

Principio de igualdad y derecho a la no discriminación

Francisco J. Eguiguren Praeli

Abogado. Profesor de derecho constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro del Comité Consultivo de *Ius et Veritas*.

Es posible que la amplia aceptación y el notorio predominio del que (afortunadamente) disfrutan en la actualidad las nociones de democracia y estado de derecho, como principios medulares para la organización política y jurídica de la sociedad, hayan ocasionado simultáneamente -claro está, sin proponérselo - una relativa merma en el interés por abordar, desde el ámbito constitucional, el tema de la igualdad. Y es que dentro de un estado democrático de derecho se tiende a asumir el “asunto de la igualdad” como un componente natural y “pacífico” del sistema, carente por tanto de mayor controversia o de áreas sustancialmente problemáticas.

Cierto es que gracias a los cambios y avances producidos a nivel de la realidad política y social contemporánea, reflejados en convenios internacionales y reformas constitucionales, las formas más evidentes o groseras de afectación al principio de igualdad y al derecho a no ser discriminado han sido superadas, cuando menos en el terreno de las normas jurídicas.

Pero las cosas no son tan sencillas en la experiencia cotidiana, donde podemos asistir a prácticas más sutiles o camufladas de discriminación, ya sea -por ejemplo- a través del establecimiento de regulaciones o requisitos aparentemente “neutrales” o de casos de conflictos de derechos, donde debe decidirse si debe prevalecer el principio genérico de igualdad y no discriminación o si éste (en determinadas circunstancias) debe ceder frente a otros derechos -igualmente apreciables- como la libertad de contratación o de asociación.

En el presente trabajo pretendemos revisar y sintetizar algunos conceptos básicos acerca de los alcances del principio de igualdad y el derecho a la no discriminación, para pasar luego a analizar el tratamiento que reciben en la Constitución Peruana de 1993, sus posibilidades de interpretación y aplicación; terminando con una reflexión en torno a algunos casos o problemas concretos.

1. ALGUNAS PRECISIONES CONCEPTUALES.

Al abordar el tema de la **igualdad** desde una perspectiva constitucional, conviene empezar señalando que la conceptuamos en una doble dimensión: de un lado, como un **principio** rector de todo el ordenamiento jurídico del estado democrático de derecho, siendo un valor fundamental y una regla básica que éste debe garantizar y preservar. Y, de otro lado, como un **derecho constitucional subjetivo**, individualmente exigible, que confiere a toda persona el derecho de ser tratado con igualdad ante la ley y de no ser objeto de forma alguna de discriminación.

Lo anterior conlleva que si bien lo corriente es encontrar en los textos constitucionales un artículo expreso que consagra -de manera específica- el derecho de igualdad ante la ley y la prohibición de toda forma de discriminación, el principio de igualdad supone también un valor esencial y una regla que debe ser observada en el desarrollo legislativo y en la aplicación del conjunto de los derechos fundamentales que la Constitución recoge.

De allí que coincidamos con García Morillo cuando

califica al principio de igualdad como el prototipo de un **derecho relacional**. Así sostiene que:

“Es difícil, en efecto, concebir el derecho a la igualdad como un derecho autónomo, como es difícil pensar en una violación del derecho a la igualdad que no comporte, simultáneamente, la vulneración de otro derecho. Esto es así porque la específica naturaleza de la igualdad ante la ley exige que su transgresión se proyecte sobre algún campo material concreto; no se viola la igualdad en abstracto, sino en relación con -o más bien, en la regulación, ejecución o aplicación de- el acceso a los cargos públicos, la libertad de residencia, el derecho al trabajo o la tutela judicial efectiva, por sólo poner unos ejemplos⁽¹⁾”.

1.1. La igualdad ante la ley.

Cuando se trata de definir el contenido y los alcances del derecho de igualdad ante la ley, deben considerarse dos componentes primordiales:

1) La **igualdad de la ley o en la ley**, que impone un límite constitucional a la actuación del legislador, en la medida que éste no podrá -como pauta general- aprobar leyes cuyo contenido contravenga el principio de igualdad de trato al que tienen derecho todas las personas.

2) La **igualdad en la aplicación de la ley**, que impone una obligación a todos los órganos públicos (incluidos los órganos jurisdiccionales) por la cual éstos no pueden aplicar la ley de una manera distinta a personas que se encuentren en casos o situaciones similares.

Pero incluso esta “igualdad ante la ley”, como derecho fundamental exigible por las personas, ha adquirido en su interpretación y aplicación niveles importantes de debate acerca de cuáles deben ser sus alcances y contenidos dentro del ordenamiento constitucional, la actuación del legislador y el comportamiento de los órganos públicos para darle cabal realización y cumplimiento.

Si bien el principio de igualdad logró su consagración jurídica por obra del pensamiento liberal, se trata de un concepto cuyo contenido y alcances han seguido evolucionando y desarrollándose históricamente, hasta adquirir actualmente un sentido más

amplio e integral. Así, Francisco Fernández Segado señala con acierto que:

“En el pensamiento liberal del pasado siglo, el principio de igualdad se manifiesta básicamente como ‘igualdad ante la ley’. Esta es igual para todos porque reúne los caracteres de universalidad y generalidad. Es cierto que debe aplicarse asimismo sin acepción de personas, esto es que puede hablarse de una igualdad en su aplicación, pero para quienes aplican el ordenamiento jurídico no hay más elementos de comparación -a efectos de detectar una presunta desigualdad- que la propia ley, con lo que, en último término, la igualdad se supedita a la voluntad del legislador. Para éste, el principio de igualdad tiene un mayor contenido, por cuanto le veda establecer entre los ciudadanos diferencias que no resulten del libre juego de las fuerzas sociales; pero entendida la sociedad civil como un hecho natural, ajeno al Estado, no hay obstáculo alguno para considerar naturales y, en consecuencia, jurídicamente relevantes, las diferencias que la sociedad establece⁽²⁾”.

Por su parte, Miguel Rodríguez Piñero y María Fernanda Fernández López sostienen que:

“No tiene por ello nada de extraño que en la época liberal la igualdad ante la ley llegase a significar poco más que el carácter de un mandato legal, la inexistencia de privilegios, la eficacia *erga omnes* y, en consecuencia, la generalidad e impersonalidad en la delimitación de los supuestos de su aplicación. El entender la igualdad ante la ley como consecuencia de la generalidad propia de la norma legal (expresión además de una voluntad general) supone el que todos se someten igualmente al ordenamiento y todos tienen igual derecho a recibir la protección de los derechos que ese ordenamiento reconoce.

Pero esta igualdad ante la ley va a producir efectos significativos en el plano de la puesta en ejecución de la propia ley, es decir, en el momento de la aplicación de la ley. La igualdad ante la ley progresivamente será entendida (y ello más por fruto del derecho administrativo que del propio derecho constitucional) como igualdad en la aplicación de la ley; ya no se trata que la ley sea general impersonal, sino que su aplicación por los poderes públicos encargados de esa tarea se haga

(1) Cfr. GARCÍA MORILLO, Joaquín. *La cláusula general de igualdad*. En: Autores varios, *Derecho Constitucional*, Valencia, 1991, p.144.

(2) Cfr. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *El principio de igualdad jurídica y la no discriminación por razón de sexo en el ordenamiento constitucional español*. En: *Derechos humanos de las mujeres*. Varios autores. Lima: Movimiento Manuela Ramos, 1996.

‘sin excepciones, sin consideraciones personales’ (Heller). La igualdad ante la ley se interpreta así como ‘aplicación de la ley conforme a la ley’ (Kelsen), como una aplicación regular, correcta, de las disposiciones legales, sin otras distinciones de supuestos o casos que los determinados por la norma legal. Se rompería así la igualdad no sólo si la ley por no ser norma general no contuviese una posible igualdad, sino también si al aplicarse esa norma general no se hiciera de manera general, con abstracción de las personas concretas afectadas⁽³⁾”.

1.2. Igualdad formal e igualdad material.

Pero la concepción del contenido del principio de igualdad entendido como igualdad formal ante la ley, se ha visto luego ampliada hacia una vertiente que propugna también una igualdad sustancial. De allí que actualmente podamos distinguir entre la denominada **igualdad formal**, por la cual todas las personas tienen derecho a que **la ley los trate y se les aplique por igual**; frente a la **igualdad sustancial o material**, que impone más bien la obligación de que la ley tienda además a crear igualdad de condiciones y oportunidades para las personas.

Un ejemplo concreto de esta nueva dimensión del contenido y alcances de la igualdad, lo encontramos en la Constitución Española de 1978. Así, mientras el artículo 14 recoge el principio de igualdad en su concepto clásico de igualdad de trato en la ley y en su aplicación (“igualdad formal”), proscribiendo toda forma de discriminación; simultáneamente en el artículo 9.2 se propicia avanzar hacia una igualdad material o sustancial, cuando impone a los poderes públicos la obligación de **“promover condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y 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”**.

Se trata pues de un mandato encaminado a avanzar en la igualdad sustancial o material, trascendiendo a la mera igualdad formal, mediante la adopción de medidas positivas o afirmativas que deben conducir a la creación de una mayor igualdad de oportunidades. Como anota el profesor Fernández Segado, esta norma impone a los órganos estatales una

auténtica obligación de hacer y de actuar, a fin de obtener unos determinados resultados sociales.

En el plano del desarrollo constitucional latinoamericano más reciente, cabe destacar el criterio similar que adopta la Constitución de Colombia de 1991, cuyo artículo 13 conjuga las dimensiones formal y material de la igualdad cuando dispone:

“Artículo 13.- Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

1.3. Igualdad de trato y derecho a la no discriminación.

La doctrina surgida de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, ha sido muy clara en precisar los alcances del derecho subjetivo a la **igualdad de trato**. Se entiende por éste que todos los poderes públicos deben garantizar a las personas un trato igual, es decir, que tanto el Poder Legislativo al aprobar las leyes, como los órganos estatales que las aplican quedan sujetos a esta limitación imperativa.

Como ha precisado el Tribunal Constitucional español, esta igualdad de trato se refiere “a la igualdad jurídica o igualdad ante la ley (que) no comporta necesariamente una igualdad material o igualdad económica real y efectiva. Significa que a los supuestos de hecho iguales han de 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⁽⁴⁾”.

(3) RODRÍGUEZ PIYERO, Miguel y FENÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda. *Igualdad y discriminación*. Madrid: Tecnos, 1986. pp.20-21.

(4) Cfr. Sentencia del TCE de 14 de julio de 1982, fundamento jurídico segundo, fallo que tuvo como magistrado ponente al profesor Díez Picazo, citada por LORCA NAVARRETE, José F. *Derechos Fundamentales y Jurisprudencia*. Madrid: Pirámide, 1995. p.139.

En definitiva, el derecho subjetivo a obtener un trato igual pretende evitar los privilegios y las desigualdades arbitrarias. Como señala Fernández Segado, “no estamos, consecuentemente, ante el derecho a ser igual que los demás, sino a ser tratado de la misma forma que los demás, lo que evidentemente es distinto⁽⁵⁾”.

De modo pues que este derecho a la igualdad jurídica de trato en la ley y en su aplicación, no sólo no implica una igualdad material; tampoco impide que se establezcan o reconozcan ciertas diferencias o desigualdades, a condición de que éstas no sean arbitrarias o irrazonables ya que -de tener dicho carácter- resultarían discriminatorias, supuesto éste que sí está vedado tanto a la ley como a su aplicación.

El punto crucial a esclarecer, entonces, es **cuándo nos hallamos ante una diferenciación o ante un trato desigual admisible constitucionalmente y cuándo -por el contrario- ello configura una situación de discriminación que debe quedar proscrita.**

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha aportado, a través de sus decisiones, algunos criterios de particular utilidad para esclarecer el problema que acabamos de plantear. Así, sostiene que:

a) El derecho a la igualdad de trato y la prohibición de toda forma de discriminación no debe entenderse como una proscripción al establecimiento de diferenciaciones de trato legítimas;

b) Una distinción resulta discriminatoria cuando carece de justificación objetiva y razonable, la que -a su vez- debe apreciarse y justificarse en relación con la finalidad y los efectos de la medida examinada;

c) Esta finalidad perseguida con el trato diferenciado no sólo debe resultar legítima, sino que debe respetar una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y los fines buscados;

d) Dado que el derecho a la igualdad protege a todos aquellos que se encuentran en una situación semejante o comparable, el trato distinto debe explicarse por la apreciación objetiva de situaciones de hecho esencialmente diferentes;

e) Por último, la existencia de ciertas

categorías de personas o grupos que sufren limitaciones en algunos de sus derechos, por relaciones de sujeción o condiciones específicas de vulnerabilidad, torna admisible el establecimiento de un trato diferente.

Por su parte, el Tribunal Constitucional español también ha ido creando, en diversas sentencias, una doctrina sobre esta materia, cuyos criterios medulares son sintetizados y sistematizados por el profesor Fernández Segado de la manera siguiente⁽⁶⁾:

a) Las situaciones de hecho o situaciones subjetivas que quieren compararse tienen que ser efectivamente comparables, de modo que este ejercicio no resulte caprichoso o arbitrario por la existencia de situaciones subjetivas diferenciadas.

b) Quien alega la vulneración del principio de igualdad jurídica de trato, debe aportar un término de comparación que sirva de base para razonar acerca de la posible vulneración creada por la desigualdad de trato.

c) La diferenciación debe responder a una finalidad legítima, es decir, que debe asentarse en una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados. La razonabilidad de la finalidad pretendida por la diferenciación no debe entenderse en el sentido de que haya de perseguirse un bien o valor constitucional; basta, por el contrario, que el fin perseguido resulte constitucionalmente admisible. Así, el juicio de igualdad tiene su sentido exclusivo en evitar diferenciaciones carentes de todo basamento objetivo, y no en la determinación de cuáles sean las opciones mejores o más adecuadas que pudiera haber acogido el legislador.

d) Debe atenderse a un “juicio de racionalidad”, consistente en la utilización del argumento objetivo, lógico, que supone la relación medios-fines. De modo que la racionalidad implicará una relación efectiva entre el trato desigual que se establece, el supuesto de hecho que lo justifica y la finalidad que se persigue.

Si bien pueden advertirse ciertas semejanzas entre este “juicio de racionalidad” y el denominado “juicio de razonabilidad” (aspectos que desarrolla acertadamente Enrique Alonso García⁽⁷⁾) existen

(5) Cfr. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. Op.cit.; pp.144-145.

(6) Ibid.; pp. 150-157.

(7) Para una mejor y más amplia comprensión del problema, puede revisarse el muy interesante trabajo de Enrique Alonso García titulado *El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española*. En: *Revista de Administración Pública*, Madrid, Nos.100-102, Enero-Diciembre 1983, pp.21-92.

algunas diferencias relevantes entre ambos *tests*. La más importante es que mientras la razonabilidad atiende a un dato externo: la admisibilidad constitucional del fin; la racionalidad atiende a algo estrictamente interno: la relación positiva entre medios y fines.

e) La finalidad legítima perseguida con la diferenciación ha de respetar, asimismo, una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida.

f) Si bien la carga de la prueba corresponde a quien alega la afectación del principio a la igualdad de trato, simultáneamente compete a quienes asumen la defensa de la legitimidad constitucional de la diferenciación, la obligación de fundamentar que dicha distinción cubre los requisitos de racionalidad y necesidad, en orden a la salvaguarda de los fines y valores dignos.

Cabe también tener presente los interesantes aportes, en esta materia, de la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina, recogidos por Juan Francisco Linares⁽⁸⁾. Así, en un caso, la Corte señaló que “el principio de igualdad que consagra la Constitución no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyen a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias”. Y, en otro caso, se complementa este razonamiento al sostener que “esta garantía de la igualdad ante la ley no impide que el legislador contemple de forma distinta situaciones que considere diferentes, con tal que la discriminación no sea arbitraria ni importe ilegítima persecución o indebido privilegio de personas o grupos de personas, aunque su fundamento sea opinable”.

En definitiva, el principio de igualdad en la ley sólo resulta violentado, a decir de la doctrina emanada de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional español, “si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida⁽⁹⁾”.

Como señalan Rodríguez y Fernández, el

TRABAJO



Tribunal Europeo de Derechos Humanos valora tres elementos en pie de igualdad:

“En primer lugar, los supuestos de hecho comparables, en los que existe una significativa proporción de elementos comunes, pese a que entre ellos pueda hallarse algún factor diferencial, cuya legitimidad debe enjuiciarse. El segundo punto sería la valoración de la razón de ser de la diferencia de tratamiento; en caso de ser positiva, quedaría justificado el tratamiento desigual. El tercer elemento es instrumental para realizar esa valoración; la razonabilidad de la causa alegada para justificar las diferencias de trato tiene que buscarse no sólo indagando sobre la no incompatibilidad con el ordenamiento jurídico de la razón de ser de la diferencia, sino también buscando la ‘razonable’ adecuación de la medida tomada en relación con los fines que se persiguen a través de ella (fines legítimos, en razón del segundo juicio)⁽¹⁰⁾”.

Y, luego, estos mismos autores agregan:

“Serían contrarias al principio de igualdad tanto

(8) Cfr. LINARES, Juan Francisco. *Razonabilidad de las leyes*. Buenos Aires: Astrea, 1970. pp. 175-176.

(9) Sentencia del Tribunal Constitucional español 22/1981, del 2 de julio, citada por RODRÍGUEZ PIYERO y FERNÁNDEZ LÓPEZ en la obra antes citada.

(10) RODRÍGUEZ PIYERO, Miguel y FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda. Op.cit.; p.54.

las normas que injustificadamente anudan consecuencias diferentes a supuestos de hecho sustancialmente iguales, como aquellas normas que consignan el mismo resultado (el tratamiento diferenciado ilegítimo) mediante la consideración como diferentes de supuestos de hecho iguales, sin proporcionar fundamentación adecuada para la diferenciación de supuestos, es decir, sin que la razón condicionante de la distinción tenga ‘relevancia jurídica’ para el cumplimiento de los fines perseguidos por el legislador⁽¹¹⁾”.

2. EL DERECHO A LA IGUALDAD EN LA CONSTITUCIÓN PERUANA DE 1993.

Luego de haber revisado y precisado algunos conceptos fundamentales y sus alcances, resulta oportuno aproximarnos al tratamiento que da la Constitución peruana de 1993 a esta materia. Y para ello encuentro importante empezar estableciendo alguna comparación con lo dispuesto en la Carta precedente de 1979.

En el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución de 1979 se establecía como un derecho de toda persona:

“A la igualdad ante la ley, sin discriminación alguna por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma.

El varón y la mujer tienen iguales oportunidades y responsabilidades. La ley reconoce a la mujer derechos no menores que al varón”.

Por su parte, la vigente Constitución de 1993, también en el inciso 2 del artículo 2, dispone que toda persona tiene derecho:

“A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”.

Es fácil advertir que las normas de ambas constituciones coinciden, en general, al reconocer el derecho a la igualdad y la proscripción de toda forma de discriminación. En este punto, se puede decir que la Carta del 93 explicita la condena a otras formas de discriminación motivadas en razones de origen o de condición económica, recalando -además- el carácter meramente enunciativo y no taxativo de dicha enumeración. Hasta aquí no hay pues, mayor novedad o cambio sustancial.

Pero el aspecto crucial que marca la diferencia

en el tratamiento del derecho a la igualdad en ambas constituciones, es la supresión que hace la vigente Carta del párrafo de la anterior Constitución que -de manera progresista- superaba la visión tradicional de la igualdad formal ante la ley, consagrando la igualdad de oportunidades entre varón y mujer, y que al reconocer a ésta derechos no menores que a aquél, abría la posibilidad de que se pudieran conferir -en ciertos casos- derechos mayores a las mujeres.

Al revisar las actas del debate constituyente se observa que la Comisión de Constitución del CCD, en su sesión del jueves 21 de enero de 1993, rechazó la propuesta de la congresista Lourdes Flores que buscaba mantener el segundo párrafo del inciso 2 del artículo 2 de la Carta del 79⁽¹²⁾.

Durante las sesiones plenarias del CCD se retomó el debate de este tema, a insistencia de la congresista Flores Nano, respaldada por los constituyentes Róger Cáceres, Henry Pease, Gloria Helfer y García Mundaca. Para entonces, el texto de la propuesta había sufrido alguna ligera variación, consignando:

“El varón y la mujer tienen iguales oportunidades y responsabilidades, sin perjuicio de las disposiciones que les son propias⁽¹³⁾”.

**el texto aprobado finalmente
retornó hacia una visión formal y
estrecha de la igualdad ante la ley,
negándose a acoger propuestas
más avanzadas y realistas, conte-
nidas en otras constituciones
coetáneas**

Diversos congresistas de la mayoría cuestionaron la conveniencia de acoger tal propuesta. Carlos Ferrero la encontraba innecesaria y redundante; Marcenaro Frers consideró que existía contradicción entre ambos párrafos de la Carta del 79, señalando que se podrían incorporar algunas normas favorables a la mujer trabajadora dentro de los derechos laborales; Martha Chávez opinó que, muchas veces, tales beneficios

(11) Ibid.; p.60.

(12) Cfr. CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO: COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN Y DE REGLAMENTO. Actas de las sesiones (publicación oficial). p.16.

(13) Cfr. CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO. Actas de las sesiones del plenario (publicación oficial). pp.13-14.

solían resultar desfavorables para las posibilidades laborales de las mujeres.

Estas consideraciones expuestas por la mayoría en el CCD, llevaron a descartar la propuesta de mantener en la nueva carta alguna norma que aludiera explícitamente a la posibilidad de otorgar un trato más favorable a la mujer. También se desestimó una propuesta del congresista Pease encaminada a recoger una norma similar a la contenida en la Constitución de Colombia, en el sentido de que “el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados”.

En definitiva, pues, el texto aprobado finalmente retornó hacia una visión formal y estrecha de la igualdad ante la ley, negándose a acoger propuestas más avanzadas y realistas, contenidas en otras constituciones coetáneas. Con ello se perdió la oportunidad de plasmar fórmulas tendientes a crear condiciones de una mayor democracia social efectiva y de igualdad sustancial, como son las llamadas **acciones positivas** o las **medidas de discriminación inversa**.

Estas acciones positivas o medidas de discriminación inversa están orientadas a superar obstáculos y condiciones concretas que imposibilitan el logro efectivo de la igualdad ante la ley y en su aplicación. Para ello se confiere un trato diferenciado y más favorable a grupos o sectores que se encuentran en una evidente situación social de subordinación o marginación, a fin de darles mayores posibilidades y oportunidades de acceso a derechos formalmente consagrados a nivel constitucional o legal.

Un ejemplo concreto en este campo, podemos encontrarlo en la adopción de medidas que favorezcan la mayor participación efectiva de la mujer o de grupos indígenas en cargos públicos o asuntos políticos, a fin de superar la notoria desventaja de oportunidades en que se encuentran. Una fórmula utilizada consiste en establecer, por la vía legal, algunos porcentajes mínimos obligatorios de participación de personas de estos grupos en las listas de postulantes a cargos públicos o representativos, con el objeto de asegurarles mayores posibilidades de lograr avances en sus niveles de participación y

representación política⁽¹⁴⁾.

3. ALGUNOS CASOS Y PROBLEMAS CONCRETOS.

Siendo que -como ya hemos visto- no todo trato distinto o desigual conlleva necesariamente vulneración a la regla de la igualdad o configura una discriminación, la tarea medular es determinar cuándo algunas diferenciaciones o exclusiones resultan inadmitidas, por carecer de justificación razonable o de proporcionalidad, deviniendo -entonces- en arbitrarias.

Planteadas así las cosas, encontramos útil reflexionar sobre algunos casos o problemas concretos, con el fin no sólo de aplicar los conceptos y criterios expuestos sino, también, de apreciar lo complejo que, muchas veces, resulta el análisis y solución de los mismos.

3.1. La exigencia de ciertos requisitos.

Un caso muy frecuente se presenta ante el establecimiento de algunos requisitos para acceder a ciertos resultados, siendo que su exigencia no sólo puede aparecer carente de suficiente sustento justificatorio sino, incluso, resultar (abierta o sutilmente) discriminatoria.

Pensemos por ejemplo, en la exigencia de contar con una estatura superior a un mínimo establecido, como requisito para ser admitido como oficial en institutos militares o policiales; ello ha sido una práctica corriente y mayormente no discutida. Si bien la mayor estatura personal puede resultar necesaria o más beneficiosa para el desempeño de ciertas actividades físicas, también es claro que para otras labores puede constituirse en una seria desventaja. Pero en verdad si algo no admite dudas, es que la estatura de una persona no tiene ninguna relación con la apreciación de sus calidades o habilidades intelectuales.

Así como resultaría absurdo (y discriminatorio) exigir una talla mínima para ser abogado, médico, científico, artista, maestro o político; la pregunta es si tal requisito merecería igual calificación tratándose de un aspirante a oficial de la fuerza armada o la policía. ¿Qué incidencia podría tener la estatura en las habilidades de un policía para realizar tareas de investigación criminal, o de un militar para el manejo de equipos sofisticados de guerra? No dudamos que

(14) Sobre este punto puede consultarse el interesante trabajo de BERMÚDEZ VALDIVIA, Violeta. *Mujer e igualdad política*. Publicado en el colectivo *Derechos Humanos de las Mujeres*, ya antes citado.

algunas actividades físicas del militar o policía pueden requerir de una cierta estatura, pero parece difícil de aceptar que sean las más importantes o las únicas que éstos realizan.

De modo pues que la exigencia genérica del requisito de estatura para la admisión en escuelas militares o policiales, por carecer de fundamentos objetivos y razonables, conlleva un trato desigual y discriminatorio -constitucionalmente inaceptable- en agravio de los postulantes que quedan impedidos de concursar por no alcanzar la talla mínima estipulada.

3.2. Regulaciones que fijan condiciones para participar en concursos o licitaciones públicas.

Otro caso de particular implicancia jurídica y económica, consiste en el establecimiento de regulaciones que imponen ciertas condiciones o estipulaciones (supuestamente de orden técnico) que deben cumplirse para postular como ofertante de bienes o servicios en concursos o licitaciones públicas. A través de este mecanismo, algunas veces, puede estarse logrando de manera indirecta, pero deliberada, beneficiar a determinados postulantes que “precisamente” cumplen tales requerimientos, excluyendo a otros competidores que no pueden satisfacerlas, sin que el fundamento de tales exigencias resulte razonable.

Pensemos en una licitación pública para la adquisición masiva de vehículos, sin justificarse, objetiva y razonablemente, las causas técnicas o funcionales que fundamenten, por ejemplo, la preferencia para comprar automóviles con ciertas características en cuanto a país de fabricación, tipo de modelo, tamaño y potencia de motor, o precio. Se podría estar excluyendo indebidamente a otros competidores, no obstante que sus automóviles pudieran resultar igualmente apropiados para las finalidades propias del servicio que se espera atender.

Estaríamos así ante un caso que encubre, mediante aparentes “razones técnicas” no justificadas razonablemente, el otorgamiento de un trato desigual que -distorsionando el objeto de un concurso transparente- beneficia deliberadamente a unos y discrimina arbitrariamente a otros. Aquí corresponderá a los

afectados demostrar que las supuestas condiciones o razones técnicas impuestas carecen de sustento razonable que las justifique, resultando -en consecuencia- una situación violatoria al principio de igualdad.

3.3. ¿Discriminación por razón de sexo o libertad de asociación?

Singular interés concitan los casos donde el derecho a ser tratado con igualdad y no ser víctima de discriminación, por ejemplo debido a razones de sexo, entra eventualmente en conflicto con otros derechos igualmente relevantes, como la libertad de asociación.

A menudo se suele discutir el caso de alguna institución privada -una asociación o un club social- que sólo permita la afiliación como socios a varones. Es factible que una mujer que desee ser admitida como socia del club argumentará el carácter discriminatorio (en razón del sexo) de su exclusión; con mayor razón si le permite ingresar a las instalaciones de la institución y disfrutar de ellas, bajo la condición de invitada o familiar de un socio, pero se le impide acceder a la membresía.

Sin embargo, la institución podrá argumentar que el elemento esencial del derecho de asociación es la libertad, no sólo de quien voluntariamente desea asociarse sino también la libre decisión de los socios para admitir o no a un nuevo afiliado, lo que conlleva la posibilidad de establecer exclusiones en este campo. Con mayor razón si se trata de una entidad privada, a la que un tercero (hombre o mujer) no tiene realmente ningún “derecho de acceso” sino, más bien, una simple expectativa asociativa, sujeta a la aprobación de los socios.

El punto medular a esclarecer, es si resultaría compatible con la Constitución el impedimento de integrar una asociación en función de la condición de mujer (o eventualmente de varón, si el caso fuera a la inversa); es decir, la existencia de una limitación en consideración al sexo del aspirante.

Para apreciar que el tema no es tan sencillo, vale la pena tener presente que (actualmente) parece aceptarse sin mayor cuestionamiento la existencia legítima y lícita de locales comerciales (tales como bares, centros nocturnos, discotecas) donde exclusivamente se permite el ingreso de hombres, de mujeres o de homosexuales, pero de manera segregada. Y tampoco se discute que pueda existir una universidad privada

exclusivamente femenina, o un club de fútbol que sólo admita socios varones, o (eventualmente) un club para la práctica del voleibol que sólo quiera admitir mujeres.

La limitación de acceso a una mujer a la calidad de socia en un club privado, no tiene por qué considerarse necesariamente una diferenciación de trato que configura una discriminación. Siempre podría argumentarse la posibilidad de que exista otra institución privada, de similares características, que sólo admita socias mujeres, a la que podría intentar afiliarse. Estrictamente podría incluso negarse que se presente en este caso un real conflicto de derechos pues, como ya se dijo, no existe un derecho constitucional a ser admitido en una asociación privada.

Es posible considerar inadecuada o cuestionable una limitación de este tipo, pero parecería desproporcionado afectar un principio esencial del derecho de asociación, la libertad institucional para la admisión de socios, alegando el derecho a una igualdad de trato para exigir un inexistente derecho de acceso o de admisión ante una entidad privada, por encima de la voluntad de sus asociados; sobre todo si reconocemos que lo único que tiene el postulante es una expectativa de ingresar a la asociación.

Muy distinto sería el caso, sin embargo, si una limitación de este tipo (explícita o no) se diera en una institución de tipo público como el Colegio de Abogados, al que en nuestro país existe la obligación legal de asociarse para el ejercicio de ciertas actividades profesionales. Allí si estaríamos ante una situación de tratamiento desigual injustificado, discriminatorio y por tanto, inconstitucional.

3.4. ¿Discriminación por raza o libertad de contratación?

¿Qué sucedería si un anuncio publicitario solicita un modelo con ciertas características físicas (talla, medidas, etc.) para que publicite un determinado producto, añadiendo que debe tratarse de una mujer negra? ¿Podría un modelo de raza blanca, que cumple las principales características exigidas en el anuncio, alegar estar siendo objeto de discriminación por motivo de raza, en agravio de su derecho al trabajo?

El anunciante seguramente argumentará como esencial a su derecho de libertad de contratación, la potestad de escoger qué modelo y con qué características físicas publicitará sus productos. ¿Puede

admitirse que el ejercicio de la libertad contractual permita preferir o excluir personas en atención a su raza? ¿Qué ocurre si el anunciante sostiene que el estudio de mercado, realizado para la promoción del producto, determinó que éste tendría mayor aceptación en personas negras, aconsejando que lo publicite también un modelo de esa raza?

No dudamos que estos argumentos resultarán, para muchos, una justificación suficiente que amerita preservar la libertad de contratación y de mercado. En cambio, quienes consideren que cualquier criterio o práctica de diferenciación por motivos de raza debe ser suprimida, propugnarán que se restrinja los alcances de la libertad contractual del anunciante en beneficio del principio de igualdad, por encontrar tal planteamiento propenso a incentivar prácticas discriminatorias. En definitiva, pues, mucho dependerá para la resolución del problema el derecho y valores que se opte por privilegiar.

3.5. Acciones positivas y participación política de la mujer.

No menos importante y vigente resulta la controversia sobre el establecimiento de un porcentaje mínimo obligatorio de candidatas mujeres en las listas parlamentarias, en nombre de una acción positiva destinada a incrementar -en condiciones de mayor igualdad de oportunidades- la participación política femenina, a fin de superar su secular marginación histórica en este campo.

En contra de esta medida, no obstante su carácter progresista y democratizante, se podría argumentar que afecta la libertad de postulación de candidatos que asiste a las agrupaciones políticas. Y, con ello, de alguna manera se vulneraría también la libertad de elección de los ciudadanos, al alterar reglas básicas del principio representativo democrático y de la libertad del sufragio.

Cierto es, sin embargo, que este "cupos femenino" en las listas de candidatos sólo supone una alteración de la posible composición de los postulantes, pero en ningún caso conlleva una imposición de los finalmente electos, aspecto que siempre quedará librado a la libre decisión del sufragio ciudadano, respetando así el principio democrático de la representación popular. De modo pues que si bien una medida de este tipo supone una indudable limitación impuesta al derecho a la libre

postulación de candidatos que asiste a las agrupaciones políticas, tal restricción se verá compensada muy favorablemente con el mayor beneficio resultante de incentivar la participación política de la mujer y la representación de los intereses femeninos.

Ciertamente una norma de este tipo debería tener vocación transitoria, en tanto no se superen los obstáculos sociales y políticas que restrinjan las posibilidades y oportunidades de participación política igualitaria de las mujeres.

4. A MANERA DE CONCLUSIÓN.

Tratando de sintetizar lo expuesto, podemos apoyarnos en García Morillo para señalar que la cláusula de igualdad ante la ley no impide otorgar -en determinadas circunstancias y bajo ciertos supuestos- un trato desigual, siempre que se den las siguientes condiciones:

“En primer lugar, que los ciudadanos o colectivos se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho; en segundo lugar, que el trato desigual que se les otorga tenga una finalidad; en tercer lugar, que dicha finalidad sea razonable, vale decir, admisible desde la perspectiva de los preceptos, valores y principios

constitucionales; en cuarto lugar, que el supuesto de hecho (esto es, la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga) sean coherentes entre sí o, lo que es lo mismo, guarden una racionalidad interna; en quinto lugar, en fin, que esa racionalidad sea proporcionada, de suerte que la consecuencia jurídica que constituye el trato desigual, no guarde una absoluta desproporción con las circunstancias de hecho y la finalidad que la justifican. Si concurren estas circunstancias, el trato desigual será admisible y por ello constitutivo de una diferenciación constitucionalmente legítima; en otro caso, el otorgar un trato desigual resultará una discriminación vetada por la Constitución⁽¹⁵⁾”.

En conclusión, la regla fundamental e insoslayable del principio de igualdad ante la ley (en ésta y en su aplicación) y del derecho a no ser objeto de discriminación, no enerva la posibilidad de que se admitan tratos diferenciados o distinciones, siempre que obedezcan a motivos objetivamente sustentados y razonablemente justificados. Es claro, en general, que el análisis y solución de estos problemas deberá hacerse caso por caso, aplicando los criterios y conceptos que hemos querido resumir en este breve trabajo. 𐀀

(15) GARCÍA MORILLO, Joaquín. Op.cit.; p.151.