

# EL DERECHO A LA IGUALDAD

## Dr. Víctor García Toma

Maestría en Derecho Constitucional. Ex Presidente del Tribunal Constitucional. Catedrático en las Universidades de Lima, Inca Garcilaso de la Vega, San Martín de Porres y Universidad Femenina del Sagrado Corazón.

Sumario:

I. Introducción. II. La Conceptualización de la Igualdad. III. La Igualdad como Principio. IV. La Igualdad como Derecho. V. Los ámbitos de aplicación al Principio–Derecho de Igualdad. V.1 La Igualdad en relación al Sistema Jurídico. V.1.1 La Igualdad en la elaboración de la Ley. V.1.2 La Igualdad en la aplicación de la Ley. V.2 La Igualdad en relación al Sistema Político–Social. VI. La Igualdad y la Diferenciación. VII. La Igualdad y la Discriminación. VIII. La Discriminación y el Criterio de Término de Comparación. IX. El Test de Igualdad. X. La Discriminación a la Inversa: La Acción positiva o afirmativa.

## I. INTRODUCCIÓN

Esta materia se encuentra prevista en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución vigente y en el inciso 1 del artículo 26 del mismo texto. En nuestro país su regulación constitucional se inicia en el texto de 1823.

De manera concordante y con sujeción a lo establecido en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, el derecho objeto de comentario se encuentra contemplado en los artículos 1, 2 y 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el artículo II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; los artículos 2 y 26 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos; y en los artículos 1, 2, 13 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Desde una perspectiva histórica, el derecho a la igualdad es una de las conquistas más sentidas de la Revolución Francesa y de la Revolución Americana. En suma, tuvo una raigambre liberal, cuya característica inicial consistió en concebir a la ley como una expresión normativa vinculante y obligatoria de generalidad, abstractividad y espontaneidad; amén de reconocimiento a una simetría de capacidad jurídica para toda persona sin ningún tipo de distinción social. Con la imposición de esta idea–fuerza liberal se combatieron los privilegios y arbitrariedades de clase y de casta. Así, en el Acta de Independencia de los Estados Unidos de fecha 4 de julio de 1776 se proclamó lo siguiente: “Sostenemos como verdades evidentes que todos los hombres han sido creados iguales [...]”. Igualmente, en dicha declaración se consignó lo siguiente: “Ningún hombre o grupo de hombres tiene derecho, privilegio o ventajas exclusivas o separadas de la comunidad”.

Asimismo, en el artículo 1 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (Francia, 1789) se estableció que: “Todos los hombres nacen y viven libres e iguales en derechos; las distinciones sociales solo pueden fundarse en la utilidad común”.

Igualmente en el artículo 6 del citado texto se señaló que:

“La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen el derecho de concurrir a su formación personalmente o por representantes. Ella debe ser la misma para todos, lo mismo cuando proteja como cuando castigue. Siendo todos los ciudadanos iguales ante ella, son igualmente admisibles a todas las dignidades, cargos y empleos públicos, según su capacidad, sin otra distinción que la de su virtud o la de su talento”.

A tenor del contenido de las disposiciones antes glosadas y como bien refiere Francisco Fernández Segado<sup>76</sup> en el pensamiento liberal de finales del siglo XVIII y a lo largo del siglo XIX, el principio de igualdad se manifestaba básicamente como una paridad ante la ley. Esto es, como una equiparidad sin acepción de las personas, en torno a los alcances normativos de un precepto legal.

La afirmación del principio de igualdad como referente coexistencial moderno fue aparejada de la afirmación de la libertad. Su presencia destruyó todo vestigio de funcionamiento estamental de la sociedad que había prevalecido durante todo el medioevo europeo.

En puridad, esta concepción rupturista con el *ancien regime* que dividía jurídicamente a los hombres tercialmente en nobleza, clerecía y pueblo, más que apuntar a la eliminación de los privilegios de casta, aspiraba a la consagración principista del concepto de la generalidad de la norma dictada por la autoridad política, así como a la eficacia *erga omnes* de las disposiciones legales a las que debían sujetarse todos los individuos sin distinción.

En ese contexto, el principio de igualdad quedó subsumido dentro del principio de legalidad. Por consiguiente, se consideraba como iguales a aquellos a quienes la ley considera como tales, y diferentes a aquellos otros a quienes ella misma diferenciara.

En ese sentido, se consideraba que la ley era igual para todos porque ésta reunía las características de universalidad y generalidad. En razón de la primera se determinaba normativamente el conjunto de ideas esenciales referidas a una específica forma de relación jurídica, lo que le daba a dichos tipos de ligazón una naturaleza o carácter común. En razón de la segunda, esto se producía cuando la determinación normativa se extendía a todos los vínculos jurídicos del mismo género y especie.

Es evidente que dentro de dicho marco histórico-ideológico, la vigencia y aplicabilidad del principio de igualdad quedaba supeditado a la voluntad del legislador. Este tenía como principal punto de orientación para consagrar dicha equiparidad personal, la imposibilidad de establecer diferencias que no resultaren del libre juego de las fuerzas sociales. En ese sentido, se postuló la neutralidad e imparcialismo del cuerpo político frente a sus súbditos o ciudadanos.

Francisco Rubio Llorente<sup>77</sup> establece que la sociedad civil, como hecho oriundo y ajeno al Estado, no encontraba obstáculo para considerar naturales y consecuentemente juridizables las diferencias que la propia sociedad estableciere.

Tal como puede desprenderse de sus prístinos enunciados ideológicos, la clásica enunciación de la igualdad ante la ley constituye una igualdad formal, la cual devenía en insuficiente a la luz de las reflexiones que nos brinda la historia de la coexistencia social.

<sup>76</sup> FERNANDEZ SEGADO, Francisco. (1992).

<sup>77</sup> RUBIO LLORENTE, Francisco. (1993).

El cambio de orientación del sentido de la igualdad se generará con la aparición de las corrientes políticas revolucionarias post-liberales (socialdemócrata, anarquista, marxista, etc.) y por la propia doctrina social de la Iglesia. A raíz de ello, se comenzará a reivindicar la necesidad de que la igualdad no sea concebida exclusivamente en términos formales sino que adquiera complementariamente un sentido material. Esto es, que la igualdad en el goce pleno de los derechos fundamentales y la búsqueda de la plena realización personal se convierte en un logro o meta histórica a alcanzar mediante la actuación directa o indirecta del Estado. A partir de allí se comienza a reivindicar la necesidad que la igualdad no sea concebida como un principio exclusivamente formal, sino que la equiparidad de oportunidades se convierta en un objetivo o meta a alcanzar mediante la actuación del Estado. Por ende, para que todos los seres humanos podamos tener acceso a las mismas oportunidades de realización personal y coexistencial, y para que los beneficios de la ley no devengan en una quimera, es preciso que se atenúen los desequilibrios que infraccionan el orden natural.

A la denominada igualdad ante la ley hay que confrontarla en la praxis con la denominada igualdad real, lo que se traduce en la verificación efectiva de todo aquello que la primera enuncia. Se trata de comprobar de qué modo ello se cumple en función de una serie de condicionamientos de carácter económico, social, cultural, etc.

Es obvio que la desigualdad real evidentemente influirá en la materialización de los alcances y contenidos de la ley. Domingo García Belaúnde<sup>78</sup>, plantea como ejemplo, que el condicionamiento económico para el cabal ejercicio del derecho de defensa permitirá o impedirá, según sea el caso, el contar con la asistencia de un abogado competente.

El cambio de contenidos en el principio de igualdad alcanzará mayoría de edad mediante la orientación jurisprudencial emprendida por el Tribunal Constitucional alemán; el mismo que fue dirigido en buena parte por el jurista Gelehard Leibholz durante el período de entre guerras (1919–1939). A ello hay que agregar el aporte del Tribunal Constitucional italiano a partir de 1947.

## II. LA CONCEPTUALIZACIÓN DE LA IGUALDAD

Como bien afirman Walter Gutiérrez Camacho y Juan Manuel Sosa Sacio<sup>79</sup> la igualdad es un concepto relacional que sólo se revela en función a la respuesta a dos interrogantes:

- ¿La igualdad entre quiénes?
- ¿La igualdad en qué?

En ese orden de ideas, la igualdad no puede ser considerada como un derecho autónomo sino relacional, el cual opera en cuanto se vincula con el goce de los restantes derechos, facultades y atribuciones constitucionales y legales.

Al actuar relacionamente, la igualdad permite disfrutar de un derecho luego de la comparación que una persona efectúe con referencia a otra en lo relativo a dicho goce.

<sup>78</sup> GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. (1989).

<sup>79</sup> GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter y SOSA SACIO, Juan Manuel. (2005).

Al respecto, el Tribunal Constitucional en el caso Cámara Peruana de la Construcción (Expediente N° 00261–2003–AA/TC), ha señalado que “la naturaleza jurídica de la igualdad reposa en una condición o presupuesto indispensable para el ejercicio de los distintos y plurales derechos individuales. Es decir, que funciona en la medida en que se encuentra conectado con los restantes derechos [...]”.

En ese contexto Marcial Rubio Correa<sup>80</sup> refiere que los seres humanos tienen algo de común e idéntico con sus congéneres, que para el caso nos representa y caracteriza como seres humanos.

En ese sentido, la igualdad es un principio–derecho que intenta colocar a las personas situadas en idéntica condición en un plano de equivalencia. Ello implica una conformidad o identidad por coincidencia de naturaleza, circunstancias, calidad, cantidad o forma. Ello de modo tal que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a una persona de los derechos que se conceden con otra, en paridad sincrónica o concurrencia de razones.

Se reconoce a la igualdad como un principio normativo de vinculación genérica. Este deviene en el atributo que tiene toda persona para que se le aplique la ley o se le trate en las mismas condiciones que a los semejantes que se encuentran en idéntica o similar situación. Consiste en la afirmación *a priori* y de apodíctica homologación entre todos los seres humanos, en razón de la identidad de naturaleza que el derecho estatal se limita a reconocer y garantizar.

Dicha igualdad conlleva a lo siguiente:

- La abstención de toda acción legislativa o jurisdiccional tendente a la diferenciación arbitraria, injustificable y no razonable.
- La existencia de un derecho subjetivo destinado a obtener un trato igual en función de hechos, situaciones y relaciones homólogas.

La igualdad busca regular de manera uniforme las situaciones similares; ergo, consiste en la ausencia de discriminación, privilegio, favor o preferencia de unos seres humanos sobre otros.

A través de su verificación práctica procura una simetría de consecuencias jurídicas en pro de similares oportunidades o posibilidades para todos, lo que implica una tarea promotora para el acceso cabal e íntegro de los derechos fundamentales de la persona.

El principio de igualdad se concretiza en el plano formal mediante el deber estatal de abstenerse en la generación legal de diferencias arbitrarias o caprichosas, y en el plano material conlleva a la responsabilidad del cuerpo político de proveer las óptimas condiciones para una simetría de oportunidades para todos los seres humanos.

La igualdad se encuentra resguardada cuando se acredita la existencia de los dos requisitos siguientes:

---

<sup>80</sup> RUBIO CORREA, Marcial. (1999).

- Paridad, uniformidad y exactitud de otorgamiento o reconocimiento de derechos ante hechos, supuestos o acontecimientos semejantes.
- Paridad, uniformidad y exactitud de aplicación de la ley para las personas sujetas a idénticas circunstancias y condiciones.

La quiebra de la noción igualdad se produce cuando, a través del proceso de formulación o interpretación–aplicación de la ley, ésta genera consecuencias jurídicas entre una persona y otra por el mero hecho de tales. En suma, se aparece ante el establecimiento de derechos, facultades, atribuciones, deberes, responsabilidades o sanciones diferentes, a pesar de ser idénticas las conductas o situaciones de las personas involucradas en dicho proceso.

La conceptualización efectuada a la expresión igualdad, lleva a como derecho en dos planos convergentes: como principio y como derecho.

### III. LA IGUALDAD COMO PRINCIPIO

La noción de igualdad sirve de pauta básica para examinar la afectación o no afectación de diversos derechos y bienes constitucionales.

La igualdad como principio se constituye en la pauta rectora de la organización y actuación del Estado. Por ende, deviene en la regla básica que el cuerpo político debe garantizar, preservar y dar contenido a través de la dación de leyes y actos administrativos. Dicho principio debe ser asumido como un mandato de optimización que apunta a su verificación jurídica y social.

El principio de igualdad exige del Estado, simultánea y sincrónicamente, una vinculación negativa o abstencionista y otra positiva o intervencionista. La vinculación negativa o abstencionista está referida a tratar igual a los iguales y diferente a los diferentes, quedando vedada la posibilidad que a través de la ley (expresión de regla general y abstracta) se pueda auspiciar situaciones discriminatorias de cualquier índole. La vinculación positiva o intervencionista está referida a tratar deferentemente por un lapso, mediante la denominada acción afirmativa o discriminación a la inversa.

El Tribunal Constitucional en los casos Cámara Peruana de la Construcción y Máximo Yauri y más de cinco mil ciudadanos (Expedientes N° 0261–2003–AA/TC y N° 0018–2003–AI/TC) ha precisado los alcances de la igualdad como principio, a saber:

- La igualdad como límite para la actuación estatal (ámbito legislativo, administrativo y jurisdiccional).
- La igualdad como mecanismo de reacción jurídica frente al hipotético caso de arbitrariedad en el ejercicio del poder.
- La igualdad como impedimento para el establecimiento de situaciones basadas en criterios prohibidos (diferenciación atentatoria a la dignidad de la persona).
- La igualdad como pauta basililar al accionar del Estado, para que remueva los obstáculos políticos o sociales que restringen de hecho la igualdad de oportunidades entre los seres humanos.

#### IV. LA IGUALDAD COMO DERECHO

La noción de igualdad es percibida como una facultad o atribución exigible individual o colectivamente, por medio de la cual las personas deben ser tratadas simétricas y homológamente, tanto en el contenido de las leyes como en las aplicaciones de las mismas siempre que no existan razones fundadas para un tratamiento distinto.

En tal sentido, el derecho a la igualdad se constituye, *prima facie*, en aquello que obliga tanto a los poderes públicos como los particulares a actuar uniformemente respecto a las personas que se encuentren en las mismas condiciones o situaciones; así como tratar de manera desigual a las personas que se encuentren en circunstancias disímiles, debiendo tener dicho trato dispar un fin legítimo, el mismo que debe ser conseguido mediante la adopción de la medida más idónea, necesaria y proporcional. En consecuencia se erige como un derecho fundamental de la persona oponible en todos los ámbitos de la vida coexistencial.

En resumen, la igualdad como principio implica un postulado o proposición con sentido y proyección normativa o deontológica que, como tal, constituye parte del núcleo del sistema constitucional de fundamento democrático. Como derecho comparte el reconocimiento de la existencia de una facultad o atribución conformante del patrimonio jurídico de la persona y derivado de su naturaleza, que consiste en ser tratado igual que los demás en función de hechos, situaciones o acontecimientos coincidentes; por tal, deviene en el derecho subjetivo de obtener un trato igual y de evitar los privilegios y las desigualdades.

#### V. LOS ÁMBITOS DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO-DERECHO DE IGUALDAD

La idea de igualdad puede ser observada en relación al sistema jurídico o al sistema político jurídico. El objetivo final de todo ello será la consagración de la libertad y la justicia.

Al respecto, veamos lo siguiente:

##### V.1 La igualdad en relación al sistema jurídico

La igualdad es observada como condicionadora vital de los procesos de elaboración, interpretación, aplicación e integración de la ley. En ese contexto, la igualdad aparece para consolidar la seguridad jurídica, ya que obliga al sistema a generar un marco de estabilidad y certeza. Para tal efecto dicho principio-derecho se vislumbra a través de las nociones de igualdad ante la ley e igualdad en la aplicación de la ley.

##### V.1.1 LA IGUALDAD EN LA ELABORACIÓN DE LA LEY

Ella se refiere al contenido de las normas, por ende, opera como un límite a la discrecionalidad del legislador. Supone que éste se encuentra impedido de configurar pautas preceptivas diferentes cuando no existen situaciones de hecho relevantes para ello. De allí que el legislador se encuentra vedado de establecer distinciones artificiosas o arbitrarias ante hechos, sucesos o acontecimientos que involucren a personas ubicadas en un plano de identidad absoluta, o que en caso de no existir dicha homología, éstas careciesen de relevancia para fijar una regla de diferenciación.

Como exponen Walter Gutiérrez Camacho y Juan Manuel Sosa Sacio<sup>81</sup>:

“(…) impone un límite constitucional a la actuación del legislador, al no poder apartarse de este marco impuesto por el ordenamiento, para crear normas que, sin más, contravengan la igualdad de trato.

[...] implica la posibilidad de que toda persona pueda defenderse frente a normas estatales que contengan diferencias irrazonables y que afecten su situación jurídica o sus legítimas expectativas”.

#### V.1.2 LA IGUALDAD EN LA APLICACIÓN DE LA LEY

Ella se refiere a la eficacia de las normas. Por ende, opera como un límite a la actuación del aplicador de la ley, el cual no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente.

Ello supone la obligación de aplicar la ley de manera efectivamente semejante a todas las personas que se encuentran en la misma condición o circunstancia, o que en caso de inexistencia de homología, esta careciese de relevancia para fijar una regla de diferenciación.

En el caso Instituto Superior Tecnológico no estatal Peruano de Sistemas (SISE) (Expediente N<sup>o</sup> 1279–2002–AA/TC), el Tribunal Constitucional señaló que la aplicación uniforme de la ley es una regla general que opera cuando existe una identidad sustancial entre los supuestos de hechos resueltos, que no necesariamente debe ser plena; en tal sentido, basta con que se verifiquen suficientes elementos comunes que permitan considerar que los supuestos de hecho analizados son jurídicamente iguales y merecer una aplicación isonómica de la norma.

#### V.2 La igualdad en relación al sistema político–social

La igualdad es observada como una pauta básica destinada a fomentar políticas económico–sociales que, formalizadas a través de la ley, coadyuvan a plasmar la denominada igualdad material. Esta se consagra cuando todas las personas pueden cubrir sus necesidades básicas.

Ello supone un esfuerzo y una atención del Estado a favor de aquellas personas que por sí mismas no pueden cubrir sus necesidades mínimas lo cual, en los hechos, afecta su dignidad, desvigoriza su capacidad de autonomía y mutila el desarrollo de su personalidad.

Esta falta de cobertura personal de las necesidades básicas supone la ausencia de condiciones para la supervivencia o la viabilidad del despliegue de las potencialidades físicas, psíquicas e intelectuales.

<sup>81</sup> GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter y SOSA SACIO, Juan Manuel. (2005). Op. Cit.

## VI. LA IGUALDAD Y LA DIFERENCIACIÓN

Es inobjetable que la igualdad tiene su fundamento en la naturaleza humana; es decir, que todas las personas participan de la misma condición de humanos (seres libres y racionales). Empero esta igualdad no tiene relación con las denominadas calidades accidentales de cada individuo. Así, cada ser humano es igual a los otros en naturaleza, pero distinto en lo referido a las calidades accidentales. Estas hacen referencia a las características física-psíquica-intelectuales y sociales específicas y concretas que, sin alterar su esencia, se agrupan a ella para constituir su condición personal, única e intransferible. Por ende, es apodíctica la afirmación que los seres humanos son iguales y distintos a la vez.

Francisco Fernández Segado<sup>82</sup> expone que “es evidente que el principio de igualdad no impone que todos los destinatarios de las normas hayan de tener inexcusablemente idénticos derechos y obligaciones. Por el contrario, a situaciones distintas pueden acordarse situaciones jurídicas diferenciadoras”.

En efecto, es incuestionable que cada persona tiene su propia realidad físico-psíquica-intelectual-social. En ese aspecto se pueden mencionar como elementos diferenciadores la inteligencia, el talento, el carácter, el temperamento, la personalidad, la sensibilidad axiológica, la estatura, el peso, el vigor físico, la edad, los status y roles sociales, etc. Asimismo, la igualdad no se encuentra reñida con normas diferenciadoras que se dicten en razón de la naturaleza de las cosas, las cuales hacen referencia a las específicas características de lo particular, singular o privativo de una materia.

Es decir, comprende lo *sui generis* de su contenido y en su apartamiento de las reglas genéricas. En prioridad, la diferenciación surge por la necesidad de establecer regulaciones jurídicas esencialmente distintas de aquellas que contemplen las relaciones o situaciones indiferenciadas, comunes o genéricas. El tratamiento jurídico de las personas debe ser igual, salvo en lo atinente a la diferencia de sus calidades accidentales y de la naturaleza de las cosas que los vinculan coexistencialmente.

La idea de la igualdad se desprende de la dignidad y naturaleza de los seres humanos. El tratamiento desigual no será injustificado en tanto no se afecte dicha dignidad.

La igualdad supone -por definición- dos o más hechos, situaciones y relaciones jurídicas que sean comparables entre sí para determinar la regulación coexistencial y la generación de un trato igual o diferenciado para las personas involucradas. En ese contexto se introduce el análisis de la naturaleza de las cosas, lo cual liga distintivamente las relaciones coexistenciales de las personas ubicadas en un mismo espacio, tiempo y sujeción estatal.

En ese aspecto, el concepto de naturaleza de las cosas percibe que en toda relación jurídica debe existir un determinado orden, peculiaridades y características singulares que en conjunto dan sentido y razón de ser a ésta. Por ende, en aras de plasmar el mayor grado de justicia, es deseable que en todo vínculo imperativo-atributivo queden claramente delimitados los rasgos esenciales que generan su existencia normativa dado que éstos son los que deben condicionar axiológicamente la materia objeto de regulación.

<sup>82</sup> FERNANDEZ SEGADO, Francisco. (1992). Op. cit.

En puridad, dicho orden y rasgos específicos e intransferibles son los que hacen que una relación jurídica sea de un determinado tipo y no de otro. Este orden y rasgos específicos son los que permiten dar significado y sentido al proceso de formulación y aplicación de la ley, en consonancia con el resguardo del principio de igualdad. El principio de igualdad no impide al operador del derecho consagrar entre las personas distinciones que obedezcan a las diferencias que las circunstancias prácticas establecen de manera indubitable. Así, la existencia de una regla de diferenciación, debe ser apreciada en relación con la finalidad y los efectos de la medida legal adoptada sobre la materia.

El establecimiento de una diferenciación jurídica debe perseguir un resultado jurídico legítimo a la luz de la moral y los valores del derecho, así como el acreditamiento de una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad que la motiva.

La diferenciación debe aspirar a una intencionalidad legítima, determinada, concreta y específica. Es decir, deberá asentarse en una justificación objetiva y razonable de acuerdo con ciertos juicios de valor generalmente aceptados. En ese sentido, no cabe hablar válidamente de un proceso diferenciador de trato cuando éste se basa en supuestos de hecho o situaciones subjetivas. Dicha diferenciación implica una relación efectiva entre el trato desigual que se establece, el supuesto de hecho y la finalidad que se persigue alcanzar.

Francisco Laporta S.M.<sup>83</sup> señala que entre las relaciones jurídicas por razón de su naturaleza que se encuentran autorizadas para un tratamiento diferenciado aparecen las siguientes: la satisfacción de necesidades, la retribución de merecimientos, el reconocimiento de aptitudes y la consideración del status.

Más aún, el propio Laporta señala que un texto normativo es coherente con los alcances y sentido del principio de igualdad, cuando su funcionamiento queda abierto a todas las personas en virtud de no acreditar ningún atisbo de discriminación, y que luego de satisfacer dicha prioridad adjudica beneficios o castigos diferenciadamente, a partir de rasgos distintivos relevantes. En ese mismo contexto, es igualmente aceptable para el derecho el que la pauta basilar relativa a la igualdad quede subordinada al desarrollo pleno de otros principios constitucionales valorados como de superior jerarquía en específicas y concretas circunstancias.

Esto último puede ejemplificarse a la luz de lo establecido en la sentencia del Supremo Tribunal español de fecha 6 de julio de 1987, en donde se estableció lo siguiente:

“La ley puede condicionar el nacimiento del derecho a una pensión de retiro o de jubilación a la observancia de determinados requisitos objetivos, tales como haberse prestado servicio de voluntariado militar durante un corto tiempo o el haber realizado actividades laborales durante un lapso determinado como trabajador o funcionario para generar tal derecho. Empero no se puede vincular dicha consecuencia prestacional a la observancia de ciertas condiciones como la buena conducta, por no guardar una relación razonable de causalidad con la finalidad perseguida. Es decir, no hay una razonable relación entre el medio y el fin”.

<sup>83</sup> LAPORTA, Francisco. (1985).

## VII. LA IGUALDAD Y LA DISCRIMINACIÓN

La igualdad en relación al sistema jurídico (igualdad ante la ley e igualdad en aplicación de la ley) expone la proscripción frontal de toda forma de discriminación. La discriminación deviene en un trato desigual y arbitrario a personas sujetas a condiciones o situaciones idénticas, bien sea para el otorgamiento de ventajas o en la imposición de cargas. Ello conlleva una agravada e injustificable distinción que afecta la dignidad de la persona, lo cual incluso puede llegar al extremo de la negación de la propia condición humana.

La discriminación conlleva a consecuencias jurídicas de distinción, excepción o separación tendientes a menoscabar la dignidad humana, en impedir el pleno goce de los derechos fundamentales o la igualdad de trato en relación al acceso de oportunidades.

La discriminación se asienta en el prejuicio social de dividir a los congéneres en iguales e inferiores; en respetables e irrespetables; en calificables y descartables.

Mediante esta práctica viciosa se suele excluir o menospreciar en razón a:

- Características inmanentes. Estas son aquellas que aparecen por mero acto de nacimiento. Tal es el caso de la raza, el sexo, etc.
- Características incorporadas del medio social. Estas son aquellas que aparecen en función a nuestro entorno inmediato. Tal es el caso del origen, la condición económica, el idioma, etc.
- Características adoptadas. Estas son aquellas que aparecen por la libre decisión de la persona. Tal es el caso del credo, filiación política, opción sexual, etc.

En función a lo expuesto, la proscripción de la discriminación presenta los elementos siguientes:

- Reconocimiento de que las personas, más allá de sus diferencias accidentales, comparten una misma naturaleza y que, por ende, son intrínsecamente iguales.
- Exigencia que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de los que se concede a otros, en circunstancias y condiciones idénticas.
- Reconocimiento del establecimiento de reglas de diferenciación siempre que aquellas no resulten irrazonables y desproporcionadas; vale decir, que no sean obra de la arbitrariedad.
- Las reglas de diferenciación específicas están sujetas al principio de inversión de la carga probatoria; esto es, corresponde al legislador o aplicador de la ley ofrecer las argumentaciones que prueben la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada.

Ahora bien aún cuando la discriminación, por regla general, conlleva un tratamiento injustificadamente diferente, cabe residualmente la posibilidad de aparecer en la circunstancia de disponerse la aplicación idéntica de una regla, sin considerar la producción de consecuencias jurídicas perjudiciales para aquellas que se encuentren en una situación de vulnerabilidad (tal como el caso de tasas e impuestos uniformes, etc.).

Desde una perspectiva histórica, correspondió a la jurisprudencia norteamericana dejar constancia de la lucha conceptualmente jurídica contra la discriminación. En 1880 se dictó una disposición en la ciudad de San Francisco (Estado de California) por la cual los establecimientos que ofrecían servicios de lavandería deberían ser construidos en material de piedra o ladrillo. Empero, la norma dejaba abierta la posibilidad de que los propietarios de dichos establecimientos pudieran acceder a una autorización especial para que dichas construcciones fueran hechas con otro tipo de material menos costoso para la época. En dicha ciudad funcionaban 320 lavanderías; de las cuales el 75% pertenecían a propietarios de origen chino (240 lavanderías). A la luz de esta posibilidad se presentaron muchas solicitudes sin que en ningún caso se aprobase favorablemente alguna de las presentadas por propietarios de origen chino. Así en el emblemático caso *Yick Wo vs. Hopkins*, la Corte Suprema Norteamericana declaró que era inconstitucional la conducta asumida por los funcionarios estatales de San Francisco, al aplicar una ley con criterio discriminador entre unos propietarios y otros por el solo hecho del origen.

Según nuestra Constitución, ninguna persona debe ser discriminada por alguna de las ocho razones siguientes:

- Origen. Hace referencia a la defensa contra la discriminación derivada del lugar de nacimiento o del trono de filiación.
- Raza. Hace referencia a la defensa contra la discriminación derivada de la pertenencia a un grupo humano con ascendencia común o conformación física (color de piel, facciones y estructura anatómica predominante).
- Sexo. Hace referencia a la defensa contra la discriminación derivada de razones orgánicas que distinguen al hombre de la mujer.
- Idioma. Hace referencia a la defensa contra la discriminación derivada de la utilización de una lengua, es decir, contra un modo particular de comunicación fonética o escrita.
- Religión. Hace referencia a la defensa contra la discriminación derivada de una creencia o dogma que vincula a los hombres con alguna divinidad o ser supremo.
- Opinión. Hace referencia a la defensa contra la discriminación derivada de pareceres, dictámenes, juicios, etc., que postula una persona.
- Condición económica. Hace referencia a la defensa contra la discriminación derivada de cierto tipo de estado o situación de poder adquisitivo, posesión de bienes o rentas, etc.
- Índole diversa. Hace referencia a la defensa contra la discriminación derivada de factores múltiples como edad, discapacidad física, apariencia física, estatura, etc.

Es importante consignar que a raíz de vituperables actos de discriminación en algunas discotecas y pubs limeños, se dictó la Ley N<sup>o</sup> 27049, en donde se precisó que todos los consumidores tienen el derecho a la protección de sus intereses económicos, mediante el trato equitativo y justo en toda transacción comercial. Por ende, no pueden ser objeto de discriminación por motivo de raza, sexo, nivel socioeconómico, idioma, discapacidad, preferencias políticas, creencias religiosas o de cualquier índole, en la adquisición de productos y prestación de servicios que se ofrecen en locales abiertos al público.

Asimismo, se estableció que los proveedores no pueden establecer discriminación alguna respecto a los solicitantes de los productos y servicios que los primeros ofrecen en locales abiertos al público. Se consigna la prohibición de realizar selección de clientela, excluir a personas o realizar prácticas similares sin que medien causas tales como seguridad del establecimiento, tranquilidad de los clientes, u otras razones objetivas y justificadas. Igualmente es dable consignar que mediante la Ley N° 27279 se estableció la figura delictiva de la discriminación.

## VIII. LA DISCRIMINACIÓN Y EL CRITERIO DE TÉRMINO DE COMPARACIÓN

La persona que denuncia la existencia de un régimen de trato desigual injustificable, tiene la obligación de exponer un término de comparación que sirva de base para determinar la vulneración del principio de igualdad. Para tal efecto debe acreditar que otra persona situada en idéntica condición y circunstancia que la suya, se encuentra en una mejor condición o ha sido beneficiada con el goce de un régimen jurídico más favorable.

Al respecto, Robert Alexy<sup>84</sup>, ha formulado las dos reglas siguientes:

- Cuando no hay una razón suficiente para la justificación de un tratamiento desigual, entonces debe ser ordenado un tratamiento igual.
- Cuando hay una razón suficiente para producir un tratamiento desigual, entonces debe ser ordenado un tratamiento desigual.

La razón suficiente implica el examen de las normas con el objeto de observar las motivaciones y razones que se alegan para justificar si dicha diferenciación se encuentra conforme con los valores y principios constitucionales. Dicha diferencia en el contenido de la ley o en el trato, es aceptable jurídicamente en tanto se acredite lo siguiente:

- Existencia de una causa objetiva y razonable para fundamentar un contenido normativo distinto o un trato diferente a un grupo de personas en relación a otras. La diferenciación no puede tener como objetivo la consagración del capricho, el despotismo, el nepotismo o la consecución de ventajas y beneficios como merced o gracia emanada del poder.
- Existencia de una relación de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin a alcanzarse a través del trato deferente. El concepto de proporcionalidad sirve como punto de apoyo para otorgar la ponderación valorativa entre principios constitucionales en conflicto.

La utilización de un valor o principio constitucional distinto al referido al de la igualdad no es suficiente para asignarle legitimidad a un proceso diferenciador. Ello únicamente es viable cuando se logra demostrar la existencia de una razón suficiente para otorgarle jerarquía prevalente en función a la naturaleza de las cosas. Para tal efecto debe realizarse una contrastación entre las pautas basilares en pugna. A través de la demostración de la existencia de una razón suficiente, la aplicación deferente de un principio constitucional

---

84 ALEXY, Robert. (1988).

sobre el referido al de la igualdad conlleva necesariamente la reducción del campo de aplicación de este último. La labor de los entes jurisdiccionales consiste en determinar cuando dicha reducción es proporcional, armoniosa, equilibrada y simétrica a la luz de una interpretación sistémica del texto fundamental. Para tal efecto deberá tenerse en cuenta la necesaria adecuación entre los medios escogidos para la consecución jurídica del fin trazado así como la necesidad de la utilización de los medios escogidos para el logro del fin trazado. En ese sentido debe desvirtuarse la posibilidad que exista otra manera o forma de alcanzar el fin trazado.

La ineludibilidad de la utilización del medio escogido acarrea la oblación del principio de igualdad el mismo que, en dicho contexto, resulta de menor jerarquía que aquel que se pretende resguardar vía la diferenciación jurídica.

En el caso de nuestra Constitución son citables los casos de la asignación de prerrogativas diferenciadas a favor de los congresistas, vía la inviolabilidad parlamentaria, el antejuicio político, etc. Asimismo, la concesión del derecho de gracia o la limitación de la propiedad en zona de frontera para los extranjeros.

El trato diferencial no debe sacrificar valores y principios que tengan una mayor relevancia que aquel o aquellos que se intentan satisfacer mediante dicha consecuencia jurídica desemejante. Queda claro entonces que la diferenciación jurídica no debe sacrificar aquellos principios que en el espacio creado por la naturaleza de las cosas, tengan mayor relevancia que los restantes, incluido el relativo al de la igualdad.

## IX. EL TEST DE IGUALDAD

A efectos de evaluar si una medida limitativa de derechos o principios constitucionales resulta conforme con el principio–derecho de igualdad, el Tribunal Constitucional en el caso Fiscal de la Nación contra el Congreso de la República (Expediente Nº 004–2006–PI/TC) ha formalizado jurisprudencialmente la utilización del test de igualdad.

Dicho test comprende los pasos siguientes:

### Primer paso. Verificación de la diferencia legislativa.

En este nivel se analiza si el supuesto de hecho observado como de diferenciación arbitraria (discriminación) es igual o diferente al supuesto de hecho que sirve de término de comparación (*tertium comparationis*).

Como consecuencia de este primer análisis aparecerán dos respuestas:

- En caso que se acredite que ambos supuestos de hechos son iguales, se concluye que la medida adoptada que contiene un tratamiento diferente deviene en inconstitucional, ello en razón de haberse dado un trato disímil en el otorgamiento de derechos o en la asignación de los deberes.
- En caso que se acredite que los supuestos de hechos sean diferentes, se prosigue con la verificación del test de igualdad.

### Segundo paso. Determinación del nivel de intensidad de la intervención en la igualdad.

En este nivel se analizan los diferentes grados o intensidad de la medida legislativa.

- Grado de intensidad grave. Ello se produce cuando la diferenciación arbitraria (discriminación) se sustenta en alguno de los motivos proscritos por la propia Constitución (raza, sexo, idioma, religión, opinión, etc.) y, además tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho fundamental.
- Grado de intensidad media. Ello se produce cuando la diferenciación arbitraria (discriminación) se sustenta en alguno de los motivos proscritos por la propia Constitución (raza, sexo, idioma, religión, opinión, etc.) y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o el de un interés legítimo.
- Grado de intensidad leve. Ello se produce cuando la diferenciación arbitraria (discriminación) se sustenta en motivos distintos a los proscritos por la propia Constitución y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o el de un interés legítimo.

### Tercer paso. Verificación de la existencia de un fin constitucional en la diferenciación.

En este nivel se analiza si el establecimiento de una diferenciación jurídica persigue un fin constitucional.

Como consecuencia de este análisis aparece una de estas dos respuestas:

- En el caso que se acredite que el establecimiento da un trato diferente que no apunta a la cristalización de un fin constitucional, se concluye en que la medida es inconstitucional.
- En el caso que se acredite que el establecimiento da un trato diferente que apunta a la cristalización de un fin constitucional, se prosigue con la verificación del test de igualdad.

El Tribunal Constitucional ha señalado que en caso de duda acerca de la finalidad opera el principio de constitucionalidad de la ley.

### Cuarto paso. Examen de idoneidad

En este nivel se analiza la relación de causalidad de medio a fin; ergo, se verifica que la medida legislativa sea congruente con el fin legítimo que se trata de alcanzar.

Como consecuencia de este análisis aparece una de estas dos respuestas:

- En el caso que se acredite que la medida legislativa no es idónea para alcanzar el fin pretendido por el legislador, se concluye en que éste es inconstitucional.
- En el caso que se acredite que la medida legislativa es idónea para conseguir el fin pretendido por el legislador, se prosigue con la verificación de test de igualdad.

#### Quinto paso. Examen de necesidad.

En este nivel se analiza que la medida legislativa resulte la menos gravosa para los principios y derechos afectados. Al respecto, David Giménez Glück<sup>85</sup> señala que “la limitación ha de ser necesaria para alcanzar el fin en la medida en que cualquier otra opción supondría una carga mayor sobre el derecho afectado”.

#### Sexto paso. Examen de proporcionalidad en sentido estricto.

En este nivel se exige la comparación o ponderación entre dos intensidades:

- Aquel que se encuentra en la realización del fin de la medida legislativa diferenciadora.
- Aquel en que la finalidad de la medida diferenciadora sea, por lo menos, equivalente al derecho fundamental limitado, por lo menos equivalente a la segunda.

Al respecto, cabe señalar que en este nivel se exige que, habiéndose determinado previamente el peso o intensidad de los bienes jurídicos en pugna, la ventaja ha de obtenerse con la medida legislativa diferenciadora y debe ser proporcional con la intervención en otros bienes constitucionales; vale decir, que el trato desigual no debe sacrificar principios o derechos fundamentales que tengan un mayor peso que el bien constitucional que se quiere satisfacer mediante el aludido trato.

## **X. LA DISCRIMINACIÓN A LA INVERSA: LA ACCIÓN POSITIVA O AFIRMATIVA**

La desigualdad de trato de hecho y de derecho no justificables a la luz de la Constitución, muchas veces encuentra su sustento en hábitos sociales, o en la indolencia, desidia y falta de celo estatal. En ese contexto, esta realidad opera colectivamente sobre grupos sociales cuantitativamente minoritarios en relación a otros, o por falta de suficiente poder de influencia desde una perspectiva política, económica, social o cultural. Dicha situación viene siendo combatida a través de la figura jurídica de la discriminación promotora de la igualdad o acción positiva o afirmativa.

Al respecto, R. Turner<sup>86</sup> recuerda que dicha figura conocida en el sistema jurídico norteamericano fue instituida en el marco de “una historia por la lucha de los derechos civiles que tuvo como punto de partida el trato discriminatorio y dispar que tradicionalmente han recibido, entre otros, la comunidad negra y las mujeres”.

Por ende, aún cuando pareciese contradictorio en el derecho constitucional, se ha ido construyendo pacientemente una suerte de discriminación a la inversa, a efectos de compensar diversas formas de relegamiento a la que han estado sometidos determinados grupos sociales. Para ello se impele al Estado a la adopción de una acción legisferante positiva o afirmativa, tendiente a corregir dichas discapacidades en el goce de los derechos fundamentales y la igual real de oportunidades de las personas.

<sup>85</sup> GIMÉNEZ GLÜCK, David. (2004).

<sup>86</sup> Citado por SICOMA HERNÁIZ, Eliza. (1999).

Nurie González Martín<sup>87</sup> define la acción positiva o afirmativa como aquellos “tratamiento preferenciales [...]”.

José Ignacio Casas<sup>88</sup> señala que consiste en el “establecimiento de medidas temporales que, con el fin de establecer la igualdad de oportunidades en la práctica, permiten [...] corregir aquellas situaciones que son el resultado de [...] sistemas sociales discriminatorios”.

Cabe señalar que la doctrina de la acción positiva o afirmativa encuentra particular importancia en la búsqueda del goce efectivo de los denominados derechos de segunda generación (educación, trabajo, seguridad social, vivienda, etc.), de allí que genere tratamiento preferencial en el acceso a la educación superior, la contratación laboral, otorgamiento de becas de perfeccionamiento, etc. En América Latina aparecen también medidas en el campo de los derechos políticos (v.g. las cuotas electorales).

La responsabilidad del Estado en pro de la igualdad demanda también la renovación de los obstáculos de orden cultural, político, económico, etc., los cuales restringen en la praxis la vigencia plena de dicho derecho. Así, en la búsqueda de la afirmación simétrica de oportunidades, el cuerpo político resulta comprometido con la adopción de medidas legislativas momentáneas en favor de grupos desplazados.

Mediante la acción positiva o afirmativa un grupo social históricamente excluido es objeto de tutela antidiscriminatoria, vía una legislación especial, deferente y temporal.

La acción positiva o afirmativa cuenta con los elementos siguientes:

- Temporalidad. La legislación especial y deferente tiene vigencia por un lapso determinado o determinable. En el primer caso se materializa con una fecha concreta de auto abrogación; en el segundo caso se verifica cuando se alcanza el resultado de nivel de igualdad.
- Discriminación a la inversa. La legislación especial y deferente conlleva la adopción de medidas de preferencia a efectos que el grupo históricamente desplazado pueda, en un tiempo determinado o determinable, alcanzar el mismo trato en el goce de los derechos fundamentales.
- Especificidad. La legislación especial y deferente hace referencia a medidas determinadas, singulares y delimitadas.

Dicha acción positiva o afirmativa por parte del Estado genera como consecuencia lo siguiente:

- El grupo discriminado a través de esta forma de tutela es dotado de mayores atribuciones, beneficios, facultades, etc., que el resto de la población.
- La acción positiva o afirmativa tiene simultáneamente efectos resarcitorios pero también reequilibradores y redistribuidores de oportunidades.

<sup>87</sup> GONZALES MARTÍN, Nurie. (2002).

<sup>88</sup> CASAS, José Ignacio. s.f.

- La acción positiva o afirmativa como bien expone Nurie González Martín<sup>89</sup> consigue “quebrar viejos patrones de segregación y jerarquía; lo que en la praxis conlleva de un lado, a la remoción de obstáculos; y, del otro, a la de promover condiciones para que los derechos fundamentales devengan en reales y efectivos”.

Desde una perspectiva histórica, tal como se refirió precedentemente a la acción afirmativa, aparece en la jurisprudencia norteamericana a raíz del caso *Regents of University of California vs. Bakke* (1994).

Al respecto, es dable señalar que en la Universidad Estatal de Davis (California) se estableció un proceso de admisión bajo dos supuestos distintos. En el primer caso, el proceso de selección era abierto para todos los interesados, exigiéndose un puntaje mínimo para el ingreso. En el segundo caso, dicho proceso estableció un cupo especial del 16% de vacantes a favor de postulantes negros, asiáticos y latinos, los cuales se encontraban exonerados de obtener el puntaje mínimo.

Un joven blanco de apellido Bakke no pudo obtener el puntaje mínimo para el acceso abierto para la Facultad de Medicina; empero varios postulantes negros con puntajes inferiores al demandante obtuvieron vacantes gracias al cupo benigno.

La Corte Suprema Norteamericana consideró que la universidad estaba constitucionalmente facultada para crear programas especiales de ingreso con cupo benigno a favor de sectores sociales relegados. Dicho fallo avaló la figura de la discriminación inversa y promotora de la igualdad, fundándose en las dos razones siguientes:

- Implicaba una acción afirmativa tendiente a corregir prácticas discriminatorias, asentadas sobre hábitos sociales afectantes para ciertos grupos sociales desplazados históricamente.
- Implicaba una acción afirmativa para la construcción de una sociedad más justa e integrada.

La discriminación a la inversa conlleva a que un grupo acreditadamente excluido pueda gozar de una protección especial, a efectos de conseguir paulatinamente su cabal homologación con el resto de la población.

Desde la perspectiva del derecho comparado, para cierto sector de la doctrina española, el artículo 9.2 de su Constitución permite la introducción de las llamadas cuotas o cupos benignos, en aras de promover una igualdad real de oportunidades o posibilidades. Dicho precepto textualmente señala que: “Corresponde a los poderes públicos promover condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran, sean reales y efectivas.”

En la reforma constitucional argentina de 1994 aparece la misma figura en el artículo 37, respecto al acceso a los cargos electivos y partidarios a favor de las mujeres; igualmente en el inciso 23 del artículo 75 respecto al trato a los niños, mujeres, ancianos y discapacitados.

En el ámbito del ordenamiento jurídico nacional son citables los casos siguientes: la Ley N° 25003 de fecha 23 de febrero de 1990, dictada durante el gobierno del doctor

<sup>89</sup> GONZALES MARTÍN, Nurie. Op. Cit.

Alan García Pérez, cuyo *nomem juris* era la Ley de la Bolsa de Trabajo que obligaba a las empresas constructoras a contratar, cuando fuere el caso, a un 25% de operarios sindicalizados. Dicha disposición tenía por objeto proteger a los trabajadores sindicalizados de los actos de discriminación ocupacional, por su sola razón de tales. A pesar que dicha ley con cupo benigno fue declarada constitucional por el ex Tribunal de Garantías Constitucionales, durante el gobierno del ingeniero Alberto Fujimori Fujimori en su fase dictatorial, fue abrogada mediante el Decreto Ley N° 25588 de fecha 1 de junio de 1992.

El artículo 116 de la Ley N° 26859 cuyo *nomem juris* es Ley Orgánica de Elecciones, contempla un cupo benigno de 30% de mujeres en la conformación de las listas de candidatos al Congreso de la República. Dicha regulación tiene por objeto promover mayores oportunidades de participación representativa de las mujeres.

La Ley N° 27277 establece que las universidades públicas deben reservar en los procesos de admisión y en los cursos de especialización técnica, un número de vacantes adecuadas para los funcionarios, servidores públicos e hijos de éstos, víctimas del terrorismo.

La Ley N° 28869 establece un cupo benigno de no menos un 20% a favor de ciudadanos menores de 29 de años de edad, en las listas de regidores municipales.

## BIBLIOGRAFÍA

---

- ALEXY, ROBERT. (1988). *El sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. En DOXA Nº 5.
- CASAS, JOSE IGNACIO. *Guía didáctica*. Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales.
- FERNANDEZ SEGADO, FRANCISCO. (1992). *El sistema constitucional español*. Madrid, Dykinson.
- GARCÍA BELAÚNDE, DOMINGO. (1989). *Teoría y práctica de la Constitución peruana*. Lima, Edili.
- GIMÉNEZ GLÜCK, DAVID. (2004). *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*. Madrid, Borda.
- GONZALES MARTIN, NURIE. (2002). *El principio de igualdad, la prohibición de discriminación y las acciones positivas*. En: *DERECHOS FUNDAMENTALES Y ESTADO*. Memoria del VII Congreso de Derecho Constitucional. México, Universidad Autónoma de México
- GUTIERREZ CAMACHO, WALTER y SOSA SACIO, JUAN MANUEL. (2005). *La Constitución comentada. Tomo 1*. Lima, Gaceta Jurídica.
- LAPORTA, FRANCISCO. (1985). *El Principio de igualdad: introducción a su análisis*. En SISTEMA Nº 67, Revista de Ciencias Sociales. Madrid.
- RUBIO CORREA, MARCIAL. (1999). *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- RUBIO LLORENTE, FRANCISCO. (1993). *El principio de la legalidad*. En: *REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CONSTITUCIONAL*. Año 13, Nº 30. Madrid, CEC.
- SICONA HERNAIZ, ELISA. (1999). *Acción positiva y empleo de la mujer*. Madrid.