

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD CONSTITUCIONAL Y SUS IMPLICANCIAS EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. APUNTES SOBRE LOS ARTÍCULOS 14° Y 9.2 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

MARGOTT PÁUCAR ESPINOZA*

Resumen

El presente estudio pretende resaltar el nexo existente entre los derechos fundamentales y el principio de igualdad, cuya evolución simultánea es además producto del intrínseco vínculo que los une desde sus orígenes. Vínculo que se ha afianzado aún más con la aparición del Estado social y con ella de los derechos sociales. Así pues, se establece que la igualdad es condición de ejercicio de los derechos fundamentales. En tal sentido, el constituyente español ha plasmado de forma unitaria las diversas vertientes del principio de igualdad: la igualdad formal en el artículo 14° y la igualdad material en el artículo 9°.2, y además ha incluido en el artículo 14° un apartado referido al principio de no discriminación. Este carácter unitario ha sido destacado en varias ocasiones por la doctrina del Tribunal Constitucional Español como tendremos ocasión de ver.

Palabras clave: Principio de igualdad - principio de no discriminación - derechos fundamentales.

Abstract

This study attempts to highlight the relationship between fundamental freedom and the Equality Principle. These concepts have evolved simultaneously as a result of certain ties that have united them since their origins - ties which have grown even stronger with the advent of the Welfare State and the concomitant notion of social rights. In such a system, equality is established as a condition of the exercise of human rights. To this end, the Spanish Constituent Assembly has included the various meanings of the Equality Principle in the Constitution in a holistic manner: formal equality in article 14° and material equality in article 9°.2. It has also included in article 14 a subsection referring to the non discrimination principle. This holistic character has been pointed out on several occasions by the doctrine of the Spanish Constitutional Court, as we shall see below.

Key words: Equality principle - non discrimination principle - fundamental freedom.

* Profesora de Derecho Constitucional del Post Grado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Doctorada por la Universidad de Salamanca - España. Master en Derecho Español por la Universidad de Valladolid - España.

Sumario

1. El principio de igualdad y su proyección en los derechos fundamentales.
2. El principio general de igualdad y la prohibición de discriminación.
3. El principio de no discriminación y la igualdad material.
4. Las medidas diferenciadoras, ¿constituyen posiciones subjetivas?

1. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y SU PROYECCIÓN EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La trayectoria jurídica del principio de igualdad ha caminado a la par de la evolución de los derechos fundamentales. Por ello, ya no es posible entender el desarrollo de un derecho fundamental en su real dimensión si no se tiene presente aquellos valores y principios que la inspiran, entre ellos el de igualdad. Así pues, existe una innegable relación biunívoca entre igualdad y derechos fundamentales: no sólo la igualdad es tal, en cuanto constitutiva de los derechos fundamentales, sino que también los derechos fundamentales son tales en cuantos constitutivos de la igualdad¹.

El propio Tribunal Constitucional Español ha considerado a la igualdad como condición de ejercicio de otros derechos fundamentales. En tal consideración, la ha integrado en la tutela específica de esos derechos. La igual protección de los derechos, que constituye la base del principio de igualdad, afecta a todos y cada uno de los derechos fundamentales. De esta manera, toda diferenciación injustificada de trato en un derecho fundamental es, al mismo tiempo, violación de ese derecho fundamental y lesión del principio de igualdad².

Con el surgimiento del Estado Social y la evolución de la concepción de igualdad, se empezaron a considerar otros criterios, que dirigían su mirada no sólo al aspecto abstracto (normativo) sino también hacia las consecuencias fácticas. Es decir, a verificar si un determinado tratamiento igualitario, conducía verdaderamente hacia una igualdad real en el disfrute de determinados derechos.

El surgimiento de la dimensión material del principio de igualdad, trajo consigo la positivización de los denominados derechos económicos, sociales y culturales, los cuales se configuraron como derechos de igualdad, en el sentido de igualdad material. Esto comprende no sólo los derechos a defenderse, ante cualquier discriminación normativa, sino a gozar de un régimen jurídico

diferenciado, precisamente, en atención a una desigualdad de hecho que es la que intenta ser limitada o superada³.

2. EL PRINCIPIO GENERAL DE IGUALDAD Y LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN

Además del principio de igualdad formal, el artículo 14° de la Constitución Española introduce en su segundo párrafo, el principio de no discriminación denominado también cláusula antidiscriminatoria. Su formulación en el mismo artículo se debe a que el constituyente del 78 entendió que ambos principios forman parte de solo uno: el principio de igualdad.

Desde una perspectiva amplia, se ha considerado a la discriminación como un fenómeno social⁴. Esto significa que su explicación excede al Derecho y a las disciplinas jurídicas tradicionalmente consideradas, y su conceptualización no se reduce a lo que los juristas entiendan por tal. Desde una perspectiva más ajustada al Derecho, la discriminación constituye una cualificación normativa negativa de dicho fenómeno social. Al igual que muchas otras categorías normativas, el ámbito de lo discriminatorio resulta elástico, pues, varía no sólo según el tiempo y el lugar sino que, incluso, aquello que en un mismo contexto puede resultar, para unos, discriminatorio, para otros, puede no serlo. Sí conviene precisar que, como valoración comparativa la discriminación admite grados. De igual modo, debemos puntualizar que nada resulta discriminatorio “por lógica” o “por naturaleza”⁵.

Algunos autores⁶ consideran que en la doctrina, la idea de discriminación coincide con la infracción de la concepción originaria de la igualdad jurídica, no se refiere a los grupos o colectivos, sino al individuo⁷. Desde otro punto de vista, el significado de discriminación en sentido estricto incorpora la idea de que la desigualdad es consecuencia de los prejuicios, la intolerancia o el fanatismo. Estas actitudes presiden unas diferenciaciones o clasificaciones grupales entre las personas que, no por casualidad, entre los mismos juristas se suelen calificar de “odiosas”. En efecto, en la actualidad, el uso de la palabra “discriminación”, se caracteriza por designar un fenómeno que afecta a determinados grupos o colectivos, sin olvidar que el fenómeno se manifiesta generalmente a nivel individual⁸.

Ahora bien, aunque consideramos que el principio de no discriminación es una manifestación del principio general de igualdad de trato, en realidad su alcance es más intenso y distinto⁹ al de la simple prohibición genérica de desigualdad de trato arbitrario. La especificidad del principio de no discriminación respecto

del principio general de igualdad de trato, reside en el sentido emancipatorio o antisegresionista de aquel frente a fenómenos sociales reales de marginación histórica muy arraigados, los cuales, tanto por las acciones de los poderes públicos como por la práctica social, han situado a determinados grupos o categorías de personas “en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de las personas”. Éste sería pues el significado de la discriminación en sentido estricto¹⁰, al cual hemos aludido en el párrafo anterior.

Otro efecto de la distinción entre el principio general de igualdad de trato y prohibición de discriminación es que, mientras el primero vincula prácticamente sólo a los poderes públicos (en sus funciones legislativa, ejecutiva y judicial) y cuya protección tiene menor alcance en el ámbito de las relaciones privadas debido a la incompatibilidad de la eficacia horizontal de este principio con la autonomía de la voluntad; la prohibición de incurrir en discriminaciones vincula también a los particulares. Las escasas excepciones que la jurisprudencia constitucional ha hecho en relación al artículo 014° de la Constitución Española, se ha producido siempre, significativamente, en materia de relaciones laborales, individuales o colectivas. Además, en algunas ocasiones han ido acompañadas de la afirmación de que tratándose de relaciones entre particulares, sólo hay discriminación cuando se emplea uno de los términos de comparación expresamente prohibidos (sexo, raza y religión, entre otros). Esto se diferencia de aquellos supuestos en los que el legislador - no directamente la Constitución - impone un deber de trato igualitario, como es el caso del artículo 512° del Código Penal.

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha establecido en reiterados pronunciamientos que “a diferencia del principio genérico de igualdad que no postula ni como medio ni como fin la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato, las prohibiciones de discriminación contenidas en el artículo 14°.2 de la Constitución Española (...) imponen como fin y generalmente como medio la parificación”¹¹. Esta vinculación entre principio de igualdad y el principio de no discriminación¹², nos permitirá determinar lo que entendemos por trato jurídico diferente por un lado y discriminación por otro. En primera instancia debemos aclarar que, dentro del ámbito jurídico no toda diferencia comporta una discriminación, por ello ambos términos no pueden ser utilizados como sinónimos¹³, ya que actualmente ambos responden a significados diferentes¹⁴.

De este modo, hacer una diferencia implica hacer una distinción, hacer a alguien o a algo diferente o diverso de otro, sin excluirlo. Por otro lado, desde una concepción amplia que incluye también a la perspectiva jurídica, discriminar significa seleccionar excluyendo. Esto supone dar un trato de inferioridad o peyorativo a una persona o a un colectivo.

La opinión de un sector importante de la doctrina, considera que a nivel constitucional, el término “discriminación” tiene un significado amplio, y un significado estricto. El primero de estos es equivalente a toda infracción de la igualdad en sentido general, pues, vincula a la discriminación con la vertiente formal del principio de igualdad, consistente en la vulneración de la igualdad de trato formal. Y el significado estricto es el relativo a la violación de la igualdad cuando concurren algunos criterios de diferenciación prohibidos por el artículo 14° de la Constitución Española¹⁵. Ambos significados se entremezclan y confunden en la práctica jurídica¹⁶ con gran frecuencia.

Es importante destacar además, la línea jurisprudencial iniciada a partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional 128/87, por la que se acogería la interpretación del principio de no discriminación no sólo en relación a las exigencias de igualdad formal¹⁷ (prohibición de diferencias de trato irrazonable), sino también en intrínseca relación con el mandato de eliminar la discriminación y, por lo tanto, con las exigencias de igualdad sustancial. En este sentido, la justificación de algunas medidas diferenciadoras, - que en principio contravendrían el 14°.2 de la Constitución Española - se apoyaría tanto en la cláusula general de igualdad, como en el artículo 9°.2 de la Constitución Española¹⁸. Esta interpretación es de especial relevancia para la justificación constitucional de las llamadas acciones positivas a la que nos referiremos con más detalle más adelante.

De acuerdo con lo señalado en líneas precedentes, advertimos que las causas específicas por las que se prohíbe la discriminación (artículo 14°.2 de la Constitución Española) tienen su razón de ser en “la especial valoración negativa que se ha operado con esas discriminaciones”¹⁹, dado que han sido las causas históricas por las que, con mayor frecuencia, se ha marginado tanto a personas, individualmente consideradas como a diversos colectivos²⁰.

En relación con este punto, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en reiteradas oportunidades ha exigido una justificación reforzada en aquellos casos en los que esté presente como elemento diferenciador, alguno de los rasgos especialmente mencionados en el artículo 14° de la Constitución Española. En principio, se consideraba constitucionalmente inadmisibles los tratamientos diferenciados que se funden exclusivamente en algunos de estos rasgos vedados.

En consecuencia, tales rasgos sólo podrían ser utilizados excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica. Y cuando así se haga, tendrán que superar un escrutinio estricto²¹, - aunque en el Derecho Español, no se le asigne

propriadamente esta denominación - consistente en la aplicación de mayor rigor en el enjuiciamiento de la legítima finalidad de la medida, así como en la exigencia de la proporcionalidad. En estos casos no bastaría con una finalidad constitucionalmente admisible, sino que ha de tratarse de una finalidad constitucionalmente deseable, basada en una habilitación constitucional expresa, conforme lo subraya Giménez Gluck²².

3. EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN Y LA IGUALDAD MATERIAL

Otro punto que nos interesa es el referido a la vinculación del principio de no discriminación con la noción de igualdad material en lo que concierne a las diferencias normativas. En ello juegan un importante rol las virtualidades que el artículo 9°.2 de la Constitución Española cumple en relación con esto. Como ya lo adelantamos, la prohibición constitucional de discriminación, por características personales como signo de pertenencia a un grupo social determinado y objeto históricamente de infravaloración social, económica y jurídica se vincula estrechamente con la noción sustancial de igualdad. Esto significa que, se conecta con la idea de la eliminación de las desigualdades de hecho²³. En este sentido, no discriminar implicaría, “la voluntad de eliminar los tratamientos o las situaciones discriminatorias que resultan especialmente “odiosas” para el texto constitucional²⁴.

En primer lugar es importante subrayar al respecto, que la cláusula antidiscriminatoria contiene especificaciones que conforman casos de “igualdad normativa”. Es decir, incluye los casos en que el tratamiento igualitario viene impuesto, desde la propia disposición constitucional, la cual no se circunscribe sólo a lo indicado en el artículo 14° de la Constitución Española; sino que se irradia a todo el ordenamiento constitucional. Sin embargo, esta prohibición no es absoluta; por el contrario, tiene carácter relativo. Así lo ha estimado el Tribunal Constitucional al considerar que estos criterios representan simplemente una razón más intensa para la prohibición de la desigualdad normativa. Razón que pueda quedar superada por otras razones que en el caso tengan un peso superior. Es decir, las especificaciones del artículo 14° de la Constitución Española recuerdan que, por regla general, la raza, el sexo, la religión, etcétera, no constituyen elementos razonables para diseñar un tratamiento jurídico particular²⁵.

En tal virtud, ni esas especificaciones del artículo 14° de la Constitución Española, ni ningún otro criterio excluyen por completo o con carácter general toda posible distinción normativa; es más, existen razones de igualdad sustancial que pueden permitir la desigualdad de iure. Entonces, cabría

aceptar que alguno de los “criterios prohibidos” opere expresamente como base de la diferenciación²⁶; aunque no de forma exclusiva como explicaremos más adelante. De momento, es importante subrayar con Prieto Sanchís que “si no existe a priori ninguna razón que impida un trato diferenciador, tampoco debe existir ninguna razón que lo imponga”²⁷. En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional cuando señala que “el artículo 14° de la Constitución Española no funda un derecho a exigir divergencias de trato, sino un derecho a no sufrir discriminación, esto no significa que un trato diferente no pueda venir impuesto, sino que ese trato diferente no puede ser exigido, como un imperativo de la segunda parte del principio de igualdad”²⁸. En este punto resulta imprescindible el papel desempeñado por el artículo 9°.2 de la Constitución Española en vinculación con el artículo 14°.

En efecto, la utilización del artículo 9°.2 en el juicio de constitucionalidad del principio de igualdad jurídica tiene principalmente una misión: evitar la inconstitucionalidad que, desde la aislada consideración del artículo 14°, se deduciría de determinados tratos desiguales en las leyes. La promoción de la igualdad real recogida en la Constitución Española se incardina, así, en el juicio de igualdad como finalidad constitucionalmente admisible, capaz de convertir en objetiva y razonable una diferenciación en la norma²⁹. En este sentido, la quiebra de la igualdad formal encontraría su justificación constitucional, precisamente al tener como finalidad: alcanzar la igualdad material.

La formidable protección jurisdiccional establecida para el artículo 14° de la Constitución Española sirve para potenciar la virtualidad jurídica de la igualdad sustancial³⁰. A su vez a éste precepto, en su dimensión más intensa se le atribuye hacer realidad el paradigma garantista o constitucionalista, reforzando los derechos y libertades constitucionales³¹.

Por tanto, que lo desigual deba ser tratado de forma desigual, supone únicamente que pueden existir razones que permitan o que, valoradas todas las demás razones en pugna, impongan dicha desigualdad. No existe ningún criterio que siempre y en todo caso obligue a la diferenciación. Del mismo modo, ni siquiera los criterios del artículo 14° prohíben siempre su utilización como elemento de trato diferenciado. Así pues, tampoco existe ningún criterio que, en virtud de la igualdad, imponga siempre un trato desigual³².

Ahora bien, la vinculación del artículo 14° de la Constitución Española en relación con el artículo 9°.2 no exige del legislador, ni de los otros poderes públicos, que se abstengan de introducir discriminaciones no justificadas, tanto en

el contenido, como en la aplicación de las normas jurídicas. Por el contrario, precisa que se dicten las medidas para alcanzar la igualdad efectiva³³. Precisamente, éste es el mandato constitucional formulado en el artículo 9.2. Por el mismo, los poderes públicos pueden diseñar y aplicar tratamientos diferenciados que permitan la consecución de la igualdad sustancial. Así, numerosos derechos prestacionales “son expresiones concretas de la igualdad sustancial, pues consisten en dar o en hacer a favor de algunos individuos según criterios que introducen inevitablemente desigualdades normativas”³⁴.

De acuerdo con lo expuesto, ante determinadas situaciones, en las que la realidad social y económica coloca en una posición claramente desventajosa a un colectivo determinado (posiciones de objetiva inferioridad y de manifiesta desigualdad) no podría aplicarse el principio de igualdad formal, ya que produciría un claro efecto desigualitario. Con ello se acentuarían con mayor profundidad las diferencias que separan a determinadas categorías de individuos. En consecuencia, a fin de lograr la igualdad efectiva, el artículo 9°.2 exige un trato diferente. Por esta razón, la idea de diferenciación, supone “un complemento y un apoyo de las de generalidad y equiparación, y permite una operatividad racional del principio de igualdad ante la ley”³⁵.

Como hemos observado, a pesar de que, en ocasiones ambas dimensiones de la igualdad (formal y material) podrían resultar contrapuestas al momento de ser aplicadas³⁶; existen ciertos elementos que permitirían su coherencia. En efecto, el carácter igualitario inserto en el principio de igualdad en el contenido de la ley, permite su articulación con el principio de igualdad sustancial. De esta manera, el artículo 9.2 impele cierta desigualdad normativa, propugnando una idea de igualdad acorde con la definición teórica del Estado como social y democrático de Derecho. En este sentido, el artículo 14° y el 9°.2 de la Constitución Española conforman lo que Jiménez Campo ha denominado una “unidad de sentido normativo”³⁷. Por consiguiente, ante la aplicación del principio de igualdad formal, en su acepción material de igualdad en la ley, el artículo 9°.2 de la Constitución Española aporta un contenido sustantivo que permite superar la perspectiva formal en aras de su realidad y efectividad. La interpretación integrada del artículo 14° y el artículo 9°.2 se ha articulado procesalmente mediante la imbricación del segundo (artículo 9°.2) en el juicio de razonabilidad que utiliza al primero (artículo 14°) como parámetro de constitucionalidad.

De acuerdo con lo expuesto, la interpretación que realiza el Tribunal Constitucional del artículo 14° en relación al artículo 9°.2 de la Constitución Española, supone la superación de la hipotética contradicción entre el

principio de igualdad y la acción positiva (formulada por el legislador) tendente a corregir las diferencias producidas en la sociedad. Por ello, no podrán reputarse de discriminatorias, sino por el contrario, tendentes a conseguir la igualdad efectiva a aquellas acciones “de favorecimiento, siquiera temporal, que los poderes públicos emprendan en beneficio de determinados colectivos, históricamente preteridos y marginados, a fin de que mediante un trato especial más favorable vean suavizada o compensada su situación de desigualdad sustancial”³⁸.

4. LAS MEDIDAS DIFERENCIADORAS, ¿CONSTITUYEN POSICIONES SUBJETIVAS?

Teniendo en cuenta estas imbricaciones (entre los principios de igualdad formal, no discriminación e igualdad material), debemos cuestionar si las medidas diferenciadoras pueden formularse como posiciones subjetivas amparadas por el derecho fundamental a la igualdad ¿Bastaría con invocar los artículos 9°.2 y 14°, y sin ninguna mediación legislativa? Es decir, la cuestión es saber si desde estos preceptos se puede formular un específico derecho de igualdad material. Rodríguez Piñero es partidario de la idea de que desde estas posiciones sí es posible construirse tal derecho. Para ello se apoya no sólo en el artículo 9°.2, sino también en el propio artículo 14°, segundo inciso de la Constitución Española³⁹. Pietro Sanchís coincide con esta postura, pero añade algunas matizaciones, pues considera que un reconocimiento abierto o general parecería inviable. Uno de los supuestos⁴⁰ se hace efectivo cuando la igualdad material viene apoyada por un derecho fundamental prestacional directamente exigible, como es el caso de la educación gratuita, según menciona el citado autor.

Los derechos de este tipo, ya entrañan en sí mismos una decisión constitucional respecto de la urgencia o exigibilidad de determinados requerimientos de igualdad de hecho. Es decir, a efectos de la exigibilidad de este derecho fundamental –según aprecia este autor- no existe necesidad de invocar el artículo 9°.2. de la Constitución Española. Sin embargo, el carácter de mandato constitucional y de norma programática⁴¹ que define a este precepto lo hace importante a la hora de establecer los perfiles de desarrollo legislativo. En tal sentido, corresponde al legislador la tarea de concretar cuáles son estas prestaciones. De esta forma, la plasmación y desarrollo de estos derechos encuentran en dicho precepto un indudable respaldo constitucional, que ofrece cobertura al legislador a fin de que éste diseñe cuáles son las desigualdades jurídicas o formales necesarias para satisfacer las exigencias de la igualdad sustancial.

Debemos considerar también, que los tribunales utilizan su el alcance hermenéutico⁴², por lo cual no sólo estamos ante un principio limitador de la actividad de los poderes públicos; sino también ante un promotor de dicha actividad. Así, el principio de igualdad resulta ser, un estándar básico a la hora de definir y testar la legitimidad de las políticas públicas legislativas, económicas, sociales y de cualquier otro orden. En consecuencia, se necesita, rechazar una concepción restringida de la idea de igualdad que se concentre exclusivamente en la igualdad de la ciudadanía democrática y deje fuera la idea de la igualdad como condición o expectativa de vida.

De este modo, no resulta casual que en el ámbito legislativo se contemple el artículo 9°.2 de la Constitución Española con la finalidad de promover la igualdad y desterrar, así mismo, algunos aspectos discriminatorios que pudieran existir. Concretamente, este principio de igualdad se despliega con mayor énfasis en la elaboración de las leyes y demás normas del ordenamiento jurídico. Baste para ello revisar la normativa de desarrollo constitucional. Y a nivel jurisdiccional, las invocaciones alegadas con respecto a la igualdad se refieren generalmente a supuestos de discriminación mencionados en el artículo 14° de la Constitución Española o inferidos de ella como es el caso de las minusvalías⁴³.

En este orden de ideas, si bien es cierto que los artículos 14° y 9°.2 no amparan directamente posiciones iusfundamentales de igualdad de hecho, lo hacen con un carácter fragmentario que exige el concurso de otras razones, esto es de otros derechos o de la propia igualdad formal. También es cierto que el artículo 9°.2 contiene además, como ya lo hemos adelantado, una norma de programación final, hecho que refuerza su eficacia hermenéutica. Esto es apreciable en la interpretación de la faceta prestacional de algunos derechos fundamentales como el de la educación (Sentencia del Tribunal Constitucional 86/85). De lo expuesto deducimos que el artículo 9°.2 de la Constitución Española impulsa una cierta desigualdad normativa y propugna una idea de igualdad acorde con la actual definición normativa del Estado social y democrático.

Precisamente, por esta razón nos hemos detenido en lo relacionado con la configuración constitucional de la igualdad. Pues el marco constitucional nos es útil a la hora de interpretar este principio en relación con los derechos fundamentales y sirve a su vez como marco jurídico a la hora de legislar sobre determinada materia, (esto incluye, sin duda, el límite que impone la igualdad a la tarea del legislador).

Ahora bien, en el contexto de un Estado constitucional denominado Estado social y democrático, la sociabilidad del Estado - por supuesto sin prescindir

del aspecto democrático-, tiene una doble dimensión. En primer término, la de vinculación social del Estado. Esto implica, el deber jurídico de los poderes públicos, de actuación positiva y la tarea de velar por la mayor adecuación de las instituciones de carácter social a las necesidades y aspiraciones colectivas. Y segundo, la referencia social a los derechos fundamentales. Esto establece la responsabilización del Estado en orden a asegurar el disfrute efectivo por el mayor número posible de ciudadanos de las posiciones jurídicas aseguradas por ellos⁴⁴.

Lo expuesto subraya, por una parte, lo relativo al carácter de norma jurídica que tiene este precepto. Esto proporciona un contenido específico al carácter social que se le atribuye al Estado. Además, debemos destacar aquellas otras dimensiones del Estado social referidas no sólo a su teorización doctrinal, sino también a su categoría académica y analítica de las realidades estatales; así como a su positivización constitucional y al juego normativo y jurisprudencial que ha generado. En este sentido, el alcance de esta cláusula incluye el reconocimiento de su vinculación a los poderes públicos, principalmente, su carácter interpretativo y de proyección sobre el resto del ordenamiento jurídico, así como el factor de parámetro de constitucionalidad, cuyo desconocimiento activa los mecanismos correspondientes restauradores de la primacía del legislador⁴⁵.

No obstante, conviene tener presente que la imposición en la práctica del Estado social es una tarea que corresponde fundamentalmente al legislador. Ésta debe ser interpretada conforme a los cánones establecidos por la norma fundamental. Cabe decir, sin embargo, que en este contexto no sólo el artículo 14° de la Constitución Española, sino muchos otros preceptos constitucionales deben adquirir un nuevo y distinto sentido al ser reinterpretados desde la perspectiva del artículo 9°.2 de la Constitución Española⁴⁶.

Además, sucede que, según creemos, el artículo 9°.2 tiene una fuerte carga jurídica y política. Pero es, sustancialmente una carga habilitadora a los poderes públicos, que legitima y hace constitucionalmente inatacables una multiplicidad de políticas intervencionistas, reguladoras y redistribuidoras, con fuerte capacidad de transformación del modelo socio-económico. El precepto tiene una profunda densidad jurídica en esta dimensión “habilitadora”. En este aspecto la palabra no la tiene el derecho constitucional sino el legislador democrático. Desde esta perspectiva, no cabe duda que el principio de igualdad deja abierto un ancho campo de libre configuración legislativa. Es decir, abre un panorama donde tratamientos iguales y desiguales resultan simultáneamente lícitos o admisibles⁴⁷.

En suma, todo lo expuesto no lleva a subraya una vez más que en tanto principio jurídico-constitucional, la igualdad no sólo se proyecta sobre el texto constitucional sino sobre todo el ordenamiento jurídico.

En tal virtud, su eficacia es válida como norma jurídica informadora y hermenéutica, máxime si ésta viene matizada y modulada por el artículo 9°.2 de la Constitución Española.

-
- ¹ Una forma de observar los derechos fundamentales consiste en entender que “todos” son igualmente titulares del mismo. Así, “Las dimensiones de la igualdad dependen, de un lado, de la extensión de la clase de sujetos (“todos”) a que se refiere la igualdad; del otro, de la cantidad de los derechos que les son reconocidos y garantizados de forma universal”. De este modo, ambos aspectos, universalismo de los derechos fundamentales e igualdad jurídica, son exactamente la misma cosa. En este sentido, “de cualquier modo, la igualdad jurídica no será nunca otra cosa que la idéntica titularidad y garantía de los mismos derechos fundamentales independientemente del hecho, e incluso precisamente por el hecho, de que los titulares son entre sí diferentes”. Ferragioni, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999. Pág. 82.
 - ² Pérez Luño, Antonio Enrique. Dimensiones de la igualdad material. *Anuario de Filosofía del Derecho*. Volumen IV, 1987. Págs. 233-285.
 - ³ Como observa Pérez Luño, ni en el plano de la fundamentación, ni en el de la formulación, ni en el de la tutela, procede trazar una separación estricta entre derechos civiles y sociales. Pérez Luño, Antonio Enrique. El concepto de igualdad como fundamenta de los derechos económicos, sociales y culturales. *Anuario de Derechos Humanos*. Num. 1, Año 1981. Págs. 172- 200.
 - ⁴ Se trata de un fenómeno social amplio y complejo, que coloca a las personas contra las que se ejerce en una situación de marginación sistemática, histórica y socialmente muy arraigada. Es un fenómeno estructural e institucional en el que inciden factores muy diversos (actitudes, prácticas tradicionales, prejuicios consolidados, etcétera). Los impedimentos, al desarrollo resultan de un conjunto de prácticas sociales cotidianas muy complejas que incluyen, normas, hábitos, símbolos y presupuestos no cuestionados. Young, I. M. *La justicia y la política de la diferencia*, Álvarez, S. (traduc.) Cátedra, Madrid, 2000. Págs. 68 y 69. Cap. II. Pág. 71 y ss. y págs. 258-286.
 - ⁵ Barreré Unzueta, María Ángeles. *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*. Madrid: Civitas, 1997. Pág. 20.
 - ⁶ Alonso García, Enrique y García Mejía, Pablo. *Igualdad y no discriminación. El derecho a la igualdad*. *Derecho Constitucional III*. Compilador: Manuel Aragón Reyes. Madrid: Iustel, 2003.
 - ⁷ *Ibidem*.
 - ⁸ Barreré Unzueta, M^a Angeles. *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*. Op. Cit. Pág. 22.
 - ⁹ Rodríguez manifiesta que al principio la jurisprudencia constitucional fue algo vacilante en cuanto al significado propio del segundo inciso del artículo 14° de la Constitución Española. Pero, posteriormente el Tribunal Constitucional dará a esta cláusula antidiscriminatoria un sentido más intenso, entendiendo como una “interdicción de tener en cuenta aquellos criterios de diferenciación (nacimiento, raza, sexo, etc.) que el precepto expresamente menciona” (STC 83/1984). Se admite de esta manera, que esta cláusula antidiscriminatoria tiene un significado adicional propio respecto al principio general de igualdad. Es decir, tiene una operatividad propia, que responde a un mandato de paridad y de irrelevancia de esa circunstancia en el establecimiento de diferencias de trato. Ello permitirá deducir del precepto constitucional un derecho fundamental a la no discriminación, o incluso, completado con otros preceptos, un derecho a ser protegido contra la discriminación. Rodríguez Piñero Bravo-Ferrer, Miguel. *Nuevas dimensiones de la igualdad: no discriminación y acciones positivas*. *Persona y Derecho*. Num. 44, 2001. Pág. 219-242.
 - ¹⁰ Rodríguez Piñero la llama también discriminación camuflada, disimulada o no ostensible. Rodríguez Piñero, Miguel y Fernández López, María Fernanda. *Igualdad y discriminación*. Madrid: Tecnos, 1986. Pág. 162-165.

Margott Páucar Espinoza
El principio de igualdad constitucional y sus implicancias en los derechos fundamentales.
Apuntes sobre los artículos 14° y 9°.2 de la Constitución Española de 1978

-
- ¹¹ SSTC 229/1992, de 14 de diciembre, 75/1983, de 3 de agosto, 209/1988, de 10 de noviembre, 126/1997 de 3 de julio, 2000/2001, de 4 de octubre, 161/2004, de 04 de octubre.
- ¹² Esta correspondencia entre el principio de no discriminación y la igualdad jurídica parte del hecho de que esta cláusula contiene especificaciones que constituyen los casos de "igualdad normativa". Es decir, casos en que el tratamiento igualitario vienen impuestos, no desde la racionalidad argumentativa, sino desde la propia disposición constitucional. Igualdad que no se circunscribe a lo indicado en el artículo 14° de la Constitución Española. Carrasco Perera, Ángel. El principio de no discriminación por razón de sexo. En: Revista Jurídica de Castilla- La Mancha. Num. 11-12, 1991. Pág. 28.
- ¹³ Voz "Discriminación", Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española, Vigésima Segunda Edición 2001, Tomo I. Pág. 833. Diccionario del uso del español. Moliner María. Tomo I, 2ª edición. Madrid: E. Gredos, 1999. Pág. 1011.
- ¹⁴ Garriguez Domínguez, Ana. Igualdad, discriminación y diferencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Derechos y Libertades. Num. 10, 2001. Pág. 53-104.
- ¹⁵ Ruiz Miguel destaca cómo la fórmula elegida por el artículo 14° de la Constitución Española, supone adoptar un concepto restringido de discriminación. Pues ya que la interdicción de discriminación de dicho precepto prohíbe algo distinto de la simple desigualdad, se trata de un tipo especial de desigualdad que se caracteriza "por la naturaleza generalmente odiosa del prejuicio social descalificatorio, que tiende a tomar como objeto de persecución un rasgo físico o cuasifísico hasta afectar de manera gravísimamente injusta a la dignidad y, por tanto, a la igualdad más básica de los portadores del tal rasgo". Ruiz Miguel, Alfonso. La igualdad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho. Num. 19, 1996. Pág. 53.
- ¹⁶ El Tribunal Constitucional utiliza con frecuencia el término discriminación con este significado genérico, es decir como sinónimo de desigualdad de trato arbitraria, injustificada o no razonable, independientemente cuál sea el criterio de diferenciación utilizado. Esto no implica que utilice también la discriminación en sentido estricto, precisamente a partir de la STC 22/81, de 2 de julio, cuyo tercer fundamento jurídico recoge de forma expresa la doctrina del Tribunal Europeo. A ella se remiten muchas otras sentencias posteriores.
- ¹⁷ El propio Tribunal Constitucional a partir STC 128/87 comenzó a distinguir los dos incisos del artículo 14° de la Constitución Española. Este hecho ha marcado un cambio decisivo en la interpretación de este precepto constitucional, y en particular, de las prohibiciones específicas de discriminación contenidas en el mencionado precepto. Esta distinción, ya constituye una línea jurisprudencial consolidada.
- ¹⁸ En el ámbito doctrinal esta interpretación es mantenida por Rodríguez Piñero, Miguel y Fernández López, María Fernanda. Igualdad y discriminación. Pág. 17-19, 64-78, 232-247.
- ¹⁹ Alonso García, Enrique. El principio de igualdad del artículo 14° de la Constitución Española. En: Revista de Administración Pública. Num.100-102, enero-diciembre, 1982. Pág. 71.
- ²⁰ El artículo 14° de la Constitución Española, señala el Alto Tribunal, establece "en su primer inciso una cláusula general de Igualdad de todos los españoles ante la Ley. Pero a continuación procede a referirse expresamente a una serie de prohibiciones de motivos de discriminación concretos. Esta referencia constitucional expresa no implica (...) la creación de una lista cerrada de supuestos de discriminación, pero sí representa una explícita interdicción de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los Poderes Públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10° de la Constitución Española". STC 128/1987, de 16 de julio.
- ²¹ En la jurisprudencia constitucional norteamericana se habla del método del *strictum scrutiny* que son aplicables a los casos de discriminación inversa.
- ²² Esta es la opinión de Giménez Gluck, David. Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa. Valencia: Tiran lo Blanch, 1999. Pág. 171.
- ²³ En efecto, el precepto constitucional que prohíbe la discriminación ha venido siendo interpretado sistemáticamente con otros preceptos constitucionales, en particular con el 9°.2 de la Constitución Española que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva. En otras palabras, este último aspecto de la interdicción de discriminación conlleva necesariamente un mandato de parificación que conecta directamente con el artículo 9°.2 de la Constitución Española. A diferencia de la igualdad jurídica que no postula ni como fin ni como medio, la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia de trato legal, "las prohibiciones de discriminación, en cambio, imponen, como fin y generalmente como medio, la parificación del trato legal". (STC 126/1997, de 3 de julio). Al mismo tiempo, implica "un juicio de irrazonabilidad de diferenciación ya establecido" ex Constitución" (STC 229/1992, de 14 de diciembre).

- ²⁴ Asimismo, esta conexión permitirá ampliar y enriquecer la propia noción de discriminación. La misma incluirá no sólo la noción de "discriminación directa (...) sino también la noción de discriminación indirecta que incluye los tratamientos formalmente no discriminatorios de los que derivan, sin embargo consecuencias desiguales perjudiciales, que discriminan". A esto se refiere la STC 286/1994, del 27 de octubre que se pronuncia sobre tratos diferentes entre trabajadores de diversos sexos. En la discriminación indirecta "que debe entrar a analizar, en concreto, si lo que aparece como una diferenciación, formalmente razonable, no encubre o permite encubrir una discriminación contraria al artículo 14° de la Constitución Española". Una clara diferenciación entre ambos tipos de discriminación es realizada por Rey Martínez, Fernando. El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo. Madrid: Mc Graw Hill, 1985. En la doctrina alemana véase la obra Kalisch, Ines. Die Entwicklung des Verbots der mittelbaren Diskriminierung wegen des Geschlechts im Sozialrecht. Frankfurt am Main, 1999.
- ²⁵ Prieto Sanchís, Luis. Ley, principios, derechos. Instituto de Derechos Humanos, Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Dykinson. Madrid, 1998. Pág. 88.
- ²⁶ Sobre las razones que justifican una diferenciación dentro del marco del principio de igualdad y su relación con la discriminación positiva, véase Ruiz Miguel, Alfonso. Discriminación Inversa e igualdad. Valcárcel, Amelia (comp.). El concepto de igualdad. Madrid: Ed. Pablo Iglesias, 1994. Pág. 77-91. Sierra Hernández, Elisa. Acción positiva y empleo de la mujer. Colección Estudios. Madrid: 1999. Rey Martínez, Fernando. La discriminación positiva de las mujeres (comentario a la sentencia del TJCE de 17 de octubre de 1995 caso Kalanke. En: Revista española de derecho constitucional. Num. 47, Año 1996. Pág. 309-332. Rubio Llorente, Francisco. La Igualdad en la jurisprudencia del TC. Introducción: En: Revista española de derecho constitucional. Num. 31, Año 1991. Pág. 9-36. Rodríguez Piñero, Miguel. Acción positiva, igualdad de oportunidades e igualdad de resultados. En: Revista de Relaciones Laborales. Num. 13, 1996. Pág. 1-10.
- ²⁷ Prieto Sanchís, Luis. Ley, principios, derechos. Instituto de Derechos Humanos, Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Dykinson. Madrid: 1998. Pág. 89.
- ²⁸ En sentido similar, la STC 166/86, de 19 de diciembre.
- ²⁹ Montilla Marcos, José Antonio. El mandato constitucional de promoción de la igualdad real y efectiva en la jurisprudencia constitucional. Su integración con el principio de igualdad. En: Estudios de Derecho Públicos (Homenaje a Juan José Ruiz - Rico), Vol. I. Madrid: Tecnos, 1997. Pág. 462. También la jurisprudencia constitucional respalda esta postura. Así, la STC 170/1988, de 29 de septiembre o la STC 33/1991, de 14 de febrero.
- ³⁰ Giménez Gluck, David. Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa. Valencia: Tiran lo Blanch, 1999. Pág. 49.
- ³¹ Tal obligación le correspondería a los poderes públicos. Según anota Moreneo. La cláusula transformadora: el Principio de igualdad de oportunidades. Moreneo. La constitución socio-económica. Op. cit. Pág. 132 y ss.
- ³² Prieto Sanchís, Luis. Ley, principios, derechos. Instituto de Derechos Humanos, Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Dykinson. Madrid, 1998. Pág. 89.
- ³³ En general, la doctrina ha concebido a la igualdad material como igualdad efectiva. Es decir, la considera igualdad en las condiciones reales de existencia, la cual se identifica con la igualdad y el equilibrio de bienes y situaciones económicas y sociales. Este aspecto, supone la reinterpretación de la igualdad en el Estado social y democrático de Derecho, en relación con el Estado liberal que le precedió. Pérez Luño, Antonio Enrique. Dimensiones de la Igualdad material. En: Anuario de Derechos Humanos. Num. 3, 1984-1985. Pág. 233-285.
- ³⁴ Prieto Sanchís, Luis. Ley, Principios, derechos. Instituto de Derechos Humanos, Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson. Madrid, 1998. Pág. 81.
- ³⁵ Pérez Luño, Antonio Enrique. El concepto de Igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales. Op. cit. Pág. 268. Este autor destaca que la Igualdad garantizada por el artículo 14° de la Constitución Española no es el límite sino el presupuesto necesario; pero no suficiente de la igualdad real y efectiva del artículo 9°.2 de la Constitución Española.
- ³⁶ En lo referente a la posible contraposición que pudiera existir entre igualdad formal e igualdad material, como parte del mismo principio constitucional. Alexy, Robert manifiesta que al fijarse la igualdad jurídica sólo en el tratamiento jurídico y no en sus consecuencias fácticas, puede ser aplicado con mucha mayor facilidad que la igualdad de hecho. Mientras que, cuando se persigue la igualdad sustancial, ha de justificarse que efectivamente las medidas normativas de diferenciación sean capaces de apuntar hacia una igualdad de hecho en el ámbito vital que se considere relevante. Además, señala que el principio de igualdad de iure puede ser aplicado con mucha mayor facilidad y certeza que el de igualdad de hecho, en tanto que la primera de éstas sólo apunta al acto de tratamiento en tanto tal y no debe considerar sus

-
- múltiples efectos. Alexy, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Centro de estudios políticos y constitucionales. Madrid: 2001. Págs. 405 y 412.
- ³⁷ Partiendo del hecho de que nos encontramos ante dos conceptos distintos, con exigencias específicas, se trata de “integrar” en unidad de sentido normativo significados políticos que han ido formándose a lo largo del tiempo con una dinámica propia y, a menudo, conflictiva”. Jiménez Campo, Javier. La igualdad jurídica como límite frente al legislador. REDC, Num. 3, septiembre-diciembre 1983. Pág. 72.
- ³⁸ STC 216/1991, de 14 de noviembre. En idéntico sentido la STC 28/1992, de 9 de marzo.
- ³⁹ En el ámbito doctrinal esta interpretación es mantenida por Rodríguez Piñero, Miguel y Fernández López, M. F. Igualdad y discriminación. Págs. 17-19; 64-78, 232-247.
- ⁴⁰ Según Prieto Sanchís, los otros casos en los que se daría esta situación serían: cuando una pretensión de igualdad sustancial concurre con otro derecho fundamental, aun cuando no sea de naturaleza prestacional y cuando una exigencia de igualdad material viene acompañado por una exigencia de igualdad formal. Prieto Sanchís, Luis. Ley, principios y derechos. Op. cit. Pág. 92-94.
- ⁴¹ La mayor parte de la doctrina ha postulado la incapacidad del artículo 9°.2 de la Constitución Española de imponer obligaciones de naturaleza prestacional, y ello no sólo por razones de ubicación sistemática. Prieto Sanchís, Luis. Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial. En: Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Num. 22, 1995. Pág. 9-58
- ⁴² Carmona Cuenca, Encarnación. El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En: Revista de Estudios Políticos. Num. 84, abril-junio, 1994. Pág. 265-286; Gonzáles Salinas, Pedro. Protección constitucional del principio de igualdad. En: Revista Española de Derecho Administrativo. Num. 36, enero marzo, 1993. Pág. 75-99; López Rodó, Laureano. El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En: Revista de Administración Pública. Num. 100-102, enero-diciembre. Vol. I, 1983. Pág. 331-345.
- ⁴³ Ambos ámbitos se corresponden con lo que Barreré Unzueta ha identificado como dos tipos de actuaciones normativas. Así, esta autora señala: La primera se corresponde con aquellas actuaciones encaminadas a identificar o detectar la discriminación: las mismas se labor fundamental del poder judicial (más concretamente del Tribunal Supremo, a través de la elaboración de mecanismos de constitucionalidad de las leyes y de los conceptos de discriminación directa e indirecta) y las últimas están dirigidas a eliminarlas. Éstas forman parte del concepto de acción afirmativa, serían obra de los poderes normativos en sentido estricto (originaria y fundamentalmente de la Administración) Problemas del Derecho antidiscriminatorio: subordinación versus discriminación y acción positiva versus igualdad de oportunidades. Barreré Unzueta, María Ángeles. Revista Vasca de Administración Pública, Num. 60, 2001. Pág. 149.
- ⁴⁴ Parejo Alfonso, Luciano. Estado Social y Administración Pública. Madrid: Civitas, 1983. Pág. 34 y 35.
- ⁴⁵ García Herrera, M. A. y Maestro Buelga, G. Regulación Constitucional y posibilidad del Estado social. En: Revista Vasca de Administración Pública. Num. 22, 1988. Pág. 93. y López Guerra, L, J. De Esteba. L. López Guerra. El Régimen Constitucional Español. Vol. I. Barcelona: 1980. Pág. 314.
- ⁴⁶ A Gaggera Morales. El Estado Español como Estado social y Democrático de derecho. Madrid: 1984. Pág. 218.
- ⁴⁷ Prieto Sanchís, Luis. Ley, principios. Op. cit. Pág. 87.