

El derecho a la igualdad

LUIS ALBERTO HUERTA GUERRERO*

SUMARIO

1. ASPECTOS GENERALES
 - 1.1 CONTENIDO DEL DERECHO
 - 1.2 LA IGUALDAD ANTE LA LEY
 - 1.3 EL DERECHO A LA IGUALDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993
 - 1.4 EL DERECHO A LA IGUALDAD EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL
2. PROHIBICIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN
 - 2.1 ASPECTOS GENERALES
 - 2.2 CAUSAS DE DISCRIMINACIÓN
 - 2.3 FORMAS DE DISCRIMINACIÓN: DIRECTA E INDIRECTA
 - 2.4 LOS SUJETOS QUE DISCRIMINAN
3. DISCRIMINACIÓN Y DIFERENCIACIÓN
4. PROHIBICIÓN DE NORMAS DISCRIMINATORIAS: EL DERECHO A LA IGUALDAD ANTE LA LEY
 - 4.1 ASPECTOS GENERALES
 - 4.2 LA EXPEDICIÓN DE NORMAS SOBRE LA BASE A LA NATURALEZA DE LAS COSAS Y LA PROHIBICIÓN DE HACERLO POR LA DIFERENCIA DE LAS PERSONAS (ARTÍCULO 103° DE LA CONSTITUCIÓN)
 - 4.3 JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE EL DERECHO A LA IGUALDAD ANTE LA LEY
5. ACCIONES AFIRMATIVAS
 - 5.1 DEFINICIÓN
 - 5.2 LA CONSTITUCIÓN DE 1993 Y LA REFORMA CONSTITUCIONAL
 - 5.3 LAS LEYES QUE CONTIENEN “ACCIONES AFIRMATIVAS”
 - 5.4 JURISPRUDENCIA SOBRE “ACCIONES AFIRMATIVAS”
 - 5.5 ALGUNOS PROBLEMAS QUE SE PUEDEN PRESENTAR CON LAS ACCIONES AFIRMATIVAS
6. REFLEXIONES FINALES

* *Profesor de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Investigador de la Comisión Andina de Juristas.*

El presente ensayo tiene por objeto presentar los alcances generales sobre el derecho a la igualdad, para la cual se precisará su contenido y se analizará la forma en que ha sido reconocido en la Carta de 1993 y su desarrollo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano.

1. ASPECTOS GENERALES

1.1 CONTENIDO DEL DERECHO

El derecho a la igualdad implica que todas las personas deben ser tratadas en forma igual por parte del Estado. En consecuencia, todo trato diferente está prohibido. Este trato desigual de los iguales se conoce como *discriminación*.

Sin embargo, la realidad demuestra que existen una serie de desigualdades en la sociedad, lo que obliga a adoptar medidas orientadas a lograr que el derecho a la igualdad no se agote en su reconocimiento formal (*igualdad formal*), sino que existan iguales oportunidades para el ejercicio de los derechos fundamentales por parte de todas las personas (*igualdad material*). Estas medidas pueden implicar un trato desigual, lo que no es considerado como una discriminación sino una diferenciación.

Lo dicho hasta aquí puede ser sintetizado de la siguiente manera:

- El derecho a la igualdad implica el trato igual entre los iguales.
- La discriminación implica un trato desigual entre los iguales.
- La diferenciación implica un trato desigual entre los desiguales.

1.2 LA IGUALDAD ANTE LA LEY

La discriminación por parte del Estado puede manifestarse de diferentes formas. Una de éstas consiste en la expedición de normas jurídicas con un contenido discriminatorio. En tanto ha sido una de las formas más comunes de discriminación, existe un reconocimiento del *derecho a la igualdad ante la ley*, que en algunos casos se aborda de manera conjunta con el derecho a la igualdad y en otros de forma autónoma. El análisis de este derecho se realizará de modo particular más adelante (ver sección 4).

1.3 EL DERECHO A LA IGUALDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993

El Artículo 2º inciso 2º de la Constitución de 1993 aborda el tema del derecho a la igualdad de la siguiente manera:

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 cualquier otra índole.

Como se aprecia, este Artículo sólo hace referencia a dos aspectos relacionados con el derecho a la igualdad:

- el derecho a la igualdad ante la ley; y
- la prohibición de discriminación.

Existen en consecuencia importantes omisiones y deficiencias en la forma en que actualmente se reconoce el derecho a la igualdad en el ámbito constitucional. Estas son:

- no existe un reconocimiento general del derecho a la igualdad, sino sólo una referencia al derecho a la igualdad ante la ley, que es una de sus manifestaciones;
- no existe una mención a la obligación del Estado de adoptar medidas a efectos de lograr una *igualdad material*, a favor de las personas que se encuentran en una situación de desigualdad.

Si bien estas omisiones no impiden que en los hechos la jurisprudencia precise los alcances del derecho a la igualdad o que los órganos del Estado adopten medidas tendientes hacia una *igualdad material*, sería adecuado que el texto constitucional desarrolle en forma más adecuada ambos aspectos, pues constituye siempre la referencia inicial para que las personas tengan un conocimiento adecuado sobre el contenido y los alcances del derecho a la igualdad¹.

1.4 EL DERECHO A LA IGUALDAD EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL

En el año 2002, se inició un proceso de reforma constitucional a la Carta de 1993, que en estos momentos se encuentra paralizado. Inesperadamente, el debate sobre el derecho a la igualdad cobró especial atención. Más adelante veremos aspectos concretos sobre la reforma a cada uno de los temas relacionados con este derecho. Aquí deseamos presentar un cuadro con los textos del anteproyecto de reforma, el proyecto de reforma y lo que hasta el momento ha sido aprobado por el Pleno del Congreso, que da una idea de los cambios producidos durante el debate sobre la reforma constitucional.

¹ Como ejemplo de los textos constitucionales que establecen expresamente la obligación de adoptar medidas orientadas a una igualdad material, se puede citar el caso de la Constitución de Colombia, en cuyo Artículo 13° señala: “El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados.”

Anteproyecto de Constitución	<p>Artículo 1º.- Toda persona tiene derecho:</p> <p>2. A la igualdad. Está prohibida toda forma de discriminación por motivo de origen, filiación, raza, género, características genéticas, idioma, religión, opinión, condición económica, discapacidad o de cualquier otra índole, que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos de la persona.</p> <p>El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, además adoptará medidas positivas a favor de grupos discriminados o marginados.</p>
Proyecto de Constitución	<p>Artículo 2º.- Toda persona tiene derecho:</p> <p>2. A la igualdad ante la ley. Está prohibida toda forma de discriminación que tenga por objeto o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos de la persona.</p> <p>El Estado y la sociedad promueven las condiciones y medidas positivas para que real y efectivamente nadie sea discriminado.</p>
Texto aprobado por el Congreso	<p>Artículo 2º.- Toda persona tiene derecho:</p> <p>2. A la igualdad ante la ley, de oportunidades y de trato. Está prohibida toda forma de discriminación, sea cual fuere su origen, que tenga por objeto o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos fundamentales.</p> <p>La ley reconoce a la mujer derechos no menores que el varón. El Estado y la sociedad promueven las condiciones y medidas positivas para que real y efectivamente nadie sea discriminado.</p>

2. PROHIBICIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN

2.1 ASPECTOS GENERALES

La prohibición de discriminación implica que ninguna autoridad estatal puede llevar a cabo un trato desigual entre las personas. Sin embargo, la prohibición de discriminación también puede ser entendida en un sentido más estricto, referido únicamente a la prohibición de llevar a cabo cualquier trato desigual que afecte el ejercicio de los derechos fundamentales². En este último caso, la

² Este es el criterio seguido en el ámbito de las normas internacionales sobre derechos humanos. Así por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala, en su Artículo 1º, que los Estados tienen la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos a toda persona, sin discriminación alguna.

prohibición de discriminación siempre se analiza con relación a un derecho fundamental específico, lo que da lugar a que se afirme que el derecho a la igualdad es un “*derecho relacional*”.

2.2 CAUSAS DE DISCRIMINACIÓN

Las razones por las cuales se produce una discriminación son de diferente tipo, ya sea por motivo del sexo, raza, nacionalidad, ideas políticas o religión de las personas, por citar sólo algunos.

Por lo general, al prohibir la discriminación las normas constitucionales suelen hacer mención expresa a varias de las razones por las cuales ésta se produce, dejando siempre en claro que no se trata de una lista de motivos taxativa sino meramente enunciativa. Así ocurre en la Constitución peruana de 1993, la cual señala en su Artículo 2º inciso 2º:

Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

Como se aprecia, la Constitución vigente menciona en forma expresa siete situaciones que dan lugar a una discriminación, pero deja en claro que la prohibición se aplica a toda otra discriminación que se produzca por “*cualquier otra índole*”. Se trata a nuestro parecer de un texto apropiado, que debe ser adecuadamente comprendido e interpretado. Sin embargo, no se puede desconocer que uno de los principales problemas que existe en el Perú radica precisamente en la falta de una adecuada comprensión e interpretación de las normas constitucionales. No debe extrañar, por lo tanto, que, en el debate sobre la reforma constitucional, se haya propuesto aumentar la lista de situaciones que por lo general dan lugar a una discriminación, lo que generó posiciones encontradas. Como consecuencia de este debate, el texto de reforma constitucional aprobado hasta el momento se limita únicamente a señalar que está prohibida toda forma de discriminación. El siguiente cuadro es ilustrativo al respecto.

Anteproyecto de Constitución	“Está prohibida toda forma de discriminación por motivo de origen, filiación, raza, género, características genéticas, idioma, religión, opinión, condición económica, discapacidad o de cualquier otra índole, que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos de la persona.”
Proyecto de Constitución	“Está prohibida toda forma de discriminación (...)”
Texto aprobado en el Congreso	“Está prohibida toda forma de discriminación, sea cual fuere su origen, (...)”

El texto aprobado hasta el momento no ha estado libre de críticas, pues hay quienes afirman que, al no mencionar ninguna de las razones por las cuales se produce una discriminación, se estaría produciendo un retroceso con relación a este tema. A favor de la norma se ha argumentado que se trata de una salida inteligente ante el problema que se originó por agregar nuevas situaciones de discriminación a las actualmente señaladas en forma expresa en la Carta de 1993 y, en todo caso, será la jurisprudencia la encargada de llenar el vacío normativo en el ámbito constitucional. A nuestra consideración, este tema nunca debió ser discutido en la reforma constitucional, pues no era necesariamente urgente llevar a cabo una modificación —o ampliación— de las razones por las cuales se produce una discriminación. Si bien era importante proponer la mención expresa a otras situaciones de discriminación, debió tomarse en cuenta que referencias a situaciones como el “género” o la “opción sexual” definitivamente entraparían el debate y, a la larga, implicarían una salida que, en términos generales, no facilita la adecuada comprensión e interpretación del texto constitucional respecto a la prohibición de discriminación.

2.3 FORMAS DE DISCRIMINACIÓN: DIRECTA E INDIRECTA

Las formas de discriminación suelen ser clasificadas en directas o indirectas. Esta distinción permite comprender que las prácticas discriminatorias no siempre se manifiestan de manera explícita.

La **discriminación directa** se caracteriza porque el trato desigual se manifiesta de manera clara. Esto ocurriría, por ejemplo, si una norma establece que las mujeres no pueden votar.

Por su parte, en la **discriminación indirecta** el trato desigual no se manifiesta de manera tan clara, lo que obliga a acudir a diferentes elementos adicionales para sustentar que existe un trato discriminatorio. Así por ejemplo, si una norma establece que para acceder a un trabajo se requiere una determinada estatura, se podría justificar su necesidad en los fines del empleo, pero a la vez podría argumentarse que con esa talla se discrimina a un importante sector de la sociedad. Eguiguren (página 95) nos dice:

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 y groseras de afectación al principio de igualdad y del 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” (...).

2.4 LOS SUJETOS QUE DISCRIMINAN

A) LA DISCRIMINACIÓN POR PARTE DEL ESTADO

El derecho a la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación se invocan principalmente para que el Estado no lleve a cabo un trato desigual entre las personas, lo que puede manifestarse de diferentes maneras. Así por ejemplo, el Estado atenta contra el derecho a la igualdad cuando a través de sus órganos con potestad normativa emite una norma discriminatoria, o cuando a través de sus órganos jurisdiccionales adopta resoluciones contrarias a este derecho. La discriminación por parte del Estado también se manifiesta cuando a través de los diferentes órganos del gobierno nacional, o de los gobiernos locales o regionales, se adoptan medidas de carácter discriminatorio.

B) LA DISCRIMINACIÓN POR PARTE DE PARTICULARES

La Constitución de 1993 contiene disposiciones relacionadas con los derechos fundamentales que obligan a su respeto, no solo por parte del Estado, sino de la sociedad en su conjunto. El Artículo 1º es bastante claro al respecto cuando señala:

La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

La defensa de la persona humana implica el respeto de sus derechos fundamentales, motivo por el cual los particulares también se encuentran obligados a respetar el derecho a la igualdad de toda persona. Sin embargo, también consideramos que esta exigencia debe tomar en consideración para su análisis las siguientes premisas:

- el respeto al derecho a la igualdad por parte de los particulares es exigible cuando se encuentra de por medio un derecho fundamental (derecho al trabajo, derecho a la educación, etc.).
- en estos casos, siempre habrá de evaluarse la relación entre los derechos fundamentales de quien se siente discriminado y de quien lleva a cabo el trato desigual.

En este sentido, en el caso que se alegue una violación del derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación por parte de los particulares, habrá que tomar en consideración el ámbito dentro del cual se produce el trato desigual y los derechos que entran en conflicto en cada situación. Por lo general, esos otros derechos que entran en conflicto con el derecho a la igualdad son el *derecho a la libre contratación* (en el caso de las ofertas de empleo), el *derecho*

a la educación (en el caso de acceso o expulsión de determinados centros educativos) y el derecho a la asociación (en el caso de los requisitos para integrar una asociación).

3. DISCRIMINACIÓN Y DIFERENCIACIÓN

No todo trato diferenciado implica una discriminación. Pero, para que ese trato diferenciado no sea considerado como discriminatorio, debe analizarse si el mismo se encuentra justificado. Para llevar a cabo esta tarea, la doctrina y la jurisprudencia comparada han desarrollado una serie de lineamientos a ser tomados en consideración. Estos son:

- El trato diferenciado debe llevarse a cabo respecto a personas que se encuentran en una situación de desigualdad.
- El trato diferenciado debe sustentarse en un objetivo legítimo (*principio de razonabilidad*). Esto significa que la diferenciación debe basarse en causas o motivos objetivos y razonables. Estas causas o motivos pueden ser de diferente índole, no necesariamente relacionados con la necesidad de garantizar algún valor constitucional, sino orientados a enfrentar una situación de desigualdad.
- El trato diferenciado debe guardar una relación con el objetivo legítimo que se desea alcanzar (*principio de racionalidad*).
- El trato diferenciado debe aplicarse o llevarse a cabo en forma proporcional al objetivo legítimo que se desea alcanzar (*principio de proporcionalidad*).

Por lo tanto, si un trato diferenciado no reúne estas características estaremos ante una situación de discriminación, atentatoria del derecho a la igualdad. Mencionamos a continuación un ejemplo que nos permitirá comprender mejor los alcances de estos criterios, y la forma de emplearlos al momento de analizar si un trato desigual resulta discriminatorio o si estamos ante un trato diferenciado plenamente justificado.

La Ley 27163, publicada el 5 de agosto de 1999, modificó los Artículos 107º inciso f y 114º de la *Ley Orgánica de Elecciones* (Ley 26859) y estableció que no podían postular para congresista, presidente y vicepresidente de la república las personas que hubiesen ocupado determinados cargos públicos (Presidente de la República, Congresista, etc.) y que estuvieran comprendidos “*en proceso penal por delito cometido en agravio del Estado, con acusación fiscal o mandato de detención*”. Si bien esta norma fue posteriormente derogada mediante la Ley 27376, publicada el 7 de diciembre de 2000, y no existió un proceso de inconstitucionalidad en su contra, es un caso interesante a analizar. A favor de esta norma, se podría argumentar que la misma tiene un objetivo legítimo, cual es la lucha contra la corrupción, evitando que puedan ocupar un cargo público aquellas personas que se encuen-

tran procesadas por la presunta comisión de un delito contra el Estado (principio de razonabilidad), y que existe una relación entre la medida adoptada y el objetivo que se desea alcanzar (principio de racionalidad). Sin embargo, la medida no resulta proporcional, pues atenta contra el derecho a la presunción de inocencia, reconocido en el ámbito constitucional (Artículo 2° inciso 24 literal e) de la Carta de 1993) y en las normas internacionales sobre derechos humanos. En todo caso, la prohibición podría establecerse para aquellas personas que cuentan con una sentencia en su contra por haber cometido un delito contra el Estado, lo cual en los hechos ocurre pues de acuerdo al Artículo 33° inciso 2 de la Constitución la ciudadanía se pierde —y, en consecuencia, no se puede postular a ningún cargo público— por una sentencia con pena privativa de libertad. Por lo tanto, la norma objeto de análisis resultaba a nuestro entender discriminatoria, pues establecía un trato desigual para ejercer el derecho fundamental a ser elegido para ocupar un cargo público, reconocido en el Artículo 2° inciso 17 y el Artículo 31° de la Constitución.

4. PROHIBICIÓN DE NORMAS DISCRIMINATORIAS: EL DERECHO A LA IGUALDAD ANTE LA LEY

4.1 ASPECTOS GENERALES

El derecho a la igualdad ante la ley forma parte del contenido del derecho a la igualdad, pero, por lo general, es objeto de estudio en forma separada. Esto es particularmente importante, pues, en no pocos casos, la relación entre ambos derechos no se comprende adecuadamente. En el caso de la Constitución de 1993, ésta hace referencia al derecho a la igualdad ante la ley, mas no al derecho a la igualdad.

Hemos señalado que el derecho a la igualdad implica que todas las personas deben ser tratadas en forma igual, pues, en caso contrario, estaríamos ante una situación de discriminación. Este mandato se extiende, asimismo, a las autoridades del Estado con potestad normativa, a fin de que no emitan normas que contengan mandatos discriminatorios. El derecho a la igualdad implica, en consecuencia, que las normas deben ser iguales para todos. Sin embargo, en el caso que una norma establezca un trato desigual, ésta deberá analizarse aplicando los criterios que han sido mencionados anteriormente (ver sección 3) a fin de determinar si estamos ante un mandato legal que establece una diferenciación o una discriminación.

Es importante precisar que, a pesar de la denominación literal del derecho (igualdad **ante la ley**), no debe entenderse que la prohibición de discriminación a través de una norma está dirigida únicamente al órgano del Estado con capacidad de emitir leyes en su sentido formal, es decir, al Congreso; sino que dicha prohibición está dirigida a todas las autoridades del Estado que cuentan con la potestad de emitir una norma jurídica.

4.2 LA EXPEDICIÓN DE NORMAS SOBRE LA BASE DE LA NATURALEZA DE LAS COSAS Y LA PROHIBICIÓN DE HACERLO POR LA DIFERENCIA DE LAS PERSONAS (ARTÍCULO 103º DE LA CONSTITUCIÓN)

A. ASPECTOS GENERALES

El primer párrafo del Artículo 103º de la Constitución establece:

Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de personas.

De acuerdo con Bernaldes (página 432), esta disposición recoge el principio jurídico de la generalidad y de las condiciones de igualdad en la expedición de las leyes, lo que evita que a través de éstas se concedan privilegios y estatutos de carácter personal.

El desarrollo de este tema estuvo ausente por bastante tiempo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Ha sido con la sentencia 0001/003-2003-AI/TC, publicada el 31 de agosto del 2003, en donde el supremo intérprete de la Constitución ha precisado los alcances del Artículo 103º de la Carta de 1993. Al respecto ha señalado:

- La expresión “cosa” contenida en el Artículo 103º de la Constitución no puede ser entendida en su sentido coloquial, sino referida al *contenido* o *finalidad* de “*una relación jurídica, un instituto jurídico, una institución jurídica o simplemente un derecho, un principio, un valor o un bien de relevancia jurídica*”. Esto puede dar lugar, en consecuencia, a la expedición de leyes especiales, que se apartan de su vocación de alcance general a fin de “*ingresar en una necesaria y razonable singularidad*”.
- La prohibición prevista en el Artículo 103º de expedir normas “*por razón de la diferencia de las personas*”, debe ser interpretado en forma concordante con el Artículo 2º inciso 2 de la Constitución. En este sentido, el Artículo 103º “*abunda en la necesaria igualdad formal prevista (en dicho Artículo), según la cual el legislador no puede ser generador de diferencias sociales*”. Sin embargo, el Tribunal deja en claro que esto no puede entenderse como una limitación para que el Estado cumpla con sus obligaciones a favor del derecho a la igualdad a través de la adopción de medidas o acciones afirmativas, tema que será analizado más adelante (ver sección V).

B. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE EL ARTÍCULO 103º DE LA CONSTITUCIÓN

De las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional en el marco de procesos de inconstitucionalidad, existen dos de especial interés en las que se

ha pronunciado sobre normas que fueron impugnadas por considerarse contrarias al Artículo 103° de la Constitución.

a) *Sentencia sobre la Ley 27755 (uso de formulario registral legalizado por notario)*³

La Ley 27755, publicada el 15 de junio de 2002, estableció un régimen diferente de inscripción registral para los inmuebles cuyo valor sea menor a 20 Unidades Impositivas Tributarias (UIT), el que puede ser efectuado mediante un formulario registral legalizado por notario público y no necesariamente mediante escritura pública. Según los demandantes —los colegios de notarios de los distritos notariales de Lima, Callao y Arequipa—, con esta disposición se establecía una legislación especial en razón de las personas (diferentes tipos de propietarios) y no por la naturaleza de las cosas. Al analizar este caso el Tribunal señaló:

- La finalidad de la norma impugnada “*es dotar de seguridad jurídica a los titulares del derecho de propiedad, de forma tal que puedan oponerlo erga omnes y generar así el desarrollo económico tanto a nivel individual como social*”. En este sentido, se orienta a que la inscripción registral recupere su funcionalidad, reduciendo los costos de transacción en el acceso al registro de los menos favorecidos, razón por la que el Tribunal “*no considera que se haya legislado en contra de la naturaleza de las cosas, sino por el contrario, porque así lo exigía aquélla.*” (fundamento 9)
- La norma impugnada tampoco transgrede la prohibición constitucional de expedir leyes especiales en razón de la diferencia de las personas, pues, “*lejos de crear o fomentar tales diferencias, busca revertirlas*” (fundamento 13).

Esta sentencia es de especial importancia pues el Tribunal se pronuncia sobre una norma orientada a garantizar la explotación económica de la propiedad sobre determinados bienes inmuebles, y que busca beneficiar a un sector de la sociedad que carece de recursos económicos para llevar a cabo gestiones más onerosas a fin de inscribir sus propiedades en los registros públicos. A nuestro entender, es una medida orientada a revertir una situación de desigualdad material existente en el Perú respecto a la propiedad sobre bienes inmuebles, aspecto esencial que es tomado en cuenta por el Tribunal para pronunciarse a favor de la compatibilidad entre la norma impugnada y el Artículo 103° de la Constitución.

³ Sentencia del Expediente 001/003-2003-AI/TC, publicada el 31 de agosto de 2003.

b) *Sentencia sobre la Ley 26285 (desmonopolización progresiva de los servicios de telecomunicaciones)*⁴

La Ley 26285, publicada el 12 de enero de 1994, estableció un conjunto de normas relativas a la “*desmonopolización progresiva de los servicios de telecomunicaciones de telefonía fija local y de servicios de portadores de larga distancia.*” Esta norma fue impugnada a través de un proceso de inconstitucionalidad por diferentes razones, una de las cuales fue su presunta colisión contra el Artículo 103º de la Constitución, pues según los demandantes fue dictada exclusivamente para otorgar una concesión a la empresa Telefónica del Perú S.A. y establecer un monopolio legal a favor de ésta por un período de cinco años.

Para el análisis de este caso, el Tribunal Constitucional tomó como primera referencia lo dispuesto en la Octava Disposición Final y Transitoria de la Constitución, según la cual las disposiciones constitucionales que lo requieran son materia de leyes de desarrollo constitucional, teniendo prioridad “*las relativas a los mecanismos y al proceso para eliminar progresivamente los monopolios legales otorgados en las concesiones y licencias de los servicios públicos*”. De acuerdo con el Tribunal, de esta norma se deriva un mandato constitucional al legislador para que dicte las leyes necesarias para eliminar los monopolios legales existentes. Al existir un monopolio y un mandato legal para su eliminación progresiva, las leyes sobre la materia tendrán necesariamente que referirse a las actividades económicas sobre la cual preexisten prácticas monopólicas. Tomando en consideración estas premisas, el Tribunal señaló:

Cuando se efectúa una *individualización de esas prácticas monopólicas*, y se dictan disposiciones legislativas orientadas a cumplir el mandato constitucional de la desmonopolización progresiva, *no se infringe el primer párrafo del Artículo 103º de la Constitución*. Se trata, por el contrario, de un tratamiento legislativo que se encuentra plenamente justificado, pues sucede que *tal regulación obedece y se legitima en razón de la naturaleza de las cosas*, o, en otras palabras, *porque así lo demanda la complejidad y los rasgos técnicos que posee dicha actividad monopólica*.

(...) Lo verdaderamente relevante no es sobre qué entes recaerán las reglas destinadas a adecuar el desarrollo de sus actividades económicas a lo previsto en el Artículo 61º de la Constitución (...) sino si la actividad económica sujeta a eliminación progresiva, justifica o no leyes que autoricen tratamientos especiales. (Subrayado nuestro)

4.3 JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE EL DERECHO A LA IGUALDAD ANTE LA LEY

A continuación, presentamos una síntesis de las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional en procesos de inconstitucionalidad, en las que se ha

⁴ Sentencia del Expediente 005-2003-AI/TC, publicada el 18 de octubre de 2003.

pronunciado sobre el derecho a la igualdad ante ley, así como nuestros comentarios en algunos casos de especial interés.

A) SENTENCIA SOBRE LA LEY 26599 (INEMBARGABILIDAD DE LOS BIENES DEL ESTADO)⁵

La Ley 26599 modificó el Artículo 648° del Código Procesal Civil y estableció que eran inembargables los bienes del Estado, sin distinguir entre bienes de dominio público y bienes de dominio privado. En su sentencia, el Tribunal declaró fundada en parte la demanda por considerar que esta disposición era contraria al derecho a la igualdad ante la ley, pues establecía una desigualdad de condiciones entre las partes en un proceso. El razonamiento del Tribunal fue el siguiente:

(...) Los tratadistas de Derecho Constitucional consideran que el Estado tiene una doble personalidad jurídica, cuando ejerce el *ius imperium*, actúa como persona de derecho público, y cuando contrata o administra sus bienes patrimoniales privados actúa como persona de derecho privado. En consecuencia, cuando contrata y se obliga ante particulares, ambas partes deben someterse a las mismas reglas y no puede el Estado tener un nivel de preeminencia, lo contrario sería ir contra el principio constitucional de igualdad ante la ley. La persona que acude, en busca de justicia, a la función jurisdiccional, sea quien fuera, recurre pidiendo solución a un conflicto de intereses intersubjetivos y no puede hacerlo con más privilegios que la otra parte o contrario, así sea éste el Estado quien con mayor obligación debe acudir sin otro privilegio que la razón o el derecho; es decir, que ambos recurrentes deben hacerlo en igualdad de condiciones y con la plena confianza de que van a obtener justicia en forma igualitaria, de tal suerte que no se merme la seguridad jurídica.

De continuar vigente la Ley (...), daría lugar a que no exista una seguridad jurídica ya que vano sería accionar contra el Estado, que de ser vencido no se le podría ejecutar la sentencia por existir esta protección a su favor, esto daría lugar para pensar o creer, con fundamento, que la persona que entable demanda al Estado no tiene derecho a una tutela jurisdiccional efectiva; y no habría una igualdad de condiciones, y se presentaría una credibilidad dudosa para el cumplimiento de las sentencias.

El fin de un proceso es abstracto, es lograr la paz social en justicia ¿No sería así innecesario accionar contra el Estado para que cumpla con una obligación?. El Estado sí puede accionar contra una persona y de ser vencedor, puede ejecutar la sentencia, lo que no sucede si el Estado es el enjuiciado y vencido.

Ello vulnera el principio de igualdad ante la ley, pues pretende establecer un trato discriminatorio sin ninguna base objetiva y razonable, violándose de ese modo los Convenios, Pactos, Protocolos y Tratados de Derechos Humanos en los que es parte el Estado peruano, en los que se reconoce y garantiza el derecho a la igualdad de las personas ante la Ley. De continuar la vigencia

⁵ Sentencia del Expediente 006-96-AI/TC, publicada el 7 de marzo de 1997.

del inciso primero (de la norma impugnada) se estaría afectando el desarrollo o resultado del proceso.

Un debido proceso es aquel en que se aplican las leyes sustantivas y adjetivas, debidamente, vale decir en forma igual para los litigantes: demandante y demandado; el Juez tiene la obligación de cumplirlas y hacerlas cumplir, con esta ley y mediante el inciso primero del Artículo 648º del Código Procesal Civil que ahora se examina, no se le deja administrar justicia en forma independiente. ¿Cómo hará el Juez para hacer cumplir un fallo si esta ley le prohíbe ejecutarla, en caso de ser el Estado el obligado?

¿Tendría razón de ser un debido proceso cuando no se va a poder aplicar ni ejecutar la sentencia? No sería un debido proceso, pues sería inconcluso hasta que sea atendida con la partida nuevamente presupuestada del Sector al que corresponda el organismo estatal enjuiciado. De ser así, sería una sentencia meramente declarativa; pero paradójicamente sí se podría ejecutar de inmediato, de ser el caso, si se tratara de un litigante común y corriente el vencido.

El Estado es el primero que debe cumplir la ley, así como exige que todos los ciudadanos la cumplan, y por ser un derecho fundamental y natural: la igualdad de las personas ante la ley.

Hemos colocado en su integridad los argumentos del Tribunal pues se trata de la primera sentencia en la que declaró inconstitucional una norma por considerarla contraria al derecho a la igualdad ante la ley reconocido en el Artículo 2º inciso 2 de la Constitución.⁶ Como se puede apreciar, el razonamiento del Tribunal aparece un poco confuso, con varias ideas interesantes, pero sin el orden que hubiera sido deseado y que necesariamente hubiera tenido si el Tribunal analizaba la norma impugnada sobre la base de los principios de razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad. En términos generales, el Tribunal señala que la norma en cuestión atenta contra la igualdad ante la ley, pues “*pretende establecer un trato discriminatorio sin ninguna base objetiva y razonable*”, con lo cual está señalando que no existe ninguna fundamentación para establecer un trato desigual.

B) SENTENCIA SOBRE EL DECRETO LEGISLATIVO 817 (LEY DEL RÉGIMEN PROVISIONAL A CARGO DEL ESTADO)⁷

En este caso los demandantes señalaron que el Artículo 1º del Decreto Legislativo 817 atentaba contra el derecho a la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación, pues establecía que sus reglas no eran aplicables a los

⁶ Existe una sentencia anterior del Tribunal en la que se pronunció sobre una norma impugnada por atentar contra el derecho a la igualdad ante la ley, pero declaró infundada la demanda en este extremo y no existen argumentaciones relevantes sobre el tema (sentencia del Expediente 004-96-I/TC, publicada el 25 de enero de 1997, sobre la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ley 26637, que modificó la administración del programa municipal del Vaso de Leche).

⁷ Sentencia del Expediente 008-96-I/TC, publicada el 26 de abril de 1997.

pensionistas de otros regímenes provisionales a cargo del Estado, como los del personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú. El apoderado del Congreso respondió señalando que el hecho de que coexistan dos sistemas especiales, uno para el personal militar y policial, y otro para los comprendidos en el régimen de pensiones de la Ley 20530, no significa que se esté legislando con desigualdad, pues cada uno de ellos tiene un fondo distinto.

Al pronunciarse sobre este tema el Tribunal señaló:

(...) el régimen del Decreto Ley 20530 es uno de los regímenes previsionales a cargo del Estado que tiene características propias que lo diferencian e individualizan respecto de los demás, en tal sentido no se vulnera el derecho constitucional a la igualdad ante la ley y a la no discriminación cuando el legislador, en uso de sus facultades, expide una norma que solamente afecta a uno de éstos, siendo la vocación de tal norma la de aplicarse a todos los comprendidos en ésta, en la misma forma y sin distingos. (fundamento 11 de la sentencia)

Como se aprecia, el Tribunal validó la constitucionalidad de la norma impugnada pues consideró que el Estado puede establecer regulaciones diferentes para sistemas de pensiones diferentes. Además, la norma impugnada no establecía una desigualdad entre los integrantes de un mismo sistema de pensiones; en caso contrario, sí se hubiese producido una violación del derecho a la igualdad ante la ley. En este caso, el Tribunal se limitó a constatar la existencia de situaciones diferentes, que justificaban asimismo un trato diferente, sin ingresar por lo tanto a analizar el contenido de la razonabilidad, racionalidad o proporcionalidad del trato desigual pues la diferencia se levaba a cabo entre sujetos diferentes (los pertenecientes al régimen de pensiones de la Ley 20530 y los pertenecientes al régimen de pensiones para el personal militar y policial).

C) SENTENCIA SOBRE EL ARTÍCULO 337° DEL CÓDIGO CIVIL (CRITERIOS ADICIONALES A SER APRECIADOS POR EL JUEZ EN DETERMINADAS CAUSALES DE SEPARACIÓN O DIVORCIO)⁸

La Defensoría del Pueblo presentó una demanda de inconstitucionalidad contra el Artículo 337° del Código Civil, según el cual:

La sevicia, la injuria grave y la conducta deshonrosa son apreciadas por el Juez teniendo en cuenta la educación, costumbre y conducta de ambos cónyuges.

De acuerdo con el demandante, no existía una justificación razonable para otorgarle al juez la posibilidad de tomar en cuenta la educación, costumbre y

⁸ Sentencia del Expediente 018-96-I/TC, publicada el 13 de mayo de 1997.

conducta de ambos cónyuges, al momento de decidir si procedía una separación de cuerpos o un divorcio como consecuencia de un acto de sevicia, injuria grave o conducta deshonrosa.

Esta sentencia es particularmente importante, pues se aprecia un orden en sus fundamentos, no presente en los casos mencionados anteriormente. Un primer aspecto a destacar es el hecho que el Tribunal precisó el objeto de la controversia constitucional. En este sentido señaló:

(...) este Tribunal debe decidir si la apreciación por el juez, en cada caso concreto, de la educación, costumbre y conducta de los cónyuges *es o no discriminatoria*, como alega el demandante y para ello debe analizar *si la desigualdad de educación, costumbre y conducta entre las parejas casadas, es circunstancia justificatoria del trato desigual que debe hacer el juez, en la aplicación del Artículo 337º del Código Civil (...)* (subrayado nuestro)

A continuación, el Tribunal precisó que en este caso la norma impugnada tenía un objetivo legítimo, cual era proteger el vínculo matrimonial; sin embargo, también existía la obligación de proteger los derechos fundamentales que podrían verse afectados como consecuencia de un acto de sevicia, injuria grave o conducta deshonrosa, como el derecho a la integridad personal, el derecho al honor, entre otros. Al ponderar ambos aspectos, señaló:

- el principio de igualdad plasmado en la Constitución no sólo exige, para el trato desigual en la aplicación de la ley a las personas, que la finalidad legislativa sea legítima, sino que los que reciban el trato desigual sean en verdad desiguales;
- los derechos a la dignidad, integridad física, psíquica y moral, al libre desarrollo y bienestar, al honor y buena reputación, a la vida en paz, al goce de un ambiente adecuado, al desarrollo de la vida y a no ser víctima de violencia ni sometido a tratos humillantes, son derechos constitucionales aplicables a **todo ser humano**, sin que interese su grado de educación, costumbre, conducta o identidad cultural. En lo que respecta a estos derechos fundamentales, todas las personas son iguales, y no debe admitirse, en algunas personas y en otras no, la violación de estos derechos;
- si bien la finalidad de la conservación del matrimonio que contiene el Artículo 337º del Código Civil es legítima, no debe preferirse ni sacrificarse para la consecución de ésta, otras finalidades también legítimas y constitucionales, referidas a la defensa y desarrollo de la persona humana como tal, pues los derechos humanos mencionados en el párrafo anterior tienen mayor contenido valorativo y constituyen finalidades más altas y primordiales que la conservación del matrimonio.
- en consecuencia, el Tribunal no considera legítima la preservación de un matrimonio cuando para lograrla, uno de los cónyuges deba sufrir la violación de sus derechos fundamentales.

Luego de realizar estas precisiones, el Tribunal pasó a analizar cada una de las causales de separación o divorcio que podían ser evaluadas por el juez tomando en cuenta la educación, costumbre y conducta de los cónyuges. Al respecto, consideró que estos criterios no podían ser utilizados en el caso de la sevicia y la conducta deshonrosa, pero sí en el caso de la injuria grave. En sus propias palabras:

(...) la apreciación por el juez en base a la educación, costumbre y conducta de los cónyuges, respecto a la violencia física y psicológica y a la conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común, no son adecuados, ni necesarios, ni proporcionales, para la consecución de la finalidad de preservar el vínculo matrimonial, pues vulneran principios y finalidades constitucionales más importantes. Dicho de otro modo, el derecho personal a la integridad física, síquica y moral, el derecho al honor, a la dignidad personal y a la buena reputación, el derecho a una vida tranquila y en paz y el derecho a la igualdad entre los seres humanos, son valores más altos, constitucionalmente, que la finalidad legítima de preservar el vínculo matrimonial.

A nuestra consideración, esta sentencia destaca por haber establecido criterios de interpretación más precisos para analizar si una norma es compatible con el derecho a la igualdad ante la ley. En este sentido, el Tribunal analizó si existía un objetivo legítimo que justificase el trato desigual y encontró que el mismo podía sustentarse en la preservación del vínculo matrimonial (*principio de razonabilidad*), pero, asimismo, advirtió que el trato desigual sólo podía darse en el caso de personas que se encuentran en una situación de desigualdad, lo que en este caso no se presentaba pues todas las personas se encuentran en igualdad de condiciones respecto al reconocimiento y protección de sus derechos fundamentales. Por lo tanto, a pesar de existir un objetivo legítimo, existía un valor más importante que no podía desconocerse: la tutela de los derechos fundamentales.

D) SENTENCIA SOBRE EL ARTÍCULO 80º DEL DECRETO LEGISLATIVO 776
(DESTINO A LAS MUNICIPALIDADES DE UN PORCENTAJE DE LA RENTA ADUANERA RECAUDADA)⁹

El Alcalde de la municipalidad provincial del Callao presentó una demanda de inconstitucionalidad contra el Artículo 80º del Decreto Legislativo 776 (Ley de Tributación Municipal), el cual señalaba:

El 2% de las rentas recaudadas por cada una de las aduanas marítimas, aéreas, postales, fluviales, lacustres y terrestres ubicadas en las *provincias distintas a la Provincia Constitucional del Callao*, constituyen ingresos

⁹ Sentencia del Expediente 024-96-I/TC, publicada el 26 de abril de 2001.

propios de los Concejos Provinciales y Distritales en cuya jurisdicción funcionan dichas aduanas. (subrayado nuestro)

Según el demandante, la mencionada disposición era contraria al derecho a la igualdad ante la ley, reconocido en el Artículo 2º inciso 2) de la Constitución y el Artículo 103º de la misma, pues era una norma discriminatoria y expedida en razón de la diferencia de las personas, dado que todas las municipalidades del país, con excepción de la Provincia Constitucional del Callao, manejan el denominado “*canon aduanero*” de manera autónoma y directa. Al pronunciarse al respecto, el Tribunal señaló:

- si bien el Artículo 2º, inciso 2) de la Constitución reconoce un derecho subjetivo de las personas, al mismo tiempo dicha norma contiene un principio constitucional que prohíbe el tratamiento diferenciado, salvo por la naturaleza de las cosas, tal como lo prevé el Artículo 103º de la misma Constitución;
- en el presente caso, el contenido del Artículo 80º del Decreto Legislativo N.º 776 al excluir de sus alcances a la Municipalidad Provincial del Callao, sin una justificación objetiva y razonable, a pesar que su situación es idéntica a las demás municipalidades provinciales, resulta arbitrario y por ende la norma constitucionalmente inadmisibles, en la parte que se excluye a la demandante.

Este caso llama particularmente la atención pues el Tribunal consideró que el derecho fundamental de toda persona a la igualdad ante la ley también resulta aplicable a los gobiernos locales, estableciendo en consecuencia una obligación por parte del legislador de tratar por igual a todos estos gobiernos, salvo que existan situaciones que justifiquen un tratamiento diferenciado.

E) SENTENCIA SOBRE EL ARTÍCULO 7º DE LA LEY 27755 (INSCRIPCIÓN DE BIENES INMUEBLES MEDIANTE FORMULARIO REGISTRAL LEGALIZADO POR NOTARIO)¹⁰

El Colegio de Notarios de Junín presentó una demanda de inconstitucionalidad contra el Artículo 7º de la Ley 27755, publicada el 15 de junio de 2002, la cual señala:

(...) todas las inscripciones (de los bienes inmuebles en los registros) se efectuarán por Escritura Pública o mediante formulario registral legalizado por notario, cuando en este último caso el valor del inmueble no sea mayor a veinte Unidades Impositivas Tributarias (UIT).

Si bien los demandantes no alegaron como parte de sus fundamentos la presunta afectación del derecho a la igualdad, el Tribunal decidió analizar si la norma impugnada afectaba este derecho. En su decisión, consideró que el le-

¹⁰ Sentencia del Expediente 0016-2002-AI/TC, publicada el 15 de mayo de 2003, párrafos 11 y 12.

gislador partió de una presunción “*meridianamente objetiva*” para emitir la norma: mientras mayor sea el precio del inmueble que se busca inscribir, se presume que mayor es el poder adquisitivo de la persona titular del mismo, y viceversa, mientras menor sea el precio, menor será la capacidad adquisitiva de quien desea inscribirlo. Al pronunciarse sobre la norma, afirmó:

Es evidente que aquellos individuos que cuentan con un título de propiedad registrado poseen una especial ventaja frente a aquellos que no cuentan con la inscripción. Tal ventaja se traduce, especialmente, en facultades de índole económica. Los que ostentan un título inscrito cuentan con un derecho de propiedad oponible erga omnes, razón por la cual será más difícil despojarlos injustamente de su propiedad, con el desmedro económico que ello acarrearía, y tienen mayores posibilidades de convertirse en sujetos de crédito, por mencionar sólo algunas de las referidas ventajas. Existiendo, pues, marcadas distancias entre un título registrado y uno que no lo está, y, por ende, entre los que ostentan un derecho de propiedad con las prerrogativas que la Constitución aspira y aquellos que no, y considerando que parte importante de las razones por las que se suscitan tales distancias se debe a que no todos tienen el poder adquisitivo para acceder al registro, entonces es deber del Estado instaurar las condiciones para despejar los obstáculos que generan tal desigualdad de oportunidades. Tal ha sido el propósito de la disposición cuestionada.

Debe destacarse de esta sentencia la evaluación llevada a cabo por el Tribunal sobre los objetivos de la norma, partiendo de una necesidad real de favorecer el ejercicio del derecho a la propiedad de las personas con menos recursos, aspecto interesante pues demostraría que el razonamiento jurídico a llevar a cabo en los procesos de inconstitucionalidad no resulta tan “abstracto”, sino que implica, como en este caso, consideraciones fácticas de especial trascendencia para evaluar la constitucionalidad de una norma.

F) SENTENCIA SOBRE EL ARTÍCULO 19º DEL DECRETO LEY 25475 Y EL ARTÍCULO 3º INCISO A) DEL DECRETO LEY 25744 (NEGACIÓN DE BENEFICIOS PENITENCIARIOS PARA LAS PERSONAS PROCESADAS O CONDENADAS POR LOS DELITOS DE TERRORISMO Y TRAICIÓN A LA PATRIA)¹¹

Durante el gobierno del ex presidente Alberto Fujimori, se expidieron una serie de normas orientadas a juzgar a las personas procesadas por los delitos de terrorismo y traición a la patria, las que fueron objeto de severos cuestionamientos tanto en el ámbito nacional como internacional. En el año 2002, más de 5,000 ciudadanos presentaron una demanda de inconstitucionalidad contra estas normas, alegando la afectación de diferentes disposiciones constitucionales. En el

¹¹ Sentencia del Expediente 010-2002-AI/TC, publicada el 4 de enero de 2003, sección XIII.

caso del derecho a la igualdad, los demandantes consideraron que éste se veía afectado con el Artículo 19º del Decreto Ley 25475 y el Artículo 3º inciso a) del Decreto Ley 25744, pues prohibían a las personas procesadas o condenadas por el delito de terrorismo o traición a la patria, acogerse a los beneficios penitenciarios contenidos en el Código Penal y el Código de Ejecución Penal.

En su sentencia, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional el delito de traición a la patria, motivo por el que sólo se pronunció por la prohibición de beneficios penitenciarios respecto al delito de terrorismo. En sus argumentos, remarcó que el legislador se encuentra facultado para establecer tratos diferenciados, siempre que no sean arbitrarios, ya sea *“por no poseer un elemento objetivo que la justifique o una justificación razonable que la respalde.”* A partir de esta premisa, señaló:

(...) el Tribunal Constitucional no considera que la no concesión de los beneficios penitenciarios para los condenados por el delito de terrorismo infrinja per se, el principio de igualdad, toda vez que se justifica en atención a la especial gravedad del delito en cuestión y a los bienes de orden público constitucional que, con su dictado, se persiguen proteger.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional debe de observar que la restricción para acceder a los beneficios penitenciarios no posee carácter general, sino únicamente está referida a los beneficios previstos en los Códigos Penal y de Ejecución Penal. Lo que no quiere decir que a los sentenciados por delito de terrorismo les esté negado, a priori, cualquier eventual beneficio penitenciario, sino sólo los que están establecidos en los citados cuerpos legales, correspondiendo al legislador la posibilidad de regular determinados beneficios penitenciarios de acuerdo con la gravedad de los delitos por los cuales sus beneficiarios hubieran sido condenados.

5. ACCIONES AFIRMATIVAS

5.1 DEFINICIÓN

Eguiguren (página 110) define las *acciones afirmativas* como medidas que establecen un trato diferenciado a favor de grupos o sectores que se encuentran en una evidente situación social de marginación, a fin de darles mayores posibilidades y oportunidades de acceso a derechos formalmente consagrados en el ámbito constitucional o legal. Respecto a estas medidas, también conocidas como *“discriminación positiva”* o *“discriminación inversa”*, Bidart Campos (página 388) comenta:

Algo que aparentemente puede presentarse como lesivo de la igualdad y, muy lejos de ello, es o puede ser un tramo razonable para alcanzarla, es la llamada discriminación *“inversa”*. En determinadas circunstancias que con suficiencia aprueben el test de la razonabilidad, resulta constitucional favorecer a determinadas personas de ciertos grupos sociales en mayor proporción que a otras, si mediante esa *“discriminación”* se procura compensar y equili-

brar la marginación o el relegamiento desigualitarios que recaen sobre aquellas personas que con la discriminación inversa se benefician. Se denomina precisamente discriminación inversa porque tiende a superar la desigualdad discriminatoria del sector perjudicado por el aludido relegamiento.

5.2 LA CONSTITUCIÓN DE 1993 Y LA REFORMA CONSTITUCIONAL

La Constitución de 1993 no contiene una referencia de alcance general sobre las acciones afirmativas, como por ejemplo ocurre en Colombia, en donde el Artículo 13 de la Constitución de 1991, referido al derecho a la igualdad, señala:

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva *y adoptará medidas a favor de personas discriminadas o marginadas.* (subrayado nuestro)

Sin embargo, es posible encontrar una referencia específica a las acciones afirmativas en el actual texto del capítulo de la Constitución dedicado a la Descentralización (Capítulo XIV). Como consecuencia de la reforma constitucional llevada a cabo a través de la Ley 27680, publicada el 7 de marzo de 2002, el Artículo 191° de la Constitución señala:

La ley establece porcentajes mínimos para hacer accesible la representación de género, comunidades nativas y pueblos originarios en los Consejos Regionales. Igual tratamiento se aplica para los Concejos Municipales.

La falta de una referencia expresa a las “*acciones afirmativas*” en el texto de la actual Constitución ha dado lugar a que este tema esté presente en el debate sobre la reforma constitucional, que, como ya dijimos, se encuentra actualmente paralizado. El siguiente cuadro nos muestra la manera en que este tema fue planteado en el anteproyecto y el proyecto de reforma, así como el texto aprobado hasta el momento:

Anteproyecto de reforma	Artículo 1°, inciso 2.- (...) El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, además adoptará <i>medidas positivas a favor de grupos discriminados o marginados.</i>
Proyecto de reforma	Artículo 2°, inciso 2.- (...) El Estado y la sociedad promueven las condiciones y <i>medidas positivas para que real y efectivamente nadie sea discriminado.</i>
Texto aprobado en el Congreso	Artículo 2°, inciso 2.- (...) El Estado y la sociedad promueven las condiciones y <i>medidas positivas para que real y efectivamente nadie sea discriminado.</i>

5.3 LAS LEYES QUE CONTIENEN “ACCIONES AFIRMATIVAS”

La falta de una mención expresa en la Constitución a las “*acciones afirmativas*” no ha significado un obstáculo para que se adopten este tipo de medidas. En este trabajo, no pretendemos hacer una lista completa de estas leyes, sino solo mencionar algunas a fin de analizar su contenido y plantear posibles interrogantes relativas a su compatibilidad con el derecho a la igualdad.

A) ACCIÓN AFIRMATIVA A FAVOR DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

La Ley 27050 (Ley general de la persona con discapacidad), publicada el 6 de enero de 1999, señala en su Artículo 36º lo siguiente:

En los concursos para la contratación del personal del sector público, las personas con discapacidad tendrán una bonificación de 15 (quince) puntos en el concurso de méritos para cubrir la vacante.

Esta norma establece un trato favorable para las personas con discapacidad que se presenten a un concurso de méritos para ocupar un cargo público, la que no ha sido objeto de impugnación ante el Tribunal Constitucional, por lo que no existe un pronunciamiento en el ámbito de la jurisdicción constitucional sobre si este trato diferenciado a favor de las personas con discapacidad se encuentra justificado o si constituye una afectación del derecho a la igualdad ante la ley.

Resulta interesante mencionar sobre el particular una decisión de la Corte Constitucional de Colombia (sentencia C-022/96), en la que se evaluó la compatibilidad con el derecho a la igualdad de una norma que estableció un beneficio académico para las personas que realizaran el servicio militar, consistente en añadirles diez puntos adicionales en las pruebas que rindiesen para ingresar a los centros educativos superiores del Estado. En su sentencia, la Corte Constitucional declaró inconstitucional esa norma sobre la base de los siguientes argumentos:

- El objetivo de la norma es válido: otorgar un beneficio a los bachilleres que presten el servicio militar a fin de estimular la incorporación de jóvenes a las Fuerzas Armadas y compensar la interrupción de los estudios que significa la prestación de este servicio.
- Sin embargo, si bien el beneficio es adecuado para estimular la prestación del servicio militar, *no es ni necesario para el logro de ese fin, pues se puede alcanzar lo mismo de otra forma, ni proporcionado frente al sacrificio de los derechos y méritos académicos de los demás candidatos a ingresar a un centro de educación superior.*
- El privilegio otorgado no guarda conexión alguna con el tipo de actividad realizada por las personas que prestan el servicio militar.

Esta sentencia del derecho comparado es interesante, pues nos ofrece criterios de análisis para evaluar si el beneficio que en nuestro país otorga el Artículo 36° de la Ley 27050 a las personas con discapacidad resulta compatible con el derecho a la igualdad.

Si bien en el caso de Colombia se trató de una norma que otorgaba un beneficio académico a quienes realizaban el servicio militar, y en el caso de la ley peruana se trata de un beneficio otorgado a las personas con discapacidad que se presentan a los concursos para acceder a un cargo público, estimamos que los elementos a considerar son similares, pues se trata de un puntaje adicional que se otorga por parte del Estado bajo la justificación de alcanzar un objetivo legítimo. En este sentido, corresponde plantear las siguientes interrogantes:

- ¿El beneficio otorgado a las personas con discapacidad tiene un objetivo legítimo?
- ¿El beneficio otorgado a las personas con discapacidad resulta necesario para alcanzar ese objetivo legítimo?
- ¿El beneficio en cuestión es proporcional frente a los derechos y méritos académicos de las demás personas que postulan a un cargo público?
- ¿Existe una conexión entre el beneficio otorgado a las personas con discapacidad y la función que van a realizar en los cargos públicos a los que postulan?

Si bien los límites de espacio de este trabajo no nos van a permitir desarrollar con mayor amplitud este tema, consideramos que —siguiendo los argumentos de la Corte Constitucional de Colombia— el Artículo 36° de la Ley 27050 resultaría contraria al derecho a la igualdad reconocido en la Constitución de 1993.

B) LAS LEYES SOBRE “CUOTA ELECTORAL”

El derecho fundamental a la participación política se encuentra reconocido en la Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Su ejercicio puede llevarse a cabo a través de diferentes mecanismos de participación, conocidos por lo general como “*derechos políticos*”, entre los que se encuentra el derecho a ser elegido, es decir, a postular como candidato en los procesos electorales para diferentes cargos públicos. Sin embargo, la realidad demuestra que determinados grupos han sido permanentemente marginados de la vida política del país, lo que ha implicado, entre otros aspectos, que no tengan la posibilidad de postular a un cargo público. A fin de revertir esta situación, se han aprobado normas orientadas a que estos grupos se incorporen a la vida política del país, conocidas en el derecho comparado como “*leyes de cuotas electorales*”. En la actualidad, se cuenta con dos normas al respecto, como se aprecia en el siguiente cuadro.

Ley 26859 (Ley Orgánica de Elecciones)	Artículo 116º: “Las listas de candidatos al Congreso en cada Distrito Electoral debe incluir un número no menor del 30% de mujeres o de varones. En las circunscripciones en que se inscriban listas con tres candidatos, por lo menos uno de los candidatos debe ser varón o mujer.” ¹²
Ley 27683 (Ley de elecciones regionales), publicada el 15 de marzo de 2002.	Artículo 12º, segundo párrafo: “La lista de candidatos al Consejo Regional debe estar conformada por (...) no menos de un treinta por ciento (30%) de hombres o mujeres, y un mínimo de quince por ciento (15%) de representantes de comunidades nativas y pueblos originarios de cada región donde existan, conforme lo determine el Jurado Nacional de Elecciones.”

5.4 JURISPRUDENCIA SOBRE “ACCIONES AFIRMATIVAS”

No existe jurisprudencia del actual Tribunal Constitucional peruano sobre alguna norma que haya establecido una “*acción afirmativa*”. Sin embargo su antecesor, el Tribunal de Garantías Constitucionales, emitió un importante pronunciamiento sobre una norma orientada a proteger a los obreros que no eran contratados en labores de construcción civil, ya sea por sus ideas sindicales o por su edad (mayores de cuarenta años), lo que originaba una clara situación de discriminación (Landa, página 130). La Ley 25202, conocida como la ley de la *Bolsa de Trabajo*, publicada el 24 de febrero de 1990, establecía en su Artículo 1º:

Créase la Bolsa de Trabajo, para proveer las plazas de trabajo del personal obrero de las diversas categorías y especialidades en las obras de Construcción Civil, privadas, estatales y para-estatales, que serán cubiertas por los Sindicatos de Trabajadores de Construcción Civil de la República, en proporción del 25% del total de plazas que requiere una obra.

El Fiscal de la Nación presentó una demanda de inconstitucionalidad contra esta norma por considerar, entre otros aspectos, que era discriminatoria, pues, al otorgar un 25% de cuota de empleo al sindicato, se beneficiaba a las personas afiliadas al mismo, en perjuicio de las no sindicalizadas (Landa, página 124). En su sentencia, el Tribunal señaló que la mencionada ley, “*lejos de atentar contra la igualdad de trato, lo que en realidad hace es restablecer la igualdad de trato perdida por la discriminación patronal introducida por el empleador*” (Landa, página 130).

¹² Texto según Artículo único de la Ley 27387, publicada el 29 de diciembre de 2000. El texto original del Artículo 116º de la Ley Orgánica de Elecciones, publicada el 1 de octubre de 1997, señalaba: “Las listas de candidatos al Congreso deben incluir un número no menor del 25% de mujeres o varones.”

5.5 ALGUNOS PROBLEMAS QUE SE PUEDEN PRESENTAR CON LAS ACCIONES AFIRMATIVAS

- A) UNA INCORRECTA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 103° DE LA CONSTITUCIÓN, SOBRE LA PROHIBICIÓN DE EXPEDIR LEYES SOBRE LA BASE DE LA “DIFERENCIA DE LAS PERSONAS”

El primer párrafo del Artículo 103° de la Constitución señala que “*pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de personas.*” Se trata de un mandato dirigido al legislador para que respete el principio de la generalidad de las normas jurídicas, autorizándolo para que pueda expedir normas especiales pero por razones objetivas, prohibiendo de manera expresa la expedición de normas por la diferencia de las personas (ver sección IV.2).

Esta prohibición de expedir normas por “*la diferencia de las personas*” puede ser interpretada de dos maneras, ya sea como una limitación al legislador que no admite excepción alguna, o como una limitación que encuentra una excepción en la obligación del Estado de adoptar medidas que permitan a todas las personas la igualdad de oportunidades para el ejercicio de sus derechos fundamentales. La primera interpretación ha sido empleada con frecuencia para sustentar posiciones en contra de las *acciones afirmativas*. La segunda ha sido acogida por el Tribunal Constitucional, el que ha señalado:

(...) cuando el Artículo 103° de la Constitución prevé la imposibilidad de dictar leyes especiales “en razón de la diferencia de las personas”, abunda en la necesaria igualdad formal prevista en el inciso 2 de su Artículo 2°, según la cual el legislador no puede ser generador de diferencias sociales; *pero en modo alguno puede ser interpretado de forma que se limite el derecho y el deber del Estado de, mediante “acciones positivas” o “de discriminación inversa”, ser promotor de la igualdad sustancial entre los individuos.* (subrayado nuestro)

La prohibición contenida en el Artículo 103° de la Constitución para expedir normas “*por la diferencia de las personas*” no puede ser entendida, por lo tanto, como una prohibición para adoptar medidas afirmativas de carácter legislativo —o de otro tipo— a favor de grupos marginados o discriminados.

- B) MEDIDAS A FAVOR DE GRUPOS DISCRIMINADOS QUE PROVOCAN MAYOR DISCRIMINACIÓN

Uno de los problemas que pueden presentarse en el ámbito de las acciones afirmativas consiste en la expedición de normas que, fundamentadas en la necesidad de proteger a un grupo objeto de discriminación, devienen en medidas que impiden el ejercicio de sus derechos en condiciones de igualdad, agravando aun más la situación de desigualdad en la que se encuentran.

Se puede citar al respecto el contenido de la Ley 2851 (de 1918), que estableció un régimen especial de protección a las mujeres en el ámbito laboral, prohibiendo que éstas puedan desempeñar determinadas actividades. La citada ley señalaba:

Artículo 6º.— “Se prohíbe el trabajo nocturno (...) a las mujeres y a los varones que no hayan cumplido los veintidós años de edad. Se reputa trabajo nocturno el que se realiza de 8 p.m. a 7 a.m.”

Artículo 12º.— “También se prohíbe a las mujeres y a los menores de diez y ocho años, los trabajos subterráneos, los trabajos de minas, los de cantera, y todos los demás que en concepto del Poder Ejecutivo sean peligrosos para la salud y las buenas costumbres.”

Sobre el contenido de estas normas, Cortés y Toyama (páginas 32-33) señalan que la prohibición del trabajo nocturno limitaba el desarrollo laboral de muchas mujeres que realizaban actividades que necesariamente debían ser nocturnas, como era el caso de las enfermeras o las que desarrollaban trabajos de limpieza. En lo que se refiere a la prohibición de trabajos subterráneos, tal medida constituyó también una limitación a las actividades laborales, más aun cuando empezaron a surgir una cantidad considerable de mujeres profesionales en Ingeniería de Minas o Geología a partir de las carreras que se dictaban en las distintas universidades del país. En lo que se refiere a la parte final del Artículo 12º, se trataba de una norma completamente discriminatoria, al presuponer de alguna manera que ningún trabajo realizado por los varones atentaba contra las buenas costumbres o que los varones sí podían realizar trabajos de tal índole.

6. REFLEXIONES FINALES

El derecho fundamental a la igualdad implica un trato igual por parte del Estado a todas las personas. En caso exista un trato desigual, estaremos ante un acto de discriminación, el cual se encuentra prohibido. Sin embargo, esto no impide que pueda establecerse un trato diferenciado entre las personas que se encuentran en una situación de desigualdad, para lo cual habrá de observarse siempre los principios de razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad.

El reconocimiento del derecho a la igualdad implica asimismo que el Estado tiene la obligación de adoptar aquellas medidas, normativas o de otro carácter, orientadas a garantizar a todas las personas la igualdad de oportunidades para el ejercicio de sus derechos fundamentales. Esto implica reconocer que en la realidad existe una situación de desigualdad, que debe ser revertida.

La Constitución de 1993 no contiene un desarrollo adecuado del derecho a la igualdad. Sin embargo, a través de su jurisprudencia el Tribunal Constitucional ha venido precisando en forma adecuada sus alcances. Asimismo, en el proceso de reforma constitucional se ha buscado mejorar la redacción del actual texto constitucional, pero lo aprobado hasta el momento podría originar un retroceso en lo que respecta a la adecuada comprensión e interpretación

del derecho a la igualdad por parte de los diferentes operadores jurídico, en especial los jueces.

En sus sentencias sobre demandas de inconstitucionalidad, que han constituido la fuente principal para la realización de este trabajo, el Tribunal ha tenido oportunidad de expresarse sobre la compatibilidad de varias normas con el derecho a la igualdad ante la ley. Si bien en sus primeras decisiones sobre este tema no realizaba un análisis adecuado y ordenado, de manera progresiva ha ido mejorando el razonamiento empleado a fin de analizar si las leyes impugnadas a través el proceso de inconstitucionalidad son compatibles con el derecho a la igualdad.

En su jurisprudencia, el Tribunal ha precisado asimismo los alcances del Artículo 103° de la Constitución, sobre la posibilidad de expedir normas por la "naturaleza de las cosas" y la prohibición de hacerlo "por razón de la diferencia de las personas". Entre otros aspectos, ha remarcado que la prohibición de expedir leyes "por razón de la diferencia de las personas", no impide la aprobación de normas cuyo objetivo sea revertir una situación de desigualdad respecto a grupos discriminados o marginados, en tanto forman parte de lo que se conoce en el ámbito de la doctrina y el derecho comparado como "acciones afirmativas".

Lima, 11 de diciembre de 2003

BIBLIOGRAFÍA

- BERMÚDEZ VALDIVIA, Violeta. *Alcances constitucionales del derecho a la igualdad de la mujer*. En: Lecturas sobre temas Constitucionales N° 14. Lima: Comisión Andina de Juristas, diciembre de 1995. Páginas 31-44.
- BERNALES, Enrique. *La Constitución de 1993: análisis y comentarios*. Lima: Fundación Konrad Adenauer / CIEDLA, 1996, Páginas 93-96 y 431-433.
- BIDART CAMPOS, Germán. *Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino*, Tomo I. Buenos Aires: Ediar, 1993. 788 páginas.
- CORTÉS CARCELÉN, Juan Carlos y TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. "Flexibilización" del Derecho Laboral y discriminación por razón de sexo. En: Discriminación sexual y aplicación de la ley, Volumen II. Lima: Defensoría del Pueblo del Perú, agosto del 2000. Páginas 11-262.
- DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. *Los derechos a la igualdad y no discriminación por razón de sexo en el derecho constitucional*. En: Discriminación sexual y aplicación de la ley, Volumen IV. Lima: Defensoría del Pueblo del Perú, agosto del 2000. Páginas 107-189
- EGUIGUREN PRAELI, FRANCISCO. *Principio de igualdad y derecho a la no discriminación*. En: Estudios Constitucionales. Lima: ARA editores, 2002. Páginas 93-118.

LANDA ARROYO, César. *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. Lima: Palestra Editores, 2da edición, 2003. Páginas 124-138.

SCHWABE, Jürgen (compilador). *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán*. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer / Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003. Páginas 98-108.

SITIOS WEB

Comisión Andina de Juristas (sección sobre “*Jurisprudencia Constitucional*”)
www.cajpe.org.pe

Congreso de la República del Perú

www.congreso.gob.pe

Tribunal Constitucional del Perú

www.tc.gob.pe