

INFORME “El tiempo de los derechos”, núm. 13.

HURI-AGE

Consolider-Ingenio 2010

ANÁLISIS DE LOS PARÁMETROS ACTUALES DE LA IGUALDAD Y PROPUESTAS PARA HACERLA MÁS REAL Y EFECTIVA

AUTORA: M^a. ISABEL GARRIDO GÓMEZ.

**PROFESORA TITULAR DE FILOSOFÍA DEL DERECHO DE LA
UNIVERSIDAD DE ALCALÁ**

ANÁLISIS DE LOS PARÁMETROS ACTUALES DE LA IGUALDAD Y PROPUESTAS PARA HACERLA MÁS REAL Y EFECTIVA

M.^a Isabel Garrido Gómez. Profesora Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alcalá.

SUMARIO:

-I. INTRODUCCIÓN. -II. EL CAMINO HACIA UNA IGUALDAD REAL Y EFECTIVA. -III. EL TRATO DESIGUAL Y LA CONSECUCCIÓN DE LA IGUALDAD SUSTANCIAL. -IV. RECOMENDACIONES Y PROPUESTAS PARA HACER MÁS REAL Y EFECTIVA LA IGUALDAD. 1. En relación con los ámbitos implicados. 2. En relación con la superación de la regla aristotélica. 3. En relación con la prohibición de las discriminaciones negativas. 4. En relación con la admisión y potenciación de las discriminaciones positivas. 5. En relación con la forma de resolver la tensión entre la igualdad de hecho y de Derecho conforme al derecho a la igualdad. -V. BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA.

1. INTRODUCCIÓN

El concepto contemporáneo de igualdad tiene su origen en la creación de un orden jurídico y social en el que la independencia del individuo solamente podía obtenerse posicionando por encima al Estado-norma, conectada la concepción de la independencia con el nivel formal y la autonomía económica¹. El fundamento de que los liberales requirieran un trato igual para todos los sujetos descansa, por tanto, en el concepto de *autonomía*.

Actualmente, es posible que hablemos de la igualdad formal como el objetivo que es prioritario en un Estado social y democrático de Derecho, pero, dadas las transformaciones, la pregunta que conviene hacernos es ¿qué instrumentos son los que

¹ BARCELONA, P., *El individualismo propietario*, presentación de M. Maresca, trad. de J.E. García Rodríguez, Trotta, Madrid, 1996, pp. 55 y ss.

deben concurrir para que ese dictado se convierta en realidad? En este sentido, los instrumentos clásicos son: el origen democrático de la ley, aseguradora de la imparcialidad; la generalidad, que se expresa en un Derecho constituido por normas generales dirigidas al hombre y al ciudadano en abstracto; y la abstracción, en la medida que los contenidos de las normas describen supuestos de hecho con consecuencias jurídicas que conciernen a todos los supuestos y situaciones concebibles. Consecuentemente, el hecho de que ya no pensemos que todos tienen exactamente los mismos derechos y deberes, sin que al legislador le sea dable incluir diferencias de trato, se presenta porque en los ordenamientos vigentes se han constitucionalizado intereses jurídicos nuevos que anteriormente no se contemplaban².

Hoy, el ejercicio de la potestad legislativa continúa teniéndose que adaptar al ordenamiento de las competencias estatales, apoyada en la delimitación preventiva de tales competencias y, eventualmente, de las directrices señaladas en la Constitución. A la vez que, con referencia a la esfera jurídica, se ha de respetar la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás; y con arreglo a las exigencias extrajurídicas, se ha de conducir racionalmente según las necesidades político-legislativas emergentes de la vida social advertidas en la opinión pública y los postulados del orden constituido³. Ahora bien, apreciamos una crisis de la ley como fuente exclusiva del Derecho creada por el Estado en favor de los jueces, convirtiéndoles en *auténticos* legisladores para lograr una mayor adaptación de las normas a las demandas sociales⁴.

Desde este punto de vista, la objetividad en relación con la igualdad es inteligible con un significado innovador y adaptado a las nuevas situaciones que supera la identificación de este término con la generalidad y la abstracción de las normas, y su remisión a la justiciabilidad de las distinciones empleadas por ellas, es decir, a la

² MARTÍNEZ TAPIA, R., *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional*, Universidad de Almería, Almería, 2000, p. 94; SUAY RINCÓN, J., *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1985, pp. 145 y 146.

³ ATIENZA, M., *Contribución a una teoría de la legislación*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 77 y ss.; HAWKINS, K., "The Use of Legal Discretion: Perspectives from Law and Social Science", en HAWKINS, K. (ed.), *The Uses of Discretion*, Clarendon Press-Oxford University Press, Oxford, 1995, pp. 11 y ss.

⁴ PEREZ LUÑO, A.E., *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona, 1994, pp. 62 y ss.

exclusión de criterios arbitrarios⁵. Pero lo que es claro es que la línea de separación tajante entre las igualdades formal y material se ha difuminado al penetrar en aquélla algunas exigencias de contenido constatadas en las modalidades de la *equiparación* y la *diferenciación*. Lo principal en los dos casos es establecer la justificación de la elección de los criterios que sirven para que el legislador establezca la relevancia o irrelevancia de caracteres que hacen que hablemos de la igualdad como equiparación o como diferenciación⁶. Por tal razón, se aduce, por ejemplo, que la igualdad de trato formal como diferenciación constituye un elemento de conexión con la igualdad material porque el establecimiento de los datos relevantes, que desde la perspectiva de la igualdad formal sólo poseen repercusión directa en el sistema aplicando o no una norma jurídica, es posible que permita la reflexión sobre criterios de redistribución general que faciliten la satisfacción de necesidades básicas⁷.

II. EL CAMINO HACIA UNA IGUALDAD REAL Y EFECTIVA

El Derecho como instrumento del Estado social y su empleo con fines de integración y de actuación de políticas sociales ha impuesto la racionalidad material sobre la formal. Dicho proceso aspira a proteger posiciones mediante normas y realiza esas aspiraciones modificando algunas estructuras de poder y controlando el proceso socio-económico. No obstante, no podemos hablar de un Estado de Derecho material que reúna un mínimo de condiciones formales para que haya un mínimo de seguridad jurídica, aun cuando ésta descansa además en razones materiales y racionales. De modo que el contenido regulativo de las normas debe buscarse en su adecuación a la ejecución que llevan aparejada y a los efectos que con ella se quieren alcanzar⁸. De ahí que en lo que se ha de hacer hincapié es en la validez que ha pasado de estar apoyada sólo en el cumplimiento de ciertos requisitos formales, como ocurría en el Estado legislativo

⁵ PERONA, A.J., “Notas sobre igualdad y diferencia”, en MATE RUPÉREZ, M.R. (ed.), *Pensar la igualdad y la diferencia. (Una reflexión filosófica)*, Fundación Argentaria-Visor, Madrid, 1995, pp. 35 y ss.; RUIZ MIGUEL, A., “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en GARCÍA SAN MIGUEL, L. (ed.), *El principio de igualdad*, Universidad de Alcalá-Dykinson, Madrid, 2000, pp. 164 y 165.

⁶ PÉREZ LUÑO, A.E., *Dimensiones de la igualdad*, edic. a cargo de R. González-Tablas Sastre, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, Madrid, 2007, p. 24; SUAY RINCÓN, J., *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, cit., pp. 35 y 36.

⁷ MARTÍNEZ TAPIA, R., *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional*, cit., p. 19.

⁸ GALIANA SAURA, A., *La legislación en el Estado de Derecho*, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, Madrid, 2003, pp. 24, 71-72 y 103 y ss.

unitario, a ajustarse a un complejo entramado por la crisis de la autoridad que elabora las leyes y las fuentes del Derecho⁹.

En efecto, en el Estado liberal de Derecho el hombre se consideraba como sujeto activo y pasivo de la ley, como creador de los dictados legislativos por la soberanía popular sometedores de los individuos y los poderes públicos. La estimación del individuo como sujeto pasivo de la actividad legislativa dejó en evidencia el sometimiento a su aplicación, que todos han de acoplarse igualmente al ordenamiento jurídico y poseen un derecho igual a obtener la protección de los derechos que ese ordenamiento reconoce, eliminando discriminaciones arbitrarias¹⁰. El siguiente paso se produjo cuando la igualdad ante la ley llevó a modificaciones significativas en la aplicación de la misma, es decir, en la comprensión de que tal aplicación ha de hacerse conforme a la ley¹¹. Y, con el transcurrir del tiempo, se tomó conciencia de que el modelo liberal sólo era válido para alcanzar la igualdad real en una sociedad homogénea, haciéndose cada vez más relevante la necesidad de igualar y diferenciar por medio de la ley¹². Desde esta perspectiva, la igualdad se presenta como criterio de distribución de los contenidos de libertad y se proyecta en sus titulares¹³.

A ello hay que sumar la necesidad de considerar la posible presencia de diferentes clases de desigualdad y de diferentes criterios de distribución, en atención al contexto sobre el que se dirige el examen de la igualdad por la complejidad de su idea¹⁴, lo que favorece la justificación de la diversidad a la hora de tomar las medidas pertinentes sin dejar de tener en cuenta la aceptación de la medida y de sus criterios por los afectados. De lo expuesto se deduce que “siempre será razonable aquella medida

⁹ Cfr. el trabajo de LA TORRE, M., *Rules, Institutions, Transformations. Considerations on the “Evolution of Law” Paradigm*, European University Institute, Florencia, 1995; PRIETO SANCHÍS, L., *Ley, principios, derechos*, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, Madrid, 1998, p. 45.

¹⁰ ARA PINILLA, I., *Notas para un estudio de la justicia y la igualdad: un análisis del tema desde las perspectivas de la axiología jurídica y del Derecho constitucional*, Departamento de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1982, pp. 104-107; RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 19-20.

¹¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Igualdad y discriminación*, cit., p. 21.

¹² SUAY RINCÓN, J., *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, cit., p. 26.

¹³ ASÍS ROIG, R. de, *Sobre el concepto y fundamento de los derechos: Una aproximación dualista*, Instituto de Derecho Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, Madrid, 2001, p. 71.

¹⁴ WALZER, M., *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*, trad. de H. Rubio, Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 2004, pp. 32 y 33.

que aun diferenciando pretenda satisfacer una necesidad básica y mantener la capacidad de elección o que pretenda situar en igual situación de poder a unos determinados individuos que no lo están. Es más, a partir de aquí, también será razonable aquella medida que, atendiendo a las circunstancias que provocan desigualdad, al contexto y a los criterios posibles de distribución, sea aceptada por los sujetos implicados”¹⁵.

En definitiva, el tratamiento legal diferenciador puede derivarse de la comparación o la interpretación de diversos órdenes normativos para obtener de esa comparación la aparición de una desigualdad censurable constitucionalmente, y de una situación de hecho que no es imputable a la norma de modo directo, aun cuando sí lo es en relación con la actuación de la interpretación y aplicación normativas¹⁶.

Desde el punto de vista del aplicador del Derecho, en lo tocante a la problemática de la previsibilidad, el Tribunal Constitucional ha intentado subrayar el imperativo de conciliar el principio de igualdad con la independencia judicial y la naturaleza dinámica y progresiva de su función; y ha ejercido un control únicamente formal requiriendo que concurren la identidad del órgano judicial, la identidad sustancial de los supuestos de hecho que se enjuician y la ausencia de una fundamentación adecuada que justifique el cambio de criterio interpretativo en términos de generalización¹⁷. Cada caso puede merecer una estimación distinta a cada juzgador.

El hecho de que las leyes hayan de aplicarse sin tener en cuenta quién es el destinatario plantea problemas que se captan en los conceptos vagos, ambiguos y valorativamente abiertos, debiendo tener toda discriminación una fundamentación objetiva y razonable¹⁸. Así, ejemplificativa resulta la STC 144/1988, de 12 de julio, f.j. 3, que establece que cuando haya razones que autoricen a pensar que la divergencia interpretativa constituye la cobertura formal de una decisión cuyo sentido es diverso de

¹⁵ Sobre lo referente a los criterios señalados, ver ASÍS ROIG, R., “La igualdad en el discurso de los derechos”, en LÓPEZ GARCÍA, J.A. y REAL ALCALÁ, J.A. del (eds.), *Los derechos: entre la Ética, el Poder y el Derecho*, Universidad de Jaén-Dykinson, Madrid, 2000, pp. 162 y ss.

¹⁶ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Igualdad y discriminación*, cit., pp. 41 y ss.

¹⁷ BILBAO UBILLOS, J.M. y REY MARTÍNEZ, F., “El principio constitucional de igualdad en la jurisprudencia española”, en CARBONELL, M. (comp.), *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, D.F., 2003, pp. 116 y 117.

¹⁸ OLLERO TASSARA, A., *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, p. 17.

otras anteriores o, incluso, posteriores, la causa recae en que “se han tomado en consideración circunstancias personales o sociales de las partes, incluso, su identidad, que no debieron serlo”¹⁹. Otras sentencias más recientes que giran en torno a esta tesis son la 268/2005, de 24 de octubre, y la 33/2007, de 12 de febrero.

III. EL TRATO DESIGUAL Y LA CONSECUCCIÓN DE LA IGUALDAD SUSTANCIAL

La consecución de la igualdad sustancial justifica un trato que no es igual, siempre que haya una desigualdad social con la meta de reducirla o eliminarla, obteniendo una sociedad más justa, evitando formas de neutralización, interiorización o anulación de las diferencias para que los grupos minoritarios no permanezcan marginados²⁰.

Asumimos que la determinación de los criterios de relevancia para establecer la igualdad y la diferenciación es esencialmente axiológica, porque implica la formulación de juicios de valor por actos de voluntad jurídicos a los que sirven de vehículo y de expresión las normas. En consecuencia, una diferenciación es arbitraria si no es posible encontrar una razón suficiente para justificarla, siendo la cualificación de la razón suficiente un problema de valoración. Con apoyo en el artículo 9.2 de la Constitución española (en adelante CE) se puede admitir “el trato distinto que recaiga sobre supuestos de hecho que fueran desiguales en su propia naturaleza, cuando su función contribuya al restablecimiento de la igualdad real a través de un diferente régimen jurídico” (STC 14/1983, de 2 de febrero, f.j. 3). A la par que la igualdad como criterio de distribución de derechos tiene dos vertientes, la igualdad como diferenciación *negativa*, que da un trato igual a las circunstancias o situaciones diferentes que se estiman deben tenerse como irrelevantes para el disfrute o el ejercicio de ciertos

¹⁹ Ver las consideraciones hechas por RUBIO LLORENTE, F., “La igualdad en la aplicación de la ley”, en GARCÍA SAN MIGUEL, L. (ed.), *El principio de igualdad*, cit., pp. 57 y 58.

²⁰ FARIÑAS DULCE, M.J., *Los derechos humanos desde la perspectiva sociológico-jurídica a la “actitud postmoderna”*, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, Madrid, 2006, pp. 22-23; PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., con la colaboración de R. de Asís Roig, C. Fernández Liesa y A. Llamas Cascón, *Curso de derechos fundamentales*, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, pp. 287 y ss. Sobre esta cuestión ver el libro AÑÓN ROIG, M.J., *Igualdad, diferencias y desigualdades*, Fontamara, México, D.F., 2001.

derechos o para la aplicación de las normas; y la igualdad como diferenciación *positiva*, que conlleva un trato distinto de circunstancias y situaciones tenidas como relevantes²¹.

Con esta visión, la aceptación de la desigualdad de trato ha de estar basada en el triple test de la diferenciación razonable: 1) El test de la desigualdad, consistente en la demostración de que la ley en la que centramos nuestra atención encierra consecuencias jurídicas distintas en lo referente a dos o más personas o colectivos; 2) el test de la relevancia, el cual pretende probar que las situaciones analizadas guardan cierta identidad y exigen de la ley aplicable una igualdad de trato; y 3) el test de la razonabilidad, por el que el trato desigual no ha de ser medio necesario y proporcional para conseguir el fin normativo, desdoblándose en dos clases de juicios: a) “es irracional la desigualdad que nada tiene que ver con el fin que la norma pretende conseguir” (test de la racionalidad); y b) “los motivos para provocar desigualdad pueden estar de acuerdo con valores constitucionales, siendo razonable la distinción” (test de la razonabilidad *stricto sensu*). A lo dicho hay que agregar que la desigualdad ha de ser proporcionada a la desigualdad material²².

Siguiendo a García Amado, los criterios de justificación son:

a) Según la relación del principio de igualdad con la función o razón de ser en el ordenamiento jurídico. Aquí, hay que delimitar en qué casos son precisas las diferencias y superar la regla formal aristotélica de que hay que tratar igualmente lo igual y desigualmente lo desigual, puesto que existe una necesidad estructural que requiere fijar distinciones, no saliéndose de unos márgenes. Para establecer estos límites, hay que considerar la funcionalidad práctica del ordenamiento contextualizado socialmente.

b) Según la estructura constitutiva del ordenamiento jurídico. En este supuesto, la permisón o la prohibición de desigualdades se determinan por la no

²¹ ASÍS ROIG, R. de, “La igualdad en el discurso de los derechos”, cit., p. 157; RUIZ MIGUEL, A., “La igualdad como diferenciación”, cit., pp. 286-290.

²² ALONSO GARCÍA, E., “El principio de igualdad en el artículo 14 de la Constitución española”, *Revista de Administración Pública*, n.º 1, 1983, pp. 21 y ss.; GIMÉNEZ GLÜCK, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 37.

violación de la generalidad normativa, de su aplicación sin distinción y de la coherencia sistemática del ordenamiento. Las normas deben ser generales, abstractas y universales, y únicamente admiten ciertas excepciones. A la estructura formal de aquél hay que unir la cuestión de su justificación, por lo que juzgamos que se ha de salvaguardar su coherencia lógica, para respetar su funcionalidad, salvando los problemas que pueden aparecer en la relación entre la coherencia interna y la sistematicidad de lo jurídico en un contexto social que se modifica con el tiempo.

c) Según el contexto legal del principio de legalidad, marcado en un primer nivel por la Constitución, por las normas de desarrollo y por el Tribunal Constitucional. Nivel en el que se conforman ámbitos con una protección especial que admiten algunas desigualdades.

d) Según el control del razonamiento jurídico en el que se establece una desigualdad, cuyos destinatarios son los legisladores, los órganos de la Administración y los jueces. En este apartado, la justificación en la que han de basarse las desigualdades es la de que exista “una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida”, dándose una relación coherente y adecuada entre los medios que sirven para articular los fines que justifican la razonabilidad de un trato desigual, y los medios con los que se satisfacen esos fines en cada caso.

e) Según la estructura del proceso argumentativo. Con este criterio, el principio de igualdad implica la articulación pragmática de presunciones que se expresan como interdicción de la arbitrariedad, entendida como ausencia justificativa. No obstante, como se deduce de la experiencia, la razonabilidad no pasa de ser un instrumento discursivo de grandes dimensiones hasta que no sea complementado con más indicaciones para el enjuiciamiento uniforme de contenidos.

f) Según la racionalidad de las valoraciones de fondo. Para efectuarla, los Tribunales Constitucionales tienen que ejercitar una razonabilidad que ha de ser

especificada materialmente en cada supuesto que se dirime, y que no es de corte iusnaturalista²³.

IV. RECOMENDACIONES Y PROPUESTAS PARA HACER MÁS REAL Y EFECTIVA LA IGUALDAD

Por lo indicado, las recomendaciones y propuestas para hacer más real y efectiva la igualdad son:

1. En relación con los ámbitos implicados

La revisión de la igualdad implica un puente entre el Derecho, la Moral y la Política en las tareas del legislador, de los jueces y de los demás operadores jurídicos. **De tal interrelación se deben deducir los ámbitos dentro de los que se ha de enjuiciar el tema objeto de análisis. Éstos son el lógico-lingüístico, en él que se busca atribuir un significado a la noción de igualdad ante la ley, contestando a la pregunta de igualdad ¿en qué sentido? Además interesa el nivel filosófico-político, que da respuesta a las cuestiones de *por qué* igualdad y *qué* igualdad, referido a la justificación del valor que representa en relación a su protección y a la elección de los distintos tipos. Y, en tercer lugar, destaca el plano jurídico que contesta a *cómo* y *para qué* lograr la igualdad, fijación que se remite, como destinatarios, a los órganos representativos de los Poderes públicos y a los particulares²⁴.**

2. En relación con la superación de la regla aristotélica

El principio aristotélico se explica en función de dos prescripciones, una exige que no se apliquen excepciones a la regla general si es que no hay fundamentos relevantes para ello; y la otra precisa que el Derecho establezca las categorías relevantes para establecer esas excepciones. Suscribe el filósofo que la desigualdad es injusta y la igualdad justa, habiendo un término medio de lo desigual, éste es el de lo igual, y dos

²³ GARCÍA AMADO, J.A., "Problemas metodológicos del principio constitucional de igualdad", *Anuario de Filosofía de Derecho*, t. IV, 1987, pp. 111-131.

²⁴ CARBONELL, M., *La Constitución en serio. Multiculturalismo, igualdad y derechos sociales*, Universidad Nacional Autónoma de México-Porrúa, México, D.F., 2001, pp. 125-129. La filosofía de la Ilustración y la política de la Revolución francesa fueron la base del auge del legalismo del siglo XIX, estando fundamentada la actividad que desenvuelve la igualdad en el deber ético de hacer abstracción de ciertas desigualdades de hecho que imperan entre los hombres, y exigiéndose la fundamentación racional de los juicios de valor. Sobre este aspecto, ver: PRIETO SANCHÍS, L., *Ley, principios, derechos*, cit., p. 85.

formas de igualdad correspondientes con la justicia²⁵. Pero la tradición de identificar lo igual con lo justo y lo desigual con lo injusto es susceptible de crítica al engendrar una circularidad que difiere por remisiones recíprocas la conceptualización de ambas categorías; al tiempo que afloran falsas identificaciones entre los planos del ser y del deber ser, desprendiéndose de la simbiosis justicia/igualdad que la igualdad está justificada en cada caso²⁶.

Por tanto, el concepto de igualdad no puede comprenderse absolutamente y debe ser entendido en su dimensión histórica. Esa relatividad ha de derivar de la materia que se trata, aparte de que es un concepto de naturaleza relacional, siendo el auténtico problema para reivindicar un tratamiento jurídico la especificación de cuándo dos situaciones reales son equiparables, o cuándo sus similitudes deben predominar sobre sus diferencias, no olvidando el juicio de valor sobre la elección de los criterios concretos que se han de considerar y el de la evaluación de los hechos en base a estos criterios.

En realidad, la igualdad jurídica es indispensable para adquirir la real en un sentido negativo, dado que la concurrencia de discriminaciones legales limita los logros planteados; simultáneamente que, en un sentido positivo, se permite acudir a los tribunales para contrarrestar la discriminación. **Sin embargo, la igualdad formal no es suficiente y se requiere la aplicación efectiva de normas que guarden las esferas vulnerables, de modo que el principio de igualación social sea un principio de compensación de las desigualdades que se realiza por la elevación o la promoción de las personas desfavorecidas, o con la limitación o la disminución de la riqueza y del poder de las personas más favorecidas.**

3. En relación con la prohibición de las discriminaciones negativas

Con las discriminaciones que se prohíben se intenta impedir la existencia de víctimas que han sido tratadas de forma desfavorable continuada y sistemáticamente. Las

²⁵ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, edic. bilingüe y trad. de M. Araújo y J. Marías, introducción y notas de J. Marías, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, Libro V, 1-5. “La virtud”; BENN, S.I. y PETERS, R.S., *Los principios sociales y el Estado democrático*, trad. de R.J. Vernengo, Eudeba, Buenos Aires, 1984, pp. 126 y 127; LEYDEN, W. von, *Aristotle on Equality and Justice: His Political Argument*, Palgrave Macmillan, Londres, 1985, pp. 20 y ss.

²⁶ PÉREZ LUÑO, A.E., “Sobre la igualdad en la Constitución española”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. IV, 1987, p. 135. Ver también los trabajos de R.J. Arneson, R. Dworkin, T. Nagel, A. Sen y B. Williams, en CARTER, I. (dir.), *L’idea di eguaglianza*, trad. de E. Dornetti, Feltrinelli, Milán, 2001.

discriminaciones prohibidas presuponen cierta sistematicidad, producto de una regla jurídica que trata de forma diferente lo que hace la regla que se pudiera estimar *estándar*, o social, es decir, que hablamos de un problema jurídico, pero estamos ante un fenómeno social en la mayoría de las ocasiones sin que interese en exclusividad el punto de partida porque el resultado es básico. Por otra parte, las razones que aparecen en el artículo 14 de la CE pueden ser de naturaleza biológica, a título ilustrativo, el nacimiento, la raza, el sexo, o la condición o circunstancia personal. Aunque es posible que prime la elección humana en la religión, la opinión y algún tipo de condición o circunstancia social, en este último grupo, además, se encuentran afectados derechos y libertades. Tales causas tienen un punto de unión que se debe a su relatividad interpretativa y ofrecen posibilidades muy amplias, al igual que ocurre con las formas de operar en la práctica por estar firmemente fundadas en la sociedad²⁷.

La propuesta de las dos vías más plausibles a la hora de comprender la relación entre la igualdad y la no discriminación son:

a) Entender la discriminación como desigualdad arbitraria de trato. Aquí lo que debe primar es la idea de igualdad y la prohibición de desigualdades arbitrarias. El principal mandato es que “los individuos deben ser tratados igual por encima de cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Por eso, en este plano la discriminación se desplaza a la cuestión genérica de la desigualdad e implica abordar los criterios empleados para fijar diferencias de tratamiento, los fines que se persiguen con la diferencia y la relación entre los fines y los medios. El listado de causas no da a conocer una prohibición distinta cualitativamente, sino la desigualdad que no es razonable. Dada su frecuencia y peculiar peligro, se debe cuidar expresamente la interdicción de algunos riesgos en el sentido de que constituyen causas *razonables* de diferenciación²⁸

²⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Igualdad y discriminación*, cit., pp. 162 y ss. Sobre esta cuestión, ver las diferentes opciones que se aportan en COHEN, M., NAGEL, T. y SCANLON, T. (eds.), *Equality and Preferential Treatment*, Princeton University Press, Princeton (Nueva Jersey), 1977; NOGUEIRA ALCALÁ, H., “El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.º 10, 2006, pp. 799-832.

²⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Igualdad y discriminación*, cit., p. 235.

b) Distinguir entre el principio de igualdad de trato, genéricamente entendido, que prohíbe llevar a cabo diferencias arbitrarias de tratamiento, y el principio específico referente a la prohibición de discriminación, que protege a algunos grupos que suelen estar marginados sistemáticamente²⁹. La igualdad como no discriminación explica la idea fijada en el artículo 14 de la CE al dictar que todos somos iguales ante la ley, sin discriminación [...], causa por la que ni legislativamente ni tampoco a la hora de la aplicación de la legislación es admisible la diferencia de trato.

4. En relación con la admisión y potenciación de las discriminaciones positivas

Primordialmente en la cuestión de la justificación de la discriminación, es importante ver si la igualdad es sacrificable en aras de otro bien constitucionalmente protegido, para ello hemos de tener en cuenta, más que la igualdad, el efecto discriminatorio que la diferenciación puede producir³⁰. El juego que se reconoce en el artículo 14 de la CE no establece cuándo una circunstancia fáctica puede o debe ser tomada en consideración para operar una diferenciación normativa. La igualdad formal prevista en el mencionado artículo y la material del 9.2 pueden convivir pacíficamente, sin embargo, pueden también entrar en confrontación, siendo esta clase de antinomias del tipo parcial/parcial representativa de que los ámbitos de validez de las normas coinciden parcialmente³¹.

²⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Igualdad y discriminación*, cit., pp. 235 y 236. El Derecho antidiscriminatorio originado en los Estados Unidos después de la Segunda Guerra Mundial tiene como destinatarios a las personas de color, con el objetivo de superar sus continuos levantamientos, extendiéndose posteriormente a otros factores como la edad, la orientación sexual, la discapacidad, el estatus marital y la riqueza, a lo que hay que agregar otras formas desarrolladas por el Tribunal Supremo y la Administración. El judicial se ha fijado en la construcción de instrumentos y mecanismos de control constitucional de las leyes interpretando la XIV Enmienda. Igualmente, están dentro de este grupo los conceptos de *disparate treatment* y *disparate impact*, correspondiéndose en el Derecho europeo con la discriminación directa e intencional y con la discriminación indirecta respectivamente. Sin embargo, el Derecho antidiscriminatorio es identificable con la *affirmative action policy*, centrándose, sobre todo, en la igualdad de oportunidades y en la esfera laboral (BARRÈRE UNZUETA, M.A., *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 33 y ss.).

³⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Igualdad y discriminación*, cit., p. 74; ROEMER, J.E., *Equality of Opportunity*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 2006, pp. 108 y ss.; STRAUSS, D., "The Illusory Discrimination between Equality of Opportunity and Equality of Result", en DEVINS, N. y DOUGLAS, D.M. (eds.), *Redefining Equality*, Oxford University Press, Nueva York, 1998, pp. 51 y ss.

³¹ MONTILLA MARTOS, J.A., "El mandato constitucional de promoción de la igualdad real y efectiva en la jurisprudencia constitucional. Su integración con el principio de igualdad", en VARIOS AUTORES, *Estudios de Derecho público. (Homenaje a Juan José Ruiz-Rico)*, vol. 1, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 437-463; PRIETO SANCHÍS, L., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 183 y 184.

Con estos parámetros, legislativamente no basta cualquier justificación del legislador, se ha de probar la necesidad de la norma para el uso de tal fin, imperativamente legítimo. La acción positiva se ha de dirigir a combatir la subordinación estructural de ciertos grupos, siendo una de sus manifestaciones la discriminación. Si se quiere que el Derecho antidiscriminatorio sea un instrumento de justicia grupal, es preciso que haya una revisión a fondo que parta de su definición. Consiguientemente, podemos hablar del empleo de dos líneas: una se centraría en llevar a cabo un desplazamiento del concepto jurídico de discriminación fundado en la diferencia de trato al de subordinación fundado en la diferencia de estatus. La otra línea exigiría una ampliación del concepto jurídico de acción positiva y que no se viera reducido a la igualdad de oportunidades³².

5. En relación con la forma de resolver la tensión entre la igualdad de hecho y de Derecho conforme al derecho a la igualdad

La tensión entre la igualdad de Derecho y de hecho se manifiesta en una colisión entre principios que debe resolverse casuísticamente con la técnica de la ponderación. Derivativamente, el objetivo es hallar un método de inclusión e integración en el que se fijen las reglas de juego que han de cumplirse entre el grupo mayoritario y el resto de los grupos, **debiéndonos plantear como interrogantes clave ¿de qué manera hemos de valorar la diferencia y la identidad?, ¿cómo han de conjugarse con la igualdad?, ¿cuál es el camino para obtener un respeto mutuo e igual entre todos los grupos culturales?, y ¿en qué lugar hemos de situar el punto de cohesión dentro de un contexto socio-político?**³³.

Desde esta posición, se ha de suscribir que el derecho a la igualdad no es autónomo, no existe por sí mismo, estando su contenido establecido en función de relaciones jurídicas concretas. Así, no es conceptuable como un derecho formal; es una norma que sirve de parámetro para ratificar que el artículo 14 CE se ha vulnerado, pudiendo ser el infractor el que goza de una situación de hecho favorable o el que goza

³² BARRÈRE UNZUETA, M.A., "Problemas de Derecho antidiscriminatorio Subordinación versus discriminación y acción positiva versus igualdad de oportunidades", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 9, 2003, pp. 22 y ss.

³³ FARIÑAS DULCE, M.J., *Globalización, ciudadanía y derechos humanos*, Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas" de la Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, Madrid, 2004, pp. 39-40; MALGESINI, G. y GIMÉNEZ, C., *Guía de conceptos sobre migraciones, racismo e interculturalidad*, La cueva del oso, Madrid, 1997, 36 y 300.

de otra desfavorable. Su condición se la ha otorgado la Constitución, a la par que se le ha otorgado una naturaleza reaccional reforzada frente a otros derechos. También cabe remarcar la improbabilidad de que no se infrinja simultáneamente otro derecho³⁴. Quien desee beneficiarse de aquél podrá apelar al derecho a no ser tratado desigualmente, no a no ser tratado igualmente, por lo que el derecho a la igualdad no hace nacer nuevos derechos fuera de los que se restablezcan cuando hayan sido violados³⁵.

Si la conflictividad aparece porque el logro de la eficacia en el establecimiento de la igualdad en la redacción legal es sumamente ambiguo, los criterios que se han de seguir son de dos clases: la conexión entre el Derecho como técnica de control social junto a las conductas que llevan a cabo los sujetos, y el nivel de incidencia de las normas en las conductas de los sujetos. En el primer punto, la correspondencia es un aspecto de la relación semántica entre un contenido de proposiciones y un estado de cosas. En el segundo, la relación implica que existe un sistema normativo, no pudiendo definirse la eficacia en el nivel de correspondencia entre acciones y prescripciones integrando las condiciones precisas de la existencia del sistema³⁶.

V. BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

- ALONSO GARCÍA, E., “El principio de igualdad en el artículo 14 de la Constitución española”, *Revista de Administración Pública*, n.º 1, 1983.
- AÑÓN ROIG, M.J., *Igualdad, diferencias y desigualdades*, Fontamara, México, D.F., 2001.
- ARA PINILLA, I., *Notas para un estudio de la justicia y la igualdad: un análisis del tema desde las perspectivas de la axiología jurídica y del Derecho constitucional*, Departamento de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1982.
- ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, edic. bilingüe y trad. de M. Araújo y J. Marías, introducción y notas de J. Marías, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.
- ASÍS ROIG, R. de, “La igualdad en el discurso de los derechos”, en LÓPEZ GARCÍA, J.A. y REAL ALCALÁ, J.A. del (eds.), *Los derechos: entre la Ética, el Poder y el Derecho*, Universidad de Jaén-Dykinson, Madrid, 2000.
- Sobre el concepto y fundamento de los derechos: una aproximación dualista*, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, Madrid, 2001.
- ATIENZA, M., *Contribución a una teoría de la legislación*, Civitas, Madrid, 1997.
- BARCELONA, P., *El individualismo propietario*, presentación de M. Maresca, trad. de J.E. García Rodríguez, Trotta, Madrid, 1996.
- BARRÈRE UNZUETA, M.A., *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, Civitas, Madrid, 1997.

³⁴ PUMAR BELTRÁN, N., *La igualdad ante la ley en el ámbito de la Seguridad Social*, prólogo de M.R. Alarcón Caracuel, Aranzadi, Pamplona, 2001, p. 92.

³⁵ PUMAR BELTRÁN, N., *La igualdad ante la ley en el ámbito de la Seguridad Social*, cit. p. 114.

³⁶ NAVARRO, P. y REDONDO, C., *Normas y actitudes normativas*, Fontamara, México, D.F., 2000, pp. 22 y ss.

-“Problemas de Derecho antidiscriminatorio Subordinación *versus* discriminación y acción positiva *versus* igualdad de oportunidades”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 9, 2003.

-BENN, S.I. y PETERS, R.S., *Los principios sociales y el Estado democrático*, trad. de R.J. Vernengo, Eudeba, Buenos Aires, 1984.

-BILBAO UBILLOS, J.M. y REY MARTÍNEZ, F., “El principio constitucional de igualdad en la jurisprudencia española”, en CARBONELL, M. (comp.), *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, D.F., 2003.

-CARBONELL, M., *La Constitución en serio. Multiculturalismo, igualdad y derechos sociales*, Universidad Nacional Autónoma de México-Porrúa, México, D.F., 2001.

-CARTER, I. (dir.), *L’idea di eguaglianza*, trad. de E. Dornetti, Feltrinelli, Milán, 2001.

-COHEN, M., NAGEL, T. y SCANLON, T. (eds.), *Equality and Preferential Treatment*, Princeton University Press, Princeton (Nueva Jersey), 1977.

-FARIÑAS DULCE, M.J., *Globalización, ciudadanía y derechos humanos*, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, Madrid, 2004.

-*Los derechos humanos desde la perspectiva sociológico-jurídica a la “actitud postmoderna”*, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, Madrid, 2006.

-GALIANA SAURA, A., *La legislación en el Estado de Derecho*, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, Madrid, 2003.

-GARCÍA AMADO, J.A., “Problemas metodológicos del principio constitucional de igualdad”, *Anuario de Filosofía de Derecho*, t. IV, 1987.

-GIMÉNEZ GLÜCK, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

-HAWKINS, K., “The Use of Legal Discretion: Perspectives from Law and Social Science”, en HAWKINS, K. (ed.), *The Uses of Discretion*, Clarendon Press-Oxford University Press, Oxford, 1995.

-LA TORRE, M., *Rules, Institutions, Transformations. Considerations on the “Evolution of Law” Paradigm*, European University Institute, Florencia, 1995.

-LEYDEN, W. von, *Aristotle on Equality and Justice: His Political Argument*, Palgrave Macmillan, Londres, 1985.

-MALGESINI, G. y GIMÉNEZ, C., *Guía de conceptos sobre migraciones, racismo e interculturalidad*, La cueva del oso, Madrid, 1997.

-MARTÍNEZ TAPIA, R., *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional*, Universidad de Almería, Almería, 2000.

-MONTILLA MARTOS, J.A., “El mandato constitucional de promoción de la igualdad real y efectiva en la jurisprudencia constitucional. Su integración con el principio de igualdad”, en VARIOS AUTORES, *Estudios de Derecho público. (Homenaje a Juan José Ruiz-Rico)*, vol. 1, Tecnos, Madrid, 1997.

-NAVARRO, P. y REDONDO, C., *Normas y actitudes normativas*, Fontamara, México, D.F., 2000.

-NOGUEIRA ALCALÁ, H., “El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.º 10, 2006.

-OLLERO TASSARA, A., *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.

-PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., con la colaboración de R. de Asís Roig, C. Fernández Liesa y A. Llamas Cascón, *Curso de derechos fundamentales*, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999.

-PEREZ LUÑO, A.E., “Sobre la igualdad en la Constitución española”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. IV, 1987.

-*La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona, 1994.

-*Dimensiones de la igualdad*, edic. a cargo de R. González-Tablas Sastre, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, Madrid, 2007.

-PERONA, A.J., “Notas sobre igualdad y diferencia”, en MATE RUPÉREZ, M.R. (ed.), *Pensar la igualdad y la diferencia. (Una reflexión filosófica)*, Fundación Argentaria-Visor, Madrid, 1995.

-PRIETO SANCHÍS, L., *Ley, principios, derechos*, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, Madrid, 1998.

-*Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003.

-PUMAR BELTRÁN, N., *La igualdad ante la ley en el ámbito de la Seguridad Social*, prólogo de M.R. Alarcón Caracuel, Aranzadi, Pamplona, 2001.

- RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986.
- ROEMER, J.E., *Equality of Opportunity*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 2006.
- RUBIO LLORENTE, F., “La igualdad en la aplicación de la ley”, en GARCÍA SAN MIGUEL, L. (ed.), *El principio de igualdad*, Universidad de Alcalá-Dykinson, Madrid, 2000.
- RUIZ MIGUEL, A., “La igualdad como diferenciación”, en VARIOS AUTORES, *Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*, Escuela Libre Edit., Madrid, 1994.
- “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en GARCÍA SAN MIGUEL, L. (ed.), *El principio de igualdad*, Universidad de Alcalá-Dykinson, Madrid, 2000.
- STRAUSS, D., “The Illusory Discrimination between Equality of Opportunity and Equality of Result”, en DEVINS, N. y DOUGLAS, D.M. (eds.), *Redefining Equality*, Oxford University Press, Nueva York, 1998.
- SUAY RINCÓN, J., *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1985.
- WALZER, M., *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*, trad. de H. Rubio, Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 2004.