la medida en que comprometan el desarrollo de los alumnos y su adecuada formación, que son objetivos básicos de las enseñanzas obligatorias»*³⁶⁸.

³⁶⁸ Véase el Estudio del DEFENSOR DEL PUEBLO – *Gratuidad de los Libros de Texto: programas, ayudas, préstamos y reutilización*, 2013, disponible en <https://www.defensordelpueblo.es/wp->

De manera muy semejante a países bajo intervención económica y financiera externa como Portugal, los recortes en políticas públicas de igualdad, en particular en los sectores de la salud y educación y en las prestaciones de seguridad social a las familias, han afectado de forma no proporcional a los niños, típicos sujetos débiles, merecedores de especial protección en el ámbito de los derechos fundamentales. La tasa de pobreza infantil en España llegó a los 30.6% en 2011, 10 puntos más que el nivel de 2008. Todo el marco de necesidad e inestabilidad que afecta la vida de muchos niños y jóvenes está asociada a la caída de los resultados escolares y al declive de la calidad —y de la igualdad— del sistema educativo, lo que afectará probablemente el desarrollo económico y social del país.³⁶⁹

2.1.2 – Austeridad y derecho a la salud

El derecho a la salud es otro de los derechos-garantía del principio de igualdad que integra el patrimonio constitucional común europeo y que ha sido, además, objeto de preocupación y materia de legislación adoptada en el marco de la Unión Europea en los últimos años. Hay un marco constitucional claro, constituido por las normas de derecho constitucional del espacio europeo y de los espacios nacionales, sin olvidar la influencia y la importancia de las normas de derecho internacional sobre la materia.

El derecho a la salud, que incluye el derecho de acceso a cuidados de salud de calidad, apropiados y asequibles, es un derecho humano básico y que guarda una conexión clara con el principio de igualdad, por un lado, porque la garantía de acceso a cuidados de salud, tratamientos, medicamentos y curas es esencial para garantizar un nivel mínimo de igualdad de oportunidades; y por otro, porque, según datos de la

<content/uploads/2015/05/2013-11-Gratuidad-de-los-libros-de-texto-programas-ayudas-pr%C3%A9stamos-y-reutilizaci%C3%B3n.pdf>

³⁶⁹ De nuevo, FREIXES SANJUÁN, T. y LLADÓS VILA, J. - *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU - Country Report on Spain*, Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, European Parliament, European Union, Brussels, 2015.

Organización Mundial de Salud, millones de personas son empujadas debajo de la línea de pobreza a causa del endeudamiento por gastos con la sanidad. El endeudamiento tiene efectos sociales y económicos perversos, como vimos en la parte I de este trabajo, y refuerza el círculo vicioso de causas y consecuencias que favorecen la desigualdad.

El Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas elaboró, en el año 2000, un comentario al derecho a la salud³⁷⁰ en el cual señala algunos puntos importantes relativos al contenido normativo del derecho a la salud que resulta de lo dispuesto en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Precisa, ante todo, que el derecho contiene pretensiones positivas y negativas. Así, se incluyen en su densificación tanto la libertad de controlar el propio cuerpo y la propia salud, y el derecho a no sufrir interferencias de las autoridades públicas que afecten la salud, como el derecho a un sistema de sanidad capaz de garantizar igualdad de oportunidades para que las personas gocen del más alto grado posible de salud.

La Constitución de la Organización Mundial de la Salud³⁷¹ define, en su preámbulo, la salud como *«un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades»*. Y añade que *«el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social. La salud de todos los pueblos es una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad, y depende de la más amplia cooperación de las personas y de los Estados. Los resultados alcanzados por cada Estado en el fomento y protección de la salud son valiosos para todos»*. La llamada de atención sobre la cuestión de la desigualdad en

³⁷⁰ *General Comment No. 14*, Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Economic and Social Council, United Nations, E/C.12/2000/4 11 August 2000, disponible en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G00/439/34/PDF/G0043934.pdf?OpenElement>.

³⁷¹ Constitución de la Organización Mundial de la Salud, adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York en 1946, entrada en vigor en 1948, disponible en <http://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd47/SP/constitucion-sp.pdf?ua=1>.

materia de salud y sanidad, así como de la importancia de medidas sociales a par de medidas sanitarias para asegurar políticas que puedan garantizar la salud de la población son bastante claras: *«la desigualdad de los diversos países en lo relativo al fomento de la salud y el control de las enfermedades, sobre todo las transmisibles, constituye un peligro común. El desarrollo saludable del niño es de importancia fundamental; la capacidad de vivir en armonía en un mundo que cambia constantemente es indispensable para este desarrollo. La extensión a todos los pueblos de los beneficios de los conocimientos médicos, psicológicos y afines es esencial para alcanzar el más alto grado de salud. Una opinión pública bien informada y una cooperación activa por parte del público son de importancia capital para el mejoramiento de la salud del pueblo. Los gobiernos tienen responsabilidad en la salud de sus pueblos, la cual sólo puede ser cumplida mediante la adopción de medidas sanitarias y sociales adecuadas».*

Por otro lado, el derecho a la salud es interpretado como un derecho inclusivo, que incorpora no solo los cuidados de salud, entendidos en sentido estricto, sino también los determinantes socio-económicos de la salud, como el acceso a agua potable y saneamiento adecuados, una porción adecuada de comida sana y nutritiva, vivienda adecuada, ocupación sana y buenas condiciones medioambientales y, por último, acceso a educación e información sobre problemas de salud, que promuevan la participación igualitaria de los ciudadanos en todas las decisiones tomadas sobre cuestiones relativas a esta materia.

Los servicios de sanidad deben, señala el Comentario, reunir algunas condiciones esenciales: la *disponibilidad*, de servicios y programas de calidad en el espacio nacional; la *accesibilidad*, a todos, sin condiciones discriminatorias y sin obstáculos físicos, económicos e informativos; la *aceptabilidad*, es decir, la capacidad de reconocer y respetar las diferencias y las carencias de los individuos y las comunidades concretas; y, finalmente, la *calidad*. Estas características son importantes y definen los elementos básicos de los sistemas de sanidad, permitiendo adecuar las estructuras y el marco

institucional, jurídico y económico a estas exigencias. Ellas constituyen también un cuadro conceptual útil para comprender y evaluar los sistemas de garantía de otros derechos fundamentales, como el derecho a la educación.

El derecho a la salud está previsto, además, en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, según el cual se reconoce el derecho universal al más alto grado posible de salud física y mental. Para ello, los Estados se comprometen a adoptar medidas de garantía de la efectividad del derecho, entre las cuales deben figurar la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad, la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales; la reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños (artículo 12).

El derecho aquí mencionado está asimismo consagrado en otros tratados, en el plano del derecho internacional, como la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 24) y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) (artículos 11 y 12).

En el marco europeo, es de destacar la Carta Social Europea, que establece, entre sus principios fundamentales, el reconocimiento de que *«toda persona tiene derecho a beneficiarse de cuantas medidas le permitan gozar del mejor estado de salud que pueda alcanzar»*; para ello, la Carta instituye el derecho a la salud, que debe ser garantizado por los Estados a través de medidas que sean capaces de eliminar, en lo posible, las causas de una salud deficiente; debe aún establecer servicios educacionales y de consulta dirigidos a la mejora de la salud y a estimular el sentido de responsabilidad individual en lo concerniente a la misma; y finalmente, prevenir, en lo posible, las enfermedades epidémicas, endémicas y otras, así como los accidentes.

Además, es indispensable referir que el derecho a la salud está hoy consagrado en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, en el artículo 35, que prevé el derecho de beneficiarse de cuidados médicos, según las legislaciones y prácticas nacionales, así como la obligación de la Unión de asegurar, en todas sus políticas, un nivel elevado de protección de la salud (una manifestación interesante de la técnica de *mainstreaming*, anteriormente presentada).

Las constituciones de los Estados confirman y desarrollan la concepción del derecho a la salud que emana de los tratados internacionales, y disponen sobre la organización de los sistemas públicos de sanidad. La Constitución portuguesa consagra el derecho en su artículo 64, que establece que *«todos tienen derecho a la protección de la salud y el deber de defenderla y promoverla»*. Para ello, está prevista la creación de *«un servicio nacional de salud universal, general y, atendiendo a las condiciones económicas y sociales de los ciudadanos, tendente a la gratuidad»*, pero también *«la creación de condiciones económicas, sociales, culturales y medioambientales que garanticen, especialmente, la protección de la infancia, de la juventud y de la vejez»* y la *«mejora sistemática de las condiciones de vida y trabajo»*. Las normas constitucionales portuguesas son detalladas en lo que respecta a las garantías del derecho a la salud y designan como prioridad estatal *«el acceso de todos los ciudadanos, independientemente de su condición económica, a los cuidados de medicina preventiva, curativa y de rehabilitación»*, así como *«una cobertura racional y eficiente de todo el país en recursos humanos y unidades sanitarias»* y la *«socialización de los costes de los cuidados médicos y de los medicamentos»*. La Constitución española reconoce (en el artículo 43) *«el derecho a la protección de la salud»* y establece que *«compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios»*. Este tipo de fórmula es más habitual y se repite en la gran mayoría de las constituciones europeas, que afirman la obligación estatal de proteger la salud de los ciudadanos y organizar los servicios sanitarios y las prestaciones de sanidad (artículo 21 de

la Constitución griega, artículo 23 de la Constitución belga, artículo 32 de la Constitución italiana).

a) Portugal

La vulneración del derecho a la salud durante el periodo de la crisis es una de las principales quejas de los ciudadanos, en particular de las personas mayores y de los enfermos crónicos. Los últimos años han estado marcados por el cierre de hospitales y centros de salud del Servicio Nacional de Salud, por el aumento de las tasas de copago y la fuerte reducción de las ayudas del Estado para el transporte de enfermos no urgentes. Naturalmente, todo esto hace más difícil el acceso a las prestaciones de sanidad, en especial para los ancianos que viven en pueblos más aislados, poniendo en duda la efectividad de su derecho fundamental a la salud. La cuestión de la desigualdad en este acceso es un problema discutido a nivel político y jurídico³⁷².

El Observatorio Portugués de los Sistemas de Sanidad critica las políticas de sanidad que fueron seguidas en el periodo analizado, en particular después del año 2011, al considerar que fueron mal diseñadas por no definir un plan general que garantice su sostenibilidad a largo plazo, no solamente desde un punto de vista económico, sino también desde una perspectiva social y de derechos fundamentales³⁷³. Las iniquidades en la distribución de servicios y prestaciones de sanidad se han agravado, y la localización geográfica, la edad y la clase social se han convertido en factores

³⁷² Véanse los Informes *Health at a Glance: Europe 2014*, OECD Publishing 2014, en http://dx.doi.org/10.1787/health_glance_eur-2014-en; Observatório Português dos Sistemas de Saúde, *Relatório de Primavera 2012 – Crise & Saúde - Um país em sofrimento*, 2012, disponible en <http://www.observaport.org/sites/observaport.org/files/RelatorioPrimavera2012.pdf>; y Gulbenkian Platform for a Sustainable Health System, *Um futuro para a Saúde – todos temos um papel a desempenhar*, 2014, disponible en http://www.gulbenkian.pt/mediaRep/gulbenkian/files/institucional/FTP_files/pdfs/FuturodaSaude2014/RelatorioFuturodaSaudePT2014/index.html.

³⁷³ Observatório Português dos Sistemas de Saúde, *Relatório de Primavera 2012 – Crise & Saúde - Um país em sofrimento*, citado, y *Relatório de Primavera 2014 – Saúde, Síndrome de Negação*, 2014, disponible en <http://www.observaport.org/sites/observaport.org/files/RelatorioPrimavera2014.pdf>.

determinantes que repercuten en el acceso, más o menos difícil, a la salud. El Informe de 2012 del Observatorio de los Sistemas de Sanidad advierte de que el Memorando de la Troika afecta la salud y al sistema de sanidad de diversas maneras. En primer lugar, debido al evidente empobrecimiento, al aumento del desempleo y al endeudamiento de las familias que tienen efectos negativos en el estado de salud de los ciudadanos. En segundo lugar, a causa de la presión para disminuir el gasto del Estado con el Sistema Nacional de Salud. Por último, a través del impacto que han tenido en los servicios públicos de sanidad la reducción de los ingresos de las familias y el aumento del coste de vida, asociados a los nuevos valores del copago. Esto lleva a que se plantee una importante cuestión constitucional, que es la necesidad de tener en cuenta múltiples factores y no solamente un criterio financiero en la toma de decisiones sobre las políticas de sanidad. Principios fundamentales básicos como la universalidad, equidad y proporcionalidad, así como el impacto de cada medida concreta en el derecho a la salud de los ciudadanos han de ser considerados a la hora de evaluar la viabilidad y eficacia de las medidas adoptadas.

Las reformas adoptadas en relación con el Servicio Nacional de Salud portugués han tenido un impacto significativo en su funcionamiento, así como en su capacidad de cobertura universal. El gasto público con el SNS disminuyó visiblemente entre 2009 y 2012, comprometiendo la cantidad y calidad de las prestaciones, y consecuentemente, aumentando la presión sobre los profesionales de la salud ³⁷⁴. Son varios los hechos que nos permiten confirmar esta afirmación, entre los cuales: la disminución del número de consultas en los servicios públicos de salud; la disminución del número de niños hasta 13 años con plan nacional de vacunación al día; la

³⁷⁴ PORDATA, *Despesa total e com pessoal ao serviço - Continente - Portugal*, disponible en <http://www.pordata.pt/Portugal/SNS+despesa+total+e+com+pessoal+ao+servico+++Continente-330>.

reducción del número de cirugías y de urgencia en varios hospitales, y la reducción de transporte de los enfermos no urgentes³⁷⁵.

Entre las principales medidas aplicadas al sector de la sanidad más criticadas está el nuevo modelo de gestión centralizada de unidades hospitalarias, la falta de atención y cuidados disponibles para enfermedades mentales, la no consideración de los cambios en los hábitos alimentarios de la población debido a la crisis y la negación de las evidencias del impacto de la crisis económica en la vida de las personas, sin establecer medidas adicionales de apoyo.

El encierre de hospitales, maternidades y unidades de cuidados primarios o centros de salud ha sido probablemente una de las medidas más criticada por ciudadanía, tanto política como jurídicamente. Y esto cuando aún no se hace sentir el impacto de la reorganización de la red de hospitales del SNS y respectivos servicios; según la reforma normativa que está en curso, y que deberá terminarse hasta el final del año de 2015³⁷⁶, solo 13 hospitales en todo el país serán de nivel II o superior, es decir, solo esos 13 tendrán servicios de especialidad, como oftalmología, cardiología, neonatología, ginecología y obstetricia o urología. Esto implicará un aumento de la desigualdad en el acceso a cuidados especializados y forzará a las poblaciones del interior del país, especialmente las que está más aisladas y lejos de los grandes centros urbanos, a recorrer distancias significativas, y sin una red adecuada de transportes públicos. Sabemos que, en muchos casos, los ciudadanos en esa situación serán personas mayores que necesitan cuidados continuados. Así, el daño que todo lo descrito ocasiona en la efectividad del derecho a la salud parece evidente.

Directamente relacionado con la cuestión referida está el problema de los cambios normativos relativos a la participación del Estado en los gastos

³⁷⁵ Observatório Português dos Sistemas de Saúde, *Relatório de Primavera 2012 – Crise & Saúde - Um país em sofrimento*, 2012, citado y *Relatório de Primavera 2014 – Saúde, Síndrome de Negação*, 2014, citado.

³⁷⁶ Véase la Portaria 82/2014, de 10 Abril.

con el transporte en ambulancia de enfermos no urgentes; al contrario de lo que sucedía antes, en la actualidad el gasto de dicho transporte es costeado, parcialmente, por el paciente, salvo que demuestre que carece de capacidad o disponibilidad económica para ello.

Otro tema preocupante es el enorme aumento de las tasas de copago en el Sistema Nacional de Salud, aprobado en respuesta a una exigencia del Memorando³⁷⁷. El número exenciones ha disminuido considerablemente a causa de la reducción del número de categorías de ciudadanos exentos del copago. Ahora, solamente los niños hasta 12 años, los desempleados con subsidios inferiores a 650 euros están exentos de la obligación del pago de las tasas de sanidad. Estas tasas se aplican a los cuidados primarios, cuidados urgentes, internamiento en hospital de día y por cada examen o procedimiento terapéutico llevado a cabo en los servicios públicos; a las cuales se aplican valores que pueden llegar a los 20 euros por consulta urgente o 50 euros por exámenes o terapias adicionales (lo que es un valor significativo en un país cuyo salario mínimo es de cerca de 500 euros y el salario medio ronda los 1.000 euros).

b) Grecia

La garantía del derecho a la salud en Grecia, después de la adopción de las medidas de austeridad impuestas por los sucesivos Memorandos, se ha visto seriamente afectada. Aunque los recortes hayan permitido reducir los gastos públicos con el sistema de sanidad y, de esa forma, contribuir a la consolidación del déficit presupuestario del país, la verdad es que las medidas adoptadas han provocado inestabilidad en la prestación de asistencia sanitaria, la interrupción de cuidados primarios en algunas unidades de salud, el aumento de gastos para el ciudadano (con tasas de

³⁷⁷ Decreto-Ley 113/2011, 29 Noviembre, Decreto-Ley 128/2012, 21 Junio, Ley 51/2013, 24 Julio y Decreto-Ley 117/2014, 5 Agosto.

copago, a veces elevadas, para el uso de los servicios sanitarios y visitas al hospital, así como por el aumento de la contribución privada en los gastos con medicamentos, materiales y servicios de salud) y un número creciente de personas que no ven atendidas sus necesidades de salud, muchas de ellas porque han perdido la cobertura de los servicios públicos³⁷⁸.

La crisis no solo ha afectado al derecho a la salud, tal y como hemos visto anteriormente. Algunos autores se atreven, incluso, a afirmar que se ha producido un aumento de las enfermedades, especialmente entre los grupos más vulnerables de la sociedad, como los ancianos, desempleados y enfermos crónicos³⁷⁹. El deterioro de la salud mental de los ciudadanos también es notable, con aumentos de casi un 5% en la depresión profunda y en el número de suicidios e intentos de suicidio. La crisis parece haber repercutido también en las enfermedades infecciosas, con el aumento de epidemias a gran escala y de la mortalidad a ellas asociada. También se verifica un aumento del número de infectados por VIH. Además, se nota un aumento de las disparidades socio-económicas y de problemas sociales como el desempleo, la pobreza, la exclusión social y aislamiento que, combinados con recortes de los presupuestos para prevención y tratamiento, han tenido consecuencias devastadoras para la salud de la población, aumentando el riesgo relativo de los comportamientos individuales y menoscabando la capacidad de respuesta de los servicios públicos de sanidad³⁸⁰. Los niños son uno de los grupos más afectados por

³⁷⁸ De nuevo, KALTSOUNI, S., KOSMA, A., Milieu Ltd - *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU - Country Report on Greece*, Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, European Parliament, European Union, Brussels, 2015.

³⁷⁹ CHARALAMPOS, E., KAITELIDOU, D., KATSIKAS, D., SISKOU, O., ZAFIROPOULOU, M., - "Impacts of the economic crisis on access to healthcare services in Greece with a focus on the vulnerable groups of the population", en *Social Cohesion and Development* n.º 9 (2), 2014.

³⁸⁰ De nuevo, CHARALAMPOS, E., KAITELIDOU, D., KATSIKAS, D., SISKOU, O., ZAFIROPOULOU, M., - "Impacts of the economic crisis on access to healthcare services in Greece with a focus on the vulnerable groups of the population", en *Social Cohesion and Development* N. 9 (2), 2014.

la crisis a nivel de la salud, con un aumento de mortinatos de más del 30% y una subida también significativa de la mortalidad infantil.

Las medidas específicas destinadas a la reducción de los gastos con prestaciones públicas de sanidad han agravado las consecuencias negativas de la crisis en el sector de la salud. En general, y tal como sucede por ejemplo en Portugal, las reformas aprobadas no han sido debidamente estudiadas ni enmarcadas en términos sistémicos, cuyo resultado es un cuerpo de legislación no consolidado, fragmentado y poco claro que constituye un obstáculo al goce efectivo del derecho a la salud por parte de los ciudadanos.

El objetivo fundamental de las medidas de austeridad relativas a la salud fue, así, mantener los gastos por debajo del 6% del PIB, propósito previsto en los Memorandos de ambos programas de asistencia financiera. En el segundo Memorando, la reforma del sector de cuidados de salud se señala como un elemento crucial para la consolidación fiscal de la Grecia, previéndose una reducción de los gastos con medicamentos y también una reducción de cerca del 8% de los gastos operacionales de los hospitales. Con base en estas exigencias, el Gobierno griego adoptó una serie de medidas de racionalización, restructuración y reorganización de los servicios y prestaciones de sanidad. Entre ellas, merece destaque la creación del EOPYY, servicio que surge de la fusión de más de 30 seguros distintos, según la categoría o sector de empleo del ciudadano. Cada uno de estos servicios tenía reglas contributivas y beneficios distintos. Los principales fondos dedicados a la salud fueron fundidos en un único seguro de salud y un único proveedor —el EOPYY—. Esta reforma fue complementada con un conjunto de otras medidas, como aumentos en las tasas de los servicios de sanidad y en el copago, así como con un cambio importante de las reglas de acceso y contribución de los ciudadanos a los costes del nuevo seguro único de salud. Se introdujo igualmente un límite de gastos, reglas más

estrictas para la realización de exámenes de diagnóstico y la prescripción de terapias especializadas, así como un sistema de reembolso de los proveedores, farmacéuticas, y por la utilización de clínicas y hospitales privados. Además, se adoptó un nuevo método para determinar los reembolsos de gastos con hospitales, estableciendo costes máximos e duración máxima para el internamiento. Estos cambios estructurales, que han alterado la interacción de los ciudadanos con el sistema público de salud, fueron complementados con un nuevo sistema de solicitud de consultas médicas, a través de un servicio telefónico administrado por privados.

El Servicio Nacional de Salud también fue objeto de una reestructuración profunda. Los dos ejes fundamentales de la reforma fueron la imposición de costes directos para los ciudadanos en el acceso a los servicios de salud y los cambios en la gestión de los recursos humanos y médicos. Las tasas de copago han subido significativamente y el número de funcionarios del sector se ha visto reducido. Los médicos, enfermeras y otro personal médico especializado han sufrido recortes salariales de hasta el 50%, y se ha reducido la remuneración del trabajo extraordinario. En lo que respecta a los recursos materiales, se ha introducido un control sobre los gastos y es obligatorio hacer un informe sobre el gasto farmacéutico cada tres meses.

Uno de los efectos más graves de la combinación de los cambios citados ha sido la alteración de la cobertura del sistema público de salud, es decir, la alteración del conjunto de ciudadanos a quien se garantiza de hecho el ejercicio efectivo del derecho a la salud y el acceso a las prestaciones públicas de sanidad. Antes de la implantación de las reformas, prácticamente el 100% de la población tenía garantizados cuidados médicos en el servicio nacional de salud. Eso ha cambiado con la creación del EOPYY que, en un sistema que establece como premisa de acceso el estatus de trabajador, solo garantiza prestaciones de salud a los desempleados por un periodo máximo

de dos años. En un escenario de crisis, con desempleo persistente y de larga duración, el número de personas que no posee ningún tipo de cobertura o seguro de salud ha aumentado drásticamente. Se calcula que más de dos millones de personas no tienen acceso oficial a cuidados de salud. Las consecuencias dramáticas que de aquí se derivan han llevado a la creación de programas de duración limitada para proporcionar cuidados básicos a los ciudadanos sin seguro y sus familiares³⁸¹.

Ante todo esto, es fácil comprender que parte de la literatura científica afirme que los costes del ajuste económico y financiero han sido soportados por los ciudadanos comunes. Estos se han visto sometidos a un programa radical de retroceso social, con particular incidencia en las prestaciones del Estado Social y consecuencias muy negativas en el ámbito de salud³⁸². El ejemplo griego es un buen punto de partida para una discusión, desde el punto de vista jurídico y constitucional, de los límites impuestos a la acción de las autoridades públicas nacionales y europeas por todo el patrimonio constitucional común europeo en materia de salud, que aquí ya mencionamos.

c) España

Los problemas relacionados con la garantía del derecho a la salud en España no son muy distintos de sus congéneres. De hecho, las principales preocupaciones de las autoridades son la reducción de los gastos con las prestaciones de sanidad, con particular atención para los precios de medicamentos, e intentos de introducción de tasas de copago en servicios públicos tradicionalmente gratuitos.

³⁸¹ CHARALAMPOS, E., KAITELIDOU, D., KENTIKELINIS, A., SISSOURAS, A., MARESSO, A. - *The impact of the financial crisis on the health system and health in Greece*, European Observatory on Health Systems and Policies, World Health Organization, 2014.

³⁸² KENTIKELINIS, A., KARANIKOLOS, M., REEVES, A., MCKEE, M., STUCKLER, D. - "Greece's health crisis: from austerity to denialism", en *The Lancet*, N. 383, 2014.

La preocupación por los crecientes gastos con los medicamentos llevó a la imposición de una bajada de los precios de una parte de los medicamentos genéricos, y al establecimiento de nuevas condiciones aplicables al sector farmacéutico, en especial un recorte en los precios de los medicamentos prescritos por el Servicio Nacional de Salud y otras medidas de ahorro.

En general, el Gobierno de España aprobó una serie de reformas legislativas con la intención clara de disminuir significativamente los gastos con los servicios de sanidad. Una de las reformas más criticadas fue la que alteró las reglas de acceso a las prestaciones públicas. Hasta la reforma, en 2012, el país tenía un sistema fundado en la universalidad y carácter gratuito de los cuidados de salud; este fue sustituido por un sistema basado en el estatus laboral, es decir, con acceso condicionado a las contribuciones al sistema de seguridad social. Así pues, el nuevo sistema solo permite el acceso a los servicios de salud a los trabajadores españoles y ciudadanos de la UE, y a los nacionales de países terceros que tengan un permiso de trabajo válido y las contribuciones a la seguridad social en día. Las nuevas reglas tienen como consecuencia vedar el acceso a cuidados médicos a los inmigrantes mayores de edad indocumentados, excepto en situaciones de urgencia y en lo que respecta a los cuidados materno-infantiles³⁸³. Varias comunidades autónomas han rechazado la adopción de esta medida, alegando que implica más gastos a largo plazo, y han iniciado procedimientos legales contra las normas que la implementan.

También se ha establecido el copago de medicamentos prescritos, variable según la renta, con un mínimo de 10% de participación de los ciudadanos; el público en general debe pagar entre el 40% al 60% del precio de los medicamentos, pero el copago no es aplicable a los parados que no

³⁸³ FREIXES SANJUÁN, T. y LLADÓS VILA, J. - *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU - Country Report on Spain*, Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, European Parliament, European Union, Brussels, 2015, que seguiremos en este punto.

reciben subsidio. La medida afecta a medicamentos, prótesis, productos dietéticos y al transporte de enfermos no urgentes.

Las consecuencias de estas medidas para el ejercicio efectivo del derecho a la salud han sido graves y contraproducentes. Varios informes médicos señalan los riesgos para la vida de las personas, sugiriendo incluso un aumento del número de suicidios, así como de casos de VIH y tuberculosis³⁸⁴. Además, la disminución de la inversión en los servicios de salud provoca una insuficiencia de medios para dar respuesta al aumento de las necesidades de la población. La crisis económica ha traído o agravado varios problemas de salud, como las enfermedades mentales, la depresión y el alcoholismo.

Por último, la reducción de personal médico debida a la no sustitución de los profesionales que abandonan los servicios y el cierre de centros de salud por las tardes también aumenta los riesgos para la salud de los ciudadanos y la dificultad de acceso a cuidados. Los tiempos de espera para una cirugía también han aumentado de forma significativa.

Es de notar, además, que las medidas que se aplicaron en otros sectores, como en la educación, afectaron también al sector de la salud. A partir de 2010 se impusieron reglas más estrictas de contratación, se congelaron y recortaron los salarios del personal sanitario, y se aumentó la jornada laboral.

³⁸⁴ En este sentido, véase, de nuevo ³⁸⁴ FREIXES SANJUÁN, T. y LLADÓS VILA, J. - *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU - Country Report on Spain*, Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, European Parliament, European Union, Brussels, 2015 y LEGIDO-QUIGLEY, "Will austerity cuts dismantle the Spanish healthcare system?", en *British Medical Journal*, 2013, 346, disponible en doi: <http://dx.doi.org/10.1136/bmj.f2363>, versión española en <http://www.pensamientocritico.org/brimed0614.htm>; véase también el comunicado de prensa de Amnistía Internacional, Médicos del Mundo y Red Acoge, *Contra la reforma sanitaria que puede costar vidas*, disponible en https://www.medicosdelmundo.org/index.php/mod.documentos/mem.descargar/fichero.documentos_Comunicado_accion_autonomica_reforma_sanitaria_jul2012_definitivo_812ae478%232E%23pdf.

Todo esto ha contribuido al aumento de los seguros privados de salud. La OCDE³⁸⁵ señala que el aumento de los costes directos para los ciudadanos presenta serios riesgos de reducir la utilización de los servicios médicos por las personas más carenciadas conllevando una mayor desigualdad e ineficiencia a largo plazo.

2.1.3 - Austeridad, derechos, trabajo

Como se puede concluir de todo lo dicho en la parte I.2 de este trabajo, el derecho al trabajo —y todos los derechos relacionados, como el derecho a la acción sindical y negociación colectiva, el derecho al salario, etc.— es un elemento central en la determinación de los mecanismos de redistribución de cada sociedad. La legislación laboral, en especial las reglas de protección en el empleo, son también esenciales en cuestiones de reconocimiento interrelacionadas con la redistribución, en particular relacionadas con categorías más débiles de ciudadanos en el seno del mercado laboral como las mujeres, los jóvenes o los migrantes. El trabajo es un elemento integrador en las sociedades contemporáneas, además de una forma básica de desarrollar la personalidad y de asegurar condiciones de vida digna para cada ciudadano y su familia.

El derecho al trabajo está consagrado en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículos 6 a 8). El Pacto protege el derecho al trabajo, incluyendo la oportunidad de ganarse la vida con una profesión elegida libremente; el derecho a condiciones de trabajo justas, y en especial un salario que permita garantizar una vida digna al trabajador y su familia, sin discriminación de ningún tipo y garantía del principio de salario igual para trabajo igual; condiciones de trabajo sanas y seguras; tiempo de descanso y ocio, limitación razonable del tiempo de

³⁸⁵ Health at a Glance 2013: OECD Indicators, OECD Publishing, 2013, disponible en <http://www.oecd.org/els/health-systems/Health-at-a-Glance-2013.pdf>.

trabajo y vacaciones remuneradas; igualdad de oportunidades en la progresión en las carreras, sin consideración de otros presupuestos distintos a la antigüedad y competencia.

Además, se consagra el derecho a formar asociaciones sindicales y a participar en ellas para la promoción y protección de los derechos económicos y sociales, el derecho de los sindicatos a funcionar sin limitaciones innecesarias en una sociedad democrática y el derecho de huelga.

El papel de la OIT es conocido por todos; sus objetivos fundamentales son la promoción de los derechos laborales y la mejora de las condiciones de trabajo y protección social, a través del diálogo y de la concertación social. Las convenciones firmadas en el marco de la OIT definen estándares internacionales, que deben servir como punto de partida para el desarrollo de legislación laboral, así como de nivel mínimo de protección asegurado en el espacio europeo. Además, los datos estadísticos y las informaciones que la organización asegura son importantes para obtener una visión amplia de los problemas en este ámbito y para diseñar políticas justas y efectivas en esta área.

En el plano europeo, asume gran importancia la Carta Social Europea, en el marco del Consejo de Europa, que prevé una serie de principios fundamentales y de derechos de los trabajadores que constituyen —o deberían constituir— el núcleo básico de las políticas sectoriales y de los regímenes jurídicos del trabajo en los Estados miembros. Las normas que constan en la Carta Social Europea asumen bastante relevancia en la construcción de un derecho constitucional europeo del trabajo, ya que, además de su notable desarrollo en el plano legislativo, el mecanismo de garantía asociado —el Comité de los Derechos Sociales— tiene ya varias decisiones sobre las alteraciones legislativas de los últimos años, que son un importante elemento de análisis de la situación de los derechos

fundamentales durante la crisis económica y en consecuencia de la adopción de políticas de austeridad.

En el marco del derecho de la Unión Europea, el derecho al trabajo y los derechos en el trabajo ocupan un lugar importante. En primer lugar, la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores³⁸⁶ establece los grandes principios sobre los que se basa el modelo europeo de derecho laboral aplicables a los ámbitos de la libre circulación de los trabajadores, el empleo y las retribuciones, la mejora de las condiciones de trabajo, la protección social, la libertad de asociación y de negociación colectiva, la formación profesional, la igualdad de trato entre hombres y mujeres, la información, la consulta y la participación de los trabajadores, la protección de la salud y de la seguridad en el trabajo, la protección de los niños, los adolescentes, las personas de edad avanzada y las personas con discapacidad. Los derechos sociales allí consagrados representan un conjunto de principios mínimos comunes a todos los Estados miembros de la Unión Europea y fueron posteriormente retomados en los Tratados. La carta se adoptó en conformidad con el preámbulo del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, que reconoce la necesidad de trabajar para la mejora constante de las condiciones de vida y empleo de los ciudadanos europeos, siendo de destacar la conexión obvia, hecha en este plano, entre legislación del trabajo y derechos de los trabajadores e igual oportunidad de desarrollo de las capacidades individuales y contexto socio-económico europeo.

Además, el derecho a condiciones de trabajo justas y equitativas está previsto en el artículo 31 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, en el capítulo sobre solidaridad, junto a varios otros derechos

³⁸⁶ Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, firmada por los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados Miembros de la Comunidad Europea, reunidos en Estrasburgo el 9 de diciembre de 1989, disponible en http://www2.urjc.es/ceib/espacios/panorama/instrumentos/cohesion_social/ue/documentos/Carta_DS_Trabajadores.pdf.

accesorios del derecho al trabajo. En la dimensión individual, hay que señalar la protección contra el despido injustificado y el derecho de acceso a los servicios de colocación (artículos 29 y 30 de la CDFUE); en el plano colectivo, están expresamente previstos el derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa y el derecho de negociación y acción colectiva (artículos 27 y 28).

La conexión entre el derecho al trabajo y la protección social es bien visible en las disposiciones de los artículos 32, 33 y 34 de la Carta de los Derechos Fundamentales, que consagran la prohibición del trabajo infantil y la obligación de protección de los jóvenes en el trabajo, la promoción de la conciliación entre vida familiar y profesional, la protección de la maternidad en el marco del mercado laboral, y la obligatoriedad de establecer un sistema de seguridad social que asegure protección en caso de accidente laboral o de desempleo.

El trabajo es un asunto bastante desarrollado en el ordenamiento jurídico europeo, ya que constituye uno de los pilares de la construcción de un mercado común europeo. El hecho de incluirlo en el plano de la solidaridad y la conexión clara con otros derechos de la esfera social, muestran una concepción amplia y fundamentada de la importancia del trabajo en las sociedades contemporáneas, de la necesidad de proteger a los trabajadores y permitirles llevar una vida justa y digna, con sus familias y, por último, de construir un régimen jurídico coherente, que haga de puente entre la regulación del mercado laboral y los sistemas de protección social. Teniendo en mente las normas de la CDFUE, es, así, casi incomprensible la insistencia de las Instituciones europeas en la adopción de medidas nacionales de facilitación del proceso de despido y, sobre todo, en la paralización de los derechos colectivos del trabajo, en particular el derecho de negociación y acción colectiva. Efectivamente, este derecho, que es, además, un importante instrumento de igualdad, al permitir reducir las

diferencias de poder y conocimiento entre empleadores y trabajadores fue, como veremos, objeto de reformas en muchos países europeos con el objetivo de hacerlo menos protector de los trabajadores y de limitar fuertemente su eficacia.

Por último, hay que recordar que el trabajo tiene un lugar absolutamente central en muchos de los ordenamientos constitucionales europeos, siendo muy numerosas las disposiciones normativas sobre los derechos de los trabajadores en constituciones como la italiana o la portuguesa (tal vez los dos ejemplos más claros del fenómeno).

a) Portugal

Considerando el contexto global de la crisis, hay fuertes fundamentos para considerar que el derecho al trabajo ha sido el derecho fundamental más afectado, en sus diferentes dimensiones. De hecho, este derecho se ha visto vulnerado como consecuencia directa de la crisis, debido al enorme aumento del desempleo y a las medidas de austeridad adoptadas, entre las cuales se cuentan recortes en los salarios públicos y privados, la reducción de las indemnizaciones por despido y el aumento del número de horas de trabajo sin remuneración adicional. Asimismo, la precarización del trabajo es notoria.

La OIT concluye que³⁸⁷, a pesar de todas las reformas legislativas y administrativas, el mercado laboral portugués no ha mejorado desde 2011. Efectivamente, desde esa fecha, se ha agravado la tendencia para introducir reformas en las leyes del trabajo, especialmente en lo que respecta a los derechos individuales y colectivos de los trabajadores. No siendo posible abordar todas las cuestiones jurídico-laborales problemáticas desde el punto de vista constitucional, se hará mención, por lo menos, a cambios en tres

³⁸⁷ OIT, *Enfrentar a crise do emprego em Portugal*, Noviembre 2013, disponible en

http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/versaofinal_oit_relat_enfrentarcriseempr ego_20131101_pt.pdf.

áreas distintas: salarios, normas de despido y tiempo de trabajo / trabajo extraordinario.

En relación con los salarios, el Gobierno ha asumido una serie de compromisos en el Memorando, entre los cuales mantener una política salarial que permita la creación de empleo y la competitividad, para corregir riesgos macroeconómicos. Así, las autoridades aceptaron no aumentar el salario mínimo durante todo el periodo del rescate, que se mantuvo en los 485 euros mensuales, aunque existía un acuerdo previo, firmado en el marco de la concertación social por representantes de los sindicatos y asociaciones patronales, que preveía un aumento para 500 euros en el año 2011³⁸⁸. Solo en octubre 2014, después del fin de la intervención directa de la Troika en el país, fue posible aumentarlo a 505 euros.

También en el cuadro del Memorando, el Gobierno se comprometió a definir criterios para la extensión de los convenios colectivos de trabajo, entre los cuales deben contarse la representatividad de los sindicatos participantes y las implicaciones que dicha extensión pueda tener en la competitividad de las empresas. La duración y eficacia de las convenciones colectivas se han visto profundamente afectadas por los cambios legislativos en este período, verificándose una disminución clara del número de trabajadores que se benefician de este tipo de instrumento.

Al mismo tiempo, ya desde el inicio del año 2011 y antes de la intervención de las instituciones de la Unión Europea y del FMI, los funcionarios públicos y otros empleados del Estado habían sufrido un corte en su salario bruto, de entre un 3,5% y un 10% (5% como media), siempre que ganasen más de 1.500 euros brutos. Este tipo de recortes se ha

³⁸⁸ El acuerdo de Concertación social sobre el salario mínimo puede verse en <http://www.ces.pt/download/203/FixEvolRMMG2006.pdf>.

prolongado, con algunas variaciones, a lo largo de todo el programa de asistencia económico-financiera, y sigue en vigor, aunque atenuado³⁸⁹.

En cuanto a las normas de despido, estas han sufrido alteraciones muy relevantes durante el periodo de austeridad. La Constitución prohíbe expresamente el despido sin justa causa, por lo que la liberalización total es imposible dentro del actual marco jurídico-constitucional. En cambio, las reformas legislativas aprobadas constituyen un avance posible en esa dirección³⁹⁰. Se ha facilitado el despido por razón de la extinción del puesto de trabajo y por razón de inadaptación, y la ley establece ahora una serie de criterios que el empleador debe seguir para determinar, en caso de que exista más de uno, qué puesto extinguir. Estos criterios abren un mayor espacio de subjetividad para la actuación del empleador, basándose en distintos conceptos indefinidos y de amplio alcance, como productividad y calidad del trabajo. El procedimiento disciplinario obligatorio para despedir con justa causa también se ha simplificado, así como las obligaciones legales de las pequeñas empresas que necesiten despedir a sus trabajadores.

Por otro lado, las indemnizaciones por despido han sido fuertemente reducidas. Para los contratos firmados después de noviembre 2011, han pasado, en una primera fase, de 30 a 20 días de salario por año trabajado, con un techo máximo de 12 salarios. Posteriormente, para los contratos firmados después de octubre de 2013, y para el tiempo de duración de contrato transcurrido desde esa data, en caso de firma anterior, la indemnización se ha reducido a 18 días de retribución para los primeros 3 años de trabajo y 12 días para los años adicionales³⁹¹, según una tendencia, notable desde la segunda revisión del Memorando de la Troika, para atenuar

³⁸⁹ Véanse las Leyes del Presupuesto General del Estado para 2012 (64-B/2011), 2013 (66-B/2012) y la Ley 75/2014, todas disponibles en www.dre.pt.

³⁹⁰ Véanse las leyes 23/2012 y 27/2014, disponibles en www.dre.pt.

³⁹¹ Véase la ley 69/2013, disponible en www.dre.pt.

el concepto clásico de compensación en caso de cese de la relación laboral³⁹²
393.

Además, en relación con el trabajo extraordinario, hay que señalar que los valores pagados por el trabajo realizado en esos casos se han reducido a la mitad. Así, el trabajo extra realizado en un día laboral ha dejado de pagarse a 50% para la primera hora y a 75% para las horas siguientes, para ser retribuido solamente al 25% y 37,5%, respectivamente. La remuneración del trabajo extraordinario en días festivos ha bajado del 100% al 50%³⁹⁴. Para los trabajadores del Estado, estos recortes han sido todavía mayores, sobre todo si consideramos que a jornada laboral ha pasado de 35 a 40 semanales, sin que por ello haya sido incrementado su salario, lo que equivale, indirectamente, a otro recorte salarial.

Por último, la dimensión colectiva de los derechos de los trabajadores es otra de las perjudicadas por las reformas legislativas de los últimos años. Entre otras medidas, se ha reducido el plazo de caducidad de las convenciones colectivas de 5 a 3 años, previéndose también la posibilidad de su suspensión temporal por acuerdo entre empleadores y sindicatos, en periodos de crisis o por causas relacionadas con el mercado, entre otras situaciones. Con la vigencia de las nuevas reglas, el número de trabajadores que se benefician de contratos o convenios colectivos ha disminuido de forma notoria.³⁹⁵

También cabe mencionar que los efectos de los convenios colectivos en vigor han sido frecuentemente suspendidos por las leyes que instituyen medidas de austeridad, cuando sus cláusulas eran incompatibles con dichas

³⁹² Véanse las leyes 53/2011 y 23/2012, disponibles en www.dre.pt.

³⁹³ Ver también sobre este asunto Observatorio Sobre Crise e Alternativas, *A Anatomia da Crise: identificar os problemas para construir as alternativas* diciembre 2013, disponible en http://www.ces.uc.pt/observatorios/crisalt/index.php?id=6522&id_lingua=1&pag=6561.

³⁹⁴ Véanse las leyes 23/2012 y 68/2013, disponibles en www.dre.pt.

³⁹⁵ Informe de la Confederación General de Trabajadores (UGT – Central Sindical), disponible en <http://www.ugt.pt/Relatorio%20do%201%20Semestre%20de%202014%20final.pdf>.

medidas. Esto ha sucedido con diversas normas de los presupuestos del Estado, que asumen naturaleza imperativa y establecen su propia prioridad sobre cualquier instrumento de negociación colectiva y sobre cualquier otra norma, las cuales no pueden ser modificadas o revocadas de ninguna manera. Este tipo de previsión ha sido apreciada por el Tribunal Constitucional por lo menos una vez³⁹⁶, pero no se declaró inconstitucional, por entenderse justificado por la necesidad de asegurar el interés público en materia económica.

b) Grecia

Tal como en Portugal, el derecho al trabajo (y los derechos relacionados) ha sido probablemente el más afectado por la crisis y las medidas de austeridad.

Los programas de ajuste incluían varias reformas estructurales, incluyendo la flexibilización del mercado laboral, la reestructuración de la administración pública y de los procesos de reclutamiento y admisión, y la liberalización de profesiones reguladas.

Uno de los ejes de las reformas del mercado laboral ha sido la disminución de los gastos con el trabajo, así como los recortes en subsidios y prestaciones sociales, para incentivar el regreso al trabajo de los desempleados. A esto se sumaron la reducción del periodo de aviso que debe preceder al despido, la extensión de la duración de los contratos temporales de dos a tres años y la reducción del salario mínimo.

Además, y como se verificó también en Portugal y España, se flexibilizó la negociación colectiva y se eliminó el principio del trato más favorable, estableciendo que los acuerdos de empresa prevalecen sobre cualquier otro tipo de instrumento³⁹⁷.

³⁹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional 413/2014, disponible en www.tribunalconstitucional.pt.

³⁹⁷ UNITED NATIONS OFFICER OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS - *Report of the Independent Expert on the effects of foreign debt and other related international financial obligations*

Así pues, los cambios en la legislación laboral giran en torno a tres elementos fundamentales: la reducción de la protección en el empleo, la flexibilización del trabajo y la disminución del poder de negociación los trabajadores. En el sector público, se han reducido los costes con el trabajo y el número de contratados.

Buena parte de las medidas constaban en las exigencias inscritas en los programas de ajuste económico. Así pues, en el ámbito de esos acuerdos, los acreedores de la Troika y el Gobierno griego acordaron la revisión del sistema de negociación colectiva de los salarios y condiciones contractuales; la reforma de la legislación de protección en el empleo, con la extensión del periodo de prueba; la reducción de las compensaciones por despido; la facilitación del recurso a contratos temporales y a tiempo parcial; la reforma de los salarios mínimos; la flexibilización de la jornada de trabajo, con recurso a bancos de horas y reducción del valor pagado por el trabajo extraordinario.

En relación con el sector público, los programas de ajuste preveían reducciones salariales y simplificación de los sistemas de pago, la reducción sustancial del número de funcionarios, la suspensión de pagas extraordinarias y beneficios fiscales a los empleados públicos, la colocación de millares de funcionarios en un esquema de movilidad (en el cual podrían permanecer hasta un año con reducción salarial) y la introducción de restricciones a las nuevas admisiones.

Las consecuencias de las medidas de respuesta a la crisis fueron muy severas a nivel social, con un impacto profundamente desigual. La distribución desigual de los costes socio-económicos de la crisis tiene causas estructurales, relacionadas con los déficits de la estructura político-administrativa del Estado, pero también causas políticas (con implicaciones

of States on the full enjoyment of all human rights, particularly economic, social and cultural rights, on his mission to Greece, A/HRC/25/50/Add.1, 2014, disponible en http://cadtm.org/IMG/pdf/A_HRC_25_50_Add1_AEV.pdf.

constitucionales) relacionadas con la opción consciente por la penalización de determinadas clases, debido a la imposibilidad o incapacidad para asegurar una distribución más igualitaria de las medidas de austeridad.

Los sucesivos recortes de salarios y aumentos de impuestos provocaron despidos masivos, un deterioro visible de las condiciones de trabajo, el aumento de la precariedad del trabajo, basado en el empleo flexible, precario, con bajos salarios, que afecta especialmente a las mujeres y a los más jóvenes³⁹⁸. La sensación de inseguridad de los trabajadores es muy elevada, y casi un tercio considera que es probable quedarse sin empleo en un futuro próximo. El trabajo a tiempo parcial (esencialmente no voluntario) también ha aumentado de forma notable. Los contratos a tiempo completo están, pues, siendo substituidos por contratos a tiempo parcial, contratos temporales y otras formas de empleo flexible y con menos derechos, al mismo tiempo que aumenta el trabajo en la economía sumergida.

La fragilidad del mercado laboral invierte el equilibrio de posiciones entre trabajadores y empleadores a favor de estos últimos, debido a la posición de fragilidad y necesidad de los primeros. Los migrantes, afectados por la precariedad ya antes de la crisis, son también una clase especialmente afectada por el desempleo, la pérdida de la vivienda y la pobreza.

El salario mínimo ha bajado a valores inferiores al umbral de pobreza y decenas de millares de profesionales cualificados han emigrado. Además, la legislación laboral ha sufrido grandes reformas, con una significativa

³⁹⁸ KALTSOUNI, S., KOSMA, A., Milieu Ltd - *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU - Country Report on Greece*, Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, European Parliament, European Union, Brussels, 2015; DEDOUSSOPOULOS, A., ARANITOU, V., KOUTENTAKIS, F., MAROPOULOU, M. - *Assessing the impact of the memoranda on Greek labour market and labour relations*, Governance and Tripartism Department, International Labour Office, International Labour Organization, 2013, disponible en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---dialogue/documents/publication/wcms_232796.pdf; UNITED NATIONS OFFICER OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS - *Report of the Independent Expert on the effects of foreign debt and other related international financial obligations of States on the full enjoyment of all human rights, particularly economic, social and cultural rights, on his mission to Greece*, A/HRC/25/50/Add.1, 2014, disponible en http://cadtm.org/IMG/pdf/A_HRC_25_50_Add1_AEV.pdf.

desregulación del mercado laboral, asociada a despidos y congelamiento de nuevas contrataciones en el sector público.

Pero la consecuencia más impactante de las medidas de austeridad ha sido el aumento del desempleo, que llegó al 27,9% en 2013 y es de aproximadamente el 25% en 2015³⁹⁹. El desempleo juvenil ha alcanzado valores sin precedentes, de más del 60%, y las posibilidades de una parte significativa de la población acceder al mercado laboral y de garantizar condiciones de vida dignas para sí y su familia se han visto seriamente comprometidas.

c) España

La situación del empleo en España era ya bastante compleja antes de la crisis económica, con tasas de paro elevadas y sistemáticamente por encima de la media de la OCDE. Por ello, los daños causados por la crisis fueron particularmente duros, con un enorme aumento del desempleo, que alcanzó un valor máximo del 26,3%, en 2013⁴⁰⁰, y sigue en valores superiores al 20% (22,5% en junio de 2015). El desempleo de larga duración es un fenómeno común, correspondiendo a cerca del 53% del paro total. Los números son preocupantes, ya que hay un serio riesgo de que estas personas se conviertan en parados estructurales, sin motivación para regresar al mercado laboral, lo que implica una gran pérdida de capital humano.

Otro aspecto problemático es el desempleo juvenil, cuyos números siguen siendo alarmantes, con más de la mitad de los jóvenes sin empleo

³⁹⁹ EUROSTAT: Unemployment rate by sex and age groups - monthly average, % [une_rt_m], disponible en <http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/submitViewTableAction.do;jsessionid=LZob70CrQMD2RBZ4HcPOLDjJAT0SmbHflBqziKG0LjayEmVP0vg0!107181033>.

⁴⁰⁰ EUROSTAT: Unemployment rate by sex and age groups - monthly average, % [une_rt_m], disponible en <http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/submitViewTableAction.do;jsessionid=LZob70CrQMD2RBZ4HcPOLDjJAT0SmbHflBqziKG0LjayEmVP0vg0!107181033>.

(52%)⁴⁰¹, y un porcentaje muy elevado de jóvenes que no está ni en formación ni trabajando (NEETs). La persistencia de este fenómeno compromete las perspectivas de carrera de los jóvenes a largo plazo, dificulta la financiación de la seguridad social y, sin alteraciones estructurales e institucionales sustanciales, constituirá un problema grave y de gran amplitud a largo plazo, cuando toda la generación actualmente en paro llegue a la edad de jubilación.

El mercado laboral ha sufrido varias reformas desde 2010, a través de las cuales se ha reducido el coste del despido y se han acelerado las condiciones de admisión. Los contratos de fomento del empleo —para personas entre los 16 y 30 años, mayores de 45, mujeres, parados de larga duración y personas con discapacidades— fueron alterados, alargándose el perfil de los candidatos que pueden acogerse a la medida y facilitándose los presupuestos de aplicabilidad, al mismo tiempo que se penalizó el recurso a sucesivos contratos temporales⁴⁰².

Los fundamentos para el despido por razones objetivas (individual y colectivo) también han sido ampliados, incluyendo ahora motivos económicos y técnicos, como la introducción de nuevas formas de producción, organización o una caída temporal en la demanda. Además, se deja un margen significativo de discrecionalidad al juez para decidir acerca del efectivo cumplimiento de estos presupuestos en cada situación concreta.

El periodo de preaviso para el despido ha sido igualmente reducido a 15 días, cuando anteriormente eran 30. También se adoptó el llamado “modelo alemán” que permite flexibilidad y posibilita la reducción del número de horas de trabajo, en la práctica transformando contratos a tiempo completo en contratos a tiempo parcial.

⁴⁰¹ OCDE - *How does SPAIN compare? September 2014*, OECD Employment Outlook, 2014, disponible en <http://www.oecd.org/spain/EMO-ESP-EN.pdf>.

⁴⁰² FREIXES SANJUÁN, T. y LLADÓS VILA, J. - *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU - Country Report on Spain*, Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, European Parliament, European Union, Brussels, 2015.

La segunda reforma fue aprobada en 2012, con el objetivo declarado de promover la creación de empleo y fomentar el espíritu emprendedor. Las empresas de trabajo temporal pueden ahora operar como oficinas de empleo, con permiso de las autoridades. Los contratos para la formación y el aprendizaje pasan a poder celebrarse con jóvenes hasta los 25 años, y se han alterado las condiciones de aplicación, con la imposición de nuevos mínimos y máximos, y admitiéndose la posibilidad de que un joven firme más de uno de este tipo de contratos, siempre y cuando sean de diferentes sectores de actividad.

Se precisó la noción de ‘razones económicas’ para el despido con fundamentos objetivos. Se dio también la posibilidad a las empresas de suspender los contratos o reducir los horarios de trabajo con base en las mismas razones, o en situaciones de fuerza mayor; periodo durante el cual los trabajadores podrán cobrar los subsidios de paro hasta 180 días.

El procedimiento de despido colectivo es otro de los instrumentos que fue objeto de cambios importantes. La autorización del Ministerio de Empleo y Seguridad Social o de la autoridad autonómica correspondiente ya no es necesaria, lo que permite al empleador conducir todo el proceso con base en decisiones unilaterales, sin negociación previa con los representantes de los trabajadores, a los que solo les resta la impugnación judicial.

La conversión automática de contratos temporales en contratos indefinidos está temporalmente suspendida y las compensaciones por despido improcedente han sido reducidas a 33 días por año trabajado, con un máximo de 24 salarios mensuales. La medida permite a los empleadores evitar la vía judicial, al admitir un despido improcedente y pagando la respectiva indemnización. Las compensaciones por otros tipos de despido se fijaron en 20 días de salario por año trabajado, con un máximo de 12 salarios mensuales.

Fueron adoptadas otras medidas para la promoción de la creación de empleo, con incentivos financieros y beneficios fiscales, así como con la posibilidad de despido libre durante el primer año (considerado un periodo de prueba). La reforma laboral se basa fuertemente en la idea de flexibilidad, con mayor poder de decisión de las empresas en materia de horario de trabajo y distribución de tareas. Se permite la movilidad inesperada, siempre y cuando esté debidamente justificada, y alteraciones sustanciales al contrato del trabajador, mediante aviso previo y consulta de los representantes sindicales. Los trabajadores jóvenes por cuenta propia tienen ahora contribuciones a la seguridad social reducidas y derecho a subsidio de desempleo.

En el sector público, la legislación aprobada en el periodo de crisis permite ahora el despido por razones objetivas en condiciones similares al sector privado.

Al mismo tiempo, se crean protecciones adicionales en caso de desempleo, en especial ayuda financiera a los parados de larga duración, que ya hayan percibido todos los subsidios y prestaciones públicas a que tenían derecho y tengan responsabilidades familiares.

A pesar de algunas tendencias positivas (como la reducción de contratos temporales), las principales consecuencias de estas reformas en el mercado laboral son, globalmente, negativas⁴⁰³, concretamente en lo que respecta a los números del empleo: casi un millón de contratos no fueron renovados en 2012 y hubo una subida significativa del trabajo temporal y el trabajo a tiempo parcial no voluntario. Las nuevas formas de contratos, que admiten despido sin compensación durante el primer año, no tuvieron el efecto deseado en términos de contratación permanente. En este contexto, es fácil

⁴⁰³ FREIXES SANJUÁN, T. y LLADÓS VILA, J. - *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU - Country Report on Spain*, Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, European Parliament, European Union, Brussels, 2015, que seguimos en este punto.

comprender que se haya también verificado una caída de los salarios reales, debido al gran número de trabajadores con salarios bajos.

El número de afectados por despidos colectivos aumentó de manera vertiginosa, debido a la eliminación de la necesidad de autorización administrativa, lo que causó igualmente una reducción evidente de las compensaciones, a causa de la pérdida de poder de los sindicatos⁴⁰⁴.

En el campo de la negociación colectiva, las reformas legislativas han traído modificaciones notables, privilegiando los acuerdos de empresa, abandonando la centralización de los procesos negociales y eliminando la extensión automática de las condiciones de trabajo acordadas en caso de caducidad de los acuerdos previos. La OIT⁴⁰⁵ advierte de que, a pesar de que las nuevas reglas puedan promover un mayor dinamismo en la negociación colectiva, podrá también llevar a un empeoramiento de las condiciones de trabajo, en caso de paralización del diálogo entre sindicatos y empleadores.

Además, la OIT⁴⁰⁶ verifica que, con la reforma de la negociación colectiva, se constató una caída significativa del número de acuerdos de negociación colectiva, aunque sea de señalar que el número de nuevos acuerdos ha subido de forma ligera. Esto hace que los trabajadores protegidos por este tipo de instrumentos sean menos que en el pasado reciente. Las nuevas reglas han aumentado la intensidad de la negociación colectiva, especialmente con la eliminación de la ultra-actividad de los acuerdos, pero los datos parecen indicar que la cobertura efectiva ha disminuido y los fallos de regulación aumentado. Además, también ha aumentado el número de empresas (en especial, pequeñas empresas) que no

⁴⁰⁴ De nuevo, FREIXES SANJUÁN, T. y LLADÓS VILA, J. - *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU - Country Report on Spain*, Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, European Parliament, European Union, Brussels, 2015.

⁴⁰⁵ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT) - *Studies on Growth with equity – Spain Growth with Jobs*, International Labour Organization 2014.

⁴⁰⁶ De nuevo, ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT) - *Studies on Growth with equity – Spain Growth with Jobs*, International Labour Organization 2014.

aplica cláusulas de acuerdos de negociación colectiva negociados a nivel superior, así como el número de las que hacen uso de la facultad de modificar sustancialmente las condiciones de trabajo. En relación con los salarios, los datos de la OIT muestran que la nueva regulación de la negociación colectiva, que cambió el equilibrio de poderes a favor de los empleadores, ha contribuido a la moderación salarial, especialmente notable en nuevos acuerdos. Combinado con la pérdida de poder adquisitivo del salario mínimo y los recortes salariales en la función pública, este fenómeno ha contribuido decisivamente a la caída de los salarios reales y a la disminución de los costes del trabajo.

La OCDE reconoce que la bajada de los salarios ha permitido aumentar la productividad del trabajo y la competitividad de la economía española, pero advierte sobre las dolorosas consecuencias sociales de este tipo de medidas, en lo que respecta a los trabajadores y sus familias⁴⁰⁷, así como para los riesgos de aumento del número de trabajadores en situación de pobreza. La cantidad y calidad de trabajo creado son también preocupantes, así como la tendencia a la segmentación del mercado laboral, con un número excesivo de contratos temporales y precarios. La fragilidad y fragmentación de la economía y del mercado laboral siguen siendo una realidad, con aumentos significativos de la desigualdad, y de indicadores como el índice de Gini, la desigualdad de renta disponible y la tasa de pobreza con niveles bastante superiores a los de antes de la crisis y de la adopción de medidas de austeridad.

2.1.4 – Austeridad y derechos de seguridad social

El derecho a la seguridad social y los derechos a la percepción de determinadas prestaciones sociales, como medio de protección contra

⁴⁰⁷ OCDE - *How does SPAIN compare ? September 2014*, OECD Employment Outlook, 2014, disponible en <http://www.oecd.org/spain/EMO-ESP-EN.pdf>.

circunstancias de vida particularmente difíciles son también parte del patrimonio constitucional europeo.

El ya mencionado Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales consagra expresamente el derecho a la seguridad social en el artículo 9. Aunque esta norma tiene una formulación bastante vaga, el Pacto prevé derechos específicos en los artículos 10.2 (protección de la maternidad) y 10.3 (protección especial de los niños y jóvenes), así como en el artículo 11, que reconoce el derecho a un estándar de vida digno, incluyendo alimentación, vestuario y vivienda adecuados, y una mejora continua de las condiciones de vida.

Se encuentran disposiciones normativas sobre el derecho a la seguridad social en muchos convenios internacionales, entre los cuales la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 26) y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) (artículos 11 y 14).

La OIT tiene también legislación importante sobre la materia, en especial el Convenio sobre la seguridad social⁴⁰⁸, el único instrumento internacional, basado en principios fundamentales de seguridad social, que establece normas mínimas aceptadas a nivel mundial para las nueve ramas de la seguridad social. Estas ramas incluyen la asistencia médica, las prestaciones monetarias de enfermedad, las prestaciones de desempleo, las prestaciones de vejez, las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedad profesional, las prestaciones familiares, las prestaciones de maternidad, las prestaciones de invalidez y prestaciones de sobrevivientes. El Convenio es considerado un punto de referencia para el desarrollo gradual de una cobertura de seguridad social integral a nivel nacional.

⁴⁰⁸ Cfr. Convenio de la OIT sobre la seguridad social (norma mínima), N. 102, 1952, disponible en http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID,P12100_LA_NG_CODE:312247,es:NO.

En el plano europeo, encontramos los estándares más desarrollados de protección del derecho a la seguridad social. La Carta Social Europea consagra expresamente el derecho en el artículo 12, que prevé una obligación estatal de creación y manutención de un sistema de seguridad social, conforme a las exigencias de la OIT, y de promover la mejora progresiva de dicho sistema. El artículo 13 prevé el derecho a asistencia médica y social.

La versión revisada de la Carta hace una referencia explícita al Código Europeo de la Seguridad Social⁴⁰⁹, que consagra estándares de protección más elevados que las convenciones de la OIT y pone énfasis en la necesidad de proteger a los trabajadores y sus familias. Tanto en este Código, como en la versión revisada de la Carta Social Europea, la concepción del derecho a la seguridad social es más amplia, señalándose la conexión entre dicho derecho fundamental y las políticas de lucha contra la pobreza y la exclusión social (véase el artículo 30 de la Carta revisada). La Carta contiene además normas sobre formas específicas de seguridad social, como la protección de la familia (artículo 16) y de los niños y jóvenes (artículo 17), o el derecho a los beneficios de los servicios sociales (artículo 14).

De las disposiciones combinadas de los artículos 12 y 13 de la Carta Social Europea parece, así, resultar un genuino derecho fundamental a la asistencia social en caso de necesidad, asegurado por el Estado con financiación pública, por lo menos según las decisiones del Comité de Derechos Sociales.

En el plano de la Unión Europea, hay disposiciones sobre el derecho a la seguridad social en la Carta Comunitaria de los Derechos Fundamentales de los Trabajadores y en la Declaración del Parlamento Europeo de los

⁴⁰⁹ Código Europeo de la Seguridad Social, adoptado en el marco del Consejo de Europa, en 16 de abril de 1964, disponible en http://www2.urjc.es/ceib/espacios/panorama/instrumentos/cohesion_social/ce/documentos/seg_social/Conv_48.pdf.

derechos y libertades fundamentales de 1989⁴¹⁰. Es de mencionar, igualmente, la Recomendación del Consejo de las Comunidades Europeas de 1992⁴¹¹, que invita todos los Estados miembros a adoptar una medida de combate a la pobreza y exclusión de un conjunto significativo de la población. Así, se recomienda el reconocimiento del derecho fundamental de las personas a recursos y prestaciones suficientes para vivir en concordancia con la dignidad humana y la adaptación del respectivo sistema de seguridad social para garantizarlo, concretamente a través de la creación de una prestación de renta mínima.

El derecho a la seguridad social está previsto en el artículo 34 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Son inequívocos tanto su naturaleza de derecho fundamental, como su carácter de norma constitucional, vinculante para toda la actividad de las Instituciones de la UE y de los Estados miembros cuando apliquen derecho comunitario.

Finalmente, el derecho consta en varias constituciones nacionales europeas, entre las cuales la portuguesa (artículo 63), que prevé un derecho universal a la seguridad social y la obligación estatal de organizar, coordinar y subvencionar un sistema de seguridad social que proteja a los ciudadanos en situación de vejez, enfermedad, viudedad y desempleo; la española (artículo 41), que consagra la obligación de los poderes públicos de mantener *«un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo»*; o la griega (artículo 22), que estipula el deber del Estado de organizar la seguridad social de los trabajadores.

⁴¹⁰ Declaración de los Derechos y Libertades Fundamentales, aprobada por resolución del Parlamento Europeo el 12 de abril de 1989.

⁴¹¹ Recomendación del Consejo, de 24 de junio de 1992, 92/441/CEE, relativa a criterios comunes respectantes a recursos y prestaciones suficientes en los sistemas de protección social, J.O. n. L245, de 26/08/1992.

a) Portugal

Las medidas de austeridad adoptadas para combatir la crisis y el déficit público han afectado seriamente a las prestaciones y beneficios de la seguridad social, tanto las de base contributiva, como el subsidio por desempleo; como las del sistema de solidaridad, como la prestación por hijo o menor a cargo (*abono de família*) o la renta mínima (*subsídio social de inserção*). Desde 2010, somos testigos de un claro retroceso en las políticas y prestaciones asistenciales, en particular de las medidas destinadas al combate a la pobreza y a la precariedad, justificadas oficialmente con la necesidad de reducir el déficit y el gasto público.

El caso de la renta mínima es un buen ejemplo⁴¹². Cabe referir, antes nada, que este subsidio es una prestación de solidaridad destinada a mitigar situaciones de extrema pobreza, estando considerada como una verdadera prestación de sobrevivencia. El montante máximo abonado es de 189 euros para el titular, a los que se suman hasta 94 euros por cada adulto adicional en la familia y 57 euros por cada niño. Su percepción obliga a firmar un contrato de inserción social con las autoridades administrativas y al cumplimiento de una serie de obligaciones. Los beneficiarios deben, entre otras cosas, buscar activamente un empleo o realizar actividades socialmente útiles cuando estén en el paro. El gasto total con la renta mínima nunca ha sido realmente significativo en el presupuesto total de la Seguridad Social. Aun así, el régimen jurídico de la prestación fue objeto de grandes reformas entre 2010 y 2012. Se modificaron, primeramente, los requisitos de elegibilidad para recibirla y se bajó el valor máximo de ingresos que una familia puede tener para poder solicitar la renta mínima. Las consecuencias quedan muy claras con un ejemplo: hasta 2012, una pareja con 2 niños podría pedirla si tenía un rendimiento inferior a 569 euros al mes; después de las reformas legislativas, la misma pareja solo tendrá derecho al subsidio

⁴¹² Ley 13/2003 y Decreto-Ley133/2012, disponibles en www.dre.pt.

cuando sus ingresos sean menores a 398 euros. Por otra parte, y al contrario de lo que sucedía en el régimen anterior, la renta mínima solo es debida desde el momento en que se firma el contrato de inserción y no se renueva de forma automática, por lo que depende de nueva petición⁴¹³.

Todo esto ha provocado una caída significativa del número de personas beneficiarias de esta prestación y, al mismo tiempo, una reducción de las cuantías recibidas por las familias que la siguen cobrando.

La reducción o recorte total de las prestaciones por hijo o menor a cargo ha sido otra medida de austeridad muy criticada. Hay 3 ‘escalones’ de este tipo de prestación, que varía según los ingresos y el número de miembros de la familia. Con las reformas del régimen jurídico de esta prestación, más de un millón y medio de niños han dejado de recibirla en los últimos 5 años, especialmente debido a los cambios en los criterios de elegibilidad. Por otra parte, el montante de los subsidios para los que mantienen el derecho a recibirlos ha bajado de forma significativa y el cuarto escalón, existente hasta 2010, se eliminó⁴¹⁴.

El subsidio por desempleo es otra de las prestaciones de la seguridad social que ha sido objeto de profundos cambios en los últimos años. Como consecuencia de las reformas⁴¹⁵, que han seguido el guión trazado por el Memorando de la Troika, se ha reducido el periodo de duración máxima (que ahora varía entre 150 y 540 días, dependiendo de la edad e historia contributiva del beneficiario, cuando antes podía llegar a los 900 días, en algunos casos) y el montante máximo que se puede recibir, que es de 1047

⁴¹³ Carlos Farinha Rodrigues, “Evolução do número de beneficiários do RSP”, Fundação Betania, 2012, disponible en http://www.fundacao-betania.org/ges/arquivos/Evol_Benef_RSI_Farinha_Rodrigues2013.pdf y “Minimum Income in Portugal: Changing the Rules in Times of Crisis”, ISEG e CEMAPRE Working Paper WP 05/2012/DE/CEMAPRE, disponible en https://aquila5.iseg.ulisboa.pt/aquila/getFile.do?method=getFile&fileId=249266&request_checksum=8d204d2d293acb04b6ea315782259480d17b03c.

⁴¹⁴ Véase el Informe del Comité Portugués para UNICEF, *As Crianças e a Crise em Portugal - Vozes de Crianças, Políticas Públicas e Indicadores Sociais*, 2013, citado.

⁴¹⁵ Decreto-Ley 220/2006y Decreto-Ley 64/2012, disponibles en www.dre.pt

euros, independientemente del salario previo del trabajador. También se ha establecido un corte de un 10% del subsidio al cabo de 6 meses. Los únicos aspectos positivos de las reformas normativas han sido la disminución del periodo contributivo necesario para poder cobrar el subsidio de desempleo (de 15 a 12 meses) y la extensión del derecho a ciertas categorías de autónomos⁴¹⁶. Sin embargo, las consecuencias de las nuevas políticas, en su globalidad, son de nuevo negativas para los ciudadanos: menos de la mitad de los parados reciben cualquier tipo de apoyo del Estado.

Los pensionistas han sido también una categoría de ciudadanos muy afectada por la crisis y las medidas de austeridad. La discusión que se genera en torno a las pensiones es difícil, en parte, porque se ha introducido en el discurso político y constitucional una idea de oposición entre generaciones; repitiéndose el argumento de la (in)sostenibilidad del sistema de seguridad social —a pesar de que, antes de la crisis, se había hecho una reforma importante con respecto a los requisitos para obtener el derecho a una pensión, así como la fórmula de cálculo, a la que incluso se añadió un factor de sostenibilidad directamente relacionado con la esperanza media de vida— así como el argumento de la necesidad de protección de las generaciones futuras, se han llevado a cabo nuevos cambios en la legislación sobre pensiones y recortes en las pensiones de los actuales beneficiarios.

El argumento sobre la protección de las generaciones futuras, que algunos defienden que debería ser considerado como un principio fundamental de tipo constitucional, es profundamente erróneo. Ante todo, porque asume como premisa inevitable una continuidad histórica, sin cambios sustanciales en la tecnología, organización del trabajo, productividad y sistemas sociales, que no puede comprobarse. Pero, esencialmente, porque es falso que los sacrificios de los pensionistas hayan

⁴¹⁶ Las reglas están explicadas en el sitio web de la Seguridad Social, <http://www4.seg-social.pt/subsidio-de-desemplego>.

servido para proteger a los niños y jóvenes —ellos sí, las únicas ‘generaciones futuras’ existentes titulares de derechos fundamentales— de las consecuencias de la crisis y de la austeridad. Por último, porque es un argumento normalmente utilizado para justificar medidas profundamente vulneradoras de la confianza de los ciudadanos en el Estado, confianza esta que es un principio fundamental del Estado de derecho y un pilar indispensable de cualquier sistema de seguridad social.

Para comprender mejor el universo de los afectados, hay también que referir que casi el 20% de los pensionistas portugueses están en riesgo de pobreza, muy por encima de la media de la Unión Europea. La población con más de 65 años en Portugal ya es uno de los grupos más desprotegidos en términos económicos, con 1,5 millones de pensionistas con pensiones inferiores a 500 euros. En este contexto, es también preocupante saber que el país es, en el marco europeo, uno de los que asistirán a un mayor descenso de la tasa de sustitución (montante de la pensión comparado con el montante del salario) entre 2008 y 2048, esencialmente debido a la aplicación de los factores de sostenibilidad previstos en las recientes reformas legislativas⁴¹⁷.

En cuanto a los recortes en las pensiones, estos han sido similares a los aplicados a los salarios de los funcionarios públicos. Bajo la forma de una ‘Contribución Extraordinaria de Solidaridad’, impuesta por primera vez en 2011 a las pensiones de más de 5.000 euros mensuales brutos, se aprobó un corte de un 10% a dichas pensiones. Pero, en los años siguientes dicha contribución fue alargada a un grupo mucho más amplio de pensionistas; las tasas se fijaron entre un 3,5% para las pensiones entre 1.350 y 1.800 euros brutos y un 40% para las cuantías superiores a 7.545 euros. El dinero se

⁴¹⁷ Conselho Económico e Social, *As Consequências Económicas, Sociais E Organizacionais Decorrentes Do Envelhecimento Da População*, 2013, disponible en http://www.ces.pt/download/1359/FINAL_completa%20com%20ESTUDO.pdf.

destina al sistema de seguridad social responsable por el pago de cada pensión.

Paralelamente, y tal como ha pasado con los salarios, no se han incrementado las pensiones desde 2011, con excepción de la pensión mínima de sobrevivencia (cuyo valor es de 246,36 euros).

La edad de jubilación también ha sido aumentada, y está actualmente en los 66 años. La fórmula de cálculo de la pensión ha sufrido igualmente importantes alteraciones, en sentido desfavorable al trabajador. El montante a recibir depende ahora no solo de la edad e historia laboral y contributiva del ciudadano, sino también de un factor de sostenibilidad, directamente relacionado con la esperanza media de vida, que determina un recorte adicional de las nuevas pensiones. La posibilidad de jubilarse anticipadamente se ha suspendido durante el periodo de asistencia económica y financiera, y cuando se retome traerá consigo una fuerte penalización y respectiva reducción de la pensión.

b) Grecia

Las medidas adoptadas en Grecia son, una vez más, semejantes a las soluciones encontradas en Portugal, con consecuencias igualmente serias para la vida de los ciudadanos y el goce efectivo de los derechos sociales, en particular en este punto, del derecho a la seguridad social.

Los problemas se centran, sobre todo, en la reforma del sistema de pensiones, que constituyen el eje central de la protección social en Grecia y garantizan una parte importante de la renta disponible de las familias (hasta un 24%)⁴¹⁸. Otros beneficios sociales como los subsidios de maternidad, de apoyo a las familias o de enfermedad son responsables por una fracción mucho menor de dicha renta.

⁴¹⁸ MATSAGANIS, M. – “The welfare state and the crisis: the case of Greece”, en *Journal of European Social Policy* 21, 5, 2011.

El gasto público con las pensiones era considerado insostenible y estaba muy por encima de la media europea, ya antes de la crisis. Además, y a pesar los gastos crecientes, la tasa de pobreza en la tercera edad es mayor que la media de la UE, especialmente en lo que respecta a los mayores de 75 años. Los datos sobre desigualdad intra-generacional, es decir, entre los ciudadanos con más de 65 años también son negativos, lo que implica que el sistema era ineficiente e incapaz de promover la igualdad y hacer efectivos sus propios objetivos de justicia redistributiva⁴¹⁹.

Así, y en la línea de las reformas típicamente impuestas por los Memorandos de Entendimiento, el ajuste económico y la sostenibilidad de las finanzas públicas han servido de argumento para considerar indispensable proceder a recortes significativos. De esta forma, y con el primer programa de ajuste, las 3 pagas extra (de Navidad, Vacaciones y Pascua) se abolieron y se sustituyeron por una paga fija para las pensiones más bajas. El segundo programa mantuvo los objetivos de reducir el aumento de los gastos con pensiones, en particular las del sector público, afirmando, en cambio, que se debería proteger a los pensionistas con rentas reducidas.

De este modo, se llevaron a cabo reformas estructurales y de organización⁴²⁰ que introdujeron una distinción entre pensiones mínimas y pensiones contributivas, intensificado la conexión entre contribuciones y beneficios, una disminución de la contribución estatal a las pensiones, la creación de un registro nacional de beneficiarios, cambios en las fórmulas de cálculo de las pensiones actuales y futuras, y un aumento de la edad de jubilación.

⁴¹⁹ De nuevo, MATSAGANIS, M. – “The welfare state and the crisis: the case of Greece”, en *Journal of European Social Policy* 21, 5, 2011.

⁴²⁰ KALTSOUNI, S., KOSMA, A., Milieu Ltd - *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU - Country Report on Greece*, Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, European Parliament, European Union, Brussels, 2015.

El efecto fundamental de las reformas fue, por tanto, la reducción significativa de las pensiones en pago y un recorte drástico de la tasa de sustitución para las pensiones futuras. Muchos organismos de monitorización y garantía de derechos han manifestado su preocupación⁴²¹ por el hecho de que las consecuencias acumuladas de las medidas de austeridad implican una degradación notable de los estándares y de la calidad de vida de los jubilados. El impacto de las medidas en los grupos más vulnerables no ha sido adecuadamente estudiado y no se adoptaron medidas de salvaguardia de un nivel aceptable de protección de sus derechos, en particular del derecho a la seguridad social. Aunque se note un esfuerzo — semejante al que se hizo en Portugal— por proteger de los recortes las pensiones más bajas, ha sido evidentemente insuficiente, ya que se constata un aumento significativo de las tasas de pobreza y privación material de los ciudadanos con más de 65 años.

En general, los recortes en las pensiones han afectado esencialmente a los jubilados de clase media (con pensiones entre los 1.500 y 2.500 euros), sujetos también a una contribución especial de solidaridad (con una tasa progresiva que va hasta el 10% para las pensiones de más de 3.500 euros al mes). Esta es, así, una crisis de desigualdad, ya que no se reformaron completamente los sistemas de pensiones con más privilegios. Al intentarse, de forma adicional, no afectar demasiado a los pensionistas más pobres, se provocó un aplastamiento de la clase media, potencialmente discriminatorio de los trabajadores con formación, salarios, carreras contributivas y contribuciones efectivas altas y, en consecuencia, con pensiones más elevadas, que soportan la mayor parte de los recortes.

⁴²¹ Véase la lista de informes de instituciones como el Perito independiente de las Naciones Unidas o el Comité de Peritos de la OIT en KALTSOUNI, S., KOSMA, A., Milieu Ltd - *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU - Country Report on Greece*, Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, European Parliament, European Union, Brussels, 2015.

Al mismo tiempo, los restantes beneficios sociales siguen siendo claramente insuficientes para responder a la crisis socio-económica. La mayoría de dichos beneficios es de base contributiva, marginalizando la creciente fracción de trabajadores con historias laborales atípicas, sub-empleo o falsos autónomos, que no son elegibles para prestaciones de ese tipo. Así pues, se suma una penalización a estos trabajadores, además de su precarización, excluyéndolos de las prestaciones sociales y agravando las múltiples desigualdades a que están expuestos⁴²².

Grecia no tiene, todavía, ningún tipo de prestación de renta mínima, capaz de funcionar como garantía de último recurso contra la pobreza extrema. Por otro lado, los beneficios de apoyo a la familia, como el subsidio familiar, están reservados a ciertos grupos, y no existe un esquema de protección universal para las familias en situación de pobreza. La protección en caso de enfermedad o maternidad depende del vínculo laboral y, además de generar discriminación de las mujeres en el sector privado, perjudica, una vez más, a los trabajadores precarios y los falsos autónomos. Finalmente, el subsidio de desempleo tampoco tiene cobertura universal, excluyendo, esencialmente, a los trabajadores que acaban de acceder al mercado laboral o que tienen contratos de corta duración, los parados de larga duración, los trabajadores no declarados y los falsos autónomos; así pues, el número de desempleados sin cualquier tipo de protección social es muy significativo.

c) España

España también llevó a cabo una reforma del sistema de pensiones, pero no tan amplia ni con tantos recortes como las implantadas por sus congéneres del sur de Europa. Así, las reformas de 2011 y 2013 aumentaron

⁴²² En este sentido, MATSAGANIS, M. – “The welfare state and the crisis: the case of Greece”, en *Journal of European Social Policy* 21, 5, 2011.

la edad de jubilación de 65 a 67 años (medida a ser implantada progresivamente hasta 2027), así como el número de años de contribución necesarios para recibir la pensión en la totalidad, de 35 a 37. También se modificó la fórmula de cálculo de las pensiones, que ahora tendrá en consideración los salarios de los últimos 25 años. Por último, se introdujo en ese cálculo un factor de sostenibilidad y se aprobaron cambios al sistema de seguridad social a fin de considerar la creciente esperanza media de vida y la disminución de la ratio trabajador/pensionista. Evidentemente, estas alteraciones pueden afectar negativamente a los jubilados, pero permiten también cumplir objetivos de relevante interés público, como ahorro en los gastos públicos con la seguridad social y una mejor distribución de los riesgos sistemáticos entre generaciones⁴²³.

Pero, por otra parte, hay una serie de medidas que vulneran el derecho a la seguridad social y que tiene como consecuencia la disminución clara del nivel de protección social conferida por el sistema. Efectivamente, el retroceso en relación con políticas anteriormente adoptadas de promoción de la igualdad a través del sistema de seguridad social es bastante significativo.

En primer lugar, hay que referir las importantes modificaciones introducidas en el régimen jurídico de las prestaciones por desempleo (con el objetivo teórico de incentivar la búsqueda activa de empleo): la reducción de la cuantía de la prestación a partir del séptimo mes de prestación (del 60% al 50% de la base); la ampliación de 52 a 55 años para percibir hasta la jubilación el subsidio por desempleo, la mera existencia de indicios de fraude para suspender la prestación por desempleo y la notable limitación de los beneficiarios de la renta activa de inserción que reciben las personas

⁴²³ En este sentido, FREIXES SANJUÁN, T. y LLADÓS VILA, J. - *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU - Country Report on Spain*, Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, European Parliament, European Union, Brussels, 2015.

desempleadas con grandes dificultades económicas excluidas de las prestaciones por desempleo⁴²⁴.

Además, son de destacar los cambios introducidos en 2012 en la Ley de Dependencia, que constituyen un claro retroceso en la asistencia a las personas con discapacidades o enfermedades. Entre otros aspectos, se rebajaron un 15% las prestaciones económicas a los cuidadores familiares, dando libertad a las Comunidades Autónomas para aumentar esa reducción hasta el 85%; se amplió el plazo para que las Comunidades atiendan a sus dependientes sin generar retroactividad de 6 meses a 2 años; se estableció el copago, que podrá ser de hasta el 90% del precio del servicio, y, finalmente, se rebajaron las transferencias a las Comunidades Autónomas para atender a los dependientes.

Por último, otra de las medidas de reducción del gasto público fue la de eliminar la ayuda de 2.500 euros por nacimiento o adopción de hijo y la reducción de la prestación por hijo a cargo de la Seguridad Social para menores de 3 años. Estas mismas medidas fueron acompañadas de similares reducciones en las Comunidades Autónomas con prestaciones por nacimiento o adopción.

Las medidas relativas a las prestaciones de seguridad social representan una oportunidad de reflexión interesante en lo que respecta al principio de igualdad. Efectivamente, dichas prestaciones son un elemento esencial de la promoción de la igualdad de oportunidades, por lo que su análisis constitucional no puede dejar de llevar ese aspecto en cuenta. Pero, por otro lado, aquí se plantean problemas de sostenibilidad sistémica que es, naturalmente, condición necesaria para la existencia misma de las

⁴²⁴ Ver Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de Julio. Véase también el Informe, en sentido crítico, de FUNDACIÓN FOESSA– *Desigualdad y Derechos Sociales*, Caritas, 2013, disponible en <http://www.caritas.es/imagesrepository/CapitulosPublicaciones/4551/Desigualdad%20y%20derechos%20sociales.%20Versi%C3%B3n%20digital.pdf>.

prestaciones. Creemos que es importante, como se verá en la reflexión final de este trabajo, distinguir, en este plano, los recortes que afectan a grupos limitados o especialmente vulnerables de ciudadanos (como los niños, los enfermos, los desempleados o los dependientes) y las reformas integrales de los sistemas, como el de pensiones, mereciendo las primeras un análisis constitucional más intenso. Un último aspecto fundamental a tener en consideración es el universo de sujetos afectados y la dimensión de la vulneración de los respectivos derechos, siendo preferibles, desde el punto de vista constitucional, reformas con elementos redistributivos.

2.2 – Medios de tutela y garantía de derechos y de la igualdad

El análisis que se ha llevado a cabo hasta este punto ha permitido identificar en el espacio europeo numerosas situaciones problemáticas desde el punto de vista constitucional y claramente dañinas desde el punto de vista de la garantía efectiva del principio de igualdad, entendido en sentido amplio y sustancial.

Ahora bien, el principal problema que se plantea hoy en día a un constitucionalismo crítico es la definición de mecanismos y metodologías de control y garantía de este tipo de medidas. Este es un problema complejo, que ha empezado a aflorar a propósito de decisiones de inconstitucionalidad de algunos tribunales constitucionales relativas a una parte de las medidas de austeridad adoptadas en los respectivos países.

Las posiciones doctrinales a este respecto defienden normalmente la necesidad de deferencia, por parte de las instituciones de monitorización y garantía de derechos (en especial, claro está, los tribunales) en relación con las opciones del legislativo, que sería un poder con más legitimidad democrática, y que está ya periódicamente sujeto al control por parte de la

ciudadanía a través de elecciones⁴²⁵. Por otro lado, cierta doctrina defiende que un análisis constitucional estricto en cuestiones de igualdad debería reservarse para las situaciones en las que se distinguen individuos, con base en características personales, y no normativas generales, fundadas en circunstancias fácticas⁴²⁶ cuya evaluación se situaría fuera de la esfera de competencias del poder judicial.

Contra esta objeción central, fundada en el principio de la división de poderes y en los límites de competencia de los órganos jurisdiccionales, creemos importante señalar que los tribunales son los “guardias de fronteras del espacio constitucional. Así pues, ellos definen límites a la actividad legislativa y ejecutiva, trazando un cuadro dentro del cual parlamentos y gobiernos tendrán que situar su actuación. La función jurisdiccional es, efectivamente, limitadora del espacio de decisión del legislador y del gobierno, en la medida en que no permite determinado tipo de soluciones por considerar que se van más allá del marco definido por las normas constitucionales, con particular énfasis en los principios básicos del ordenamiento y los derechos fundamentales. Pero, por otra parte, la tarea de los jueces no es más que esta. Es decir, no cabe a los tribunales idealizar normas, medidas o políticas alternativas a las rechazadas con fundamento en su incompatibilidad con un determinado parámetro constitucional. El poder-deber de la imaginación política y constitucional pertenece, ante todo, al poder legislativo, y también, en cierta medida, al ejecutivo, pero nunca a los tribunales.

Se alega muchas veces que la línea entre la admisibilidad y no admisibilidad constitucional de determinadas normas es difícil de trazar y

⁴²⁵ Sobre este aspecto, véase el trabajo de KILPATRICK, C. - *Constitutions, social rights and sovereign debt states in Europe: a challenging new area of constitutional inquiry*, EUI Working Papers LAW 2015/34, disponible en http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/36097/LAW_2015_34.pdf?sequence=1.

⁴²⁶ En este sentido, véase CROON, J. - “Comparative Institutional Analysis, the European Court of Justice and the General Principle of Non-Discrimination—or—Alternative Tales on Equality Reasoning”, en *European Law Journal*, vol. 19, n.º 2, 2013.

que, como tal, se recomendaría a los órganos de fiscalización y garantía de derechos constitucionales un alto grado de auto-contención, a fin de evitar interferencias en la esfera de actuación de los órganos con legitimidad democrática directa. Pero, como veremos, esta premisa no es totalmente verdadera. En realidad, como se demostrará a propósito de algunos de los derechos sociales que funcionan como elementos de garantía de la prosecución de la igualdad sustancial y de dimensiones del propio principio de igualdad, los mecanismos de vigilancia, fiscalización y garantía de derechos fundamentales, entendidos en sentido lato, pueden analizarse a partir de dos dicotomías básicas: la de eficacia/ineficacia, que está acompañada por un eje paralelo de auto-contención/no auto-contención; y la proximidad en relación con el ciudadano, oscilando entre mecanismos de bajo nivel y mecanismos de alto nivel, según la distancia de la ciudadanía. Ahora bien, las decisiones o informes de las instituciones de garantía de derechos con menor grado de eficacia presentan también, en general, un menor grado de auto-contención, identificando con más frecuencia problemas de constitucionalidad en relación con las medidas de austeridad, incluso en el campo de los derechos de igualdad. Así pues, cabe preguntar si el verdadero problema reside no en el hecho de que las fronteras del espacio constitucional sean poco claras, sino en que los órganos con más capacidad para defenderlas tengan una comprensión distinta de su función, adoptando criterios de evidencia de tal modo estrictos para la salvaguardia de normas como el principio de igualdad que lo hacen, en la mayoría de los casos, inoperante.

No se ignoran los riesgos de un recurso más frecuente a los tribunales, ni las dificultades que eso necesariamente impone. No se olvida, tampoco, la indispensabilidad de establecer criterios metodológicos que puedan orientar la decisión, ni las insuficiencias que, de todas formas, siempre se verificarán. No creemos que el recurso al poder judicial sea la respuesta adecuada para

todos los litigios político-constitucionales, y es cierto que el diseño y efectiva realización de políticas de igualdad es una tarea de la esfera de la política, que se impondrá, por fuerza, en ese campo y no a través de procesos judiciales. Pero abdicar de una tutela y de una garantía de la igualdad más allá de la prohibición del arbitrio implica, en cierta medida, desistir de una importantísima dimensión del proyecto constitucional europeo. Ahora bien, como muestran los ejemplos siguientes, de nuestro patrimonio constitucional común resultan varias líneas de frontera más claras de lo que el debate político y mediático muchas veces hacen ver.

2.2.1 – Tutela a nivel nacional

a) Tutela nacional de eficacia reducida: el ejemplo de los Defensores del Pueblo

Un buen ejemplo de instituciones que han llamado la atención, en los últimos años, sobre los problemas de derechos fundamentales y de igualdad que emanan de las medidas de austeridad son los Defensores del Pueblo, en varios de los países afectados⁴²⁷.

Así pues, el Defensor del Pueblo portugués identificó problemas de violación del principio de igualdad en situaciones relacionadas con el régimen jurídico relativo a varios derechos sociales, como la salud, la educación y la vivienda. En lo que concierne a la educación, se ha recomendado la revisión y adecuación a la realidad socio-educativa de la

⁴²⁷ La elección del Defensor del Pueblo como ejemplo en este punto del trabajo se debe a la posibilidad de comparación entre varios países. Hay otros órganos nacionales con funciones de control o garantía de derechos fundamentales, así como órganos de concertación social que, a lo largo de los últimos años, han intervenido y advertido en varias ocasiones de los problemas y violaciones de derechos fundamentales a consecuencia de la crisis y de las medidas de austeridad. En Portugal, el Consejo Económico y Social – órgano constitucional de concertación social– ha emitido sucesivos informes sobre la materia en lo que advierte de la necesidad de dar protección especial a los grupos más vulnerables en relación con los efectos de la crisis, de los problemas del endeudamiento y disminución de renta de las familias, y apela contra los recortes presupuestarios en sanidad y educación. Los informes pueden ser consultados en <http://www.ces.pt/13>.

legislación sobre atribución de subsidios de educación especial⁴²⁸ y la modificación de las reglas de atribución de becas para cursar estudios superiores, eliminando, entre otras exigencias, la inexistencia de deudas fiscales o a la seguridad social de los padres, debiendo únicamente considerarse la situación del estudiante⁴²⁹.

En cuanto al derecho a la vivienda, el Defensor del Pueblo recomendó al Gobierno que retomase el pago de los subsidios de alquiler interrumpidos como consecuencia de una incorrecta interpretación del régimen jurídico establecido por una sucesión de leyes en el tiempo⁴³⁰.

En lo que respecta a la salud⁴³¹, se llamó la atención sobre distintos aspectos cuestionables a la luz de una idea de igualdad sustancial. En primer lugar, pese a aceptar que el notable aumento de las tasas de copago verificado en el marco de las medidas de austeridad adoptadas para combatir la crisis económica pueda caber en el espacio de libertad constitucional atribuido al legislador, y reconociendo que el número de personas exentas del pago (esencialmente por razones económicas) pueda haber aumentado con las nuevas reglas, el Defensor del Pueblo constata la gran dificultad, especialmente para las familias con rentas poco superiores al límite de exención, en soportar los nuevos valores. Por esta razón, y teniendo en consideración el contexto de enormes dificultades económicas y de reducción de renta disponible de las familias, se cuestionan las cantidades efectivamente impuestas. Admitiendo que el margen de apreciación del legislador le permite aumentar o reducir las tasas de copago, cabe en cambio

⁴²⁸ Recomendación del Defensor del Pueblo portugués, n.º 15/B/2012, proc. R-1834/10 (A3), de 28 de diciembre de 2012, *Subsídio por frequência de estabelecimento de ensino especial (subsídio de educação especial)*.

⁴²⁹ Recomendación del Defensor del Pueblo portugués, n.º 9/B/2013, proc. Q-5052/11 (A6), de 21 de octubre de 2013.

⁴³⁰ Recomendación del Defensor del Pueblo portugués, n.º 4/A/2014, proc. Q-2290/12 (UT 1), de 18 de julio de 2014.

⁴³¹ Recomendación del Defensor del Pueblo portugués n.º 11/B/2012 proc. Q-1165/12 (A6), *Novo regime de acesso às prestações do Serviço Nacional de Saúde* (11/B/2012), de 13 de septiembre de 2012.

verificar si estas no constituyen un obstáculo demasiado elevado en un amplio conjunto de situaciones, impidiendo, efectivamente, a los ciudadanos el acceso a las prestaciones públicas de salud.

Teniendo presente el escenario descrito, el Defensor de Pueblo recomienda, primeramente, atenuar el sistema binario de las tasas de copago, que se basa en dos categorías únicas (exento – no exento). Este diseño crea disparidades preocupantes entre personas con rentas muy similares y es completamente ajeno a las circunstancias familiares concretas de los beneficiarios adultos. Por ello, se sugiere la introducción de elementos de progresividad en el sistema de tasas, en analogía con lo que sucede con otras prestaciones sociales aseguradas por el Estado, lo que permitiría atenuar, al menos, las situaciones más perversas o injustas y promover una mayor igualdad sustancial entre los usuarios del Servicio Nacional de Salud. La progresividad implicaría la creación de escalones intermedios de exención parcial o modificaciones en los valores de las tasas.

Por otro lado, y teniendo en cuenta que el copago busca, según el legislador, incentivar un uso responsable y moderado de los servicios de sanidad, evitando los desperdicios, pero sin vedar el acceso a los ciudadanos que realmente los necesitan, el Defensor del Pueblo recomienda el cobro o exención de las tasas de acuerdo con una evaluación estrictamente médica de la justificación clínica para recurrir a los servicios de urgencia.

Además, se discuten tres aspectos que cuestionan la justicia material del cálculo de la renta relevante para determinar la exención de tasas de copago en los servicios de sanidad. En primer lugar, la inclusión en dicha renta del montante de prestaciones sociales que, lejos de suponer un aumento patrimonial para los beneficiarios, se destinan simplemente al pago de gastos determinables, como es el caso de las prestaciones por dependencia (reservadas por imperativo legal a los cuidados imprescindibles que se derivan de una incapacidad). En segundo lugar, el trato diferenciado entre

trabajadores por cuenta ajena y autónomos (siendo estos últimos tratados de forma más desfavorable), y entre titulares de bienes inmuebles y los titulares de capital; finalmente, las reglas concretas de determinación de la renta relevante, que ignoran por completo la constitución de las familias, ya que consideran únicamente las rentas relevantes y la existencia de un adulto o una pareja. Según el Defensor del Pueblo, esta situación viola «*imperativos de justicia e igualdad*» al dar trato igual a casos concretos claramente distintos, los de ciudadanos solos o en pareja con y sin hijos a su cargo. Estas reglas son más penalizadoras cuanto mayor sea el número de menores dependientes, y afectan en especial a las familias monoparentales, introduciendo una dificultad más en un día a día que ya es, por norma, más difícil que el de las familias con dos adultos.

Estas recomendaciones del Defensor del Pueblo son importantes y dan que pensar, porque permiten ilustrar lo que es un control exigente de las medidas gubernamentales en conflicto con el principio constitucional de igualdad, comprendido a la luz de las teorías de la justicia contemporáneas y de un análisis riguroso de la realidad socio-económica que sirve de escenario a su aplicación. Esta recomendación capta adecuadamente la amplitud y complejidad de los problemas, sin reducirlos a la decisión sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las tasas de copago. Aunque si se entiende que esta medida se encuentra aún en el espacio de libertad de conformación concedido por marco constitucional al legislador, hay que garantizar que se realice de tal manera que no cree situaciones adicionales de desigualdad sustancial. Esto exige un criterio que supere el juicio sobre el arbitrio y la proporcionalidad, pero regresaremos a esta cuestión en el punto III.3 de este trabajo.

El Defensor del Pueblo griego también ha constatado bastantes violaciones de derechos fundamentales, en particular de dimensiones

específicas del principio de igualdad, como consecuencia de la crisis económica y de las medidas de austeridad adoptadas para combatirla. Así pues, son dignas de mención, en primer lugar, las investigaciones y recomendaciones en materia de igualdad de género en el ámbito de las relaciones laborales⁴³². El Defensor del Pueblo constata un aumento notable de la presión sobre las mujeres en el ambiente de trabajo, en un contexto de desempleo creciente.

Los derechos laborales de las mujeres han sido afectados por la legislación laboral en varios aspectos que van desde la imposición de nuevas (y precarias) formas de empleo, cambios unilaterales en los contratos de trabajo, despidos durante el periodo de baja de maternidad, acoso moral y sexual, violación repetida de los estándares nacionales y europeos de trato igual de hombre y mujeres, hasta la imposición de consecuencias adversas en las carreras profesionales de las mujeres que deciden gozar los derechos de protección de la maternidad.

El Defensor del Pueblo advierte de que la crisis y el cuadro legal de legislación laboral que fue aprobado en consecuencia producen un contexto social, político y jurídico que refuerza los estereotipos de género y las discriminaciones fundadas en el género.

Situación semejante se constata en relación con los derechos de los niños. El Defensor del Pueblo llama la atención⁴³³ sobre las severas consecuencias de la crisis en la educación primaria y secundaria. La reducción de financiación de los gastos operacionales de las escuelas y la restricción a la contratación de profesores, las fusiones de escuelas y los problemas en garantizar el transporte de los estudiantes acarrear consecuencias nefastas para los alumnos, con un impacto directo en el goce

⁴³² Defensor del Pueblo Griego, Informe especial sobre igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito del empleo y relaciones laborales, 2012, resumen ejecutivo en inglés disponible en <http://www.synigoros.gr/resources/gender-and-labour-relations-special-report-2012.pdf>.

⁴³³ Defensor del Pueblo Griego, Intervención sobre las escuelas en tiempos de crisis, resumen ejecutivo en inglés disponible en <http://www.synigoros.gr/?i=childrens-rights.en.recentinterventions.135095>.

efectivo del derecho a la educación, así como en la calidad de la educación asegurada por el Estado. Todo ello, asociado a las consecuencias indirectas de la crisis para los niños (relacionadas con los cambios en las condiciones de vida de los padres y en la renta disponible de las familias para garantizar sus necesidades básicas), permite afirmar que esta es una categoría especialmente afectada por la crisis y las medidas de austeridad.

Otras actuaciones podrían ser destacadas, como por ejemplo la del Defensor del Pueblo español en materia de crisis económica e insolvencia personal⁴³⁴. Ahí se constata que el actual contexto socio-económico, dominado por el desempleo, las bajadas salariales y otras situaciones muchas veces imprevistas, han provocado el empobrecimiento de los ciudadanos españoles, causando serias dificultades, haciendo imposible el pago sus deudas, frenando el consumo interno e impidiendo que la riqueza circule. Para resolver estas contingencias se utilizan fórmulas de refinanciación que, una vez agotadas, dan lugar al endeudamiento excesivo y a la incapacidad de devolver el dinero prestado. En este contexto, se produce la ejecución hipotecaria de la vivienda familiar y otros bienes inmuebles, sin que, en muchos casos, los valores obtenidos de la venta en subasta pública sean suficientes para saldar la deuda contraída, lo que consecuentemente obliga a las personas a seguir pagando el remanente, más los créditos personales. Esto lleva al titular de las deudas a una situación de insolvencia de por vida, ya que responderá por dichas deudas con los bienes presentes y futuros. Ante este fenómeno, el Defensor de Pueblo recomienda la institución de un procedimiento singular de insolvencia de los particulares o consumidores, independiente del resto de los procedimientos existentes en el ordenamiento jurídico, basado en la cultura del pago y con la previsión de liberación de

⁴³⁴ Defensor del Pueblo, *Estudio sobre Crisis Económica e Insolvencia Personal*, Madrid, octubre de 2013, disponible en https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2013-11-Crisis_economica_e_insolvencia_personal.pdf.

deudas remanentes, tras la liquidación del patrimonio. El procedimiento ha de ser sencillo, eficaz y gratuito, permitiendo el saneamiento de las economías domésticas sobre-endeudadas, sin obstáculos para acceder a su tramitación.

Esta recomendación también es expresiva, porque trata de una de las principales causas de pobreza y exclusión social, identificada en la parte I.2 de este trabajo: el endeudamiento. Este es un ejemplo de un problema en el que el Derecho (el ordenamiento jurídico) aparece como vehículo fundamental de encuadramiento y facilitación de determinados comportamientos económicos (tanto por parte de deudores como de acreedores) y de manutención de determinadas estructuras de poder en la sociedad. Además, es también ejemplo de cómo se viene aplicando una solución jurídica de tipo infra-constitucional, con casi total desconsideración de los problemas jurídicos y socio-económicos de ahí resultantes, concretamente la potencial colisión con la protección constitucional de la dignidad humana y el derecho fundamental a la vivienda (y que imponen, además, desde un punto de vista estrictamente económico, costes significativos para el Estado, derivados de las prestaciones sociales necesarias para hacer frente al empobrecimiento y a los desahucios). De ahí que el análisis jurídico, pero también socio-económico, del Defensor del Pueblo se revele acertado y razonable, sin que nos parezca imposible un análisis semejante por parte de órganos jurisdiccionales.

b) Tutela nacional de eficacia plena: los tribunales y la crisis

En lo que respecta a la tutela nacional de eficacia plena, muchos tribunales, y en especial (pero no exclusivamente) los tribunales constitucionales, han sido llamados a pronunciarse sobre la adecuación de las medidas de austeridad con los derechos fundamentales.

Es conocido el papel desempeñado por el Tribunal Constitucional portugués durante el periodo de crisis⁴³⁵. En general, se señala el papel de intervención y defensa de los derechos fundamentales, contra las medidas de austeridad, de este Tribunal. Pero, un análisis más ponderado de la designada “jurisprudencia de la crisis” permitirá comprobar que la posición del Tribunal Constitucional ha sido bastante más compleja y que, lejos del activismo judicial del que se le acusa, ha ejercido un notable grado de autocontención en sus decisiones acerca de las medidas adoptadas por el Gobierno como respuesta a la crisis.

Así pues, el Tribunal Constitucional ha sido llamado a apreciar la constitucionalidad de un número importante de normas, sobre 3 tipos de materias: legislación sobre el sector público de empleo, en particular normas sobre cortes salariales, alteraciones en la remuneración del trabajo extraordinario y mecanismos de ‘recalificación’; en segundo lugar, legislación sobre prestaciones de seguridad social, en especial sobre recortes de y contribuciones especiales sobre las pensiones y alteraciones del sistema de cálculo de las pensiones del sector público (convergencia de pensiones); por último, legislación sobre impuestos, tasas y fuentes de financiación estatal (como la contribución especial sobre el subsidio de enfermedad y de desempleo).

Ahora bien, en relación con los recortes salariales y de pensiones el Tribunal ha declarado la inconstitucionalidad de medidas de este tipo varias veces⁴³⁶, con base en un argumento fundamental: la violación del principio

⁴³⁵ Para un relato completo sobre la ‘jurisprudencia constitucional de la crisis’ en Portugal, véase CANOTILHO, M., VIOLANTE, T. y LANCEIRO, R. – “Austerity measures under judicial scrutiny: the portuguese constitutional case-law”, en *European Constitutional Law Review*, m.º 11, 2015, doi:10.1017/S1574019615000103. Para un debate sobre la justicia constitucional en el periodo de crisis económica y sobre la actuación del Tribunal Constitucional portugués, véanse NOVAIS, J. REIS – *Em defesa do Tribunal Constitucional*, Almedina, 2014, y RIBEIRO, G. ALMEIDA y COUTINHO, L. PEREIRA - *O Tribunal Constitucional e a Crise - Ensaíos Críticos*, Almedina, 2014.

⁴³⁶ Véanse las sentencias del Tribunal Constitucional portugués n.º 396/11, de 21 de septiembre de 2011; n.º 353/12, de 5 de julio de 2012; n.º 187/13, de 5 de abril de 2013; n.º 413/14, de 30 de mayo de 2014 y n.º 574/2014, de 14 de agosto de 2014.

de igualdad, en la dimensión de igualdad ante los gastos públicos. De hecho, el Tribunal Constitucional portugués ha desarrollado una fundamentación de sus decisiones basada en la idea de igualdad proporcional: aunque se puedan admitir, debido a las diferencias de estatus y a la dependencia de los presupuestos públicos, sacrificios adicionales a los funcionarios y pensionistas en función de las necesidades de equilibrio de las cuentas públicas, esos sacrificios no pueden ser demasiado intensos en relación con los objetivos perseguidos, bajo pena de violación del principio de igualdad. Así pues, el Tribunal admitió los recortes de salarios y pensiones introducidos en 2011 (y que se mantienen todavía parcialmente), pero ha declarado inconstitucionales todos los recortes adicionales. Además, el Tribunal Constitucional no consideró contrarios al parámetro constitucional todos los recortes (muy significativos) en la remuneración del trabajo extraordinario ni el aumento del horario de trabajo de los funcionarios públicos, que se produjo sin el correspondiente ajuste salarial (lo que equivale, en la práctica, a otro recorte salarial)⁴³⁷.

Con respecto a la legislación sobre el sistema de pensiones, el Tribunal declaró inconstitucional la llamada “convergencia de pensiones”, que en la práctica representaba una reforma de las pensiones del sector público, bastante perjudicial para los jubilados; la fundamentación de la sentencia se centra en el carácter casuístico de los cambios legislativos, que no constituían una alteración de fondo, bien preparada y justificada, del sistema de pensiones, lo que, combinado con la afectación significativa de las pensiones ya en pagamiento, implica una violación del principio de la protección de la confianza, comprendido como sub-principio del Estado de derecho democrático. Pero el Tribunal no declaró la inconstitucionalidad de otras medidas relativas a pensiones, como el caso de la Contribución Especial de Solidaridad —tributo que incidía únicamente sobre pensiones

⁴³⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional portugués n.º 794/13, de 27 de noviembre de 2013.

superiores a 1.350 euros mensuales— que fue muy criticado tanto en el plano político como jurídico. El Tribunal portugués declaró que la medida, al ser temporal y excepcional, era necesaria para el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado de cara a la consolidación de las cuentas públicas y que, además, presentaba cierto carácter redistributivo, en razón de las tasas progresivas⁴³⁸.

Finalmente, en lo que atañe a los cambios en el sistema fiscal y a la creación de nuevos tributos, el Tribunal Constitucional únicamente declaró inconstitucionales las tasas sobre los subsidios de enfermedad y desempleo. El Tribunal consideró que estos tributos afectaban a grupos especialmente vulnerables y que, a pesar de estar en ‘estado de emergencia económica’, el legislador tiene de asegurar un mínimo de garantías, destinadas a proteger, ante todo, el derecho a una vida digna; así, la imposición de un sacrificio adicional a personas ya en situación extremadamente precaria constituye un límite a su autonomía y vulnera el principio constitucional de proporcionalidad⁴³⁹. Todas las otras reformas fiscales, incluyendo medidas de naturaleza evidentemente regresiva, fueron consideradas dentro del margen de libre apreciación del legislador.

Al contrario de lo que los críticos hacen ver, el Tribunal portugués demostró, así, un notable grado de auto-contención en su apreciación de las medidas de austeridad, estando su actuación muy lejos de cualquier tipo de activismo judicial. Además, el Tribunal ha centrado su argumentación no en normas específicas sobre derechos sociales (en las cuales la Constitución portuguesa es especialmente rica), sino en principios constitucionales fundamentales —con especial importancia del principio de igualdad, el principio de proporcionalidad y el principio de protección de la confianza—

⁴³⁸ Ver Sentencias del Tribunal Constitucional portugués n.º 187/13, de 5 de abril de 2013 y N. 572/14, de 30 de julio de 2014.

⁴³⁹ Sentencias del Tribunal Constitucional portugués n.º 187/13, de 5 de abril de 2013 y n.º 413/14, de 30 de mayo de 2014.

. Los argumentos presentados contienen elementos interesantes desde el punto de vista de la igualdad sustancial, concretamente la idea de protección especial de los desempleados y enfermos, debido a su especial vulnerabilidad, y la consideración de la naturaleza redistributiva de ciertas medidas fiscales para aceptar su conformidad con la Constitución. Pero, en general, la jurisprudencia constitucional portuguesa presenta un elevado grado de deferencia en relación con las medidas tomadas por el legislador para responder a la crisis económica (es de señalar, además, que la gran mayoría de las reformas de la legislación laboral que modifican a favor del empleador —y, por ello, tendentes a más desigualdad— el equilibrio de fuerzas en la relación de trabajo, en particular las modificaciones y límites a la contratación colectiva, no han sido declaradas inconstitucionales).

En España, los tribunales están siendo escenario de parte de las luchas laborales, en particular en lo que respecta a los despidos colectivos, facilitados por la reforma de la legislación laboral. Muchos han sido anulados por decisión judicial⁴⁴⁰. Ya en Grecia, hasta hace poco, el Consejo de Estado había apoyado la conformidad constitucional de las medidas de austeridad cuestionadas⁴⁴¹. Solo a partir del año 2014 han surgido los primeros juicios de inconstitucionalidad de medidas de austeridad, adoptadas a consecuencia de los Memorandos firmados con la Troika, concretamente los recortes en las pensiones del sector privado, declarados inconstitucionales en 2015 por violación del derecho de los pensionistas a una vida digna (siendo de destacar que el Tribunal ha ordenado el regreso a los valores de las pensiones a los niveles anteriores, de 2012) y los recortes

⁴⁴⁰ FREIXES SANJUÁN, T. y LLADÓS VILA, J. - *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU - Country Report on Spain*, Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, European Parliament, European Union, Brussels, 2015.

⁴⁴¹ Véanse las sentencias del Consejo de Estado griego n.º 668/2012, sobre los recortes salariales y n.º 2527/13, sobre contribuciones impuestas a los trabajadores autónomos independientemente de sus ingresos reales.

en los salarios de los policías, militares y bomberos⁴⁴². Estas son, en cambio, por el momento, las excepciones a un planteamiento de gran deferencia por parte del poder judicial griego en relación con las medidas de austeridad, a pesar de sus consecuencias en lo que respecta a los derechos fundamentales.

Pero la importancia del papel de los Tribunales nacionales es exclusiva en relación con los países del Sur de Europa. En otros países, esencialmente del Este europeo, también gravemente afectados por la crisis y que adoptaron medidas de austeridad semejantes a las instituidas en los países del Sur, como los recortes de pensiones, el poder judicial ha desempeñado igualmente un papel fundamental a la hora de garantizar el respeto por los derechos y principios constitucionales fundamentales, a pesar de que se reconoce la necesidad de reducir los gastos públicos y promover el equilibrio presupuestario. Lituania es un buen ejemplo, con amplia jurisprudencia constitucional⁴⁴³ sobre medidas de austeridad que afectan a los derechos sociales, en particular sobre los recortes de pensiones y de otras prestaciones sociales, como el subsidio de apoyo a la maternidad y paternidad o el subsidio de compensación por la pérdida de capacidad para el trabajo.

El papel de los tribunales durante la crisis muestra tanto su inigualable importancia como mecanismo de garantía de derechos fundamentales y control del poder, como las limitaciones y contradicciones inherentes a sus decisiones. Así, para muchos ciudadanos, en varios países europeos, los tribunales han sido, de hecho, el único mecanismo del Estado social de derecho que ha funcionado a su favor, asegurándoles la protección y las

⁴⁴² Véase la sentencia del Consejo de Estado griego n.º 2192/2014. Véase también, sobre esta materia, KILPATRICK, C. - *Constitutions, social rights and sovereign debt states in Europe: a challenging new area of constitutional inquiry*, EUI Working Papers LAW 2015/34, disponible en http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/36097/LAW_2015_34.pdf?sequence=1.

⁴⁴³ Para un elenco de la jurisprudencia constitucional de Lituania sobre medidas de austeridad, véase RASNAŠA, Z. - *Constitutional Change Through Euro Crisis Law: "Latvia"*, Law Department Project Funded By The Research Council Of The EUI, 2015, disponible en <http://eurocrisislaw.eui.eu/latvia/>.

prestaciones que el pacto constitucional les había atribuido hasta la crisis. Pese a ello, un análisis objetivo de la jurisprudencia de la crisis muestra también insuficiencias y puntos críticos.

Así, y de un modo general, los tribunales están bastante limitados en su acción, que depende de los pedidos concretos que les sean presentados. A este respecto, hay que señalar la importancia, en los países donde existe, del papel de las minorías parlamentarias en el control de constitucionalidad de medidas lesivas de derechos fundamentales, adoptadas como respuesta a la crisis. Fue el caso de Portugal, con los recortes de salarios y pensiones de 2012 y 2013 o con las tasas sobre los subsidios de enfermedad y de desempleo, y de Lituania, con algunas de las reformas de las pensiones. Este es un aspecto interesante del posible diálogo entre parlamentos y tribunales y un mecanismo importante de control del poder legislativo.

En segundo lugar, la jurisprudencia —en especial la constitucional, por el alcance y los efectos de sus decisiones— presenta, en regla, un grado elevado de auto-contención en el ejercicio de sus poderes. El número de medidas no declaradas contrarias a la constitución es muy significativo en todos los países. En el discurso jurídico-político, la atención suele centrarse en las declaraciones de inconstitucionalidad, pero estas fueron en número bastante pocas si tenemos en consideración el universo total de medidas de austeridad, así como las medidas judicialmente cuestionadas. Por otro lado, los propios tribunales han limitado, en ocasiones, los efectos de sus decisiones, por miedo a afectar demasiado al equilibrio de las cuentas públicas perseguido por los poderes ejecutivo y legislativo. Véase la decisión del Tribunal Constitucional portugués de 2012⁴⁴⁴, en la cual se declaró la inconstitucionalidad de la suspensión del pago de las pagas extraordinarias (de vacaciones y Navidad) de los salarios de los funcionarios públicos y de las pensiones, pero los efectos de la declaración se mitigaron de tal forma

⁴⁴⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional portugués n.º 353/12, de 5 de Julio de 2012.

que, en la práctica, las medidas inconstitucionales se aplicaron en la totalidad.

Además, las decisiones presentan, a veces, ciertas contradicciones o dificultades de fundamentación que no son totalmente comprendidas por la ciudadanía. Por ejemplo, las sentencias de tribunales constitucionales europeos relativas a aspectos del estatuto de los magistrados —como pasó, por ejemplo, en Italia y en Lituania— corren el riesgo de ser entendidas como una defensa corporativa del propio status por parte de los jueces. Por otro lado, casos sobre distintas prestaciones sociales han sido objeto de decisiones diferentes, a pesar de los evidentes paralelismos entre algunas situaciones, lo que aparentemente demuestra un criterio de escrutinio de constitucionalidad más intenso en relación con cierto tipo de problemas; así pues, las reformas relativas a los sistemas de pensiones, en especial las que tenían como eje central los recortes en las pensiones que estaban siendo pagadas fueron objeto de declaraciones de inconstitucionalidad en Portugal, Lituania, Rumanía y Grecia.

Por último, la “jurisprudencia de la crisis” fue acusada de activismo judicial y de tolerar la manipulación del poder jurisdiccional por parte de minorías políticas o de algunos activistas, para desplazar lo que es una lucha política, que en el marco de un régimen democrático debe mantenerse en esa esfera, al plano del poder judicial, con riesgos claros de contaminación de los dos campos. A decir verdad, los tribunales están bastante protegidos de ese riesgo por los mecanismos que garantizan la independencia del poder judicial. Pero, tampoco puede negarse que los tribunales no están estructuralmente preparados para resolver problemas a larga escala, solamente casos concretos, razón por la cual la confrontación político-ideológica no debe tener como escenario primordial un tribunal. Los avances y retrocesos, en términos de normas-garantía y de políticas de igualdad, son además un buen ejemplo de cómo una jurisprudencia

individual de tipo garantista se retrae rápidamente —por motivos comprensibles— cuando se ve confrontada con problemas generales generadores de potenciales desequilibrios económico-financieros. La resolución de estos problemas exige una gama de competencias y capacidades —ante todo, la de efectiva representación de cada grupo distinto de personas— que no pertenecen a la esfera del poder judicial; este solo puede funcionar como límite al establecimiento de ciertas normas que originen un aumento acentuado de las desigualdades o de las discriminaciones en función de determinadas características de los sujetos, pero no como promotores de un verdadero desarrollo apoyado en la idea de igualdad.

2.2.2 – Tutela a nivel supranacional

a) Tutela supranacional de eficacia reducida: el ejemplo del Comité Europeo de los Derechos Sociales

A nivel internacional, varios mecanismos y organismos de garantía de derechos han analizado las medidas adoptadas para combatir la crisis económica y sus consecuencias. Efectivamente, organizaciones internacionales como la OIT, así como peritos y órganos de control en el marco de la ONU (como el Comité para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres o el Comité sobre los derechos del niño) han expresado su preocupación con relación al respeto de los estándares internacionales de derechos humanos y al impacto jurídico y socio-económico de ciertas medidas de austeridad adoptadas en el contexto de la crisis⁴⁴⁵.

⁴⁴⁵ Véanse conjuntos de las principales observaciones y recomendaciones de los organismos internacionales, por ejemplo, en relación con el caso griego, en KALTSOUNI, S., KOSMA, A., Milieu Ltd - *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU - Country Report on Greece*, Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, European Parliament, European Union, Brussels, 2015.

Las decisiones más importantes en lo que respecta a los derechos sociales, igualdad sustancial y crisis económica son probablemente las del Comité Europeo de los Derechos Sociales. Este Comité actúa, en el marco del Consejo de Europa, como mecanismo de protección de los derechos consagrados en la Carta Social Europea que son, como vimos, esenciales en la construcción de sociedades menos desiguales. En los últimos años, las decisiones de no conformidad con la Carta son un número significativo y algunas denuncian la total falta de conformidad de determinadas medidas de austeridad con el parámetro constitucional europeo.

Así pues, en relación con Portugal⁴⁴⁶, el Comité de Derechos Sociales consideró que el nivel de la prestación social de renta mínima (cuyas reglas han sido alteradas en el periodo de crisis y sus prestaciones rebajadas) es manifiestamente inapropiado para asegurar un nivel de vida adecuado a sus beneficiarios, ya que no garantiza que estos se sitúen por encima del umbral de pobreza (que equivale a cerca de 350 euros mensuales, lo que es significativamente más que la prestación media de renta mínima en Portugal, aproximadamente de 90 euros).

Además, el Comité verificó que las alteraciones legislativas que rebajaban los valores del trabajo realizado en días festivos al salario regular más un 50% violaban el artículo 2.2 de la Carta Social Europea. Para el Comité, y pese a reconocer que los Estados tienen un margen de apreciación en la materia, este no es un nivel adecuado de compensación para el trabajo prestado en días festivos.

Asimismo, y en lo que respecta a la remuneración, el Comité examinó las alteraciones al Código del Trabajo que han reducido, de forma significativa,

⁴⁴⁶ El conjunto de las decisiones más recientes del Comité de Derechos Sociales con relación a Portugal se puede encontrar en COUNCIL OF EUROPE, EUROPEAN SOCIAL CHARTER – *European Committee of Social Rights Conclusions 2014 (PORTUGAL)*, 2015, disponible en http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Conclusions/Prep/Portugal2014_en.pdf.

la compensación del trabajo extraordinario, a consecuencia de lo acordado en el Memorando firmado con la Troika. Así, constató que los valores pagados por las horas extraordinarias se habían rebajado a la mitad de lo que estaba previsto en la legislación anterior y que los mecanismos de flexibilidad previstos en las leyes laborales, como el banco de horas, han tenido como consecuencia que muchas horas de trabajo dejen de ser consideradas trabajo extraordinario, perdiéndose el derecho a la respectiva compensación. El Comité manifestó dudas sobre la adecuación de este régimen jurídico con la Carta Social Europea y suspendió su decisión hasta reunir más información. Sin embargo, declaró que se violaba el artículo 4.2 de la Carta en el caso de los oficiales de policía, que no reciben compensación por trabajo extraordinario cuando están en prevención activa (fuera del local de trabajo, pero disponibles mediante llamada) o en turnos fuera del horario habitual.

En último lugar, el salario mínimo portugués también fue considerado insuficiente para garantizar un estándar de vida digno. El Comité ha señalado repetidamente que un salario mínimo que pretenda garantizar un nivel de vida decente, en el sentido de lo dispuesto en el artículo 4.1 de la Carta, no puede ser menor al 50% del salario medio líquido. Ahora bien, el salario mínimo en Portugal no alcanza dicho valor por lo que no está en concordancia con el parámetro normativo de la Carta Social Europea.

Relativamente a Grecia⁴⁴⁷, el Comité de Derechos Sociales verificó, en primer lugar, la violación del artículo 13.4 de la Carta (derecho a seguridad social y asistencia médica para extranjeros), por falta de apoyo material y de

⁴⁴⁷ El conjunto de las decisiones más recientes del Comité de Derechos Sociales con relación a Grecia se puede encontrar en COUNCIL OF EUROPE, EUROPEAN SOCIAL CHARTER - *European Committee of Social Rights Conclusions XX-2 (GRECE)*, 2014, disponible en <http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Conclusions/State/GreeceXX2en.pdf> y *European Committee of Social Rights Conclusions XX-3 (2014) (GREECE)*, 2015, disponible en <http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Conclusions/State/GreeceXX3en.pdf>.

asistencia social de emergencia a los migrantes, así como por la restricción del acceso a cuidados médicos a los cuidados de emergencia.

En relación con los derechos laborales, el Comité consideró que la compensación adicional atribuida a los trabajadores por trabajo realizado en día festivo era insuficiente y, por tanto, no estaba en concordancia con la Carta Social Europea, en particular con el artículo 2.2 relativo a condiciones de trabajo justas. Además, el Comité verificó una violación del artículo 2.4 de la Carta, que consagra el derecho a la eliminación de los riesgos en ocupaciones peligrosas para la salud, como la situación de los trabajadores de la industria minera, cuyas condiciones de trabajo deficientes y compensaciones previstas en acuerdos colectivos de trabajo, también insuficientes, ya habían sido objeto de quejas anteriores. Hay otras situaciones sectoriales declaradas contrarias a lo dispuesto en la Carta Social Europea, como es el caso del personal doméstico, a quien la legislación griega no garantiza un día de descanso semanal.

Finalmente, el Comité de Derechos Sociales emitió una apreciación muy fundamentada acerca del cumplimiento del artículo 4 de la Carta, que establece el derecho a una remuneración justa, teniendo en consideración, en particular, las reformas legislativas en la materia adoptadas durante el periodo de crisis económica. Así, en lo que se refiere al salario mínimo, la decisión de Comité confirmaba la violación del parámetro de la Carta, ya que tanto el salario mínimo del sector público como el del sector privado no son suficientes para garantizar un nivel de vida adecuado a los trabajadores y a sus familias. Además, declara que la legislación especial que prevé el pago de un salario mínimo a los trabajadores menores de 25 años que se sitúa por debajo del umbral de pobreza constituye una discriminación injustificada contra los trabajadores más jóvenes.

El Comité muestra preocupación y aplaza su decisión hasta reunir más información acerca de la remuneración del trabajo extraordinario (que, de

manera semejante a lo ocurrido en Portugal, también fue objeto de reducciones y alteraciones significativas, incluyendo la institución de mecanismos de flexibilización del tiempo de trabajo) y de las diferencias salariales entre hombres y mujeres.

Por último, y aún en el marco del artículo 4 de la Carta, el Comité de Derechos Sociales declaró contraria la legislación griega al parámetro europeo, a causa de la insuficiencia de las indemnizaciones compensatorias en caso de despido de trabajadores manuales y de la inexistencia de indemnización para estos trabajadores en caso de despido durante el período de prueba. Más aún, y en lo que respecta al derecho a un plazo de preaviso razonable, el Comité critica fuertemente las reformas legislativas llevadas a cabo en Grecia, señalando que las reducciones al plazo de preaviso y de las compensaciones por despido ponen en evidencia el objetivo fundamental de estas medidas, que es el de permitir al trabajador buscar un nuevo empleo mientras tiene medios de subsistencia. Además, el Comité refiere que la aplicación de la nueva legislación solamente a los trabajadores con menos años de servicio crea una discriminación infundada en lo que se refiere al término del contrato de trabajo que puede, incluso, condicionar los criterios de admisión.

Finalmente, en relación con España, el Comité considera, en primer lugar, que la exclusión generalizada de inmigrantes en situación irregular del Sistema Nacional de Salud configura una violación del derecho a la protección de la salud (artículo 11), ya que les impide acceder a la asistencia sanitaria en igualdad de condiciones con las demás personas sometidas a la jurisdicción del Estado⁴⁴⁸. Además, el Comité rechaza los argumentos de la sostenibilidad del sistema y de las dificultades financieras y afirma que la

⁴⁴⁸ COUNCIL OF EUROPE, EUROPEAN SOCIAL CHARTER - *European Committee of Social Rights – Conclusions XX-2, Espagne, Articles 3, 11, 12, 13 and 14 of the 1961 Charter*, 2014, disponible en http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Conclusions/State/SpainXX2_en.pdf.

crisis económica «no debería tener como consecuencia la reducción de la protección de los derechos reconocidos por la Carta» y que los gobiernos tienen la obligación de garantizar con efectividad los derechos de la Carta precisamente en un momento en que los beneficiarios necesitan más la protección. No obstante, y dado que esta violación de la Carta se encontraba fuera del periodo analizado en el informe, el Comité suspendió su decisión en este punto hasta reunir más información.

El Comité ha verificado igualmente una violación del compromiso de España de establecer o mantener un sistema de seguridad social (artículo 12.1). Después de constatar el descenso del número de personas inscritas en el sistema, debido a la alta tasa de desempleo, el Comité señala la inadecuación del valor de algunas de las prestaciones sociales, cuyo nivel resulta insuficiente para satisfacer algunos de los derechos contemplados en la Carta Social Europea, como es el caso del subsidio de enfermedad. Asimismo considera que se viola el artículo 12.4, que estipula la extensión de los beneficios de la seguridad social a los nacionales de los demás Estados parte en la Carta, en lo que respecta específicamente a países europeos no comunitarios.

Además, el Comité critica duramente las prestaciones sociales mínimas, no contributivas, que se perciben en España (renta mínima). Conforme al artículo 13.1 de la Carta Social Europea, los Estados parte se comprometen a velar *«por que toda persona que no disponga de recursos suficientes y no esté en condiciones de conseguir éstos por su propio esfuerzo o de recibirlos de otras fuentes, especialmente por vía de prestaciones de un régimen de seguridad social, pueda obtener una asistencia adecuada y, en caso de enfermedad, los cuidados que exija su estado»*.

El Comité de Derechos Sociales reitera lo que ya había señalado en informes anteriores: que el sistema español de rentas mínimas en la mayoría de Comunidades Autónomas no satisface las exigencias de este precepto en la medida que está condicionado a requerimientos de residencia (de seis

meses a tres años, según la comunidad), edad (solo se aplica a mayores de 25 años) y duración (la prestación acaba al cabo de un tiempo, aunque no lo haga la necesidad). Por otro lado, el Comité reitera que las prestaciones son adecuadas siempre que no se sitúen manifiestamente por debajo del umbral de pobreza, lo que no se cumple en la inmensa mayoría de las Comunidades Autónomas españolas (con excepción del País Vasco y de Navarra). Prestaciones que perpetúan la situación de pobreza y exclusión no alcanzan el estándar mínimo exigible a los derechos humanos del ámbito social.

b) Tutela supranacional de eficacia plena: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea fue llamado a pronunciarse varias veces sobre la adecuación de las medidas de austeridad con los parámetros constitucionales de la Unión.

Uno de los primeros casos apreciados⁴⁴⁹ parte de un reenvío prejudicial de un tribunal portugués que tiene por objeto la interpretación del artículo 47 de la Carta, a propósito de la aplicación de medidas de austeridad —en especial, de recortes salariales— acordadas con las Instituciones Europeas (en el marco de las negociaciones del programa de rescate con la Troika). Son especialmente interesantes para este trabajo las cuestiones del tribunal *a quo* relativas al principio de igualdad, más concretamente sobre la aplicación del principio de la igualdad de trato a los trabajadores del sector público y sobre la validez de la discriminación por razón de la naturaleza pública del vínculo laboral que la legislación sobre los presupuestos del Estado creó al

⁴⁴⁹ Auto del Tribunal de Justicia, proc. C-128/12, *Sindicato dos Bancários do Norte*, de 7 de marzo de 2013; véase también el auto del Tribunal de Justicia, proc. C-134/12, *Corpul Național al Poliției*, de 10 de mayo de 2012, en el cual el TJUE también se declara incompetente para apreciar la validez de una normativa nacional que impone reducciones salariales a varias categorías de funcionarios públicos.

instituir los recortes salariales, problemas que, además, fueron retomados y reformulados en posteriores interpelaciones al TJUE⁴⁵⁰.

El órgano jurisdiccional remitente tenía en manos un proceso sobre la aplicación de los recortes salariales previstos en el presupuesto del Estado para 2011 a los trabajadores del BPN, un banco nacionalizado en 2008, a consecuencia de la gravedad de su situación financiera. En este cuadro, los salarios de sus trabajadores fueron objeto de recortes salariales, en condiciones de igualdad con los funcionarios públicos, y en contradicción con lo previsto en el Acuerdo Colectivo de Trabajo para el Sector Bancario, firmado por el banco. Así, el tribunal nacional planteó al TJUE una serie de cuestiones fundamentales, relacionadas con la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores. Todas las preguntas tienen, además, proyección a nivel del principio de igualdad, tanto en la dimensión formal de igualdad jurídica, como en una dimensión material, que puede situarse dentro de la garantía de condiciones de trabajo dignas y capaces de proporcionar un nivel de vida satisfactorio.

Así pues, el tribunal *a quo* pretendía saber lo siguiente: si el principio de igualdad de trato, del cual emana la prohibición de discriminación debe ser interpretado en el sentido de ser aplicable a los trabajadores del sector público; si la imposición estatal de reducción de salarios, a través de la Ley del Presupuesto del Estado para 2011, que se aplica únicamente a trabajadores que ejercen sus funciones en el sector estatal o empresarial público, es contraria al principio de prohibición de discriminación, configurando una discriminación por razón de la naturaleza pública del vínculo laboral; si el derecho a condiciones de trabajo dignas, previsto en el artículo 31.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea debe ser interpretado en el sentido de que se prohíba disminuir la

⁴⁵⁰ Auto del Tribunal de Justicia, proc. C-665/13, *Sindicato Nacional dos Profissionais de Seguros e Afins*, de 21 de octubre de 2014.

remuneración sin el acuerdo del trabajador, en el caso de que el contrato se mantenga inalterado; si dicho derecho debe ser interpretado en el sentido de que corresponde al derecho a una remuneración justa que garantice a los trabajadores y su familia un nivel de vida satisfactorio; si la reducción de salario, no constituyendo la única medida posible, necesaria y fundamental para el esfuerzo de consolidación de las finanzas públicas en una situación de grave crisis económico-financiera del país, es contraria al derecho previsto en el artículo 31.1 de la Carta por colocar en riesgo el nivel de vida y los compromisos de orden financiera asumidos por los trabajadores y sus respectivas familias, antes de esa reducción; y finalmente, si la reducción de salarios impuesta por el Estado portugués sería contraria al derecho a condiciones de trabajo dignas, por no ser previsible ni predecible por los trabajadores.

La configuración del problema por parte del tribunal *a quo* es muy interesante y la forma como coloca las preguntas pone de relieve la conexión que motiva las reflexiones de esta parte del trabajo entre igualdad sustancial, medidas de austeridad y derechos fundamentales (en este caso, derechos relacionados con el derecho al trabajo).

La interpelación al Tribunal de Justicia, por otra parte, parece tener todo el sentido. Efectivamente, en los términos del artículo 51 de la CDFUE, las disposiciones de la Carta vinculan a las Instituciones de la Unión, así como a los Estados miembros, cuando apliquen derecho comunitario. Así pues, tanto las medidas previstas en los Memorandos de los programas de asistencia económica y financiera como las medidas nacionales de implementación y ejecución deberían estar en concordancia con los estándares europeos de protección de los derechos fundamentales, en especial con el parámetro establecido por la Carta. Recordemos, además, que el propio TJUE siempre ha mantenido una interpretación amplia de la

vinculación por los Estados a las exigencias que se derivan de la protección de los derechos fundamentales en el orden jurídico comunitario⁴⁵¹.

La posición del Tribunal de Justicia ha sido, en cambio, bastante distinta. En primer lugar, ha recordado que en el ámbito de un reenvío prejudicial, en los términos del artículo 267 TFUE, el TJUE puede interpretar el derecho de la Unión únicamente dentro de los límites de competencias atribuidas a la Unión Europea. Sin embargo, entendió que la decisión del tribunal nacional no contenía ningún elemento concreto que permitiera considerar que la Ley del Presupuesto del Estado para 2011 se destinaba a aplicar el derecho de la UE. De esta forma, según el Tribunal de Justicia, no quedó demostrada su competencia para responder al pedido de decisión prejudicial, lo que obligó a rechazar el pedido por declarada incompetencia del TJUE.

Con esta decisión y la siguiente⁴⁵² el Tribunal de Justicia ha decidido no afirmar un principio fundamental de cualquier ordenamiento jurídico que pueda calificarse *de derecho constitucional*: el principio según el cual todas las actuaciones de una Institución de la Unión, a cualquier título, están sujetas a los límites impuestos por el derecho constitucional de la UE, en particular por el parámetro constituido por los Tratados y la CDFUE, prestando especial atención a los derechos fundamentales de los ciudadanos. Es casi incomprensible que pueda entenderse la cuestión de manera distinta. Así pues, por lo menos las medidas consagradas en los Memorandos deberían estar sometidas al control del Tribunal de Justicia, como mecanismo central de garantía de los derechos fundamentales en el marco de la UE, ya que las Instituciones de la Unión son coautoras del documento.

Efectivamente, esta es una cuestión estructural e independiente de la evaluación concreta sobre la adecuación de las normas de los Memorandos

⁴⁵¹ Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea *Wachauf*, proc. 5/88, de 13 de julio de 1989.

⁴⁵² Auto del Tribunal de Justicia, proc. C-665/13, *Sindicato Nacional dos Profissionais de Seguros e Afins*, de 21 de octubre de 2014.

con parámetros constitucionales de cualquier tipo. La CDFUE, y en particular el artículo 51 citado, no impone ningún tipo de exigencias o requisitos en cuanto al contexto de actuación de las Instituciones y órganos de la UE, a efectos de su vinculación a los derechos fundamentales consagrados en la Carta. Esta se aplica en todas las circunstancias, tanto cuando las Instituciones actúen en el marco de la Unión, como cuando actúen en el plano del derecho internacional o de acuerdos intergubernamentales, ejerciendo competencias propias o delegadas⁴⁵³.

Esto mismo defendió la Abogado General Kokott, en su Opinión a propósito del caso *Pringle*⁴⁵⁴, al declarar que «*la Comisión, como institución de la Unión, sigue vinculada plenamente, también al actuar en el marco del MEDE, al Derecho de la Unión, incluida la Carta de los Derechos Fundamentales*». Posición idéntica asumió el Parlamento Europeo, cuando señaló que «*las Instituciones de la UE están plenamente sujetas al derecho de la Unión y en el cuadro de la Troika son obligadas a actuar respetando los derechos fundamentales que, según el artículo 51 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, se aplican en todo momento*»⁴⁵⁵.

La afirmación de la centralidad del derecho constitucional de la Unión Europea, inherente al reconocimiento de la UE como *ente constitucional* implica, por tanto, el reconocimiento de la centralidad de derechos fundamentales y principios básicos (como el de igualdad, en todas sus dimensiones) que no pueden apartarse del parámetro de validez de los actos de las Instituciones en ningún momento, en ningún lugar, y bajo la máscara que sea (es decir, independientemente del tipo y del título de las funciones

⁴⁵³ En este mismo sentido, véase FISCHER-LESCANO, A. – *Human Rights in Times of Austerity Policy*, Nomos, Baden-Baden, 2014.

⁴⁵⁴ Opinión de la Abogado General Sra. Juliane Kokott en el caso *Pringle*, proc. C-370/12, de 26 de octubre de 2012.

⁴⁵⁵ Véase la *Opinion of the Committee on Constitutional Affairs for the Committee on Economic and Monetary Affairs on the enquiry report on the role and operations of the Troika (ECB, Commission and IMF) with regard to the euro area programme countries* (2013/2277 (INI)), de 11 de febrero de 2014.

concretamente desempeñadas). Todas las medidas adoptadas por dichas Instituciones, aunque lo sean solo en coautoría, deben adaptarse a lo dispuesto en la CDFUE, en los términos del artículo 51 de la Carta.

La admisión de espacios de actuación de la Comisión y del Banco Central Europeo sin cualquier tipo de barrera jurídico-constitucional es bastante preocupante, ya que equivale, en la práctica, a un ejercicio ilimitado del poder, a la negación del propio derecho constitucional. Desde un punto de vista académico, habrá pues que profundizar en la reflexión sobre esta paradójica utilización del derecho en espacios (aparentemente) vacíos de derecho constitucional. Desde el punto de vista más específico del principio de igualdad, resulta claro, además, que las medidas más fuertemente cuestionables en términos de igualdad surgen en contextos en los que, por un lado, se niega o se intenta *suavizar* la normatividad del parámetro, circunscribiendo su marco de aplicación; y donde, por otra parte, no existen verdaderos mecanismos de garantía, o estos ejercen tal grado de autocontención que se declaran incompetentes para apreciar las violaciones de derechos de igualdad o, en alternativa, adoptan un tipo de análisis de intensidad mínima, ineficaz en la mayoría de los casos.

De hecho, el reconocimiento de competencia no equivale a declarar inválida cualquier norma de implementación de medidas de austeridad⁴⁵⁶. Desde el punto de vista metodológico, esa será, por norma, una decisión posterior, que dependerá de la interpretación y densificación que los órganos jurisdiccionales de control hagan de los principios y derechos fundamentales cuestionados. Así pues, en los casos que hemos mencionado, el Tribunal de Justicia perdió, también, una excelente oportunidad para ahondar en su

⁴⁵⁶ Véanse las Decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos *Konfaki and Adedy v. Greece*, de 7 de mayo de 2013 y *Da Conceição Matens e Santos Januário*, de 8 de octubre de 2013, en los cuales, y a pesar de declarar inadmisibles los pedidos, el tribunal no rechaza la validez y aplicación del parámetro normativo consagrado en la CEDH, aunque juzga la actuación de los Estados dentro de su amplio margen de conformación.

lectura del principio de igualdad, como consagrado y desarrollado en el marco del derecho de la UE, y de derechos específicos, como el derecho al trabajo, a condiciones de trabajo justas y a una remuneración adecuada. Ahora bien, aunque la doctrina pueda (y deba) sugerir criterios orientadores, en esta materia el significado concreto de cada uno de estos derechos depende, naturalmente en gran parte, de las posiciones del Tribunal de Justicia, que ha preferido el silencio.

Queda pues un largo camino, en lo que respecta a la evaluación de la adecuación de las medidas de austeridad y el marco constitucional europeo. La tarea envuelve distintos planos que se interrelacionan y que deberán ser considerados conjuntamente. En todos ellos, los ejemplos relacionados con el principio de igualdad son bien ilustrativos del cuadro general.

Así, en primer lugar, cabe señalar la estrecha relación con los valores fundamentales de la Unión, consagrados en el artículo 2 del TUE, que incluyen *«una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres»*; el artículo siguiente (3 TUE), afirma el *«bienestar de los pueblos»* de la Unión, *«la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño»*, así como *«la cohesión económica, social y territorial y la solidaridad entre los Estados miembros»* como finalidades de la UE. Todas las dimensiones del principio de igualdad están presentes en estos enunciados, con especial relieve para la igualdad material cuya medida jurídicamente relevante solo puede ser, en una democracia pluralista, y como ya vimos, la que resulta del cumplimiento de los objetivos de garantía de bienestar, de la protección de los grupos más débiles y de un esfuerzo de cohesión económica, social, territorial y generacional. Hay una necesidad urgente de densificación de las normas de derechos fundamentales de la UE en consonancia con este núcleo esencial del derecho constitucional del ordenamiento comunitario.

Por otra parte, sería interesante conocer la posición del Tribunal de Justicia, sobre los límites de competencias de la Unión en materias sociales. Una vez más, habría que hacer una reflexión seria sobre la paradoja resultante de la constatación de la incompetencia de la Unión en materia de políticas sociales (que genera, en el fondo, la imposibilidad de establecer estándares mínimos de protección social en condiciones de igualdad para todos los ciudadanos comunitarios) y la posibilidad de hacer exigencias en dichas materias en el marco de los programas de asistencia económica y financiera (exigiendo, frecuentemente, la reforma de los programas sociales existentes y la disminución de las prestaciones aseguradas a la ciudadanía).

Por último, y tal como los reenvíos prejudiciales de los tribunales portugueses pretendían resaltar las medidas de austeridad consagradas en los varios Memorandos parecen contrarias a varios de los derechos fundamentales consagrados en la CDFUE. La falta de conformidad entre el parámetro y las normas cuestionadas solo podrá afirmarse en el marco de un juicio concreto, con fundamento en una lectura de las disposiciones de derechos fundamentales orientada hacia la realización efectiva de los valores constituyentes y de los objetivos básicos de la Unión, juicio este que el Tribunal de Justicia se ha abstenido, hasta el momento, de hacer⁴⁵⁷.

El contraste entre la auto-contención de los medios de tutela de derechos fundamentales con eficacia plena, y las observaciones y conclusiones críticas de los restantes medios, demostrada con los ejemplos presentados, es notable. El patrón se repite tanto en lo que respecta a los medios de tutela a nivel nacional, como a los del plano supranacional, pero nos parece bastante más marcado en este último nivel. De hecho, como se

⁴⁵⁷ Catalogando estos mismos fundamentos para la impugnación judicial de las medidas de austeridad, véase KOUKIADAKI, A. - *Can the austerity measures be Challenged in supranational Courts? The cases of Greece and Portugal*, An analysis for the ETUC, University of Manchester, 2014.

ha visto, los tribunales nacionales no rechazan la competencia para apreciar la validez de las medidas de austeridad al contrario del Tribunal de Justicia, que afirma la inexistencia de una conexión entre estas y el derecho de la Unión Europea. Este planteamiento es particularmente preocupante, en la medida en que delimita un campo de actuación de las Instituciones Europeas fuera de la aplicación y de los límites del derecho constitucional. Para que la UE pueda ser un espacio efectivo de democracia pluralista y, volviendo al tema central de este trabajo, un espacio de construcción y afirmación de igualdad sustancial entre sus ciudadanos, la posición del TJUE debería ser la opuesta. Efectivamente, la única forma de garantizar, de hecho, el principio de igualdad en todo el territorio de la Unión es subordinar al derecho todas las normas y actos de sus Instituciones y órganos, y mediante criterios objetivos y razonables, procurar mostrar el conflicto social o económico subyacente a gran parte de las medidas de austeridad. Solo evidenciando y comprendiendo adecuadamente dicho conflicto podrán ponerse en acción todas las normas-parámetro indispensables para establecer límites a la actuación de los poderes públicos y solo así podrán, también, interpretarse las normas o actos en juicio teniendo en consideración los valores y objetivos fundamentales del ordenamiento jurídico. Esta visión amplia de los problemas socio-económicos, traducidos en conflictos jurídico-constitucionales permitirá utilizar el Derecho como instrumento de realización de una igualdad sustancial y efectiva, y evitar que se utilice como medio de creación o preservación de desigualdades injustificadas. En el capítulo siguiente, intentaremos enumerar una serie de criterios metodológicos e interpretativos que puedan servir de apoyo al juez u otro aplicador de las normas en la referida comprensión adecuada del enfrentamiento socio-político subyacente al conflicto normativo y a la consideración en términos adecuados de las cuestiones de igualdad.

3. De regreso a la igualdad: lecciones del Derecho Constitucional Europeo

3.1 – La voz de las minorías: un importante mecanismo de defensa de la igualdad; 3.2 – El principio de igualdad prohíbe trato distinto para situaciones semejantes; 3.3 – El principio de igualdad impone trato diferente para lo diferente, en la justa medida de la diferencia; 3.4 – El principio de igualdad tiene como pilares los derechos fundamentales, esenciales en la realización de una concepción amplia de justicia.

El proceso de retroceso en el grado de realización y efectividad de muchos derechos fundamentales durante el periodo de crisis que afectó especialmente a los países del sur de Europa en los últimos años, suscita varias preguntas de naturaleza constitucional. De hecho, independientemente de la evaluación política que pueda hacerse, valorando de forma positiva o negativa la existencia y posibilidad de éxito de medidas alternativas a las que se han adoptado, así como la mayor o menor correspondencia entre las opciones tomadas y el mandato democrático de los gobiernos que las han diseñado, desde el punto de vista jurídico-constitucional no puede dejar de sentirse, por lo menos, cierto desasosiego.

¿Qué nos muestran las reformas normativas descritas, relativas a derechos de los ciudadanos —esencialmente, derechos económicos y sociales—, sobre la tensión existente entre la Constitución jurídica y la Constitución real? ¿Estaremos ante los límites de la fuerza normativa de la Constitución, debidos a factores sociales y económicos, descritos por K. Hesse, o se trata de un nuevo tipo de límite, no solamente económico, sino institucional y sistémico? O sea, más que de la situación de fragilidad económica en sí misma, ¿no se deben estos límites al redimensionamiento y complejización del sistema constitucional en el marco europeo, que transfirió porciones importantes de soberanía a órganos sin legitimidad

democrática directa y, tal vez por ello, sin *voluntad de constitución* o siquiera conciencia de su vinculación a los derechos fundamentales? Si es en tiempos de crisis cuando la Constitución demuestra su efectiva normatividad, ¿qué conclusiones deberán sacarse de la profunda vulneración de derechos fundamentales, en especial de los de categorías de sujetos tan frágiles y merecedores de protección constitucional, como es el caso de los niños, los enfermos y de los ancianos? ¿Serán los condicionantes dictados por el sistema económico de tal modo fuertes que, hasta en el marco de la Unión Europea, hacen imposible el cambio o la alteración de otros elementos del sistema (social, político, jurídico y económico) como alternativa a la afectación de derechos reconocidos como parte del patrimonio constitucional europeo?

El derecho constitucional es, al mismo tiempo, una frontera, un límite al ejercicio del poder y un proyecto, un repositorio de los objetivos fundamentales de una comunidad social y política. Si se revela incapaz de someter los órganos soberanos a su propia jerarquía de valores, que debería presidir al diseño de cualquier norma o política pública, y si permite el deterioro de las garantías jurídicas e institucionales de los derechos fundamentales —es decir, de los pilares de la Constitución real— queda muy poco. Cabrá, naturalmente, a la ciudadanía, rescatar de ese proyecto las dimensiones con las cuales se siga identificando. Hay una fuerte dimensión política en los problemas descritos que no pretende negarse, ni resolverse a través del derecho. Se resolverá, tarde o temprano, en la calle, que es espacio de la *polis* y primera «obra de arte constitucional. Es también una escritura de lo político. Un corredor de protestas y manifestaciones. La calle es el lugar de las personas y de las cosas»⁴⁵⁸. Pero la verdad es que cabe también a los constitucionalistas explicar y proponer condiciones para garantizar la mayor eficacia posible a

⁴⁵⁸ CANOTILHO, J. J. GOMES - “Uma Peregrinação Constitucional pela Rua da Interioridade”, in *Admirar os Outros* Almedina e Coimbra Editora, 2010.

las normas constitucionales vigentes. En esta sección, se reflexionará acerca de los mecanismos institucionales y de los criterios interpretativos y metodológicos que podrán ser útiles en esa tarea, en lo que respecta específicamente al principio de igualdad.

Por otro lado, y desde una perspectiva crítica, es importante despertar al constitucionalismo de su largo sueño formal, de su enredo en la pericia técnica, en el protagonismo de los criterios limitadores de aplicación normativa, de interpretación y de competencia. El olvido —o la eliminación deliberada— de la vertiente transformadora del constitucionalismo, de las posibilidades de desarrollo social abiertas por las normas constitucionales en acción, es uno de los principales factores que permitieron la contaminación del discurso jurídico por el discurso económico. Si se reduce el derecho a mera técnica, pasa a situarse en el mismo plano que otras técnicas —más complejas y menos comprensibles, a los ojos del jurista— cediéndoles lugar cuando se considere impotente o incompetente para resolver determinado problema. Como bien describe E. Guillén López, de esta forma *«el constitucionalismo se convierte en un mecanismo de análisis del derecho exclusivamente formal que funciona teniendo como único horizonte las constituciones existentes su vertiente más limitadora frente a la transformadora. Se trata, pues, de un constitucionalismo autosatisfecho, extremadamente eficaz en su pericia técnica a la hora de atender lo que entiende que es su misión principal: ayudar técnicamente al desarrollo de una norma fundamental de la que se extraen los elementos que mejor se ajustan al contexto existente y se bloquean conceptualmente los que, vistos con perspectiva histórica, habían llevado al triunfo de los valores constitucionales de libertad, igualdad y dignidad: los de Pueblo, poder constituyente, soberanía, Estado social. En este constitucionalismo la realidad se determina en exclusiva a partir de un derecho y en especial a partir de la aplicación judicial del mismo, las libertades positivas aparecen como funciones y no como mecanismos*

para trasladar legitimidades; y los derechos como espacios exclusivamente pacíficos y no como garantías para la expresión de los conflictos»⁴⁵⁹.

Ahora bien, esta concepción de las cosas carece de memoria histórica y de voluntad de constitución. En primer lugar, carece de memoria histórica porque, si se mirara hacia atrás, y en un horizonte temporal relativamente reducido en lo que respecta a la mayor parte de los países del Sur de Europa, cuyos procesos de democratización política y social solo se iniciaron en los años 1970, se vería el inmenso potencial transformador de una constitución. En el Portugal de 1973, por ejemplo, la igualdad entre hombres y mujeres no existía. La libertad de expresión y manifestación tampoco. Ni la libertad sindical, el derecho al trabajo, el servicio nacional de salud o el derecho universal a la educación gratuita. Una década después, en 1983 —fecha del primer intento deliberado de destrucción de uno de los pilares del Estado Social, el servicio nacional de salud— todos estos derechos eran elementos establecidos del orden jurídico-político democrático y parámetro claro de validez de la actuación del legislador, de tal manera que el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de las normas que pretendían extinguir el servicio nacional de salud⁴⁶⁰, afirmando que *«si la Constitución impone al Estado la realización de una determinada tarea —la creación de cierta institución, una determinada alteración del orden jurídico— entonces, cuando es llevada a cabo, el resultado pasa a tener protección jurídica directa de la Constitución. El Estado no puede volver atrás, no puede “des-cumplir” lo que ha cumplido, no puede volver a colocarse en la situación de deudor. (...) Si es así en general para las normas que imponen concretas y definidas tareas constitucionales, por mayoría de razón deberá valer cuando se trate de derechos fundamentales. (...) En gran medida, los derechos sociales se traducen para el Estado en la obligación de hacer, sobre todo de crear instituciones*

⁴⁵⁹ GUILLÈN LÓPEZ, E. - “Constitucionalismo crítico y nuevos movimientos sociales”, en GARCÍA HERRERA, M. A., ASENSI SABATER, J. y BALAGUER CALLEJÓN, F. (coord.) - *Constitucionalismo Crítico – Liber amicorum Carlos de Cabo Martín*, Tirant lo Blanch, 2015.

⁴⁶⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional portugués n.º 6/83, de 11 de abril de 1984.

públicas (sistema escolar, sistema de seguridad social, etc.). Mientras ellas no sean creadas, la Constitución solo puede fundamentar exigencias para que se creen; pero después de su creación, la Constitución pasa a proteger su existencia, como si ya existieran a día de la Constitución. Las tareas constitucionales impuestas al Estado en sede de derechos fundamentales en el sentido de crear ciertas instituciones o servicios no lo obligan únicamente a crearlos, lo obligan también a no abolirlos una vez creados».

La dimensión transformadora del constitucionalismo reside, pues, en su capacidad de promover los cambios sociales pactados y de resistir a los retrocesos. La transformación operada es multidimensional, actuando en el plano político-ideológico, jurídico y social. Bajo la influencia de determinado marco constitucional, es posible constatar alteraciones profundas en la esfera de los derechos individuales, en la organización económica, en el sistema de fuentes de derecho, en la repartición orgánica de competencias y en el marco institucional de determinada comunidad en un espacio de tiempo relativamente corto. Esto es lo que pasó en Portugal y España después de la aprobación de las respectivas constituciones (en 1976 y 1978, respectivamente), a las cuales se siguió un período de expansión de los derechos fundamentales efectivamente asegurados, con la consecuente mejoría de una serie de indicadores sociales en diversos campos, desde la mortalidad infantil hasta la tasa de alfabetización⁴⁶¹. El marco jurídico-constitucional fue, así, un elemento esencial en el impulso del progreso social en el sentido de la promoción de los derechos fundamentales —tanto en su dimensión de derechos civiles y políticos, como en relación con los derechos económicos, sociales y culturales—. Las normas jurídico-

⁴⁶¹ Véanse, para Portugal, los datos en PORDATA: mortalidad infantil en <http://www.pordata.pt/Portugal/Taxa+bruta+de+mortalidade+e+taxa+de+mortalidade+infantil-528> (es de señalar la bajada notable del valor de 44,8 muertes de niños hasta un año de edad por 1.000 nacimientos en 1973 y los 19,2 de 1983; el valor es hoy de 2,8); tasa real de escolarización en <http://www.pordata.pt/Portugal/Taxa+real+de+escolariza%C3%A7%C3%A3o-987> (en 1973, solo un 24,2% de los niños en edad escolar frecuentaban el 5º o 6º año – Segundo ciclo de enseñanza básica; en 1983, el número era ya de 48,8% y hoy es de cerca de 92%). Los datos sobre España sobre mortalidad infantil están disponibles en PORDATA, <http://www.pordata.pt/Europa/Ambiente+de+Consulta/Tabela> (18,9 por 1000 en 1975 y 8,9 por 1000 en 1985).

constitucionales, por sí mismas, no crean desarrollo socio-económico, es cierto, pero son condición esencial para el desarrollo en la medida en que un marco jurídico estable es un condicionante económico fundamental y, sobre todo, contribuyen de manera importante a la orientación política de ese desarrollo, en este caso, en el sentido del establecimiento de un Estado Social, de la inversión en instituciones y mecanismos públicos de redistribución de renta —como es el caso de buena parte de los derechos sociales— y para el reconocimiento de la igualdad entre todos los ciudadanos, en especial de su igualdad jurídica plena, y para la protección de una serie de categorías de sujetos contra la discriminación.

El proceso de integración europea es también un ejemplo del potencial transformador del derecho constitucional, ya que la adopción del derecho constitucional de la Unión Europea transformó de forma igualmente profunda a los países que, progresivamente, se integraron en la UE. En poco tiempo, esos Estados se abrieron al exterior, aceptando la libertad de circulación de trabajadores, servicios y capitales, reconocieron un estatus adicional de ciudadanía que confiere derechos a no nacionales (la ciudadanía europea), y reorganizaron su sistema económico en el sentido de apertura de los mercados, garantía del respeto a las reglas de competencia y refuerzo del papel del sector privado en la economía.

El choque entre los dos impulsos transformadores se dio de forma inevitable cuando, en el escenario actual de crisis, se hizo claro que los dos proyectos de transformación consagrados en los diferentes planos constitucionales (los nacionales y el europeo), se encontraban en ruta de colisión y no en un camino de complementariedad, como durante mucho tiempo se había defendido.

La conciliación futura de las dos tendencias, en el marco de un verdadero derecho constitucional europeo, exigirá, pues, la predominancia clara de una de las dos dimensiones —la social o la de mercado— al servicio

de la cual deberán actuar los poderes públicos en los distintos niveles de soberanía. Ahora bien, si se entiende que el derecho constitucional, en toda su realización histórico-cultural, siempre ha sido un movimiento emancipador, un constitucionalismo crítico no podrá sino defender que solo un cuadro jurídico-constitucional reorientado hacia el ciudadano (y, consecuentemente, hacia una dimensión social) será capaz de desempeñar con éxito todas las funciones del derecho constitucional. El compromiso con un constitucionalismo de inclinación claramente social pasa, así, por identificar a los destinatarios de las normas, por reconocer al sujeto constitucional cuyos intereses, necesidades o preocupaciones buscan proteger, y transponer la comprensión del conflicto que de ahí resulta a la interpretación y aplicación de las disposiciones constitucionales.

Es de señalar que esta concepción no condiciona, de forma directa, el modelo económico de cada sociedad. Lo que sí hace es colocarlo al servicio de las personas, es decir, la organización económica de un país o de un espacio supranacional de soberanía compartida, como la UE, puede organizarse en términos libres y democráticos, dentro del marco constitucional, siempre y cuando permita la garantía (idealmente la expansión, pero, ante todo, el no retroceso) de un catálogo constitucional amplio de derechos fundamentales universales de todas las personas. De nuevo, hay que reforzar la idea de que el derecho constitucional es más que técnica y que, por lo tanto, no puede colocarse en el mismo plano de la economía, pero sí afirmarse como límite a los modelos de organización económica elegidos y desarrollados por el poder político, de la misma forma que condiciona cualquier otro tipo de políticas públicas. Como magistralmente explica P. Häberle, “*el mercado, en cuanto parte de la sociedad abierta, está conformado por la Constitución: no nos es dado por la ‘naturaleza’, sino*

que es constitucionalizado, no se protege o se excluye, sino que ⁴⁶²se trata de un espacio social, en el que el ejercicio de los derechos fundamentales encuentra su lugar².

La persona —de hecho, todas las personas y no solo los *sujetos ortodoxos* (es decir, los que más se acercan, debido a sus características, al modelo ideado en el proyecto constitucional)— ha de ser el referente orientador de la aplicación del derecho constitucional. Así, este deberá abandonar la comodidad de la simplificación de la tarea del jurista en aplicador de sencillos silogismos extraídos de las normas y intentar comprender el sentido fundamental de las disposiciones constitucionales, no cediendo a la tentación de una auto-limitación de tal manera profunda que lleve, en la práctica, a la denegación de justicia. Así, importa reflexionar sobre qué orientaciones metodológicas permitirán ayudar en esa tarea, que es lo que se hará a continuación, en relación con el principio de igualdad.

3.1 – La voz de las minorías: un importante mecanismo de defensa de la igualdad

En los capítulos anteriores se ha visto que el desarrollo y el establecimiento efectivos de la igualdad jurídico-constitucional —la igualdad de derechos y a través de los derechos— solo ha sido posible gracias a la actuación del poder legislativo, a quien cabe crear normas que den operatividad a los mandatos constitucionales de igualdad, pero también gracias a la actuación del poder judicial, tanto a nivel nacional como europeo, cuya actividad interpretativa ha sido indispensable para transformar las disposiciones constitucionales sobre igualdad en normas concretas de defensa contra la discriminación o el trato (igual o desigual) injustificado, así como para extender los sentidos interpretativos de las

⁴⁶² Véase HÄBERLE, P., “Siete tesis para una teoría constitucional del mercado”, en *Revista de derecho constitucional europeo*, N. 5, 2006.

normas de igualdad, de acuerdo con la dimensión emancipadora del constitucionalismo.

Centrándonos en la cuestión del poder judicial y teniendo en cuenta la importancia de la jurisprudencia en materia de igualdad y la casi completa ausencia de garantías de los derechos fundamentales afectados por las medidas de respuesta a la crisis económica a nivel europeo, diríamos que es urgente crear o explicitar mecanismos jurisdiccionales de tutela a nivel europeo. La ausencia de confrontación entre las medidas de los Memorandos y el derecho constitucional de la Unión, debida a la auto-declarada falta de competencia del Tribunal de Justicia, así como la imposibilidad de que las minorías políticas representadas en el Parlamento Europeo pidan la anulación de cualquier acto de una institución europea con fundamento en la violación de los Tratados es parte del problema. Hay razones para creer, según los ejemplos nacionales y en particular por el aportado por la jurisprudencia constitucional portuguesa, que abrir esa posibilidad podría ayudar a reforzar la normatividad de la Constitución europea.

Efectivamente, buena parte de las sentencias del Tribunal Constitucional portugués que han declarado la inconstitucionalidad de medidas de austeridad (recortes de salarios y pensiones, contribuciones especiales exigidas a los desempleados y enfermos, etc.) tuvieron como origen peticiones de control abstracto de la constitucionalidad hechos por diputados pertenecientes a los partidos de la oposición. En Portugal, según lo dispuesto en el artículo 281 de la Constitución, pueden solicitar el control abstracto sucesivo de la constitucionalidad un décimo de los Diputados a la Asamblea de la República (Parlamento). Este es un mecanismo de gran importancia, ya que permite a las minorías parlamentarias el acceso directo al Tribunal Constitucional y el control de la adecuación de la actividad legislativa de la mayoría y del Gobierno con el parámetro constitucional

nacional. Esta facultad ha sido objeto de críticas, en virtud de los acontecimientos de los últimos años, alegándose que de este modo conflictos que debe pertenecer al plano de la lucha política, y ahí permanecer, se transfieren al plano de la justicia constitucional, que se ve obligada a tomar una posición en conflictos político-ideológicos, sin que sea esa su función. Sin embargo, la verdad es que la experiencia de la ‘jurisprudencia de la crisis’ ha demostrado que la posibilidad de movilización de los órganos jurisdiccionales, en particular del Tribunal Constitucional, por parte de miembros de la oposición, se ha revelado un mecanismo indispensable para resistir a la imposición de medidas de austeridad gravemente violadoras de los derechos fundamentales. Además, las decisiones del Tribunal Constitucional portugués en esta materia ponen también de relieve un hecho de extrema importancia para la evaluación tanto política como jurídica de las medidas de austeridad, en particular y en el caso concreto, de normas violadoras de principios fundamentales como el de igualdad: cuando es indispensable, siempre se encuentran alternativas. Eso mismo demuestra la salida de Portugal del programa de asistencia económico-financiera, valorado como un éxito por las autoridades nacionales e internacionales, a pesar de la cantidad poco usual de normas y reformas invalidadas por su inconstitucionalidad. O sea, incluso desde el punto de vista de los abogados de la austeridad, es innegable que fue posible encontrar soluciones menos desiguales que las primeras propuestas para alcanzar los objetivos proclamados.

Teniendo en cuenta todo lo que expuesto sobre el funcionamiento de la Unión Europea —la fuga hacia ‘órganos informales’, la transferencia del poder de decisión a esferas cuya sumisión a los límites constitucionales impuestos por los Tratados es menos clara, la imposición de medidas a través de mecanismos atípicos o de sencillos instrumentos de derecho internacional— urge recuperar para el plano del derecho de la UE todas las

actuaciones de Instituciones Europeas, independientemente de que dicha actuación resulte o no, directamente, del ejercicio de competencias previstas en los Tratados. Es, pues, de reafirmar, como antes se explicó, que, de acuerdo con el artículo 51 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, el derecho constitucional europeo y, en particular, los derechos fundamentales se imponen a todos los actos de todos los órganos e Instituciones de la UE, sin que de las circunstancias concretas pueda resultar cualquier excepción a esta regla.

Para garantizar la afirmación de los derechos y la imposición de los límites constitucionales, el mecanismo jurídico más eficaz es, sin duda, el recurso a los órganos jurisdiccionales. Una mayor apertura del acceso al TJUE a los particulares es discutida desde hace mucho. Pero, en situaciones como la de esta crisis económica, la resolución de un conjunto de casos individuales no basta, sino que se hacen indispensables mecanismos de control abstracto de la constitucionalidad de las medidas de austeridad. Esta posibilidad ha sido, hasta ahora, y como vimos, expresamente denegada por el Tribunal de Justicia, lo que lleva a concluir que solo un medio de acción específicamente previsto para casos como este permitiría abrir las puertas de la tutela jurisdiccional a nivel de la UE.

Así pues, sería interesante y, probablemente, útil crear la posibilidad de acceso de los miembros del Parlamento Europeo al Tribunal de Justicia. La conformación concreta del derecho de acción podría ser ajustada en función del resultado de un debate democrático sobre el tema, pero debería pasar por permitir que un grupo de diputados (75 diputados, de 3 países, siguiendo una regla del 10%) o un grupo político en su totalidad, e independientemente de su dimensión, pudieran requerir el control de constitucionalidad y legalidad de cualquier norma emanada de los órganos e Instituciones o de sus actos con efectos jurídicos, en los términos previstos en el artículo 263 del TFUE. Esto conduciría, naturalmente, a un mayor

control constitucional de las acciones de la Unión, pero también a una mayor *consciencia y voluntad de constitución* por parte de sus actores institucionales, que intentarían abstenerse, por lo menos, de proponer o aprobar medidas claramente contrarias a lo dispuesto en los Tratados y en la CDFUE. Además, un mecanismo de este tipo reforzaría de manera significativa el protagonismo del Parlamento Europeo, la única Institución con legitimidad democrática propia y única expresión directa de la voluntad de los pueblos de la Unión, en términos que superan los antagonismos nacionales. En lo que respecta específicamente al principio de la igualdad, el refuerzo del papel de las minorías es, por norma, de suma importancia, ya que son ellas, en la mayoría de los casos, las víctimas típicas de trato discriminatorio o, por el contrario, de un trato general no adecuado en situaciones en las que es indispensable una protección especial por parte del ordenamiento jurídico, un trato compensatorio de las desigualdades de hecho.

Por último, el refuerzo del papel de las minorías en el funcionamiento de la Unión Europea introduciría un elemento de pluralismo indispensable para la sobrevivencia a largo plazo del mismo proyecto europeo. Donde no se protegen las minorías, donde estas no tienen voz activa y participación plena en el proceso político-constitucional, no solo no existe verdadera democracia, como tampoco existe capacidad de superación de los conflictos sociales, de síntesis entre visiones opuestas y propuestas alternativas. Los espacios políticos donde no existe ni voluntad ni mecanismos de expresión del pluralismo y del antagonismo no son aptos para resolver pacífica y duraderamente las crisis. Pueden gestionarlas, durante periodos largos, pero no pueden superarlas y las señales de inestabilidad siempre estarán presentes en el escenario socio-político.

3.2 – El principio de igualdad prohíbe trato distinto para situaciones semejantes

En cuanto a las orientaciones interpretativas sobre el principio de igualdad, hay que recordar, ante todo, que impone un juicio sobre el trato de dos situaciones semejantes. Esta es la primera lección aprendida tanto en el derecho constitucional nacional como en el derecho constitucional de la UE y, por lo tanto, el primer elemento interpretativo fundamental constante de un verdadero derecho constitucional europeo.

En esta dimensión, y como se ha visto en la parte II del trabajo, el principio de igualdad implica una obligación de trato igual y de respeto idéntico, por parte de los poderes públicos, en relación con todos los ciudadanos. Además, de él deriva también el derecho subjetivo a ser tratado como igual y a la protección legal contra estereotipos y prejuicios y contra un tratamiento desfavorable fundado, sin justificación razonable, en determinada característica de un conjunto de ciudadanos. El papel del derecho constitucional en este plano es, pues, en primer lugar, impedir las actuaciones y normas públicas que violen la igualdad así entendida.

De esta manera, la afirmación del principio de igualdad por un órgano de garantía de los derechos fundamentales, en particular por un órgano jurisdiccional, no exige que estos encuentren o diseñen medidas alternativas a las que se rechazan por violar la igualdad. Se ha repetido muchas veces, a propósito del control de las medidas de austeridad con base en criterios de igualdad, que un juicio de inconstitucionalidad solo podrá emitirse cuando el juez esté seguro de que las soluciones normativas podrían y deberían haber sido distintas⁴⁶³. Según este planteamiento, cabría al órgano jurisdiccional verificar la existencia de alternativas con idéntico grado de eficacia en la consecución del interés público o en la realización de los objetivos

⁴⁶³ En este sentido, véase el clarísimo voto particular de la Juez Consejera Maria Lúcia Amaral en la sentencia del Tribunal Constitucional portugués n.º 353/12, de 5 de Julio y RIBEIRO, G. ALMEIDA y COUTINHO, L. PEREIRA - *O Tribunal Constitucional e a Crise - Ensaíos Críticos*, Almedina, 2014.

constitucionales señalados por el legislador, con menor coste para el principio de igualdad, es decir, de forma *más igual* para todos, más acorde con las expectativas —fundadas en la Constitución— de los ciudadanos.

Ahora bien, en relación con medidas como las que hemos analizado antes —reformas de la legislación sobre derechos sociales, endurecimiento de las condiciones de acceso a prestaciones, etc.— la garantía efectiva de la existencia de alternativas legislativas eficaces es casi un imposible para cualquier tribunal. Así, defender este tipo de concepción metodológica equivale, en la práctica, a quitar operatividad al principio de igualdad. En la gran mayoría de los casos, y esencialmente en los casos de medidas legislativas que afecten a un gran número de sujetos y se encuadren en un contexto jurídico, político y socio-económico complejo, le faltará al órgano judicial información, conocimiento, capacidades y metodologías adecuadas a la idealización de alternativas. De esta manera, el principio de igualdad no podría fundamentar un juicio de falta de conformidad con el derecho constitucional, incluso cuando la solución normativa en aprecio haya creado una desigualdad clara entre categorías de sujetos equiparables, sin justificación razonable y bien articulada.

Pero la función de los órganos de garantía de los derechos fundamentales y de las normas constitucionales no es —no puede, ni debe ser— la de legislador alternativo. En una democracia pluralista, el *espacio de imaginación constitucional* está reservado al poder legislativo, que es el escenario, por excelencia, de la expresión del conflicto y del diálogo del debate y del consenso, de la construcción y reconstrucción de políticas en el marco de límites comunes, democráticamente definidos. Solo al legislador compete diseñar soluciones normativas para los conflictos sociales. Tiene las tareas de un explorador, descubriendo y reconociendo el campo, identificando los problemas y trazando el camino a seguir. A los tribunales compete impedir que la legislación viole cualquiera de las fronteras

constitucionales, o sea, de los derechos y principios fundamentales consagrados en el texto (o textos) constitucional relevante. Como ya se dijo, son guardias fronterizos, impiden que los caminos elegidos por el poder legislativo sobrepasen los confines del espacio constitucional.

Por otro lado, el planteamiento aquí criticado supone la existencia de un conjunto limitado de soluciones político-legislativas para cada problema social. Esta posición merece dos objeciones fundamentales. La primera es su falsedad. Las sociedades humanas —y los ordenamientos jurídicos— han demostrado, a lo largo de la historia, una notable flexibilidad y capacidad de reinvencción. Por eso, una propuesta metodológica que pretenda que un tribunal conozca todas las alternativas posibles a las medidas cuestionadas resulta doblemente inverosímil: no solo por las dificultades inherentes al conocimiento de toda la gama de soluciones ya existentes y de la evaluación de su eficacia en el caso concreto, sino también por la absoluta imposibilidad de llevar en consideración las opciones aún no imaginadas. Además, la propia intervención del tribunal condiciona las posibilidades de encontrar alternativas, ya que, al pronunciar en el sentido de su inexistencia, influye en los actores políticos exonerándoles de esa obligación; la jurisprudencia, y en particular la jurisprudencia constitucional, por sus características especiales, nunca es neutra: es, en cambio, un elemento esencial del sistema jurídico-constitucional de frenos y contrapesos y un actor en el proceso (sobre todo político) de negociación, diseño, adopción y puesta en práctica de soluciones legislativas para problemas sociales.

En segundo lugar, esta concepción metodológica se basa también en el presupuesto de que es posible hacer un pronóstico sobre la eficacia futura de medidas alternativas —ya delineadas por el tribunal, para poder evaluar la eventual violación del principio de igualdad— en relación con los objetivos y valores constitucionales elegidos por el legislador como justificación de las normas impugnadas. Ahora bien, en contextos de especial complejidad

política, económica y social, esta tampoco es una tarea que los tribunales estén suficientemente preparados para realizar. Insistir en este punto es, de nuevo, abdicar de la pretensión de eficacia del principio de igualdad precisamente en algunas de las situaciones de la vida en que más se invoca y en relación con medidas generadoras de desigualdades profundas a nivel tanto socio-económico como jurídico.

De esta forma, es indispensable volver a la idea de normatividad constitucional, centrando la actividad de los órganos de garantía en las exigencias primarias de las disposiciones de la constitución. Así, y como se ha visto en toda la parte I de este trabajo, la imposición básica del principio de igualdad es, precisamente, la de trato igual para situaciones iguales. Por eso, estas son las dos primeras premisas del silogismo que necesitan respuesta: en primer lugar, establecer si las semejanzas entre los dos casos en consideración son más (o más relevantes) que las diferencias y, en segundo lugar, decidir si el trato dado a ambas por las autoridades públicas es idéntico.

El establecimiento de la relación de identidad entre dos situaciones o conjuntos de situaciones no es siempre una cuestión sencilla y, obviamente, solo puede determinarse teniendo delante todos los elementos de un caso concreto. Será, en cambio, importante considerar, en este juicio, si, por un lado, la posición y las obligaciones ante el Estado de las dos categorías relevantes son las mismas y, por otro lado, si son idénticas las obligaciones estatales en relación con ellas. Este ejercicio permite evaluar, de forma racional y objetiva, la importancia de determinados elementos o características en la situación concreta y cumplir de manera adecuada la obligación de fundamentación de las decisiones de los órganos de poder público. Los ejemplos de las cuestiones que se pueden plantear son múltiples: ¿tienen los funcionarios o los pensionistas un deber especial de contribuir activamente a los gastos del Estado y los objetivos de reducción

del déficit y consolidación de las finanzas públicas?, ¿estarán los enfermos y los parados en la misma situación que los demás ciudadanos y tendrán idéntica obligación, o existe, en ese caso, un deber especial de protección estatal que justifique la defensa de estas dos categorías en relación con la aplicación de medidas de austeridad hasta el límite de lo posible?

La determinación de la identidad de trato en la legislación será, en principio, tarea más sencilla, en la medida en que las propias normas deberán delimitar su universo subjetivo y su ámbito de aplicación. Cuando no sea así, el juez o aplicador de las normas tendrá margen de actuación para realizar una interpretación restrictiva o extensiva de ese universo, en concordancia con las exigencias constitucionales. Algunos de los problemas de constitucionalidad podrán resolverse a través de esta fórmula, aunque buena parte de los *casos difíciles* relativos a medidas de austeridad creadoras de desigualdad llevados a los tribunales en los últimos años no puedan solucionarse por esta vía.

El elemento más importante en el juicio sobre la violación del principio de igualdad reside, así, en la evaluación de la fundamentación del trato desigual, o sea, en la apreciación de los objetivos y valores constitucionales que se persiguen con las medidas cuestionadas, en la visión del legislador, y de la veracidad de las alegaciones que apoyen la necesidad, adecuación y proporcionalidad de las normas en el caso concreto. Con relación a esta tarea, la tradición clásica de la doctrina y jurisprudencia europeas defienden, como se expuso en la parte I, la aplicación de un criterio de evidencia: solo cuando sea flagrante la ausencia de justificación racional para el trato distinto de situaciones aparentemente idénticas, debería intervenir, aplicando el principio de igualdad e invalidando las medidas inconstitucionales.

Pero el derecho constitucional de la Unión Europea y, en particular, la construcción jurisprudencial llevada a cabo por el Tribunal de Justicia sobre

cuestiones de igualdad, demuestran cómo el criterio de evidencia es claramente insuficiente para detectar e impedir un amplio conjunto de tratos desiguales inconstitucionales (de las que son ejemplo todas las situaciones de discriminación indirecta) y cómo el juzgador puede y debe efectuar un análisis más estricto y exigente.

De esta manera, cabrá al juez verificar, dentro de las posibilidades del proceso judicial, la veracidad —y no apenas la verosimilitud— de los fundamentos presentados por el legislador para justificar la desigualdad de trato. Para ello, deberá utilizar todos los elementos a su disposición, como estudios, informes y datos estadísticos, siguiendo el ejemplo del TJUE que desde los años 1990 refiere esta necesidad⁴⁶⁴. Obviamente, los tribunales tienen una capacidad limitada para desempeñar esta tarea, en especial en cuestiones muy complejas, pero eso no les exime de la obligación de hacerlo y de reconstruir, en este plano, como lo hacen en otros, una verdad del proceso.

Este planteamiento refuerza, también, la obligación de fundamentación del propio legislador, ya que pasa a deber comprobar, en la medida de lo posible, la necesidad de vulneración de los derechos fundamentales de una o más categorías de personas —en especial, del derecho a la igualdad— en razón de la defensa o preservación de otros derechos o valores constitucionales imperiosos. Así, el vínculo de causalidad entre los dos hechos —el trato desigual de dos situaciones idénticas en términos jurídicos— deberá ser cabalmente comprobado y no meramente mencionado, como muchas veces sucede en la justificación de los motivos que justifican determinada normativa.

La exigencia de una evaluación que supere los criterios de evidencia y verosimilitud de las normas que crean desigualdades es, además, una

⁴⁶⁴ Cfr. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea *Seymour-Smith and Perez*, proc. C-167/97, de 9 de febrero de 1999.

consecuencia lógica del principio de la primacía del derecho constitucional. Para que funcionen los límites al ejercicio del poder, solo pueden admitirse excepciones a principios fundamentales del ordenamiento cuando estas configuren respuestas adecuadas a necesidades reales de protección y promoción de otros principios o valores fundamentales y no siempre que el legislador invoque una razón aparentemente admisible para justificar dichas excepciones. No basta, tan siquiera, un riesgo potencial vago para un derecho o valor constitucional como justificación bastante para la vulneración del principio de igualdad: se exige que las excepciones a la igualdad se funden en situaciones reales y verificables.

3.3 – El principio de igualdad impone trato diferente para lo diferente, en la justa medida de la diferencia

En segundo lugar, es un hecho en el derecho constitucional europeo que el principio de igualdad impone trato diferente para lo diferente, en la justa medida de la diferencia. Como antes se explicó, esta dimensión del principio de igualdad obliga a la remoción de los obstáculos físicos, jurídicos y socio-económicos a una participación libre e igual en la vida de la comunidad y se traduce, en la práctica, en una obligación de *ajustes razonables* en función de las necesidades especiales de ciertas categorías de ciudadanos, a fin de eliminar las barreras que impiden una efectiva igualdad de oportunidades de estos en relación con los demás.

En este plano, el principio exige, pues, especial atención a los *sujetos débiles*. Los débiles son «*esa inmensa multitud que permanece inicialmente alejada del escenario en el que actúan los protagonistas más visibles de la Historia*»⁴⁶⁵. Ahora bien, el protagonista histórico del constitucionalismo del Estado Social es, esencialmente, un hombre trabajador, blanco, nacional del Estado donde

⁴⁶⁵ DE CABO Martín, C. - “La Constitución del más débil,” en BALAGUER CALLEJÓN, M. L. (ed.) *XXV Aniversario de la Constitución española. Propuestas de reformas*. Servicio de publicaciones de la Diputación Provincial de Málaga. Málaga. 2004.

vive, sin enfermedades o discapacidades, ni cualquier otro elemento de estatus que lo aparte de la norma. Los débiles son casi todos los otros, los protagonistas olvidados de la crisis socio-económica, los que no encajan en el modelo ‘de los mercados’ del capitalismo del siglo XXI. Teniendo en consideración todo lo que se ha analizado hasta ahora, es relativamente sencillo proceder a su identificación, ya que ellos ocupan las estadísticas, constituyen la mayoría de las categorías de sujetos más afectados por las medidas de austeridad. Así, los sujetos débiles del constitucionalismo de la crisis son los niños, los jubilados, los migrantes, las mujeres, los enfermos y los discapacitados, los que pertenecen a minorías raciales y étnicas, los que tienen una orientación sexual minoritaria, los excluidos, los desempleados, los deudores, los trabajadores con poca formación y de clase social baja.

Como bien dice M. L. Balaguer Callejón, *«la marginalidad de los sujetos respecto de la Constitución, depende de la cercanía o lejanía respecto del modelo considerado normal. (...) En algún sentido, puede decirse que nadie coincidirá potencialmente con el modelo, aunque cada persona tendrá un diferente grado de proximidad respecto de él. Los más débiles serán lo que más se alejen del modelo, porque coincida en ellos una múltiple circunstancia de edad, salud, sexo, etnia o status»*⁴⁶⁶. Como demuestra el modelo de interseccionalidad desarrollado, esencialmente, en el marco de los estudios sobre el principio de igualdad en el derecho constitucional de la Unión Europea, la combinación de más de una característica heterodoxa en una misma persona multiplica las posibilidades y las probabilidades de discriminación y de trato (des)igual injustificado. Cada elemento atípico añadido a la caracterización de un sujeto de derechos hace más complejo el análisis de su situación en lo que respecta a la necesidad de tutela de sus derechos fundamentales y exige del intérprete y aplicador de las normas constitucionales especial atención a las

⁴⁶⁶ BALAGUER CALLEJÓN, M. L. - “El sujeto débil en la doctrina de Carlos de Cabo”, en GARCÍA HERRERA, M. A., ASENSI SABATER, J. y BALAGUER CALLEJÓN, F. (coord.) – *Constitucionalismo Crítico – Liber amicorum Carlos de Cabo Martín*, Tirant lo Blanch, 2015.

consecuencias tanto de generalizaciones injustificadas como de tratos distintos inadecuados o no fundamentados.

Ahora bien, si en estos sujetos reside *la máxima potencialidad liberadora*⁴⁶⁷ del derecho constitucional y de los derechos fundamentales, es indispensable un estricto análisis de las motivaciones del legislador siempre que se afectan derechos de su esfera jurídica. Efectivamente, y desde una perspectiva de constitucionalismo crítico, es importante no olvidar que muchas de las normas constitucionales —la prohibición de discriminación en función de un amplio conjunto de razones ‘odiosas’, las normas que confieren especial protección a ciertos sujetos (las mujeres-madres, los parados, los jóvenes, los discapacitados, etc.)— buscan, precisamente, combatir el desequilibrio histórico y social en el trato de ciertos sujetos y compensar las situaciones de desventaja fáctica en que estos se encuentran. Así, solo garantizando un especial deber de cuidado en relación con los sujetos débiles, puede el ordenamiento jurídico garantizar que estos tienen al menos la posibilidad de ser tratados, en el plano social, *como iguales*. De esta forma, la constitución sugiere la necesidad de conferirles un estatus de especial protección, que busca permitirles el grado posible de igualdad en el libre desarrollo de su personalidad y en la utilización plena de sus capacidades.

La situación de los sujetos débiles en el marco jurídico-constitucional es, además, un ejemplo de cómo el derecho constitucional no se conforma con un determinado *status quo* social, cultural o económico, asumiéndose como un *deber ser* profundamente conectado con la realidad en que se integra. Si se limitara a reconocer y dar encuadramiento jurídico a la realidad, sin cualquier asomo de crítica o de tentativas de reconfiguración de esa

⁴⁶⁷ DE CABO Martín, C. - “La Constitución del más débil,” en BALAGUER CALLEJÓN, M. L. (ed.) *XXV Aniversario de la Constitución española. Propuestas de reformas*. Servicio de publicaciones de la Diputación Provincial de Málaga. Málaga. 2004.

misma realidad, el derecho perdería el sentido y buena parte de su legitimidad.

Así pues, siempre que un determinado caso o conjunto de situaciones problemáticas envuelva categorías de sujetos débiles, el principio de igualdad exige al intérprete y aplicador de las normas constitucionales un cuidado especial en el análisis y ponderación de las cuestiones relevantes, e impone también una obligación reforzada de fundamentación, cuando aquel entienda que es necesario y justificado el trato igual al de sus conciudadanos (y, aún más, cuando se acepte un trato desfavorable de aquellos sujetos).

Deberán incluirse en la categoría de sujetos débiles todos los ciudadanos pertenecientes a las categorías de discriminación prohibida, que se recogen en los catálogos de derechos fundamentales. De hecho, estas incluyen de manera muy completa (aunque no exhaustiva) los grupos más vulnerables de las sociedades europeas. Del conjunto de los varios catálogos europeos se obtiene, además, un retrato interesante de las preocupaciones sociales del legislador constituyente, en los varios niveles constitucionales, y de los problemas de igualdad en el espacio europeo. Así pues, raza (incluidos el color, origen étnico y pertenencia a una minoría nacional) y género son las características más unánimes, pero religión y convicciones políticas o ideológicas, discapacidad /enfermedad, orientación sexual y situación personal o socio-económica son igualmente comunes; la mención específica a la edad es una importante aportación del derecho comunitario, aunque la especial protección a los niños y jóvenes ya estaba prevista en muchos ordenamientos constitucionales nacionales. Faltan en esta lista los migrantes extranjeros (en este caso, los extra-comunitarios) cuya realidad suscita, hoy en día, muchas cuestiones complejas de derecho constitucional y de garantía universal de un nivel mínimo de derechos fundamentales, cuyo tratamiento no cabe en este trabajo.

Aun así, si tenemos en consideración los estudios mencionados en la parte I de este trabajo, constatamos que varios de los grupos mencionados se ven especialmente afectados por las consecuencias de las medidas de austeridad, la pobreza y la exclusión social. Es particularmente importante prestar atención a los problemas de acoso y de discriminación indirecta que sufren estos sujetos débiles con más frecuencia que sus conciudadanos. Muchas de las alteraciones a la ley laboral, por ejemplo, entre las que se incluyen los cambios en los horarios de trabajo y los mecanismos de flexibilidad, como el banco de horas, son especialmente perjudiciales para las mujeres, ya que estas siguen siendo las principales responsables de la conciliación entre la vida profesional y las exigencias familiares (en particular, el cuidado de los niños, de los dependientes y de los mayores, de forma más acentuada cuando las prestaciones estatales en estos campos disminuyen debido a la crisis). Efectivamente, hasta las decisiones más críticas de distintos mecanismos de garantía de derechos (jurisdiccionales y no jurisdiccionales) ignoran, en gran medida, las cuestiones de discriminación indirecta de ciertos grupos que, pese a no estar directamente contempladas por las normas en aprecio, se ven especialmente afectados por ellas, como si se tratase de una discriminación directa. Un recurso más frecuente de análisis extra-jurídicos y de datos estadísticos pondría de relieve esta realidad.

La evaluación de la pertenencia o no a un grupo vulnerable deberá hacerse, como muestra la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, adoptando en caso de duda una interpretación a favor de la protección del sujeto (como se puede ver, por ejemplo, a propósito de la jurisprudencia del TJ sobre discapacidad/enfermedad, en la cual se incluyen distintas condiciones cuya calificación parecía levantar algunas dudas).

La atención especial debida en función de la debilidad de los sujetos, debe ser tomada en serio, particularmente cuando estén en causa derechos

—tanto positivos como negativos— cuya principal finalidad sea compensar desequilibrios fácticos y desventajas históricas por ellos sufridas. De esta forma, el retroceso en los derechos de igualdad y en los derechos sociales accesorios de la igualdad material deberá ser cotejado con el parámetro constitucional con especial intensidad y exigencia, en particular en el análisis de la necesidad y proporcionalidad de las medidas adoptadas.

Esta orientación es de particular relevancia en el escenario de la crisis actual, donde las medidas de austeridad adoptadas en muchos Estados europeos han tenido como consecuencia, como ampliamente se demostró, una afectación de los derechos fundamentales de varios grupos de ciudadanos particularmente vulnerables con especial intensidad. El ejemplo más preocupante es el de los niños, que repetidos estudios e informes señalan como la categoría más afectada por la crisis socio-económica en varios países. Ahora bien, si se analizaran varias reformas legislativas, en particular las reformas referentes a prestaciones sociales de apoyo a las familias, a la organización del sistema educativo y a prestaciones destinadas a niños con necesidades educativas especiales o con discapacidades (doblemente vulnerables, como notará una metodología que tenga en consideración el fenómeno de interseccionalidad) algunas de ellas serían probablemente declaradas inconstitucionales, por violación del principio de igualdad, en su dimensión de igualdad material. Pero también están en esta situación medidas que afectaron exclusivamente a los enfermos (alteración de las reglas sobre el transporte de enfermos no urgentes, cambio de los requisitos de acceso al servicio nacional de salud, etc.) especialmente gravosas y constitucionalmente cuestionables en los casos en que llega a negarse totalmente el acceso a las prestaciones de sanidad. Medidas como las contribuciones especiales sobre los subsidios de enfermedad y de desempleo, como las introducidas en Portugal a consecuencia del Memorando con la Troika y posteriormente declaradas inconstitucionales

por el Tribunal Constitucional, también deberían ser analizadas a la luz del principio de igualdad, en esta dimensión de protección de los sujetos débiles.

3.4 – El principio de igualdad tiene como pilares los derechos fundamentales, esenciales en la realización de una concepción amplia de justicia

Por último, el principio de igualdad exige una orientación metodológica distinta de la que viene siendo preferida por las instituciones públicas, y en particular por los mecanismos de garantía de derechos, en lo que respecta a los derechos económicos y sociales.

Es cierto, y tampoco hay que olvidar esta cuestión, que muchas de las desigualdades de hecho y de su agravamiento, en los últimos años, son provocadas por un círculo vicioso de carencias materiales, falta de participación socio-política y ausencia de representación. Pero también es verdad que la indeterminación conceptual en el plano jurídico impide, a menudo, una tutela efectiva de los derechos sociales fundamentales para la realización práctica de la igualdad, debido a discusiones de naturaleza formal, sobre la división de competencias entre los distintos poderes del Estado y la incapacidad de los tribunales de distinguir prestaciones esenciales y no esenciales en el cuadro del ámbito objetivo de cada derecho fundamental.

En este sentido, podrán ser útiles las reflexiones de la doctrina italiana sobre los niveles esenciales de prestaciones⁴⁶⁸. De hecho, estas constituyen la

⁴⁶⁸ Sobre los niveles esenciales de prestaciones en la doctrina italiana, véanse BALBONI, E. – “Il concetto di “livelli essenziali e uniformi” come garanzia in materia di diritti sociali”, en *Le Istituzioni del Federalismo*, 6, 2001; POLICE, A. – “Federalismo 'asimmetrico' e dequotazione dell' eguaglianza: le fragili fondamenta della cittadinanza amministrativa”, en *Il diritto dell'economia*, N. 3 / 4, 2002; D'ALLOIA, A., - “Diritti e stato autonomistico. Il modello dei livelli essenziali delle prestazioni?”, en *Le Regioni*, N. 6, 2003; RUGGERI, A. – “Livelli essenziali” delle prestazioni relative ai diritti e ridefinizione delle sfere di competenza di Stato e Regioni in situazioni di emergenza economica (a prima lettura di Corte cost. n. 10 del 2010)”, en <http://www.forumcostituzionale.it/>, 2010; ANDRONIO, A. - I Livelli Essenziali Delle Prestazioni Sanitarie Nella Sentenza Della Corte Costituzionale 13-27 Marzo 2003, N. 88, en *Federalismi.it*, 2013;

tentativa más avanzada de definir, desde el punto de vista dogmático, las necesidades sociales jurídicamente protegidas y que exigen una respuesta de las autoridades públicas, los sujetos de este tipo de protección y el contenido material de las prestaciones públicas, tanto en especie como monetarias. Los constitucionalistas temen, demasiadas veces, las discusiones concretas, pero solo a través de acciones concretas se puede garantizar el goce efectivo de los derechos fundamentales. Así, es indispensable que se identifiquen con claridad las garantías y prestaciones a que están obligadas las autoridades públicas —en todos los niveles de soberanía, incluyendo el europeo—.

Esta aclaración es evidentemente necesaria, como demuestran el periodo de crisis y las consecuencias de las medidas de austeridad, antes nada, para posibilitar la movilización de la dimensión negativa, de resistencia a la actuación del legislador, de los derechos sociales. La referencia genérica al núcleo esencial, típica en la jurisprudencia constitucional, demuestra ser de escasa utilidad en la defensa contra serias interferencias en dichos derechos, ya que los órganos jurisdiccionales suelen abstenerse de intervenir mientras pueda afirmarse que queda aún una dimensión del ejercicio del derecho en la esfera jurídica de los ciudadanos, por pequeña que sea. Ahora bien, para que los derechos sociales puedan desempeñar su función de promotores de la igualdad de oportunidades y del libre desarrollo de las capacidades de cada uno, es indispensable que se explique claramente el estándar de cada derecho por debajo del cual el legislador no pueda determinar retrocesos. Esa explicación deberá basarse en medidas lo más concretas posibles, como bien ejemplifican las decisiones del Comité de Derechos Sociales. Este órgano utiliza valores específicos, fundados en datos estadísticos de cada país y en los conceptos de pobreza y exclusión social definidos científicamente, con modelos internacionales, para cuantificar, por ejemplo, el derecho al salario. Así pues, el derecho al salario implica la percepción de una cuantía que permita garantizar un nivel de vida digno a los trabajadores

y sus familias que, además, no puede ser inferior a un porcentaje pre-determinado del salario medio de los trabajadores del país en cuestión.

La definición de este tipo de criterios objetivos facilitará la evaluación de la adecuación constitucional de medidas que afecten especialmente derechos sociales que se configuren como elementos básicos de un sistema fundado en la igualdad de oportunidades, no solo por parte del poder jurisdiccional, sino también (y sobre todo) por parte del propio legislador, que dispondrá, así, de elementos auxiliares de decisión que permitirán anticipar eventuales impugnaciones judiciales de sus normas, con fundamento en su inconstitucionalidad.

Un proceso de objetivación parcial (en cualquier materia jurídica tendrá que reservarse siempre un espacio de libre apreciación del intérprete o aplicador de las normas, y de adecuación al caso concreto) del contenido esencial de cada derecho fundamental aparece, pues, como instrumento de gran relevancia para la garantía efectiva del principio de igualdad, en particular en lo que respecta a la dimensión de igualdad de oportunidades, y a la obligación de acomodación razonable de las necesidades especiales de ciertos grupos de ciudadanos. Hay que señalar que muchos derechos fundamentales son instrumentos indispensables para alcanzar estos objetivos, no solo los derechos sociales y económicos. Derechos cívicos y políticos tradicionales, como el derecho al voto y el acceso a la justicia y a los tribunales son, también, elementos esenciales para garantizar la igualdad. Pero, en este plano, es más sencillo definir las obligaciones estatales de remoción de obstáculos a una participación plena y en condiciones de igualdad de cada individuo en la vida social (se necesitan reglas especiales para el voto de los ciudadanos con ciertos tipos de discapacidad, por ejemplo; por otra parte, son necesarias medidas de promoción de la participación paritaria de las mujeres y de ciertas minorías sociales en la vida política, y es particularmente relevante en este campo el derecho a ser

elegido para cargos públicos). En lo que respecta a los derechos sociales, la situación es distinta. Está todavía fuertemente presente en la doctrina y jurisprudencia la idea de *reserva de lo posible* y de no prohibición del retroceso social excepto en casos excepcionales. Esto hace que sea bastante más difícil la impugnación, en el plano jurídico-constitucional, de medidas contrarias a la promoción de la igualdad en el ámbito de estos derechos, concretamente y como se ha visto, en materia de educación, sanidad, trabajo y seguridad social. Así, una metodología interpretativa y decisoria que tome en consideración indicadores de calidad relativos a ciertas prestaciones así como los conocimientos científicos y técnicos relativos a las consecuencias de determinadas medidas no solo en el plano económico, sino también en el plano social, permitirá una justificación más lograda de la definición del contenido esencial de los derechos sociales y, consecuentemente, ampliará las posibilidades de utilizar ese contenido esencial como parámetro de resistencia a medidas contrarias a la realización práctica del principio de igualdad.

Conclusiones

I. La Tesis doctoral que aquí se presenta tiene por objetivo el análisis de uno de los principales problemas de las democracias contemporáneas —la (des)igualdad— a través de los instrumentos del Derecho Constitucional Europeo, marco teórico y metodológico de todo el trabajo.

Así pues, y recurriendo a las herramientas conceptuales proporcionadas por dicha metodología, se buscó dar respuesta a varias cuestiones que se plantearon sobre el tema.

II. La primera cuestión parte, así, de una constatación de hecho (el fenómeno de la desigualdad), para la expresión de un problema de derecho constitucional: teniendo en mente la inequívoca relevancia de la desigualdad creciente en el espacio de la Unión Europea, así como sus costes socio-económicos y políticos ¿es posible establecer una relación entre estos fenómenos y el Derecho?; ¿Se pueden enmarcar tales asuntos en el ámbito de aplicación del principio de igualdad?; ¿Cómo se puede traer al campo del Derecho Constitucional el conocimiento producido, en las últimas décadas, por las ciencias económicas y filosóficas?, y ¿qué es lo que se puede aprender de ellas para poder realizar un análisis de naturaleza específicamente jurídica?

III. La respuesta a la primera pregunta es claramente afirmativa. El problema de la desigualdad es, también, un problema de Derecho Constitucional, y guarda un vínculo directo con la realización práctica del principio de igualdad, uno de los pilares de la tradición constitucional común europea, como demuestran las distintas

constituciones parciales que integran el Derecho Constitucional Europeo al expresar deseos y objetivos de igualdad concretos, según cada tiempo histórico y cada cultura.

Efectivamente, al ser el Derecho, y en particular el Derecho Constitucional, la base institucional de las políticas económicas y sociales, es evidentemente también un instrumento esencial, ya sea para la manutención de un *status quo* que facilita el crecimiento de la desigualdad, ya sea para el diseño e implantación de políticas públicas que la combatan.

IV. En este marco, es importante recuperar una concepción de la (des)igualdad como cuestión jurídico-constitucional e intentar integrar en la ciencia jurídica elementos de otro tipo de discursos sobre la desigualdad que ayuden a conocerla y comprenderla de manera integral, a fin de proponer soluciones adecuadas para (parte de) los problemas que se relacionan con ella.

V. Así pues, cabe recordar que la igualdad es uno de los principales temas de las teorías de la justicia contemporáneas. La búsqueda de una respuesta a la pregunta «¿igualdad de qué?», planteada por A. Sen en su *Tanner Lecture on Human Values*, ha servido de orientación a muchas de las reflexiones teórico-filosóficas de las últimas décadas.

VI. De J. Rawls a N. Fraser, pasando por R. Dworkin, M. Walzer, A. Sen y G. Cohen, son muchos los autores que han dedicado parte relevante de su trabajo al estudio y reflexión de las cuestiones de igualdad. Aunque existen, naturalmente, diferencias evidentes entre los planteamientos y tesis de cada uno, hay presupuestos básicos que

son ampliamente compartidos. Entre ellos, la conexión entre los principios redistributivos y la idea de justicia; la importancia de la garantía de la igualdad de oportunidades; la comprensión de la igualdad como instrumento de autonomía y desarrollo personal en el marco de un proyecto político de emancipación; y, finalmente, el vínculo entre el contenido material de la igualdad (es decir, entre los bienes que todas las personas deben ver igualmente garantizados, según cada teoría específica) y los derechos fundamentales.

VII. El binomio igualdad-derechos fundamentales es también evidente en los estudios económicos y sociales sobre el tema. Muchos trabajos relacionan el aumento de la desigualdad en la distribución de la renta con varios problemas socio-económicos, en particular con la degradación de los indicadores de bienestar social y de las condiciones de vida de los ciudadanos, fenómeno que atrapa a las sociedades en un círculo vicioso de causas y consecuencias sociales desfavorables.

VIII. Una de las obras más relevantes de los últimos años sobre la desigualdad en el campo de la economía es la de J. Stiglitz. Entre las conclusiones que más interesan a la ciencia del Derecho Constitucional es de destacar el papel de gran relevancia del derecho en la modelación y definición de las instituciones y normas que influyen, por una parte, en el modo de funcionamiento de las fuerzas del mercado y, por otra, en la capacidad y los instrumentos que existen a disposición de cada grupo o sector de la sociedad para influir en la distribución de recursos.

Por otro lado, entre los costes de la desigualdad se incluyen la pérdida de calidad de la democracia y la creciente incapacidad de las

estructuras representativas para transmitir e incluir en los procesos públicos de decisión política las preocupaciones y necesidades de la ciudadanía, conduciendo al deterioro del capital social de las sociedades contemporáneas.

IX. La conocida obra de T. Pikety confirma la importancia del Derecho en los problemas de desigualdad al señalar que estos provienen, fundamentalmente, de la desigualdad salarial, de la desigualdad en la posesión de capital y de la interacción entre ambas. Ahora bien, las reglas sobre la propiedad y la transmisión del capital son determinadas por vía normativa, así como el régimen jurídico de los salarios.

Por otro lado, el autor alerta sobre el aumento de las desigualdades desde las décadas de 1980 y 1990, hasta que llegan a alcanzar niveles semejantes a los del inicio del siglo XX, y propone nuevas reglas jurídicas para combatir esa realidad, utilizando en particular el sistema fiscal, y un refuerzo de la intervención del Estado en la economía y en la redistribución de recursos.

X. Cabe aún señalar que la preocupación por la desigualdad es compartida por diversas instituciones nacionales e internacionales con competencias en materia económica, entre las que se incluyen la UE, el FMI y la OCDE, que constatan con preocupación el aumento de la brecha entre pobres y ricos, en particular en el actual escenario de crisis, hecho que se ve como un obstáculo importante a un crecimiento sostenible a largo plazo.

XI. Las enseñanzas transmitidas por otras ciencias son un buen punto de partida para intentar densificar el principio de igualdad en el cuadro del Derecho Constitucional.

Ahora bien, una de las principales conclusiones del análisis del principio de igualdad, tanto en el ámbito jurídico-constitucional nacional, como en el ámbito del Derecho Constitucional de la Unión Europea es que este es un principio construido —y garantizado—, en gran parte, por vía jurisprudencial.

Al fundarse en juicio comparativo entre dos situaciones distintas, la igualdad asume un grado de concretización atípica en los grandes principios constitucionales y exige un análisis pormenorizado que remite a situaciones concretas.

XII. De esta forma, la jurisprudencia y los tribunales asumen un papel fundamental en la densificación y desarrollo del principio de igualdad.

En una primera fase, entendieron la igualdad como mera obligación de justificación de las distinciones operadas por vía normativa, o sea, como expresión de un principio general que establece la prohibición de arbitrariedad de las clasificaciones y diferencias establecidas por el legislador.

Este planteamiento jurisprudencial constituye la expresión práctica del principio de la igualdad formal, comprendida como igualdad ante la ley y en la ley, desarrollada como elemento esencial de las democracias liberales.

XIII. Sin embargo, y pese a lo que acaba de exponerse, es sabido que de la tradición constitucional europea, especialmente después de la Segunda Guerra Mundial, surge otra dimensión fundamental del

principio de igualdad: la igualdad sustancial. Esta consiste, en el fondo, en establecer equilibrios en los sistemas político y socio-económico que permitan garantizar a todos un conjunto importante de derechos fundamentales indispensables para el desarrollo personal y una igual posibilidad de participación en la vida pública y en la toma de decisiones colectivas. Desde un punto de vista subjetivo, esta concepción encuentra su expresión más lograda en la idea de derechos de igualdad *prima facie*, como los define R. Alexy.

XIV. Entre los significados del principio de igualdad, entendido en sentido amplio, cabe aún destacar la idea de prohibición de discriminación, íntimamente relacionada tanto con el principio de igualdad formal como con el principio de igualdad sustancial, que es, al mismo tiempo, un objetivo constitucional autónomo y un elemento funcional en la realización efectiva de la igualdad sustancial.

La no discriminación tiene una dimensión operativa inmediata, importante para el intérprete y aplicador de normas de igualdad, ya que distingue criterios válidos e inválidos para el trato diferenciado de dos situaciones. Además, el concepto se encuadra perfectamente en la dogmática y jurisprudencia contemporáneas, que se centran más en una idea de desventaja que en la de diferencia injustificada.

XV. Pese al trabajo y la discusión dogmática y jurisprudencial que existe en torno a la igualdad, es inevitable constatar que siguen faltando criterios orientadores, mejor definidos, para aplicar el principio de igualdad, en especial para la comparación entre personas o grupos en situación aparentemente similar con el objetivo de determinar la legitimación de su trato diferenciado.

Efectivamente, los apoyos interpretativos usualmente utilizados para la interpretación del principio de igualdad siguen siendo, en gran

parte, una combinación de las viejas fórmulas de la igualdad como prohibición de arbitrariedad y de la igualdad proporcional.

XVI. Esto mismo es lo que parece confirmar la jurisprudencia de varios países europeos en materia de igualdad. Aun cuando las normas constitucionales indican preocupaciones de igualdad por parte del legislador constituyente en múltiples planos de la vida en sociedad, los tribunales se muestran, usualmente, más comedidos en las consecuencias que hacen derivar de aquellas.

Sin embargo, en el actual escenario de crisis económico-social, alguna jurisprudencia constitucional deja entrever la conexión entre el principio de (y el derecho a la) igualdad y los demás derechos fundamentales, en particular los derechos sociales.

XVII. En el plano del derecho constitucional de la Unión Europea, el desarrollo de la normativa de igualdad es un buen ejemplo de las tensiones que existen entre el proyecto económico inicial (y aún dominante) y la idea de construcción de una Europa social.

A pesar de que ya en el Tratado de Roma existiesen breves menciones a la igualdad entre hombres y mujeres en el marco del mercado laboral, la verdad es que el derecho europeo de la igualdad es una construcción fundamentalmente jurisprudencial. En las últimas décadas, el TJ ha pasado de reconocer la igualdad como objetivo social de la Unión a afirmarla como derecho humano fundamental y principio general de derecho comunitario.

La igualdad fue, asimismo, consagrada como uno de los títulos constituyentes de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, que incluye una dimensión de igualdad formal (ante la ley), así como un conjunto de derechos centrados en la igualdad de oportunidades,

que se debe garantizar a ciertas categorías de ciudadanos (niños, ancianos, etc.), contribuyendo de este modo a la construcción de un paradigma positivo de la igualdad, centrado en la idea de reconocimiento.

XVIII. En el actual marco del derecho constitucional de la UE, la igualdad es, sin lugar a dudas, uno de sus valores fundamentales y la no discriminación y el pluralismo son considerados características esenciales de las sociedades europeas. La lucha contra la discriminación es, además, una competencia expresa del Parlamento Europeo y del Consejo.

XIX. En el plano del derecho derivado, el desarrollo de normativas en materia de igualdad se ha hecho dando una clara predominancia a las cuestiones de reconocimiento sobre las de redistribución. Así pues, existen hoy diversas dimensiones específicas de la igualdad reguladas por instrumentos jurídicos europeos. Entre ellas, la igualdad de género asume especial relevancia, ya que es considerada por la doctrina como el dominio con reglamentos más desarrollados en materia de promoción de la igualdad y lucha contra la discriminación.

Cabe también mencionar la importancia creciente de la prohibición de discriminación por razón de raza, edad, orientación sexual, discapacidad y nacionalidad. En todos los campos mencionados, el derecho europeo aporta elementos nuevos que se valoran de forma muy positiva y que dejan entrever una concepción de igualdad que va más allá de la mera igualdad formal.

XX. La dimensión más problemática del derecho europeo de la igualdad es la de la no discriminación por razón de la nacionalidad.

Protegida desde los inicios del derecho de la Unión, esta ha sufrido mutaciones muy relevantes y, al mismo tiempo, es un reflejo evidente de los avances y retrocesos del propio proceso de integración.

Así pues, la no discriminación en función de la nacionalidad ha sido esencial en las fases iniciales e intermedias de construcción del mercado común y de afirmación de las libertades básicas de circulación en el espacio europeo. No obstante, su invocación como justificación para el reconocimiento de iguales derechos fundamentales a todos los ciudadanos europeos, tanto derechos sociales como derechos cívicos y políticos, pone de relieve las contradicciones sistémicas que se derivan de la reserva de derechos para los ciudadanos trabajadores, excluyendo, en parte, tanto a los ciudadanos que no ejercen la libertad de circulación para trabajar (los estáticos) como a los que se desplazan con otros propósitos (los malos dinámicos).

La evolución de la jurisprudencia en esta materia parecía ir en el sentido de alargar la protección jurídica conferida por la prohibición de discriminación a la ciudadanía, abandonándose la idea de protección exclusiva de bienes y trabajadores. Pero algunos casos recientes parecen indicar que, en el actual escenario de crisis económico-social, el proceso de expansión del concepto de ciudadanía social europea y de los derechos a ella necesariamente asociados se ha ralentizado.

XXI. En el marco del derecho europeo se han desarrollado una serie de instrumentos conceptuales y metodológicos para la densificación y aplicación práctica del principio de igualdad. Cabe señalar la importancia del concepto de discriminación indirecta y de los factores

que deben integrar la evaluación de este tipo de situación, así como la eventual justificación del trato discriminatorio.

También son relevantes los conceptos de *mainstreaming* (la movilización de todas las áreas del derecho y de las políticas públicas para promover la igualdad) y de interseccionalidad (que permite llamar la atención sobre la complejidad de las cuestiones de desigualdad, señalando sus múltiples causas y los efectos adversos que resultan de su yuxtaposición).

XXII. De la evolución del derecho europeo de la igualdad y de su interrelación con los ordenamientos de los Estados miembros surge un conjunto de principios básicos que ayudarán a comprender y densificar el principio de igualdad según una perspectiva de Derecho Constitucional Europeo.

En primer lugar, debe señalarse que el principio comprende una idea de inclusión social y participación, así como de autonomía personal, lo que implica una obligación de igual trato e igual respeto por parte de los poderes públicos, que deben garantizar a todos los ciudadanos una efectiva igualdad de oportunidades, a fin de que cada uno pueda utilizar sus capacidades y participar en la vida social de acuerdo con sus propias visiones del mundo y planes de vida.

En segundo lugar, la concepción del principio de igualdad que resulta del Derecho Europeo obliga a la remoción de los obstáculos físicos, jurídicos y socio-económicos —obligación impuesta tanto a los poderes públicos como a los privados, siempre y cuando se trate de un ajuste razonable— para asegurar una participación libre e igual en la vida de la comunidad, garantizando trato distinto y adecuado para situaciones significativamente distintas.

XXIII. Llegados a este punto, nos situamos en la que es una de las principales intenciones y preocupaciones de este trabajo: reflexionar, desde el punto de vista del Derecho Constitucional Europeo, sobre los problemas específicos de desigualdad provocados o agravados por la crisis económica y social, proponiendo elementos y apoyos interpretativos y metodológicos que permitan analizarlos y responder, por lo menos, a parte de estas complejas cuestiones, cuya resolución por vía normativa es aún posible.

XXIV. El fenómeno de la desigualdad creciente en el marco de la crisis acompaña, en cierto modo, la crisis del derecho constitucional del Estado Social de la segunda mitad del siglo XX.

Este fue, durante décadas, el estatuto jurídico de un proyecto político común, resolviendo los conflictos sociales y generando consensos que se convertían en soluciones normativas. La Constitución se asumió como instrumento normativo regulador de la convivencia social, con las funciones de control del poder y de garantía de un conjunto de derechos y libertades, cuya realización efectiva es tarea fundamental del Estado.

A medida que la desigualdad vuelve a aumentar, a partir de la década de 1980, esencialmente debido a la inversión de las políticas fiscales, sociales y económicas en un sentido menos redistributivo, el pacto social y democrático orientado al desarrollo del Estado Social y fundado en la normatividad constitucional empieza a ser fuertemente cuestionado, llegando muy debilitado a las primeras décadas del siglo XXI. Además, la crisis económica y social que se añadió a este marco a partir del año 2008, contribuyó a un aumento significativo de la pobreza y a un retroceso agudo en lo que respecta a los derechos sociales y económicos.

XXV. Ante la gravedad de los problemas económicos y sociales, la posición de los Estados miembros y de las Instituciones de la Unión Europea ha sido insatisfactoria y criticable desde un punto de vista constitucional. Sin mecanismos o instituciones eficaces para reaccionar a la crisis, la UE adoptó, principalmente, medidas destinadas a asegurar la consolidación fiscal y reforzar la gobernación económica a nivel supranacional.

XXVI. Además, las respuestas de las Instituciones europeas a la crisis muestran una clara fuga del derecho constitucional, como ponen de manifiesto varios ejemplos. En primer lugar, la elección como instrumento privilegiado en la política europea del Pacto Fiscal Europeo, que no es, por el momento, más que un tratado internacional. En segundo lugar, el recurso a figuras jurídicas atípicas, como los varios Memorandos de Entendimiento, firmados en el cuadro de los programas de asistencia económica y financiera; y por último, el desplazamiento de los poderes de decisión y soberanía a ‘mecanismos informales’, como es el caso del Eurogrupo, cuyo objetivo sería solamente, según el TJ, el intercambio de puntos de vista en relación con determinadas cuestiones específicas de interés común a los Estados miembros que lo componen.

Todo ello tiene efectos drásticos en lo que respecta a los elementos básicos del derecho constitucional. La democracia pluralista se ve afectada de manera profunda y las ideologías minoritarias, los intereses, preocupaciones y problemas de los sectores sociales que las protagonizan no tienen cabida en las cámaras de discusión con real poder decisorio de la Unión Europea.

XXVII. Este es el escenario en el cual debe ser analizada y comprendida la crisis económica y social que ha afectado con particular intensidad a los países de Europa de Sur, así como las reformas legislativas que implementan políticas de austeridad destinadas a combatirla, y que han llevado a una reforma profunda, en sentido regresivo, de derechos económicos y sociales que son los pilares del Estado social y de la igualdad: el derecho a la salud, el derecho a la educación, el derecho al trabajo y el derecho a la seguridad social.

XXVIII. Teniendo en mente la dimensión supranacional y de responsabilidad compartida en el diseño de las políticas de austeridad (en el cual tanto los Estados como las Instituciones europeas y el FMI han tenido un papel), cabe, así, cuestionarse acerca de la compatibilidad de estas medidas y el conjunto normativo que resulta de nuestro patrimonio constitucional común, en particular del principio de igualdad en todas sus dimensiones y proyecciones, y más concretamente la concepción sustancial de igualdad como proyecto común de mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos en condiciones de libertad y equidad.

XXIX. En el trabajo se analizan las reformas adoptadas en tres países del Sur de Europa —Portugal, Grecia y España— en materia de los derechos sociales mencionados. La comparación entre los tres permite identificar claramente líneas comunes y un retroceso notable en la realización práctica de derechos como la educación y salud, bastante problemático desde un punto de vista constitucional. El vínculo entre este retroceso y el aumento de la desigualdad en los países estudiados queda también bastante evidente, más aún si

tenemos en consideración la importancia del derecho y de las reformas normativas en el mantenimiento o agravamiento de los elementos sistémicos que favorecen la desigualdad (como, por ejemplo, los derechos laborales y de negociación colectiva, y los niveles salariales y prestaciones de seguridad social).

XXX. Además de hacer una reflexión sobre las medidas de austeridad, se intentó en la presente Tesis comprender qué medios de tutela están a disposición del ciudadano para cuestionar eventuales violaciones de sus derechos fundamentales, y de qué forma esos medios han actuado durante el período de crisis.

En este punto, asumimos un planteamiento claro contra las posiciones doctrinales que defienden la necesidad de deferencia, por parte de las instituciones de control y garantía de derechos (en especial, claro está, los tribunales), en relación con las opciones del poder legislativo.

Contra los argumentos usuales, fundados en el principio de la división de poderes y en los límites de competencia de los órganos jurisdiccionales, se afirmó que los tribunales son los “guardias fronterizos” del espacio constitucional. La función jurisdiccional es, efectivamente, limitadora del espacio de decisión del legislador y del gobierno, en la medida en que no permite determinado tipo de soluciones por considerar que van más allá del marco definido por las normas constitucionales, con particular énfasis en los principios básicos del ordenamiento y los derechos fundamentales. Pero, por otra parte, no cabe a los tribunales idealizar normas, medidas o políticas alternativas a las rechazadas con fundamento en su incompatibilidad con un determinado parámetro constitucional.

XXXI. Los ejemplos de varios países europeos, en particular de los objetos centrales de nuestro análisis (Portugal, España y Grecia), muestran un fenómeno interesante: la tutela y la verificación de violaciones de los derechos fundamentales de los ciudadanos por las medidas de austeridad son más intensas cuanto menor es la eficacia de sus decisiones (órganos como el Defensor del Pueblo, a nivel nacional, o el Comité Europeo de Derechos Sociales, a nivel internacional, han constatado más violaciones de derechos que los tribunales); por otro lado, los tribunales nacionales, cuyas decisiones tienen eficacia jurídica plena, también han declarado la inconstitucionalidad de determinadas medidas en un número significativo de ocasiones, al contrario de lo que ha hecho TJ, que se ha declarado incompetente para pronunciarse sobre el control de conformidad entre medidas de austeridad y el parámetro constitucional europeo, sin dar una justificación totalmente cabal.

XXXII. El análisis de la actuación de los distintos medios de tutela de derechos permite también constatar otros dos fenómenos importantes: en primer lugar, la importancia de los tribunales, en particular de los tribunales constitucionales, como mecanismo de contrapeso a la actuación de los poderes legislativo y ejecutivo (a nivel nacional y supranacional), no solamente en el Sur de Europa, sino en toda la UE; y en segundo lugar, el elevado grado de auto-contención de la jurisprudencia que, al contrario de lo que suele afirmarse, ha dado, en general, un amplio margen de actuación al legislador y ha admitido la constitucionalidad de un número muy significativo de reformas normativas.

XXXIII. Llegados a este punto, la presente tesis doctoral termina con algunas conclusiones fundamentales sobre el contenido del principio de igualdad y las posibles formas de garantía efectiva de dicho principio, bajo una perspectiva de Derecho Constitucional Europeo. Efectivamente, es urgente explicar y proponer condiciones que garanticen la mayor eficacia posible a las normas constitucionales vigentes, luchando contra la «crisis de normatividad del Derecho Constitucional», que debe reasumir su vertiente transformadora y su función de promoción del progreso social.

XXXIV. Así pues, se propone, antes de nada, reforzar el papel de las minorías políticas en el espacio europeo creando un mecanismo de acceso directo al TJ de los grupos parlamentarios del Parlamento Europeo, o de un grupo de diputados, que permita cuestionar la constitucionalidad de cualquier acto de una Institución europea, con fundamento en la violación de los Tratados. La recuperación del pluralismo democrático en la Unión es urgente y la actuación, dentro del sistema, de grupos sociales y políticos minoritarios constituye un importante contrapunto a la hegemonía de ciertas Instituciones o de ciertos Estados.

XXXV. En relación con la densificación del principio de igualdad, el primer elemento interpretativo fundamental es la reafirmación de su significado primordial: la imposición a los poderes públicos de la obligación de tratar por igual a todos los ciudadanos. La igualdad es, pues, la norma, el punto de partida; y deberá prevalecer, salvo que exista una justificación fundada para establecer distinciones.

Según el planteamiento adoptado, no es exigible a los órganos jurisdiccionales la concepción de medidas alternativas con idéntico

grado de eficacia en la consecución del interés público o en la realización de los objetivos constitucionales señalados por el legislador, para juzgar la inconstitucionalidad normativa por violación del principio de igualdad. Efectivamente, basta una evaluación debidamente fundamentada de la adecuación (o no) de la actuación del legislador con los límites constitucionalmente establecidos.

XXXVI. En segundo lugar, se defiende que el principio de igualdad, al imponer un trato distinto para situaciones diferentes, exige que se dé una especial atención a los *sujetos débiles*, los protagonistas olvidados de la crisis socio-económica (niños, los jubilados, los migrantes, las mujeres, los enfermos y los discapacitados, los que pertenecen a minorías raciales y étnicas, los que tienen una orientación sexual minoritaria, los excluidos, los desempleados, los deudores, los trabajadores con poca formación y de clase social baja), especialmente afectados por las medidas de austeridad.

Así pues, es indispensable un estricto análisis de las motivaciones del legislador siempre que afecten derechos de su esfera jurídica, sin olvidar que muchas normas constitucionales de no discriminación o que imponen deberes de especial protección a los poderes públicos buscan, precisamente, combatir el desequilibrio histórico y social en el trato a ciertos sujetos y compensar las situaciones de desventaja fáctica en que estos se encuentran.

XXXVII. Por último, se defiende que el principio de igualdad exige una orientación metodológica distinta de la que viene siendo preferida por las instituciones públicas, y en particular por los mecanismos de garantía de derechos, en lo que respecta a los derechos económicos y sociales. Para que estos puedan desempeñar su función de

promotores de la igualdad de oportunidades y del libre desarrollo de las capacidades de cada uno, es indispensable que se explique claramente el estándar de cada derecho, que se debe garantizar bajo cualquier circunstancia. Esa explicación deberá basarse en medidas lo más concretas posibles, con base en criterios estadísticos y conceptos científicamente definidos. Este proceso de objetivación parcial del contenido de los derechos fundamentales facilitará la evaluación de la adecuación constitucional de medidas que afecten especialmente a derechos sociales que se configuren como elementos básicos de un sistema fundado en la igualdad de oportunidades, no solo por parte del poder jurisdiccional, sino también (y sobre todo) por parte del propio legislador.

Conclusões

I. *A Tese de Doutoramento que aqui se apresenta tem por objectivo a análise de um dos principais problemas das democracias contemporâneas – a(des)igualdade – através dos instrumentos do Direito Constitucional Europeu, que se elege como quadro teórico e metodológico de todo o trabalho.*

Desta forma, colocaram-se várias questões alusivas ao tema, para as quais se procuraram respostas com recurso às ferramentas conceptuais proporcionadas pela metodologia mencionada.

II. *A primeira interrogação parte, pois de uma constatação de facto (sobre o fenómeno da desigualdade) para a expressão de um problema de direito constitucional: tendo em mente a inequívoca relevância da crescente desigualdade no espaço da União Europeia, bem como o seu custo socioeconómico e político, será possível estabelecer uma relação entre estes fenómenos e o Direito? Poderão estas matérias ser enquadradas no âmbito de aplicação do princípio da igualdade? Como trazer para o campo do Direito Constitucional o conhecimento produzido, nas últimas décadas, pelas ciências económicas e filosóficas, o que aprender com elas para realizar uma análise de natureza especificamente jurídica?*

III. *A resposta à primeira interrogação é claramente afirmativa. O problema da desigualdade é, também, um problema de Direito Constitucional e tem uma relação directa com a realização prática do princípio da igualdade, um dos pilares da tradição constitucional comum europeia, como demonstram as constituições parciais que integram o Direito Constitucional Europeu, ao expressar desejos e objectivos de igualdade concretos, de acordo com cada época histórica e cada cultura.*

Efectivamente, sendo o Direito, e em particular o Direito Constitucional, a base institucional das políticas económicas e sociais, é também, evidentemente, um instrumento essencial, quer para a manutenção de um status quo que potencia o crescimento da desigualdade, quer para a concepção e implementação de políticas públicas que a combatam.

IV. Neste quadro, é importante recuperar a concepção da (des)igualdade como questão jurídico-constitucional e procurar integrar na ciência jurídica elementos de outro tipo de discursos sobre a desigualdade, que ajudem a conhecê-la e a compreendê-la de maneira integral, a fim de propor soluções adequadas para (parte dos) problemas que com ela se relacionam.

V. Deste modo, cabe lembrar que a igualdade é um dos principais temas das teorias da justiça contemporâneas. A busca de uma resposta à pergunta “igualdade de quê?”, formulada por A. Sen na sua Tanner Lecture on Human Values, serviu de orientação a muitas das reflexões teórico-filosóficas das últimas décadas.

VI. De J. Rawls a N. Fraser, passando por R. Dworkin, M. Walzer, A. Sen e G. Cohen, muitos são os autores que dedicaram parte relevante do seu trabalho ao estudo e reflexão acerca de questões de igualdade. Ainda que existam, naturalmente, diferenças evidentes entre as posições e teses de cada um, há pressupostos básicos amplamente partilhados. Entre eles, a ligação entre os princípios redistributivos e a ideia de justiça; a importância da garantia da igualdade de oportunidades; a compreensão da igualdade como instrumento de autonomia e desenvolvimento pessoal, no quadro de um projecto político emancipatório; e, finalmente, o vínculo entre o conteúdo material da igualdade (ou seja, os bens que todas as pessoas devem ter assegurados, de acordo com cada teoria específica) e os direitos fundamentais.

VII. O binómio igualdade-direitos fundamentais é também evidente nos estudos de natureza económica e social sobre o tema. Muitos trabalhos relacionam o aumento da desigualdade na distribuição de rendimento com vários problemas socioeconómicos, em particular com a degradação dos indicadores de bem-estar e das condições de vida dos cidadãos, fenómeno que aprisiona as sociedades num círculo vicioso de causas e consequências desfavoráveis.

VIII. Uma das obras mais relevantes sobre desigualdade, nos últimos anos, e no campo da economia, é a de J. Stiglitz. Entre as conclusões do autor que mais interessam à ciência do Direito Constitucional, é de destacar o papel de grande relevância do direito na modelação e definição de instituições e normas que influenciam, por um lado, o modo de funcionamento das forças do mercado e, por outra, a capacidade e os instrumentos ao dispor de cada grupo ou sector da sociedade para influenciar a distribuição de recursos.

Por outro lado, entre os custos da desigualdade, incluem-se a perda de qualidade da democracia e a crescente incapacidade das estruturas representativas para transmitir e incluir nos processos públicos de decisão política as preocupações e necessidades dos cidadãos, levando à deterioração do capital social das sociedades contemporâneas.

IX. A conhecida obra de T. Piketty confirma a importância do Direito para os problemas de desigualdade, ao demonstrar que estes provêm, fundamentalmente, da desigualdade salarial, da desigualdade na detenção de capital e da interacção entre ambas. Ora, as regras sobre a propriedade e transmissão de capital são determinadas por via normativa, o mesmo acontecendo com o regime jurídico dos salários.

Por outro lado, o autor alerta para o aumento das desigualdades desde as décadas de 1980 e 1990, de tal forma que alcançam níveis semelhantes aos verificados no início do século XX, e propõe novas regras jurídicas para combater

essa realidade, utilizando em particular o sistema fiscal, e um reforço da intervenção do Estado na economia e na distribuição de recursos.

X. *Cabe ainda assinalar que a preocupação com a desigualdade é partilhada por diversas instituições nacionais e internacionais com competências em matéria económica, entre as quais se incluem a UE, o FMI e a OCDE, que constataam com preocupação o aumento do fosso entre ricos e pobres, em particular no actual cenário de crise, facto que se considera um obstáculo importante a um crescimento sustentado a longo prazo.*

XI. *Os ensinamentos transmitidos por outras ciências são um bom ponto de partida para procurar densificar o princípio da igualdade no quadro do Direito Constitucional.*

Ora, uma das principais conclusões da análise do princípio da igualdade, tanto no âmbito jurídico-constitucional nacional, como no âmbito do Direito Constitucional da União Europeia, é que este é um princípio construído – e garantido – em grande parte, por via jurisprudencial.

Ao fundar-se num juízo comparativo, entre duas situações distintas, a igualdade assume um grau de concretização atípico nos grandes princípios constitucionais e exige uma análise pormenorizada, que remete para situações concretas.

XII. *Desta forma, a jurisprudência e os tribunais assumem um papel fundamental na densificação e desenvolvimento do princípio da igualdade.*

Numa primeira fase, entenderam a igualdade como mera obrigação de justificação das distinções operadas por via normativa, ou seja, como expressão de um princípio geral de proibição do arbítrio nas classificações e diferenças estabelecidas pelo legislador.

Esta posição jurisprudencial constitui a expressão prática do princípio da igualdade formal, compreendida como igualdade perante a lei e na lei, e desenvolvida como elemento essencial das democracias liberais.

XIII. *Contudo, e apesar do que acaba de expor-se, é sabido que uma outra dimensão fundamental do princípio da igualdade formal emana da tradição constitucional europeia, especialmente depois da Segunda Guerra Mundial: a igualdade substancial. Esta consiste, no fundo, em estabelecer equilíbrios, nos sistemas político e socioeconómico, que permitam garantir a todos um conjunto importante de direitos fundamentais indispensáveis para o desenvolvimento pessoal e para uma igual possibilidade de participação na vida pública e na tomada de decisões colectivas. De um ponto de vista subjectivo, esta concepção encontra a sua expressão mais lograda na ideia de direitos de igualdade prima facie, como definidos por R. Alexy.*

XIV. *Entre os significados do princípio da igualdade, compreendido em sentido amplo, cabe ainda destacar a ideia de proibição da discriminação, intimamente relacionada tanto com o princípio de igualdade formal, quanto com o princípio de igualdade substancial, uma vez que é, ao mesmo tempo, um objectivo constitucional autónomo e um elemento funcional para a realização efectiva da igualdade substancial.*

A não discriminação tem uma dimensão operativa imediata, importante para o intérprete e aplicador de normas de igualdade, já que distingue critérios válidos e inválidos para o tratamento diferenciado de duas situações. Além disso, o conceito enquadra-se perfeitamente na dogmática e jurisprudência contemporâneas, que se centram mais numa ideia de desvantagem do que na de diferença injustificada.

XV. *Apesar do trabalho e da discussão dogmática e jurisprudencial que existe em torno da igualdade, é inevitável constatar que continuam a faltar critérios orientadores, mais bem definidos, para a aplicação do princípio da igualdade, em*

especial para a comparação entre pessoas ou grupos em situação aparentemente similar, com o objectivo de determinar a legitimidade do seu tratamento diferenciado.

Efectivamente, os arrimos interpretativos usualmente utilizados para a interpretação do princípio da igualdade continuam a ser, em grande medida, uma combinação das velhas fórmulas da igualdade como proibição de arbítrio e igualdade proporcional.

XVI. *Isto mesmo parece confirmar a jurisprudência de vários países europeus em matéria de igualdade. Mesmo quando as normas constitucionais expressam preocupações de igualdade, por parte do legislador constituinte, em distintos planos da vida em sociedade, os tribunais mostram-se, habitualmente, mais comedidos nas consequências que delas fazem derivar.*

Contudo, no actual quadro de crise económico-social, alguma jurisprudência constitucional permite entrever a conexão entre o princípio da (e o direito à) igualdade e os demais direitos fundamentais, em particular os direitos sociais.

XVII. *No plano do direito constitucional da União Europeia, o desenvolvimento da disciplina normativa da igualdade é um bom exemplo das tensões entre o projecto económico inicial (e ainda dominante) e a ideia de construção de uma Europa social.*

Apesar de no Tratado de Roma existirem breves menções à igualdade entre homens e mulheres no quadro do mercado de trabalho, a verdade é que o direito europeu da igualdade é uma construção fundamentalmente jurisprudencial. Nas últimas décadas, o Tribunal de Justiça evoluiu, desde o reconhecimento da igualdade como objectivo social da União, à sua afirmação como direito humano fundamental e princípio geral de direito comunitário.

A igualdade foi, também, consagrada como um dos títulos da Carta dos Direitos Fundamentais da UE, que inclui uma dimensão de igualdade formal

(perante a lei), assim como um conjunto de direitos centrados na igualdade de oportunidades, que deve garantir-se a certas categorias de cidadãos (crianças, idosos, etc.), contribuindo, desta forma, para a construção de um paradigma positivo da igualdade, centrado na ideia de reconhecimento.

XVIII. *No quadro actual do direito constitucional da UE, a igualdade é, sem dúvida, um dos seus valores fundamentais, e a não discriminação e o pluralismo são considerados características essenciais das sociedades europeias. A luta contra a discriminação é, além do mais, uma competência expressa do Parlamento Europeu e do Conselho.*

XIX. *No plano do direito derivado, o desenvolvimento de uma disciplina normativa em matéria de igualdade atribuiu uma predominância clara às questões de reconhecimento, em relação às de redistribuição. Deste modo, existem hoje várias dimensões específicas da igualdade reguladas por instrumentos jurídicos europeus. Entre elas, a igualdade de género assume especial relevância, pois é considerada pela doutrina como o domínio com uma regulamentação mais avançada em matéria de promoção da igualdade e luta contra a discriminação.*

Cabe ainda mencionar a importância crescente da proibição de discriminação em razão da raça, idade, orientação sexual, deficiência e nacionalidade. Em todos os campos mencionados, o direito europeu traz elementos novos, cuja apreciação é muito positiva, e que deixam antever uma concepção de igualdade que vai para além da mera igualdade formal.

XX. *A dimensão mais problemática do direito europeu da igualdade é a da não discriminação em razão da nacionalidade. Protegida desde o início pelo direito da União, sofreu mutações muito relevantes ao longo de décadas e é, ao mesmo tempo, um reflexo evidente dos avanços e retrocessos do próprio processo de integração.*

Desta forma, a não discriminação em função da nacionalidade foi essencial, nas fases inicial e intermédia de construção do mercado comum e de afirmação das

liberdades básicas de circulação no espaço europeu. Contudo, a sua invocação como justificação para o reconhecimento de iguais direitos fundamentais a todos os cidadãos europeus, tanto direitos sociais quanto direitos civis e políticos, coloca em evidência as contradições sistémicas que resultam da reserva de direitos fundamentais para os trabalhadores, excluindo, em parte, tanto os cidadãos que não exercem a liberdade de circulação para trabalhar (os estáticos) como os que se deslocam com outros propósitos (os ‘maus dinâmicos’).

A evolução da jurisprudência nesta matéria parecia ir no sentido de alargar a protecção jurídica conferida pela proibição de discriminação a todos os cidadãos, abandonando a ideia de protecção exclusiva de bens e trabalhadores. Todavia, alguns casos recentes parecem indicar que, no actual cenário de crise económica e social, o processo de expansão do conceito de cidadania social e dos direitos a ela associados abrandou de forma significativa.

XXI. *No quadro do direito europeu, desenvolveram-se também uma série de instrumentos conceptuais e metodológicos para a densificação e aplicação prática do princípio da igualdade. É de assinalar a importância do conceito de discriminação indirecta e dos factores que devem integrar a avaliação deste tipo de situação, bem como a eventual justificação de um tratamento discriminatório.*

São ainda relevantes os conceitos de mainstreaming (a mobilização de todas as áreas do direito e das políticas públicas para promover a igualdade) e de interseccionalidade (que permite chamar a atenção para a complexidade das questões de desigualdade, evidenciando as suas múltiplas causas e os efeitos adversos que resultam da sua justaposição).

XXII. *Da evolução do direito europeu da igualdade e da sua inter-relação com os ordenamentos dos Estados membros, surge um conjunto de princípios básicos que ajudam a compreender e densificar o princípio da igualdade, segundo uma perspectiva de Direito Constitucional Europeu.*

Em primeiro lugar, deve assinalar-se que o princípio compreende uma ideia de inclusão social e de participação, assim como de autonomia pessoa, o que implica uma obrigação de igual tratamento e igual respeito por parte dos poderes públicos, que devem garantir a todos os cidadãos uma efectiva igualdade de oportunidades, a fim de que cada um possa utilizar as suas capacidades e participar na vida social, de acordo com as sua própria mundividência e os seus planos de vida.

Em segundo lugar, a concepção do princípio da igualdade que resulta do direito europeu obriga à remoção dos obstáculos físicos, jurídicos e socioeconómicos – obrigação imposta tanto aos poderes públicos, quanto aos privados, desde que se trata de um ajuste razoável – para assegurar uma participação livre e igual na vida comunitária, garantindo tratamento diferenciado e adequado para situações significativamente distintas.

XXIII. *Chegados a este ponto, situamo-nos na que é uma das principais intenções e preocupações deste trabalho: reflectir, do ponto de vista do Direito Constitucional Europeu, sobre os problemas específicos de desigualdade provocados ou agravados pela crise económica e social, propondo elementos e apoios interpretativos e metodológicos que permitam analisá-los e responder, pelo menos em parte, a estas complexas questões, pelo menos quando é ainda possível uma resolução por via normativa.*

XXIV. *O fenómeno da desigualdade crescente no quadro da crise acompanha, de certo modo, a crise do direito constitucional do Estado Social da segunda metade do século XX.*

Este foi, durante décadas, o estatuto jurídico de um projecto político comum, resolvendo os conflitos sociais e gerando consensos que se convertiam em soluções normativas. A Constituição assumiu-se como instrumento normativo regulador da convivência social, com as funções de controlo do poder e de garantia de um

conjunto de direitos e liberdades, cuja realização efectiva constitui tarefa fundamental do Estado.

À medida que a desigualdade volta a aumentar, a partir da década de 1980, essencialmente devido à inversão das políticas fiscais, sociais e económicas num sentido menos redistributivo, o pacto social e democrático orientado para o desenvolvimento do Estado Social e fundado na normatividade constitucional começa a ser fortemente questionado, chegando muito debilitado às primeiras décadas do século XX. Além disso, a crise económica e social que se acrescentou a este quadro, a partir de 2008, contribuiu para um aumento significativo da pobreza e para um retrocesso agudo no que respeita aos direitos sociais e económicos.

XXV. Perante a gravidade dos problemas económicos e sociais, a posição dos Estados membros e das Instituições da União Europeia foi insatisfatória e criticável, do ponto de vista constitucional. Sem mecanismos ou instituições eficazes para reagir à crise, a UE adoptou, principalmente, medidas destinadas a assegurar a consolidação fiscal e a reforçar a governação económica a nível supranacional.

XXVI. Além de tudo, as respostas das Instituições Europeias à crise mostram uma clara fuga ao direito constitucional, tal como evidenciam vários exemplos. Em primeiro lugar, a eleição como instrumento privilegiado, na política europeia, do Tratado Orçamental, que não é, pelo menos neste momento, mais do que um tratado internacional. Em segundo lugar, o recurso a figuras jurídicas atípicas, como os vários Memorandos de Entendimento, assinados no quadro de programas de assistência económica e financeira; e, por último, a deslocação dos poderes de decisão e soberania para “mecanismos informais”, como o Eurogrupo, cujo objectivo seria unicamente, segundo o próprio Tribunal de Justiça, a troca de pontos de vista sobre determinadas questões específicas de interesse comum a todos os Estados membros que o compõem.

Tudo isto tem efeitos drásticos no que respeita aos elementos básicos do direito constitucional. A democracia pluralista é profundamente afectada e as ideologias minoritárias, e os interesses, preocupações e problemas dos sectores sociais que as protagonizam não cabem nas câmaras de discussão com real poder decisório na União Europeia.

XXVII. *Este é o contexto no qual devem ser analisadas e compreendidas a crise económica e social, que afectou com particular intensidade os países da Europa do Sul, bem como as reformas legislativas que implementam políticas de austeridade destinadas a combatê-la, e que conduziram a uma profunda reforma, em sentido regressivo, dos direitos económicos e sociais que são os pilares do Estado Social e da igualdade: o direito à saúde, o direito à educação, o direito ao trabalho e o direito à segurança social.*

XXVIII. *Tendo em mente a dimensão supranacional e de responsabilidade partilhada no desenho das políticas de austeridade (no qual tanto os Estados quanto as Instituições Europeias e o FMI desempenharam um papel), cabe, assim, indagar acerca da compatibilidade destas medidas com o conjunto normativo que resulta do nosso património constitucional comum, em particular, com o princípio da igualdade em todas as suas dimensões e projecções e, mais concretamente, com a concepção substancial de igualdade como projecto comum de melhoria das condições de vida dos cidadãos em condições de liberdade e equidade.*

XXIX. *Neste trabalho, analisam-se as reformas adoptadas em três países da Europa do Sul – Portugal, Grécia e Espanha – em matéria dos direitos sociais mencionados. A comparação entre os três permite identificar claramente linhas comuns e um retrocesso notável na realização prática de direitos como a educação e a saúde, que é bastante problemático do ponto de vista constitucional. O vínculo entre este retrocesso e o aumento da desigualdade nos países estudados torna-se também bastante evidente, mais ainda se tivermos em consideração a importância*

do direito e das reformas normativas na manutenção ou agravamento dos elementos sistémicos que favorecem a desigualdade (como, por exemplo, os direitos laborais e de negociação colectiva e os níveis salariais e prestações de segurança social).

XXX. Além de reflectir sobre as medidas de austeridade, procurou-se, na presente Tese, compreender que meios de tutela estão à disposição do cidadão para questionar eventuais violações dos seus direitos fundamentais e de que forma esses meios actuaram durante o período de crise.

Neste ponto, assumiu-se uma postura clara contra as posições doutrinárias que defendem a necessidade de deferência, por parte das instituições e garantia de direitos (em especial, claro está, dos tribunais) em relação às opções do poder legislativo.

Contra os argumentos habituais, fundados no princípio da divisão de poderes e nos limites de competência dos órgãos jurisdicionais, afirmou-se que os tribunais são os “guardas de fronteira” do espaço constitucional. A função jurisdicional é, efectivamente, limitadora do espaço de decisão do legislador e do governo, na medida em que não permite determinado tipo de soluções, por considerar que vão para além do quadro definido pelas normas constitucionais, com particular ênfase nos princípios básicos do ordenamento e nos direitos fundamentais. Todavia, por outro lado, não cabe aos tribunais idealizar normas, medidas ou políticas alternativas às rejeitadas com fundamento na sua incompatibilidade com determinado parâmetro constitucional.

XXXI. Os exemplos de vários países europeus, em particular dos objectos centrais da nossa análise (Portugal, Espanha e Grécia), demonstram um fenómeno interessante: a tutela e verificação de violações de direitos fundamentais dos cidadãos pelas medidas de austeridade são tão mais intensas quanto menor é a eficácia das decisões (órgãos como o Provedor de Justiça, a nível nacional, ou o

Comité dos Direitos Sociais, a nível internacional, constataram mais violações de direitos que os tribunais); por outro lado, os tribunais nacionais, cujas decisões têm plena eficácia jurídica, também declararam a inconstitucionalidade de certas medidas num número significativo de ocasiões, ao contrário do Tribunal de Justiça, que se declarou incompetente para se pronunciar sobre o controlo de conformidade entre medidas de austeridade e o parâmetro constitucional europeu, sem uma fundamentação totalmente cabal.

XXXII. *A análise da actuação dos distintos meios de tutela de direitos permite também constatar outros dois fenómenos importantes: em primeiro lugar, a importância dos tribunais, em particular dos tribunais constitucionais, como mecanismos equilíbrio em relação à actuação dos poderes legislativo e executivo (a nível nacional e supranacional), não apenas no Sul da Europa, mas na UE em geral; em segundo lugar, o elevado grau de auto-contenção da jurisprudência que, ao contrário do que é usual afirmar-se, deu, em geral, ao legislador uma ampla margem de actuação e admitiu a constitucionalidade de um importante número de reformas normativas.*

XXXIII. *Chegados a este ponto, a presente Tese termina com algumas conclusões fundamentais sobre o conteúdo do princípio da igualdade e as possíveis formas de garantia efectiva do mesmo, segundo uma perspectiva de Direito Constitucional Europeu. Efectivamente, é urgente explicar e propor condições que garantam a maior eficácia possível das normas constitucionais vigentes, lutando contra a “crise de normatividade do Direito Constitucional”, que deve reassumir a sua vertente transformadora e a sua função de promoção do progresso social.*

XXXIV. *Desta forma, propõe-se, antes de tudo, reforçar o papel das minorias políticas no espaço europeu, criando um mecanismo de acesso directo ao Tribunal de Justiça dos grupos parlamentares do Parlamento Europeu, ou de um grupo de*

Deputados, que permita questionar a constitucionalidade de qualquer acto de uma Instituição Europeia, com fundamento na violação dos Tratados. A recuperação do pluralismo democrático na União é urgente e a actuação, dentro do sistema, de grupos sociais e políticos minoritários constitui um importante contraponto à hegemonia de certas Instituições ou Estados.

XXXV. Em relação à densificação do princípio da igualdade, o primeiro elemento interpretativo fundamental é a reafirmação do seu significado primordial: a imposição aos poderes públicos de uma obrigação de tratamento igual de todos os cidadãos. A igualdade é, pois, a norma, o ponto de partida; e deverá prevalecer, a não ser que exista uma justificação fundada para estabelecer distinções.

Segundo esta posição, não é exigível aos órgãos jurisdicionais a concepção de medidas alternativas com idêntico grau de eficácia para a prossecução do interesse público ou para a realização dos objectivos constitucionais identificados pelo legislador, para declarar uma inconstitucionalidade normativa por violação do princípio da igualdade. Efectivamente, basta uma avaliação devidamente fundamentada sobre a adequação (ou não) da actuação do legislador dentro dos limites constitucionalmente estabelecidos.

XXXVI. Em segundo lugar, defende-se que o princípio da igualdade, ao impor um tratamento distinto para situações diferentes, exige que se preste especial atenção aos sujeitos débeis, os protagonistas esquecidos da crise socioeconómica (crianças, pensionistas, migrantes, mulheres, doentes ou portadores de deficiência, os que pertencem a minorias raciais e étnicas, os excluídos, os desempregados, os devedores, os trabalhadores com baixa formação e de uma classe social baixa) especialmente afectados pelas medidas de austeridade.

Assim, é indispensável uma análise exigente das motivações do legislador, sempre que afectem direitos da sua esfera jurídica, não esquecendo que muitas das normas constitucionais de não discriminação ou que impõem deveres de especial

protecção aos poderes públicos procuram, precisamente, combater o desequilíbrio histórico e social no tratamento de certos sujeitos e compensar as situações de desvantagem fáctica em que se encontram.

XXXVII. *Por último, defende-se que o princípio da igualdade exige uma orientação metodológica distinta da que vem sendo preferida pelas instituições públicas, em particular pelos mecanismos de garantia de direitos, no que respeita aos direitos económicos e sociais. Para que estes possam desempenhar a sua função de promotores da igualdade de oportunidades e do livre desenvolvimento das capacidades de cada um, é indispensável que se defina claramente o standard de cada direito que deve garantir-se em qualquer circunstancia. Essa explicação deverá fundar-se em medidas tão concretas quanto possível, com base em critérios estatísticos e conceitos cientificamente definidos. Este processo de objectivação parcial do conteúdo dos direitos fundamentais facilitará a avaliação da adequação constitucional de medidas que afectem especialmente os direitos sociais que se configuram como elementos básicos de um sistema de igualdade de oportunidades, não apenas por parte do poder judicial, mas também (e sobretudo) por parte do próprio legislador.*

BIBLIOGRAFÍA

NOTA: Son referidas solamente las obras consultadas directamente y consideradas de utilidad para el trabajo desarrollado. En el caso de colactáneas, la obra es mencionada con el título genérico y nombre de los editores, mereciendo mención específica los capítulos más importantes, por alguna razón particular, que son igualmente registrados, con referencia al nombre del autor y obra en la cual se insieren.

A

AGAMBEN, G. – *State of Exception*, The University of Chicago Press, 2005.

AGUILAR CALAHORRO, A. – “Principios Estructurales y Pluralismo Ordenamental en los Estados Miembros de la Unión Europea”, en *Revista de derecho constitucional europeo*, N. 17, 2012.

- “La dimensión del Estado y de las Administraciones Públicas en España”, en *Revista de derecho constitucional europeo*, N. 20, 2013.

ALBUQUERQUE, M. de – *Da Igualdade – Introdução à Jurisprudência*, Almedina, Coimbra, 1993.

ALEXY, R. – *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, 2010.

ALLMENDINGER, J. y DRIESCH, E. von den - *Social Inequalities in Europe: Facing the Challenge*, Berlin: WZB. Discussion Paper P 2014–005, 2014.

ALONSO GARCIA, E. – “El Principio de Igualdad del Artículo 14 de la Constitución Española”, en *Revista de Administración Pública*, N. 100, 1983.

AMARAL, M. L – “O princípio da igualdade na Constituição Portuguesa”, en *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes*, Coimbra Editora, 2004.

- *A Forma da República, Uma introdução ao estudo do direito constitucional*, Coimbra Editora, 2005.

ANDERSON, E. - “What Is the Point of Equality?”, en *Ethics*, N. 109, 1999.

- “Welfare, Work Requirements, and Dependant-Care”, en *Journal of Applied Philosophy*, Vol. 21, N. 3, 2004.

ANDRONIO, A. - I Livelli Essenziali Delle Prestazioni Sanitarie Nella Sentenza Della Corte Costituzionale 13-27 Marzo 2003, N. 88, en *Federalismi.it*, 2013.

ARAVANTINO LEONIDI, G. – “La sfida di Atene all’Europa dell’austerità: il referendum del 5 luglio 2015”, en *Federalismi.it – Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo*, N. 14/2015.

ARNESON, R. J. – “Equality and Equal Opportunity for Welfare”, en *Philosophical Studies*, vol. 56, N. 1, 1989.

- “Egalitarianism and Responsibility”, en *The Journal of Ethics*, Vol. 3, N. 3, 1999.

- "What Is Wrongful Discrimination?", en *San Diego Law Review* N. 43, 2006.

- "Desert and Equality", en HOLTUG, N y LIPPERT-RASMUSSEN, K. (ed.), *Egalitarianism: New Essays on the Nature and Value of Equality*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

- "Does Social Justice Matter? Brian Barry's Applied Political Philosophy", en *Ethics* N. 117, abril de 2007.

ATKINSON, A. B. – *Inequality – What can be done?*, Harvard University Press, 2015.

AZPITARTE SÁNCHEZ, M. - *El Tribunal Constitucional Ante El Control Del Derecho Comunitario Derivado*, Civitas, 2002.

- “La función de la Constitución en el contexto contemporáneo”, en *Revista de derecho constitucional europeo*, N. 12, 2009.

B

BAER, S. – “The Basic Law at 60 – Equality and Difference: A Proposal for the Guest List to the Birthday Party”, en *German Law Journal*, Vol. 11, N. 1, 2010.

BAKER, J. – *Arguing for Equality*, Verso Books, 1987.

BALAGUER CALLEJÓN, F. (dir.), ORTEGA ÁLVAREZ, L., CÁMARA VILAR, G. Y MONTILLA MARTOS, J. A. – *Reformas Estatutarias y Declaraciones de Derechos*, Instituto Andaluz de Administración Pública, 2008.

BALAGUER CALLEJÓN, F., CÁMARA VILAR, G., LÓPEZ AGUILAR, J. F., BALAGUER CALLEJÓN, M. L. Y MONTILLA MARTOS, J. A. – *Manual de Derecho Constitucional*, Vol. I y II, 5ª Edición, Tecnos, 2010.

BALAGUER CALLEJÓN, F., CÁMARA VILAR, G., BALAGUER CALLEJÓN, M. L. Y MONTILLA MARTOS, J. A. – *Introducción al Derecho Constitucional*, Tecnos, 2011.

BALAGUER CALLEJÓN, F., AZPITARTE SÁNCHEZ, M., GUILLÉN LÓPEZ, E. y SÁNCHEZ BARRILAO, J. F. – *El Impacto de la Crisis Económica en las Instituciones de la UE y los Estados Miembros*, Thomson Reuters Aranzadi, 2015.

BALAGUER CALLEJÓN, F., AZPITARTE SÁNCHEZ, M., GUILLÉN LÓPEZ, E. y SÁNCHEZ BARRILAO, J. F. – *La Dimensión de la Administración Pública en el Contexto de la Globalización*, Thomson Reuters Aranzadi, 2015.

BALAGUER CALLEJÓN, F. – “Niveles y técnicas internacionales e internas de realización de los derechos en Europa. Una perspectiva constitucional”, en *Revista de derecho constitucional europeo*, N. 1, 2004.

- “La construcción del lenguaje jurídico en la Unión Europea”, en *Revista de derecho constitucional europeo*, N. 1, 2004.

- “La configuración normativa de principios y derechos constitucionales en la Constitución europea”, en *Revista de derecho constitucional europeo*, N. 4, 2005.

- “Los tribunales constitucionales en el proceso de integración europea”, en *Revista de derecho constitucional europeo*, N. 7, 2007.

- “La contribución de Peter Häberle a la construcción del Derecho Constitucional Europeo”, en *Revista de derecho constitucional europeo*, N. 13, 2010.

- “«Un jurista universal nacido en Europa». Entrevista a Peter Häberle”, en *Revista de derecho constitucional europeo*, N. 13, 2010.

- “A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia”, en *Direitos Fundamentais e Justiça*, N. 11, 2010.

- “Derecho y Justicia en el ordenamiento constitucional europeo”, en *Revista de derecho constitucional europeo*, N. 16, 2011.
- “El final de una época dorada. Una reflexión sobre la crisis económica y el declive del Derecho constitucional nacional”, en CORREIA, F. ALVES, MACHADO, J y LOUREIRO, J. C. (ed.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Coimbra Editora, 2012.
- “Una interpretación constitucional de la crisis económica”, en *Revista de derecho constitucional europeo*, N. 19, 2013.

BALAGUER CALLEJÓN, M. L. – “Igualdad y Discriminación Sexual en la Jurisprudencia del TC”, *Revista de Derecho Político*, N. 33, 1991.

- Derecho comunitario y Derecho interno en la interdicción de la discriminación por razón de género, en *Revista de derecho constitucional europeo*, N. 1, 2004.
- “La Constitución europea y la igualdad de género”, en *Revista de derecho constitucional europeo*, N. 3, 2005.
- *Igualdad y Constitución Española*, Tecnos, 2010.
- “El sujeto débil en la doctrina de Carlos de Cabo”, en GARCÍA HERRERA, M. A., ASENSI SABATER, J. y BALAGUER CALLEJÓN, F. (coord.), .)– *Constitucionalismo Crítico – Liber amicorum Carlos de Cabo Martín*, Tirant lo Blanch, 2015.

BALBONI, E. – “Il concetto di “livelli essenziali e uniformi” come garanzia in materia di diritti sociali”, en *Le Istituzioni del Federalismo*, 6, 2001.

BALIBAR, E. – *We, the People of Europe*, Princeton University Press, 2004.

- *Equaliberty – Political Essays*, Duke University Press, 2014.

BANTING, K. y KYMLICKA, W. (ed.) – *Multiculturalism and the Welfare State, Recognition and Redistribution in Contemporary Societies*, Oxford University Press, 2006

BAPTISTA, E. CORREIA – “Natureza Jurídica dos memorandos de FMI e a UE”, en *Revista da Ordem dos Advogados*, 71, 2, 2011.

BARAK-EREZ, D. y GROSS, A. M. – *Exploring Social Rights*, Hart Publishing, 2007.

BARNARD, C. - *The Charter, the Court - and the Crisis*, University of Cambridge Faculty of Law Research Paper N. 18/2013, 2013, disponible en <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2306957>.

- BARRY, B. – *Why Social Justice Matters*, Polity Press, 2008.
- *Culture and Equality*, Polity Press, 2009.
- BAUMAN, Z. – *Comunidad*, 3.º edición, Siglo XXI Editores, 2009.
- BESSON, S. – “Gender Discrimination under EU and ECHR Law: *Never Shall the Twain Meet?*”, en *Human Rights Law Review*, Vol. 8:4, 2008.
- BECK, U. – *La Sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Paidós, 2010.
- BELL, M. - – “The right to equality and non-discrimination”, en HERVEY, T. y KENNER, J. (ed.) - *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights: A Legal Perspective*, Hart Publishing, 2003.
- “Equality and the European Constitution”, *Industrial Law Journal*, v. 33, N. 3, 2004.
 - *Racism and Equality in the European Union*, Oxford University Press, 2008.
 - “The Implementation of European Anti-Discrimination Directives: Converging towards a Common Model?”, en *The Political Quarterly*, Vol. 79, N. 1, 2008.
 - “Article 20 – Equality before the law”, en PEERS, S., HERVEY, T.; KENNER, J.; WARD, A. (ed.), *The EU Charter of Fundamental Rights – A Commentary*, C H BECK, HART, NOMOS, 2014.
- BERG, A. y OSTRY, J. - *Inequality and Unsustainable Growth: Two Sides of the Same Coin?*, IMF Staff Discussion Note, SDN 11/08, 2011.
- BESSELINK, L. y REESTMAN, J. - “The Fiscal Compact and the European constitutions: ‘Europe speaking German’”, en *European Constitutional Law Review*, V. 8, N. 1, 2012.
- BETTIO, F. y SANSONETTI, S. (ed.) – *Visions for Gender Equality*, European Commission, Directorate-General for Justice, Luxembourg, Publication Office of the European Union, 2015.
- BILBAO UBILLOS, J. M. y REY MARTÍNEZ, F. – “Veinte años de Jurisprudencia sobre la Igualdad Constitucional”, in *La Constitución y la Práctica del Derecho*, N. 4, 1999.
- “El Principio Constitucional de Igualdad en la Jurisprudencia Española”, en CARBONELL, M. - *El Principio*

Constitucional de Igualdad, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2003.

BLYTH, M- *Austerity – The history of a dangerous idea*, Oxford University Press, 2013.

BOBBIO, N. – *L'Èa dei diritti*, Einaudi, 1997.

- *Liberalismo e democrazia*, Simonelli, 2008.

- *Eguaglianza e libertà*, Einaudi, 2009.

BÖCKENFÖRDE, W. - *Der Allgemeine Gleichheitssatz und die Aufgabe des Richters*, Berlin: Walter de Gruyter, 1957.

BÚRCA, G. de y WITTE, B. de (ed.) – *Social Rights in Europe*, Oxford University Press, 2005.

BURROWS, N. y ROBISON, M. – “An Assessment of the Recast of Community Equality Laws”, en *European Law Journal*, Vol. 13, N. 2, 2007.

C

CÁMARA VILLAR, G. – “Los derechos fundamentales en el proceso histórico de construcción de la Unión Europea y su valor en el Tratado Constitucional”, en *Revista de derecho constitucional europeo*, N. 4, 2005.

- “Las necesidades del consenso en torno al derecho a la educación en España”, en *Revista de Educación*, N. 344, 2007.

- “Perfiles históricos del Derecho Constitucional Europeo”, en *Revista de derecho constitucional europeo*, N. 11, 2009.

- “Crisis económica y constitución. El caso de España”, en GARCÍA HERRERA, M. A., ASENSI SABATER, J. y BALAGUER CALLEJÓN, F. (coord.), .)– *Constitucionalismo Crítico – Liber amicorum Carlos de Cabo Martín*, Tirant lo Blanch, 2015.

CANAS, V. – “Constituição Prima Facie: Igualdade, Proporcionalidade, Confiança (Aplicados ao "Corte" de Pensões)”, *E-pública Revista Eletrónica de Direito Público*, N. 1, 2014.

CANOTILHO, J. J. GOMES - *Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, Coimbra Editora, Coimbra, 1982.

- *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª Edición, Almedina, 2003.

- *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.
- “*Brançosos*” e *Interconstitucionalidade – Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional*, Almedina, Coimbra, 2006.
- “Uma Peregrinação Constitucional pela Rua da Interioridade”, in *Admirar os Outros*, Almedina e Coimbra Editora, 2010.

CANOTILHO, J. J. GOMES, CORREIA, M. O. GONÇALVES y CORREIA, E. P. BARÇA – *Direitos Fundamentais Sociais*, Editora Saraiva, 2010.

CANOTILHO, J. J. GOMES y MOREIRA, V. – *Constituição da República Portuguesa Anotada*, V. I, 4ª Edición, Coimbra Editora, 2007.

- *Constituição da República Portuguesa Anotada*, V. II, 4ª Edición, Coimbra Editora, 2010.

CANOTILHO, M. - *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU - Country Report on Portugal*, Policy Department C: Citizens’ Rights and Constitutional Affairs, European Parliament, European Union, Brussels, 2015.

CANOTILHO, M., VIOLANTE, T. y LANCEIRO, R. – “Austerity measures under judicial scrutiny: the Portuguese constitutional case-law”, en *European Constitutional Law Review*, N. 11, 2015, doi:10.1017/S1574019615000103.

CARBONELL, M. - *El Principio Constitucional de Igualdad*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2003.

- “Los Derechos de Igualdad en el Constitucionalismo Contemporáneo”, en *Direitos Fundamentais e Justiça*, N. 11, 2010.

CARMO, R. M. – (org.) *Desigualdades Sociais 2010 – Estudos e indicadores*, Mundos Sociais, 2010.

- *Desigualdades em Portugal – problemas e propostas*, Edições 70, 2011.

CARMONA CUENCA, E. – “El Principio de Igualdad Material en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista de Estudios Políticos*, N. 84, 1994.

- “El Principio de Igualdad Material en la Constitución Europea”, en CARRILLO, M. y LÓPEZ BOFILL, H.

(Coord.), *La Constitución Europea. Actas del III Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, 2006.

CARTABIA, M. y VETTOR, T. – *Le Ragioni dell'uguaglianza*, Università degli Studi di Milano Bicocca, 2009.

CARTER, I. (ed.) – *L'idea di eguaglianza*, Feltrinelli, 2001.

CERRI, A. - *Eguaglianza giuridica e egualitarismo*, Japadre, 1984.

CHARALAMPOS, E., KAITELIDOU, D., KATSIKAS, D., SISKOU, O., ZAFIROPOULOU, M., - “Impacts of the economic crisis on access to healthcare services in Greece with a focus on the vulnerable groups of the population”, en *Social Cohesion and Development* N. 9 (2), 2014.

CHARALAMPOS, E., KAITELIDOU, D., KENTIKELINIS, A., SISOOURAS, A., MARESSO, A. - *The impact of the financial crisis on the health system and health in Greece*, European Observatory on Health Systems and Policies, World Health Organization, 2014.

CHARILAOS, N. – *The Right to Equality in European Human Rights Law – The quest for substance in the Jurisprudence of the European Courts*, Routledge, 2015.

CHRISTODOULIDIS, E. - “Constitutional Irresolution: Law and the Framing of Civil Society”, in *European Law Journal*, Vol. 9, N. 4, 2003.

CHRISTODOULIDIS, E. y TIERNEY, S. – *Public Law and Politics – The Scope and Limits of Constitutionalism*, Ashgate, 2008.

CINGANO, F. - “Trends en Income Inequality and its Impact on Economic Growth”, OECD Social, Employment and Migration Working Papers, N. 163, OECD Publishing, 2014, en <http://dx.doi.org/10.1787/5jxrjncwxv6j-en>.

CLOSA MONTERO, C. - “Martínez Sala and Baumbast: an institutionalist analysis”, en Poiaras Maduro, M. y Azoulai, L. (eds), *The Past and Future of EU Law - The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Hart Publishing, 2009.

COHEN, G. A. – “On the Currency of Egalitarian Justice”, en *Ethics*, Vol. 99, N. 4, 1989.

- “Incentives, Inequality, and Community”, en *The Tanner Lectures on Human Values*, V. 13, 1992.

- “If You’re an Egalitarian, Howcome You’re so Rich?”, en *The Journal of Ethics* 4, 2000.

- *Rescuing Justice and Equality* – Harvard University Press, 2008.

COHEN, J. – “Democratic Equality”, en *Ethics*, Vol. 99, N. 4, 1989.

COLLIOT-THÉLÈNE, C. – “After Sovereignty : what about subjective Rights ?”, en *Jus Politicum*, N. 1, 2008.

CONTIADES, X. (ed.) - *Constitutions in the Global Financial Crisis. A Comparative Analysis*, Farnham, 2013.

CORNIDES, J - “Three Case Studies on ‘Anti-Discrimination’”, *European Journal of International Law*, Vol. 33, N. 2, 2012.

CORREIA, F. ALVES - *O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*, Almedina, Coimbra, 1997.

COUNCIL OF EUROPE, EUROPEAN SOCIAL CHARTER – *European Committee of Social Rights Conclusions 2014 (PORTUGAL)*, 2015, disponible en http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Conclusions/Prep/Portugal2014_en.pdf.

COUNCIL OF EUROPE, EUROPEAN SOCIAL CHARTER - *European Committee of Social Rights – Conclusions XX-2, Espagne*, 2014, disponible en http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Conclusions/State/SpainXX2_en.pdf.

COUNCIL OF EUROPE, EUROPEAN SOCIAL CHARTER - *European Committee of Social Rights Conclusions XX-2 (GRECE)*, 2014, disponible en <http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Conclusions/State/GreeceXX2en.pdf>.

- *European Committee of Social Rights Conclusions XX-3 (2014) (GREECE)*, 2015, disponible en <http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Conclusions/State/GreeceXX3en.pdf>.

COUTINHO, F. PEREIRA - “A natureza jurídica dos memorandos da “troika”” in *Themis*, año XIII, N. 24/25.

CROON, J. – “Comparative Institutional Analysis, the European Court of Justice and the General Principle of Non-Discrimination—or—

Alternative Tales on Equality Reasoning”, en *European Law Journal*, Vol. 19, N. 2, 2013.

CUENA CASAS, M. – “Reformas de la Ley Concursal e Insolvencia de la Persona Física - La persona física insolvente, de nuevo olvidada”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, N. 11/2014.

CUNHA, P. FERREIRA DA – “A Igualdade e as suas irmãs valorativas”, en *Scientia Iuridica – Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, Tomo LXIII, N. 334, 2014.

D

DABLA-NORRIS, E., KOCHHAR, K., SUPHAPHIPHAT, N., RICKA, F., TSOUNTA, E. - *Causes and Consequences of Income Inequality : A Global Perspective*, IMF Staff Discussion Note, SDN/15/13, 2015, <https://www.imf.org/external/pubs/ft/sdn/2015/sdn1513.pdf>.

D’ALOIA, A. – *Eguaglianza Sostanziale e Diritto Diseguale – contributo allo Studio delle Azioni Positive nella Prospettiva Costituzionale*, CEDAM, 2002.

- “Diritti e stato autonomistico. Il modello dei livelli essenziali delle prestazioni”, en *Le Regioni*, N. 6, 2003.

DANI, M. – “Rehabilitating Social Conflicts in European Public Law”, en *European Law Journal*, Vol. 18, N. 5, 2012.

D’ATENA, A. – “La vinculación entre constitucionalismo y protección de los Derechos Humanos”, en *Revista de derecho constitucional europeo*, N. 1, 2004.

- “Las declinaciones de la subsidiariedad en el derecho constitucional italiano”, en *Revista de derecho político*, N. 79, 2010.

- “La Constitución oculta de Europa (antes y después de Lisboa)”, en *Revista de derecho constitucional europeo*, N. 13, 2010.

DE CABO MARTÍN, C. – “La Constitución del más débil,” en BALAGUER CALLEJÓN, M. L. (ed.) XXV Aniversario de la Constitución española. Propuestas de reformas,. Servicio de publicaciones de la Diputación Provincial de Málaga. Málaga. 2004.

- *Teoría Constitucional de la Solidaridad*, Marcial Pons, 2006.

- “Constitucionalismo del Estado Social y Unión Europea en el Contexto Globalizador”, en *Revista de derecho constitucional europeo*, N. 11, 2009.

- “Propuesta para un Constitucionalismo Crítico”, en *Revista de derecho constitucional europeo*, N. 19, 2013.

- *Pensamiento Crítico, Constitucionalismo Crítico*, Editorial Trotta, 2014.

DEDOUSSOPOULOS, A., ARANITOU, V., KOUTENTAKIS, F., MAROPOULOU, M. - *Assessing the impact of the memoranda on Greek labour market and labour relations*, Governance and Tripartism Department, International Labour Office, International Labour Organization, 2013, disponible en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---dialogue/documents/publication/wcms_232796.pdf.

DEFENSOR DEL PUEBLO – *Gratuidad de los Libros de Texto: programas, ayudas, préstamos y reutilización*, Estúdio, 2013, disponible en <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2013-11-Gratuidad-de-los-libros-de-texto-programas-ayudas-pr%C3%A9stamos-y-reutilizaci%C3%B3n.pdf>.

- *Estudio sobre Crisis Económica e Insolvencia Personal: actuaciones y propuestas del Defensor del Pueblo*, 2013, disponible en https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2013-11-Crisis_economica_e_insolvencia_personal.pdf.

DEWHURST, E. - “Equality in an Economic Crisis – “Re-Writing Age Discrimination Legislation”, en SILVEIRA, A, CANOTILHO, M y MADEIRA FROUFE, P. (ed.) - *Citizenship and Solidarity in the European Union, From the Charter of Fundamental Rights to the Crisis, the State of the Art*, P.I.E. Peter Lang, 2013.

DORLING, D. – *Injustice – why social inequality persists*, The Policy Press, 2010.

- *The no-nonsense guide to Equality*, New Internationalist, 2012.

- *Inequality and the 1%*, Verso Books, 2014.

DREGER, C., LÓPEZ-BAZO, E., RAMOS, R., ROYUELA, V. SURIÑACH, J. – *Wage and Income Inequality in the European Union*, European Parliament's Committee on Employment and Social Affairs, European Union, 2014.

DUARTE, M. L. – *União Europeia e Direitos Fundamentais*, aadfl – Lisboa, 2006.

DWORKIN, R. – “What is Equality? Part 1: Equality of Welfare”, en *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 10, N. 3, 1981.

- “What is Equality? Part 1: Equality of Resources”, en *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 10, N. 4, 1981.

- “Affirmative Action: Is It Fair?”, en *The Journal of Blacks en Higher Education*, N. 28, 2000.

- “Equality, Luck, Hierarchy”, en *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 31, N. 2, 2003.

- *Sovereign Virtue* – Harvard University Press, 2000.

- “Sovereign Virtue Revisited”, en *Ethics*, N. 113, Octobre 2002.

- *Justice For Hedgehogs*, The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

E

EHLERS, D. (ed.) – *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, 2. Auflage, de Gruyter Recht, Berlen, 2005.

ERIKSSON, A. - “European Court of Justice: Broadening the scope of European non Discrimination law”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 7, N. 4, octobre de 2009.

EUROPEAN COMMISSION - *Health inequalities in the EU — Final report of a consortium. Consortium lead: Sir Michael Marmot*, Directorate-General for Health and Consumers, European Commission, 2013, doi:10.2772/34426.

- *Report on equality between women and men 2014*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, European Union, 2015.

EUROPEAN INSTITUTE FOR GENDER EQUALITY - *Gender Equality Index 2015 – Measuring gender equality en the European Union 2005-2012*, European Enstitute for Gender Equality, 2015, <http://eige.europa.eu/sites/default/files/documents/MH0415169ENN.pdf>

EUROPEAN NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN THE FIELD OF GENDER EQUALITY - *EU Gender Equality Law - Update 2013*,

European Commission - Directorate-General for Justice, European Union, 2014.

EU NETWORK OF INDEPENDENT EXPERTS ON FUNDAMENTAL RIGHTS – *Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, 2006, en http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/files/networkcommentaryfinal_en.pdf.

EUROSTAT - *European Social Statistics, 2013 edition*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2013.

- *Sustainable development in the European Union 2013 edition - Key messages*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2013.

- *The EU in the world 2014 - A statistical portrait*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2014.

- *Living conditions in Europe*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2014.

F

FARRELLY, C. (ed.) – *Introduction to Contemporary Political Theory*, Sage Publications, 2004.

FERRAJOLI, L. – *La democrazia attraverso I diritti*, Editori Laterza, 2013.

FERREIRA, E. PAZ (coord.) – *Troika Ano II. Uma avaliação de 66 cidadãos*, Edições 70, 2013.

FIORAVANTI, M. – “Il principio di eguaglianza nella storia del costituzionalismo moderno”, en *Contemporanea*, Año II, N. 4, 1999.

FISCHER-LESCANO, A. – *Human Rights in Times of Austerity Policy*, Nomos, Baden-Baden, 2014.

FRANKFURT, H. – “Equality as a Moral Ideal”, en *Ethics*, V. 98, N. 1, 1987.

FRASER, N. – “Mapping the Feminist Imagination: From Redistribution to Recognition to Representation”, *Constellations*, V. 12, N. 3, 2005.

FRASER, N. y HONNETH, A. – *Redistribution or Recognition?*, Verso Books, 2003.

FREEMAN, S. – *The Cambridge Companion to Rawls*, Cambridge University Press, 2006.

FREDMAN, S. – *Making Equality Effective: The Role of Proactive Measures*, University of Oxford Legal Research Papers Series, Paper N. 53/2010, 2010.

– *Discrimination Law*, Oxford University Press, 2011.

FREIXES SANJUÁN, T y REMOTTI CARBONELL, J. C. – “Los Valores y Principios en la Interpretación Constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 12, N. 35, 1992.

FREIXES SANJUÁN, T. y LLADÓS VILA, J. - *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU - Country Report on Spain*, Policy Department C: Citizens’ Rights and Constitutional Affairs, European Parliament, European Union, Brussels, 2015.

FREIXES SANJUÁN, T. – “La Igualdad y el Futuro de Europa - reflexiones en torno al proceso de constitucionalización”, en *Artículo 14, una perspectiva de género: Boletín de información y análisis jurídico*, N. 16, 2004.

- “Las leyes de igualdad en el marco europeo”, en *Jado: boletín de la Academia Vasca de Derecho = Zuzenbidearen Euskal Akademiaren aldizkaria*, Año 4, N. 3, 2006.

– “No todo vale igual en igualdad”, en *Themis: revista jurídica de igualdad de género*, N. 1, 2007.

- “La Juridificación de los Valores y la Igualdad como Valor en la Unión Europea”, en *Igualdad y democracia: el género como categoría de análisis jurídico: estudios en homenaje a la profesora Julia Sevilla*, Corts Valencianes, 2014.

FUNDACIÓN FOESSA– *Desigualdad y Derechos Sociales*, Caritas, 2013, disponible en <http://www.caritas.es/imagesrepository/CapitulosPublicaciones/4551/Desigualdad%20y%20derechos%20sociales.%20Versi%C3%B3n%20digital.pdf>.

G

GALERA VICTORIA, A. – “Los derechos Sociales en Tiempos de Crisis Económica”, *Papeles el tiempo de los derechos*, N. 19, 2014, disponible en <http://www.tiempodelosderechos.es/docs/wp-19-14.pdf>.

– “Crisis económica, estado social e igualdad de género en la Unión Europea”, en GARCÍA HERRERA, M. A., ASENSI

SABATER, J. y BALAGUER CALLEJÓN, F. (coord.), .)– *Constitucionalismo Crítico – Liber amicorum Carlos de Cabo Martín*, Tirant lo Blanch, 2015.

GAMBINO, S. – “Crisi Economica e Costituzionalismo Contemporaneo. Quale Futuro Europeo per i Diritti Fondamentali e per lo Stato Sociale?”, en *Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea dell’Università Kore di Enna*, www.koreuropa.eu, 2015.

GARCIA, M. G. F. P. D. – *Estudos sobre o Princípio da Igualdade*, Almedina, 2005.

GARCÍA HERRERA, M. A., ASENSI SABATER, J. y BALAGUER CALLEJÓN, F. (coord.)– *Constitucionalismo Crítico – Liber amicorum Carlos de Cabo Martín*, Tirant lo Blanch, 2015.

GARCÍA HERRERA, M. A. – “Estado económico y capitalismo financiarizado: propuestas para un constitucionalismo crítico”, en GARCÍA HERRERA, M. A., ASENSI SABATER, J. y BALAGUER CALLEJÓN, F. (coord.) – *Constitucionalismo Crítico – Liber amicorum Carlos de Cabo Martín*, Tirant lo Blanch, 2015.

GARGARELLA, R. – *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*, Paidós, 2010.

GHERA, F. – *Il Prinzipio di Eguaglianza Nella Costituzione Italiana e nel Diritto Comunitario*, CEDAM, 2003.

GIANFORMAGGIO, L. (ed. por A. Facchi, C. Faralli y T. Pitch) – *Eguaglianza, donne e diritto*, il Mulino, 2005.

GRIMM, D. – “Verfassungskultur. Über die juristische und die symbolische Wirkung der Verfassung”, en CORREIA, F. ALVES, MACHADO, J y LOUREIRO, J. C. (ed.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Coimbra Editora, 2012.

GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. – “Dignidad y Ordenamiento Comunitario”, en *Revista de derecho constitucional europeo*, N. 4, 2005.

GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. y TORRES DEL MORAL, A. – “Principio de Igualdad y Pensiones de Viudedad”, en *Revista de derecho político*, N. 35, 1992.

GONZÁLEZ BEILFUSS, M. – *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

GORDON, M. – “The United Kingdom and the Fiscal Compact: Past and Future”, en *European Constitutional Law Review*, Vol.10, N. 1, 2014.

GUASTINI, R. – “Breve lección sobre la igualdad”, en *Eunomia: Revista en Cultura de la Legalidad*, N. 4, 2013.

GUILLÉN LÓPEZ, E. – “Metodología del Derecho Constitucional Europeo. Un derecho Constitucional para la integración política de Europa. Del pluralismo ideológico.”, en *Revista de derecho constitucional europeo*, N. 12, 2009.

- “La crisis económica y la dirección política: reflexiones sobre los conceptos de necesidad y de elección en la teoría constitucional.”, en *Revista de derecho constitucional europeo*, N. 20, 2013.

- “Constitucionalismo crítico y nuevos movimientos sociales”, en GARCÍA HERRERA, M. A., ASENSI SABATER, J. y BALAGUER CALLEJÓN, F. (coord.) – *Constitucionalismo Crítico – Liber amicorum Carlos de Cabo Martín*, Tirant lo Blanch, 2015.

GUIRAUDON, V. – “Equality in the making: implementing European non-Discrimination law”, en *Citizenship Studies*, Vol. 13, N. 5, 2009.

GUSY, C. – “About « Political Law»”, en *Jus Politicum*, N. 1, 2008.

H

HÄBERLE, P. – *Retos actuales del Estado Constitucional*, Onati, 1996.

- *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, Nomos Verlagsgesellschaft, 1998.

- *Pluralismo y Constitución – Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*, Tecnos, 2002.

- *El Estado Constitucional*, Universidad Autónoma de México, 2003.

- “Europa como comunidad constitucional en desarrollo”, en *Revista de derecho constitucional europeo*, N. 1, 2004.

- “Siete tesis para una teoría constitucional del mercado”, en *Revista de derecho constitucional europeo*, N. 5, 2006.

- “El valor de la autonomía como elemento de la cultura constitucional común europea”, en *Revista de derecho constitucional europeo*, N. 10, 2008.

- “El Estado Constitucional Europeo”, en *Revista de derecho constitucional europeo*, N. 11, 2009.

- “¿Tienen España y Europa una Constitución?”, en *Revista de derecho constitucional europeo*, N. 12, 2009.

- “Métodos y principios de interpretación constitucional. Un catálogo de problemas”, en *Revista de derecho constitucional europeo*, N. 13, 2010.

- “Algunas tesis sobre el presente y el futuro de Europa: una aportación al debate”, en *Revista de derecho constitucional europeo*, N. 18, 2012.

HABERMAS, J. – *Um Ensaio Sobre a Constituição da Europa*, Edições 70, 2012.

- *The Postnational Constellation – Political Essays*, Polity Press, Cambridge, 2001.

- “Remarks on Dieter Grimm’s ‘Does Europe need a Constitution?’”, in *European Law Journal*, Vol. 1, N. 3, 1995.

HANEK, R. B. G. y GALLO, D. – *Constitutional Change Through Euro Crisis Law: "Portugal"*, Law Department Project Funded By The Research Council Of The EUI, 2015, disponible en <http://eurocrisislaw.eui.eu/portugal/>.

HEENZE, E. – *The Logic of Equality – A Formal Analysis of Non-Discrimination Law*, Ashgate Publishing, 2003.

HERVEY, T. y O’KEEFFE, D. (ed.) – *Sex Equality Law in the European Union*, Wiley, 1996.

HERVEY, T. – “Sex Equality en Social Protection: New Institutional Perspectives on Allocation of Competence”, en *European Law Journal*, Vol. 4, N. 2, 1998.

HESPANHA, A. M. - *O Caleidoscópio do Direito – O Direito e a Justiça nos Dias e no Mundo de Hoje*, Almedina, Coimbra, 2007.

HESSE, K. - Der Gleichheitssatz in der neueren deutschen Verfassungsentwicklung, en *Archiv des öffentlichen Rechts*, N. 109, 1984.

- Der allgemeine Gleichheitssatz in der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Rechtssetzungsgleichheit, en BADURA, P. y RUPERT, S. (ed.), *Wege und Verfahren des Verfassungslebens, Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag*, München 1993.

HIERRO, L. L. – *Justicia, igualdad y eficiencia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

HINSCH, W. – *Gerechtfertigte Ungleichheiten – Grundsätze sozialer Gerechtigkeit*, de Gruyter, 2002.

HOLTUNG, N. y LIPPERT-RASMUSSEN, K. (ed.) – *Egalitarianism, New Essays on the Nature and Value of Equality*, Clarendon Press, Oxford, 2007.

HOLZLEITHNER, E. – “Mainstreaming Equality: Dis/Entangling Grounds of Discrimination”, en *Transnational Law & Contemporary Problems*, Vol. 14: XXX, 2005.

HONNETH, A. – *Disrespect. The Normative Foundations of Critical Theory*, Polity Press, 2007.

- *Reification. A New Look at an Old Idea*, Oxford University Press, 2008.

– *Luta pelo reconhecimento, para uma gramática moral dos conflitos sociais*, Edições 70, 2011.

HOWARD, E. – “The European Year of Equal Opportunities for All—2007: Is the EU Moving Away From a Formal Idea of Equality?”, en *European Law Journal*, Vol. 14, N. 2, 2008.

- “EU Equality Law: Three Recent Developments”, en *European Law Journal*, Vol. 17, N. 6, Noviembre 2011.

HUSTER, S. - *Rechte und Ziele : zur dogmatic des allgemeinen Gleichheitssatzes*. Berlin : Duncker & Humblot, 1993.

I

INGRAM, A. - *John Rawls as Philosopher of Equality*, disponible en https://www.academia.edu/232994/John_Rawls_as_Philosopher_of_Equality.

J

JIMÉNEZ CAMPO, J. – “La igualdad jurídica como límite frente al legislador”, en *Revista española de derecho constitucional*, Año 3, N. 9, 1983.

JOERGES, C. - *Europe's Economic Constitution In Crisis and the Emergence of a new Constitutional Constellation*, Zentra Working Papers In Transnational Studies, N. 06 / 2012, Universität Bremen, 2013.

JOUANJAN, O. – *Le Principe D'Égalité Devant la Loi en Droit Allemand*, Económica, 1992.

K

KALTSOUNI, S., KOSMA, A., Milieu Ltd - *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU - Country Report on Greece*, Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, European Parliament, European Union, Brussels, 2015.

KEMPNY, S. y REIMER, P. – *Die Gleichheitssätze*, Mohr Siebeck, 2012.

KENTIKELINIS, A., KARANIKOLOS, M., REEVES, A., Mckee, M., STUCKLER, D. – “Greece's health crisis: from austerity to denialism”, en *The Lancet*, N. 383, 2014.

KILPATRICK, C. – “Community or Communities of Courts in European Integration? Sex Equality Dialogues Between UK Courts and the ECJ”, en *European Law Journal*, Vol. 4, N. 2, 1998.

- *Constitutions, social rights and sovereign debt states in Europe: a challenging new area of constitutional inquiry*, EUI Working Papers LAW 2015/34, disponible en http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/36097/LAW_2015_34.pdf?sequence=1.

KLOEPFER, M. – *Verfassungsrecht Band I*, Verlag C. H. Beck, München, 2011.

KOKOTT, J. – “Gleichheitssatz und Diskriminierungsverbote in der Rechtssprechung des Bundesverfassungsgerichts”, en BADURA, P. y DREIER, H. – *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, V. 2, JCB Mohr (Paul Siebeck), 2001.

KOSKENNIEMI, M. - “Human Rights Mainstreaming as a Strategy for Institutional Power”, *Humanity: An International Journal of Human Rights, Humanitarianism, and Development*, vol. 1, N. 1, 2010.

KOSTAKOPOULOU, D. – “European Union Citizenship: Writing the Future”, en *European Law Journal*, Vol. 13, N. 5, 2007.

KOTZUR, M. y MICHAEL, L. – “La construcción del Derecho constitucional europeo”, en *Revista de derecho constitucional europeo*, N. 12, 2009.

KOTZUR, M. – “Los objetivos de la Unión. Una contribución a la identidad y finalidad constitucional de la Unión”, en *Revista de derecho constitucional europeo*, N. 2, 2004.

- “Los derechos fundamentales en Europa”, en *Revista de derecho constitucional europeo*, N. 12, 2009.

KOUKIADAKI, A. - *Can the austerity measures be Challenged in supranational Courts? The cases of Greece and Portugal*, An analysis for the ETUC, University of Manchester, 2014.

KREBS, A. (ed.) – *Gleichheit oder Gerechtigkeit*, Suhrkamp, 2000.

L

LENAERTS, K. – “European Union citizenship, national welfare systems and social solidarity”, en *Jurisprudencija-Jurisprudence*, N. 18 (2), 2011.

LENZ, C. O. y BORCHARDT, K-D. (ed.) – *EU-Verträge Kommentar nach dem Vertrag von Lissabon*, Bundesanzeiger Verlag, 2010.

LIEBERT, U. – “The European Citizenship Paradox: Renegotiating Equality and Diversity in the New Europe”, en *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, Vol. 10, N. 4, 2007.

LOMBARDO, E. y VERLOO, M. – “Institutionalizing Intersectionality in the European Union?”, en *International Feminist Journal of Politics*, Vol. 11:4, 2009.

LOPEZ AGUILAR, J. F., “De la Constitución ‘Irreformable’ a la Reforma Constitucional ‘Exprés’”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, N. 29, 2012;

LÓPEZ CASTILLO, A. – “Derechos fundamentales y Estatuto de ciudadanía en el Tratado Constitucional de la Unión”, en *Revista de derecho constitucional europeo*, N.4, 2005.

LÓPEZ PENA, A. – “Derecho Europeo y Principio Constitucional de Igualdad. El Tratado de la Unión ante la prueba de las Tradiciones Constitucionales”, en *Revista de derecho constitucional europeo*, N.4, 2005.

LORELLO, L. – “Integración supranacional y derechos fundamentales. El caso de las uniones homosexuales”, en *Revista de derecho constitucional europeo*, N. 18, 2012.

LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS, M. - .“La Igualdad Real y Efectiva desde la Perspectiva del Género en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán y el Tribunal Constitucional Español”, en *Anuário Jurídico y Económico Escorialense*, vol. 40, 2007.

LOUREIRO, J. C. S. – *Adeus ao Estado Social?*, Wolters Kluwer - Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

LUTHER, J. – “Razonabilidad y dignidad humana”, en *Revista de derecho constitucional europeo*, N. 7, 2007.

- “El constitucionalista europeo como observador participante de la democracia europea”, en *Revista de derecho constitucional europeo*, N. 12, 2009.

M

MACHETE, P. y VIOLANTE, T. - *O Princípio da Proporcionalidade e da Razoabilidade na Jurisprudência Constitucional, também em relação com a Jurisprudência dos Tribunais Europeus*, Informe presentado a la XV Conferencia Trilateral de los Tribunales Constitucionales de España, Italia y Portugal, 2013.

MADURO, M. POIARES - *Another Legal Monster? An EUI Debate On The Fiscal Compact Treaty*, Department Of Law, KOCHAROV, A. (ed.), EUI Working Papers, LAW 2012/09, disponible en http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/21496/LAW_2012_09_Kocharov_ed.pdf?sequence=1.

MAESTRO BUELGA, G. – “Globalización Y Constitución Débil”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, N. 7, 2001.

– “Estado de mercado y Constitución económica - algunas reflexiones sobre la crisis constitucional europea”, en *Revista de derecho constitucional europeo*, N. 8, 2007.

– “El Tratado de Lisboa y la Constitución Económica”, en *Revista de derecho constitucional europeo*, N. 9, 2008.

MARTIN, D. – *Égalité et non-Discrimination dans la jurisprudence communautaire*, Bruylant, 2006.

MARTIN CUBAS, J. – “El Concepto de «Igualdad» en una Democracia Avanzada: un Estudio de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 18., N. 53. Mayo-Agosto 1998.

MARTÍN MORALES, R. – *Las Propiedades Paradojicas del Derecho Constitucional*, Civitas - Thomson Reuters, 2013.

MARTÍN VIDA, M. A. – “La reforma del artículo 12 a de la Ley Fundamental de Bonn a raíz de la Sentencia <<Kreil>> del Tribunal de Justicia”, en *Revista de derecho constitucional europeo*, N. 1, 2004.

- “La dimensión social de la ciudadanía europea, con especial referencia a la jurisprudencia comunitaria en materia de libre circulación de los ciudadanos comunitarios y acceso a las prestaciones de asistencia social”, en *Revista de derecho constitucional europeo*, N. 8, 2007.

MARTINEZ TAPIA, R. - *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*, Universidad de Almería, 2000.

MARTINS, A. M. GUERRA – *A Igualdade e a Não Discriminação dos Nacionais de Estados Terceiros Legalmente Residentes na União Europeia*, Almedina, Coimbra, 2010.

MASON, A. (ed.) – *Ideals of Equality*, Blackwell Publishers, 1998.

MASSELOT, A. – “The State of Gender Equality Law en the European Union”, en *European Law Journal*, Vol. 13, N. 2, 2007.

MATSAGANIS, M. – “The welfare state and the crisis: the case of Greece”, en *Journal of European Social Policy* 21, 5, 2011.

MCCRUIDDEN, C. - “Mainstreaming and Human Rights,” en *Human Rights in the Community: Rights as Agents for Change*, Colen Harvey (ed.), Hart, 2005.

- “Equality Legislation and Reflexive Regulation: a Response to the Discrimination Law Review’s Consultative Paper”, en *Industrial Law Journal*, Vol. 36, N. 3, 2007.

McGLYNN, C. – “Ideologies of Motherhood en European Community Sex Equality Law”, en *European Law Journal*, Vol. 6, N. 1, 2000.

MEDINA GUERRERO, M. - “La reforma del artículo 135 CE”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, N. 29, 2012.

MEENAN, H. (ed.) – *Equality Law in an Enlarged European Union*, Cambridge University Press, 2007.

MÉLIN-SOUCRAMANIEN, F. - *Le Principe D'Égalité dans la Jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, Economica – Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1997.

MELLINGHOFF, R. y PALM, U. (ed.) – *Gleichheit im Verfassungsstaat – Symposium aus Anlass des 65. Geburtstages von Paul Kirchhof*, Muller Verlag, 2008.

MENÉNDEZ, A. J. – “Has European law become more human but less social?”, ARENA Working Paper, N. 11, Junio 2009.

MICCÙ, R. – “El mercado en la doctrina de la Constitución como ciencia de la cultura: las aportaciones de Peter Häberle.”, en *Revista de derecho constitucional europeo*, N. 13, 2010.

- Valori comuni e garanzie costituzionali in Europa: il “progetto europeo” dentro e oltre la crisi, en *federalismi.it*, 2014.

MICHAEL, L. y MORLOK, M. – *Grundrechte*, 3. Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2012.

MILANOVIC, B. – *The Haves and the Have-Nots*, Basic Books, 2011.

MILITELLO, M. – *Principio di uguaglianza e di non discriminazione tra Costituzione italiana e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (artt. 3 Cost.; art. 20 e art. 21 Carta di Nizza)*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona” .INT - 77/2010.

MILLER, D. y WALZER, M. (ed.) – *Pluralism, Justice and Equality*, Oxford University Press, 2003.

MILLNS, S. – “Gender Equality, Citizenship, and the EU's Constitutional Future”, en *European Law Journal*, Vol. 13, N. 2, 2007.

MIRANDA, J. - *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, Coimbra Editora, 2012.

MITRAKOS, T. - *Inequality, Poverty And Social Welfare In Greece: Distributional Effects Of Austerity*, Bank of Greece Working Paper N. 174, Bank of Greece, 2014, disponible en <http://www.bankofgreece.gr/BogEkdoseis/Paper2014174.pdf>.

MONTILLA MARTOS, J. A., “El mandato constitucional de promoción de la igualdad real y efectiva en la jurisprudencia constitucional: Su integración con el principio de igualdad”, en *Estudios de derecho público en homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, Tecnos, 1997.

MOREIRA, T. A. COELHO - *Igualdade e Não Discriminação*, Almedina, 2013.

MORRONE, A. – “Crisi economica e diritti. Appunti per lo stato costituzionale in Europa”, en *Quaderni costituzionali*, Año XXXIV, N. 1, 2014.

- “Ragionevolezza a rovescio: l’ingiustizia della sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale”, en *Federalismi.it*, N. 10, 2015.

MUIR, E. – “Fundamental Rights: An Unsettling EU Competence”, en *Human Rights Review*, 15, 2014.

MUIŽNIEKS, N. – *Report Following visit to Portugal from 7 to 9 May 2012*, CommDH(2012)22, Council of Europe, 2012, <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=2134231&SecMode=1&DocId=1919090&Usage=2>.

- *Report Following visit to Spain from 3 to 7 June 2013*, CommDH(2013)18, Council of Europe, 2013, <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=2389885&SecMode=1&DocId=2077824&Usage=2>

N

NAGEL, T. – *Equality and Partiality*, Oxford University Press, 1991.

- “The problem of global justice”, en *Philosophy & public affairs*, V. 33, N. 2, 2005.

NAVARRO, V. – *El subdesarrollo social de España – Causas y Consecuencias*, Público, 2009.

NIKOLAIDIS, C. - *The Right to Equality in European Human Rights Law*, Routledge, 2015.

NOLAN, B. y otros (ed.) - *Changing Inequalities and Societal Impacts in Rich Countries: Thirty Countries' Experiences*, Oxford University Press, 2014.

NOLL, A. – *Sachlichkeit statt Gleichheit? Eine rechtspolitische Studie über Gesetz und Gleichheit vor dem oesterreichischen Verfassungsgerichtshof*, Springer, 1996.

NOVAIS, J. REIS - *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra Editora, 2004.

- *Direitos Fundamentais – Trunfos Contra a Maioria*, Coimbra Editora, 2006.
- “O Direito Fundamental à Pensão de Reforma em Situação de Emergência Financeira”, en *E-pública – Revista Eletrónica de Direito Público*, N. 1, 2014.
- *Em Defesa do Tribunal Constitucional*, Almedina, 2014.

NOZICK, R. – *Anarchy, State and Utopia*, Blackwell Publishing, 2009.

NUSSABAUM, M. – “Capabilities as fundamental entitlements: Sen and social justice” en *Feminist economics*, V. 9, N. 2-3, 2003.

– *Frontiers of Justice – Disability, Nationality, Species membership*, Harvard University Press, 2007.

NUSSABAUM, M. y SEN, A. – *The Quality of Life*, Oxford University Press, 1993.

O

OCDE - *Divided We Stand: Why Inequality Keeps Rising*, OCDE, 2011, en <http://www.oecd.org/els/soc/dividedwestandwhyinequalitykeepsrising.htm>

- *Health at a Glance 2013: OECD Indicators*, OECD Publishing, 2013, disponible en <http://www.oecd.org/els/health-systems/Health-at-a-Glance-2013.pdf>.

- *Education at a Glance 2014*, OECD Indicators, OECD Publishing, 2014, <http://dx.doi.org/10.1787/eag-2014-en>.

- *How does SPAIN compare? September 2014*, OECD Employment Outlook, 2014, disponible en <http://www.oecd.org/spain/EMO-ESP-EN.pdf>.

- *How is life in Greece*, OECD Better Life Initiative, 2014, disponible en <http://www.oecd.org/statistics/BLI%202014%20Greece%20country%20report.pdf>.

- *Rising inequality: youth and poor fall further behind - Insights from the OECD Income Distribution Database*, Directorate for Employment, Labour and Social Affairs, OCDE, Junio 2014, en <http://www.oecd.org/social/OECD2014-Income-Inequality-Update.pdf>.

- *Focus on Inequality and Growth*, Directorate for Employment, Labour and Social Affairs, OCDE, Diciembre 2014, en <http://www.oecd.org/els/soc/Focus-Inequality-and-Growth-2014.pdf>.

- *In It Together: Why Less Inequality Benefits All*, OCDE, 2015, en <http://www.oecd.org/els/in-it-together-why-less-inequality-benefits-all-9789264235120-en.htm>.

OLSON, K. (ed.) – *Adding Insult to Injury. Nancy Fraser Debates Her Critics*, Verso Books, 2008.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT) - *Studies on Growth with equity – Spain Growth with Jobs*, International Labour Organization 2014.

OSTROM, E. - *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action (Political Economy of Institutions and Decisions)*, Cambridge University Press, 1990.

OTSUKA, M. – “Luck, Ensurance, and Equality”, en *Ethics*, N ° 113, octubre de 2002.

- *Libertarianism without inequality*, Oxford University Press, 2003.

P

PACE, A. – “Eguaglianza e Libertà”, en *Política del Diritto*, Año XXXII, N. 2, 2001.

PALLANTE, F. – “I Diritti Sociali tra Federalismo e Principio di Eguaglianza Sostanziale”, en *Diritto Pubblico*, 1/2011.

PARFIT, D., “Equality and Priority”, en *Ratio*, Vol. X, N. 3, 1997.

PARIJS, P. Van - “Why Surfers Should be Fed: The Liberal Case for an Unconditional Basic Income”, in *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 20, N. 2, 1991.

PARSONS, T. – *The Social System*, Routledge & Kegan Paul, London, 1951.

PEERS, S. - *The EU Charter of rights and the right to equality*, ERA Forum 11, 2011.

PEREIRA, R. A. – “Igualdade e proporcionalidade: um comentário às decisões do Tribunal Constitucional de Portugal sobre cortes salariais no sector público”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N. 98, 2013.

PÉREZ LUÑO, A. E. – *Dimensiones de la Igualdad*, 2ª Edición, Dykinson, 2007.

PHILLIPS, A. – *Democracy and Difference*, Polity Press, 1993.

- *Which Equalities Matter?*, Polity Press, 1999.

- *Multiculturalism Without Culture*, Princeton University Press, 2007.

PIKETTY, T. – *Capital in the Twenty-First Century*, Belknap Press, 2014.

PIKETTY, T. y SAEZ, E. – “The Evolution of Top Incomes: A Historical and International Perspective”, *AEA Papers and Proceedings*, Mayo 2006, <http://eml.berkeley.edu/~saez/piketty-saezAEAPP06.pdf>.

PINGEL, I. (dir.) - *De Rome à Lisbonne – Commentaire Article par Article des Traités UE et CE*, Helbing Lichtenhahn – Dalloz – Bruylant, 2000.

PIZZORUSSO, A. – *Que cos'è l'eguaglianza*, Editori Riuniti, 1983.

POJMAN, L. y WESTMORELAND, R. (ed.) – *Equality – Selected Readings*, Oxford University Press, 1997.

POLICE, A. – “Federalismo 'asimmetrico' e dequotazione dell'eguaglianza: le fragili fondamenta della cittadinanza amministrativa”, en *Il diritto dell'economia*, N. 3 / 4, 2002.

POMFRET, R. – *The Age of Equality*, The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

PORTO, M. C. LOPES y ANASTÁCIO, G. (ed.) – *Tratado de Lisboa Anotado e Comentado*, Almedina, 2012.

PRIOLLAUD, F-X. y SIRITZKY, D. – *Le Traité de Lisbonne – Texte et Commentaire Article par Article des Nouveaux Traités Européens (TUE-TFUE)*, La documentation Française, 2008.

PUTNAM, R. – *Our Kids, The American Dream in Crisis*, Simon and Schuster, 2015.

R

RADEMACHER, S. – *Diskriminierungsverbot und “Gleichstellungsauftrag”*, Peter Lang GmbH, Frankfurt am Main, 2004.

RAWLS, J.– *A Theory of Justice*, revised edition, Harvard University Press, 1999.

- *Collected Papers* (FREEMAN, S., ed.), Harvard University Press, 1999.

- “Justicia como equidad”, en *Revista española de control externo*, V. 5, N. 13, 2003.

RAZ, J. – “On the Value of Distributional Equality”, en *University of Oxford Legal Research Paper Series*, N. 41/2008, 2008.

REESTMAN, J-H. - The Fiscal Compact: Europe's Not Always Able to Speak German: On the Dutch Implementing Act and the Hazardous Interpretation of the Implementation Duty in Article 3(2) Fiscal Compact, en *European Constitutional Law Review*, 9, doi:10.1017/S1574019612001253.

REICH, R. B. – *Afterschock – The Next Economy and America's Future*, Vintage Books, 2013.

RIBEIRO, G. ALMEIDA y COUTINHO, L. PEREIRA - *O Tribunal Constitucional e a Crise - Ensaios Críticos*, Almedina, 2014.

RIDAURA MARTÍNEZ, M. J. – “La Reforma Del Artículo 135 De La Constitución Española: ¿Pueden Los Mercados Quebrar El Consenso Constitucional?”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, N. 29, 2012.

RODOTÀ, S. – *Il diritto di avere diritti*, Editori Laterza, 2012.

- *Solidarietà, Un'utopia necessaria*, Editori Laterza, 2014.

ROSANVALLON, P. – *The Society of Equals*, Harvard University Press, 2013.

RUBIO LLORENTE, F. –“ La Igualdad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional – Introducción”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 11, N. 31, 1991.

RUGGERI, A. – “Livelli essenziali” delle prestazioni relative ai diritti e ridefinizione delle sfere di competenza di Stato e Regioni in situazioni di emergenza economica (a prima lettura di Corte cost. n. 10 del 2010)”, en <http://www.forumcostituzionale.it/>, 2010.

RUIZ MIGUEL, A. – “La Igualdad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Doxa*, N. 19, 1996.

- “Sobre el Concepto de Igualdad”, en CARBONELL, M. - *El Principio Constitucional de Igualdad*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2003.

S

SACKSOFSKY, U. – *Das Grundrecht auf Gleichberechtigung*, Nomos, 1996.

SÁNCHEZ BARRILAO, J. F. – “Derecho europeo y globalización: mitos y retos en la construcción del Derecho Constitucional Europeo”, en *Revista de derecho constitucional europeo*, N. 12, 2009.

- “Globalización y crisis económica: sombras en la integración europea”, en *Videtur Quod: anuario del pensamiento crítico*, N. 2, 2010.

- “La crisis de la deuda soberana y la reforma del artículo 135 de la Constitución Española”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N. 137, 2013.

SCHIEK, D. – “Sex Equality Law After Kalanke and Marschall”, en *European Law Journal*, Vol. 4, N. 2, 1998.

- “The ECJ Decision in Mangold : A Further Twist on Effects of Directives and Constitutional Relevance of Community Equality Legislation”, *Industrial Law Journal*, Vol. 35, N. 3, 2006.

- “Age Discrimination before the ECJ - conceptual and Theoretical issues”. *Common Market Law Review*, 48, 2011.

- “The EU’s socio-economic model(s) and the crisi(e)s – any perspectives?”, en SCHIEK, D. (ed.), *The EU Economic and Social Model in the Global Crisis*, Farnham: Ashgate 2013.

- “Article 23: Equality between Women and Men”, en PEERS, S., HERVEY, T.; KENNER, J.; WARD, A. (ed.), *The EU Charter of Fundamental Rights – A Commentary*, C H Beck, Hart, Nomos, 2014.

SCHIEK, D. y CHEGE, V. (ed.) – *European Union Non-Discrimination Law*, Cavendish Publishing, 2009.

SCHILLACI, A. – “Los derechos fundamentales en la interacción constitucional europea”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, N. 17, 2012.

- “Crisis económica, participación y reformas de las Administraciones Públicas”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, N. 22, 2014.

- “La prudenza non è mai troppa? La Corte di giustizia e il divieto di donazione di sangue per gli omosessuali”, en *SIDIBlog*, 2015, <http://www.sidisil.org/sidiblog/?p=1487>.

SCHMIDT, M. - “The Mangold Case before the European Court of Justice”, *German Law Journal*, Vol. 7, N. 5, 2006.

SEN, A. – “Equality of What?”, en *The Tanner Lecture on Human Values*, Vol. I, Cambridge, Cambridge University Press, 1980.

- *Inequality Reexamined*, Oxford University Press, 1992.

- *The Idea of Justice*, Allen Lane, 2009.

SHAFIR, G. (ed.) – *The Citizenship Debates – A Reader*, University of Minnesota Press, 1998.

SHAW, J. - *Mainstreaming Equality En European Union Law And Policymaking*, European Network Against Racism, 2004.

SILVA, V. PEREIRA da y BALAGUER CALLEJÓN, F. - *O Constitucionalismo Do Séc. XXI na Sua Dimensão Estadual, Supranacional E Global*, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2015.

SILVA, V. PEREIRA da – “Una reflexión desde Granada sobre la Constitución Europea”, en *Revista de derecho constitucional europeo*, N. 22, 2014.

SILVEIRA, A. y CANOTILHO, M. (coord.) – *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*, Almedina, 2013.

SILVEIRA, A, CANOTILHO, M. y MADEIRA FROUFE, P. (ed.) - *Citizenship and Solidarity in the European Union, From the Charter of Fundamental Rights to the Crisis, the State of the Art*, P.I.E. Peter Lang, 2013.

SOMEK, A. – “A Constitution for AntiDiscrimination: Exploring the Vanguard Moment of Community Law”, en *European Law Journal*, Vol. 5, N. 3, 1999.

- “Equality and Constitutional Indeterminacy: An Interpretative Perspective on the European Economic Constitution”, en *European Law Journal*, Vol. 7, N. 2, 2001.

– *Solidarity Decomposed - Being and time in European citizenship*,
University of Iowa Legal Studies Research Paper, N. 07-13,
2007

– *Ingeneering Equality*, Oxford University Press, 2011.

SORRENTINO, F. – *Dell'Eguaglianza*, Mucchi Editore, 2015.

SQUIRES, J. – “Intersecting Inequalities: Reflecting on the Subjects and Objects of Equality”, en *The Political Quarterly*, Vol. 79, N. 1, 2008.

STIGLITZ, J. – *The Price of Inequality*, W. W. Norton & Company, 2013.

- *The Great Divide – Unequal Societies and What We Can Do*, WW Norton & Company, 2015.

STIGLITZ, J., SEN, A. Y FITOUSSI, J. P. - *Report by the Commission on the Measurement of Economic Performance and Social Progress*, 2009, http://www.stiglitz-sen-fitoussi.fr/documents/rapport_anglais.pdf.

- *The Measurement of Economic Performance and Social Progress Revisited - Reflections and Overview*, 2009, <http://www.stiglitz-sen-fitoussi.fr/documents/overview-eng.pdf>.

STRECK, L. L. – “Decisão Jurídica, Integridade, Norma de Decisão e Concretização da Constituição em Tempos Pós-Positivistas”, en CORREIA, F. ALVES, MACHADO, J y LOUREIRO, J. C. (ed.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Coimbra Editora, 2012.

STRUMIA, F. – “Remedying the Inequalities of Economic Citizenship in Europe: Cohesion Policy and the Negative Right to Move”, en *European Law Journal*, Vol. 17, N. 6, 2011.

SYPNOWICH, C. (ed.) – *The Egalitarian Conscience – essays in honour of G. A. Cohen*, Oxford University Press, 2006.

T

TAMAMOVIC, A. (Millieu Ltd) - *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU - Comparative analysis*, Policy Department C: Citizens’ Rights and Constitutional Affairs European Parliament, European Union, 2015.

TEMKEN, L. S. – *Inequality*, Oxford University Press, 1993.

TEUBNER, G. – *Constitutional Fragments – Societal Constitutionalism and Globalization*, Oxford University Press. 2012.

TOCQUEVILLE, A. de – *Democracy in America*, University of Chicago Press, 2012.

TRYBUS, M. – “Sisters in Arms: European Community Law and Sex Equality en the Armed Forces”, en *European Law Journal*, Vol. 9, N. 5, 2003.

TULLY, J. – *Public Philosophy in a New Key*, Vol. I - *Democracy and Civic Freedom*, Cambridge University Press, 2008.

- *Public Philosophy in a New Key*, Vol. II – *Imperialism and Civic Freedom*, Cambridge University Press, 2008.

U

UCCELLARI, P. – “Multiple Discrimination: How Law can Reflect Reality”, en *The Equal Rights Review*, Vol. 1, 2008.

UNICEF - *As Crianças e a Crise em Portugal - Vozes de Crianças, Políticas Públicas e Indicadores Sociais*, 2013.

UNITED NATIONS CAPITAL DEVELOPMENT FUND – *Inclusive Future - Inequality, Inclusive Growth and the Post-2015 Framework*, UN Capital Development Fund, 2013,
<http://www.uncdf.org/sites/default/files/Download/inequality.pdf>.

UNITED NATIONS DEVELOPMENT GROUP – *A Million Voices: The World We Want – A Sustainable Future With Dignity For All*, United Nations Development Group 2013,
<https://www.worldwewant2015.org/bitcache/cb02253d47a0f7d4318f41a4d11c330229991089?vid=422422&disposition=inline&op=view>.

- *Delivering The Post-2015 Development Agenda, Opportunities at the National and Local Levels*, United Nations Development Group 2014,
<http://www.undp.org/content/dam/undp/library/MDG/Post2015/UNDP-MDG-Delivering-Post-2015-Report-2014.pdf>.

UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME - *Humanity Divided: Confronting Inequality in Developing Countries*, United Nations Development Programme - Bureau for Development Policy, 2013,
http://www.undp.org/content/dam/undp/library/Poverty%20Reduction/Inclusive%20development/Humanity%20Divided/HumanityDivided_Full-Report.pdf.

UNITED NATIONS - *Inequality Matters - Report of the World Social Situation 2013*, Department of Economic and Social Affairs, United Nations, 2013,
<http://www.un.org/esa/socdev/documents/reports/InequalityMatters.pdf>.

UNITED NATIONS OFFICER OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS - *Report of the Independent Expert on the effects of foreign debt and other related international financial obligations of States on the full enjoyment of all human rights, particularly economic, social and cultural rights, on his mission to Greece*, A/HRC/25/50/Add.1, 2014, disponible en http://cadtm.org/IMG/pdf/A_HRC_25_50_Add1_AEV.pdf.

URBANO, M. B. - “Estado de crise económico-financeira e o papel do Tribunal Constitucional”, en GONÇALVES, P., GOMES, C. AMADO, MELO, H. E CALVÃO, F. (ed.) - *A Crise e o Direito Público - VI Encontro de Professores portugueses de Direito Público*, ICJP, 2013.

V

VALE, L. A. M. MENESES DO - *Racionamento e racionalização no acesso à saúde. Contributo para uma perspectiva jurídico-constitucional*, 2007, disponible en https://www.academia.edu/4456236/Racionamento_e_racionaliza%C3%A7%C3%A3o_no_acesso_%C3%A0_sa%C3%BAde_Contributo_para_uma_perspectiva_jur%C3%ADdico-constitucional_3_volumes_polic_Coimbra_2007.

- "As taxas moderadoras e o financiamento do sistema nacional de saúde: elementos para uma perspectiva constitucional", in CABRAL, N. COSTA; MARTINS, G. D'OLIVEIRA y AMADOR, O. (Orgs.), *Reforma do Sector da Saúde: Uma Realidade Iminente?*, Almedina, 2010.

VENTURA, F. VAZ y MARIANO, J. CURA – *Justiça constitucional e integração social*, Informe al 3.º Congreso de la Conferencia Mundial sobre Justicia Constitucional, 2014, en http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/content/files/relatorios/relatorio_007_20141001_korea-pt.pdf.

VERLOO, M. – “Multiple Inequalities, Entersectionality and the European Union”, en *European Journal of Women’s Studies*, Vol. 13 (3), 2006.

VESPAZIANI, A. – “La Igualdad en Europa”, en *Revista de derecho constitucional europeo*, N.4, 2005.

VILLACORTA MANCEBO, L. – “Principio de Igualdad y Legislador: Arbitrariedad y Proporcionalidad Como Límites (Probablemente Insuficientes)”, en *Revista de Estudios Políticos*, N. 130, 2005.

– *Principio de Igualdad y Estado Social. Apuntes para una relación sistemática*, Parlamento de Cantabria, 2006.

- “El Derecho de Igualdad y el Reconocimiento de la Obligación a la Dogmática”, en *Revista de Derecho Político*, N. 67, 2006.

VITORINO, A. - “The 'TSCG': much ado about nothing?”, en *Tribune : Notre Europe's viewpoint*, Notre Europe, 2012, disponible en https://infoeuropa.euroid.pt/opac/?func=full-set-set&set_number=096680&set_entry=000009&format=999.

VOLKMANN, U. – *Staatsrecht II Grundrechte*, 2. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2011.

W

WADDINGTON, L. y LAWSON, A. - *Disability and non-Discrimination law in the European Union - An analysis of disability Discrimination law within and beyond the employment field*, European Network of Legal Experts in the non-Discrimination field, European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, 2009.

WALBY, S. – “The European Union and Gender Equality: Emergent Varieties of Gender Regime”, en *Social Politics*, Vol. 11, N. 1, 2004.

WALKER, N., - “The Idea of Constitutional Pluralism”, *EUI Working Paper LAW* 2002/1, 2002.

WALZER, M. – *Spheres of Justice, A Defence of Pluralism and Equality*, Basic Books, 1983.

- *Politics and Passion – Towards a more Egalitarian Liberalism*, Yale University Press, 2004.

WHITE, S. – *Equality*, Polity Press, 2007.

WILKINSON, M. - “Postnationalism, (Dis)organised civil society and Democracy in the European Union: Is Constitutionalism Part of the Solution or Part of the Problem?”, in *German Law Journal*, N. 9, 2002.

WILKINSON, R. y PICKETT, K. – *The Spirit Level – Why Equality Is Better For Everyone*, Penguin Books, 2010.

WITTE, B. de - From a “Common Principle of Equality” to “European AntiDiscrimination Law”, en *American Behavioral Scientist*, 52(12), 2010.

WOBBE, T. – “From Protecting to Promoting: Evolving EU Sex Equality Norms in an Organisational Field”, en *European Law Journal*, Vol. 9, N. 1, 2003.

WOLFF, J. – “Fairness, Respect, and the Egalitarian Ethos”, en *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 27, N. 2, 2006.

Z

ZIPPELIUS, R., MÜLLER, G., MUSSGNUG, R., HUFEN, F., Y HILL, H. - Der *Gleichheitssatz: Gesetzgestaltung und Gesetzesanwendung im Leistungsrecht - Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Tübingen vom 5. bis 8. Oktober 1988*, de Gruyter, 1989.

ZOCO ZABALA, C. – *Igualdad en la Aplicación de las Normas y Motivación de Sentencias (Artículos 14 y 24.1 CE)*, J.M. Bosch Editor, 2003.

ÍNDICE

Introducción	13
Introdução.....	31
 Primera Parte - Marco Teórico: discursos sobre la (des)igualdad	
1. La igualdad en las Teorías de la Justicia.	47
1.1 - J. Rawls, el punto de partida.....	49
1.2 - R. Dworkin y la igualdad de recursos	54
1.3 - G. Cohen, en defensa de la igualdad.....	60
1.4 - Igualdad y capacidades en la obra de A. Sen.....	64
1.5 - M. Walzer y la igualdad compleja	68
1.6 - Reconocimiento y redistribución, la teoría bidimensional de la justicia de Nancy Fraser.....	72
2. La igualdad como problema económico, político y social.....	79
2.1 - Desigualdad e indicadores de bienestar social: un círculo vicioso de causas y consecuencias.....	82
2.2 — J. Stiglitz: el precio económico, social y político de la desigualdad	88
2.3 - T. Piketty: desigualdad y <i>El capital en el Siglo XXI</i>	96
2.4 — La desigualdad como problema económico y social desde una perspectiva colectiva: contribuciones de organizaciones e instituciones internacionales.	107
2.4.1 — La Comisión para la Medida del Desempeño Económico y Progreso Social	108
2.4.2 — La desigualdad como preocupación europea.....	111
2.4.3 — El análisis de la OCDE	114
2.4.4 — El análisis de FMI	117
2.4.5 — Las cuestiones de igualdad en la óptica de las Naciones Unidas	119
3. La Igualdad en la Constitución: principio constitucional y derecho fundamental	125
3.1 — Dimensiones de la igualdad constitucional.....	127

3.1.1 — La igualdad ante la ley.....	128
3.1.2 — La igualdad sustancial.....	129
3.1.3 — La igualdad como derecho subjetivo.....	131
3.1.4 — La prohibición de discriminación.....	134
3.2 — Criterios de interpretación del principio de igualdad	136
3.2.1 — La igualdad como prohibición de la arbitrariedad	136
3.2.2 — La igualdad proporcional como reconfiguración del criterio del arbitrio	139
3.2.3 — Estado actual de la densificación del principio de igualdad (perspectivas y problemas).....	141
3.3 — El principio de igualdad en las Constituciones de los países Europeos	144
3.3.1 — La igualdad en la Ley Fundamental Alemana	145
3.3.2 — La igualdad en la Constitución Italiana de 1947.....	149
3.3.3 — La igualdad en la Constitución Española de 1978	154
3.3.4 — La igualdad en la Constitución Portuguesa de 1976.....	163

Segunda Parte - El Principio de Igualdad en el Derecho Constitucional de la Unión Europea

1. Evolución histórica: del proyecto económico a la ciudadanía social	181
1.1 – De la Igualdad como riesgo económico a la Igualdad como derecho humano fundamental.....	181
1.2 – Los derechos de Igualdad en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión.....	185
1.3 – Igualdad y no discriminación en el Derecho Constitucional de la Unión Europea: marco actual.....	198
2. Dimensiones específicas de igualdad y su desarrollo legislativo y jurisprudencial en el marco del derecho de la Unión Europea.....	203
2.1 – Igualdad entre hombres y mujeres	204
2.1.1 – Marco legislativo general.....	204
2.1.2 – Evolución Jurisprudencial.....	208
2.2 - No discriminación por razón de la raza y origen étnico.....	216
2.2.1 – La “Directiva de la Raza”.....	216
2.2.2 – Jurisprudencia	217

2.3 - No discriminación por razón de la edad.....	219
2.3.1 - Marco general	219
2.3.2 – Evolución Jurisprudencial.....	222
2.4 – No discriminación por razón de la orientación sexual	232
2.4.1 – Marco legislativo general.....	232
2.4.2 – Evolución Jurisprudencial.....	234
2.5 – No discriminación por razón de discapacidad	245
2.5.1 – Marco general.....	245
2.5.2 – Evolución Jurisprudencial.....	247
2.6 - No discriminación por razón de la nacionalidad	254
2.6.1 – Marco legislativo general	254
2.6.2 – Evolución Jurisprudencial.....	258
3. - Conceptos fundamentales y densificación del principio de igualdad y no discriminación en el derecho de la Unión Europea	269
3.1 – Discriminación directa e indirecta	269
3.2. Justificación de trato discriminatorio.....	272
3.3 – Acoso	274
3.4 - <i>Maistreaming</i>	275
a) – El principio de igualdad comprende una idea de inclusión social y participación, así como de autonomía personal.....	281
b) – El principio de igualdad obliga a la remoción de los obstáculos físicos, jurídicos y socio-económicos para asegurar una participación libre e igual en la vida de la comunidad.....	285

Tercera Parte - El Principio de igualdad en el Derecho Constitucional Europeo: contribución a una reflexión en tiempos de crisis.

1. Crisis económica y Derecho Constitucional.....	293
1.1 – El derecho constitucional del Estado Social	293
1.2 – La disolución del <i>espíritu de 1945</i>	296
1.3 – De la crisis política a la crisis económica y social.....	302
1.4 – La reacción a la crisis en el marco de la Unión Europea	307
1.5 – Respuestas a la crisis y fuga del derecho constitucional.....	310

1.6 – ¿De la crisis de la democracia constitucional a la recuperación de la normatividad?	320
2. Igualdad y derechos fundamentales: episodios de una crisis interminable.....	335
2.1 – Igualdad, derechos fundamentales y crisis económica.....	335
2.1.1 – Austeridad y derecho a la educación	338
2.1.2 – Austeridad y derecho a la salud	351
2.1.3 - Austeridad, derechos, trabajo	366
2.1.4 – Austeridad y derechos de seguridad social	382
2.2 – Medios de tutela y garantía de derechos y de la igualdad	396
2.2.1 – Tutela a nivel nacional	399
2.2.2 – Tutela a nivel supranacional.....	413
3. De regreso a la igualdad: lecciones del Derecho Constitucional Europeo	429
3.1 – La voz de las minorías: un importante mecanismo de defensa de la igualdad.....	436
3.2 – El principio de igualdad prohíbe trato distinto para situaciones semejantes	441
3.3 – El principio de igualdad impone trato diferente para lo diferente, en la justa medida de la diferencia	447
3.4 – El principio de igualdad tiene como pilares los derechos fundamentales, esenciales en la realización de una concepción amplia de justicia	453
Conclusiones	457
Conclusões	475
BIBLIOGRAFÍA.....	490