

EL DERECHO FUNDAMENTAL  
DE IGUALDAD



# El derecho fundamental de Igualdad

II Jornadas sobre Derechos Humanos



## INDICE

El derecho a la igualdad y la no discriminación por razón de religión

Susana MOSQUERA

I. CONSIDERACIONES INICIALES

II. SIGNIFICADO JURÍDICO DE LA IGUALDAD

1. La igualdad formal o igualdad ante la ley

1.1. Igualdad en la ley

1.2. Igualdad en la aplicación de la ley

2. La igualdad material

2.1 Concepto

2.2. Las discriminaciones adversas

III. La no discriminación por razón de religión

1. El derecho fundamental a la libertad religiosa

1.1. Reconocimiento y protección

1.2. Sujetos titulares

1.3. Contenido y límites de la libertad religiosa

2. La aplicación del derecho a la igualdad en las relaciones entre el Estado y las confesiones religiosas

IV. ¿Es posible aplicar el concepto de igualdad material en el ámbito religioso?

El derecho a la igualdad: su desarrollo en la constitución de 1993 y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú  
Luis HUERTA

I. ASPECTOS GENERALES

1. Contenido del derecho

2. Igualdad ante la ley

3. El derecho a la igualdad en la Constitución de 1993

4. El derecho a la igualdad en la reforma constitucional

5. Interpretación del derecho a la igualdad de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos

II. PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN

1. Aspectos generales
2. Causas de discriminación
3. Formas de discriminación: directa e indirecta
4. Sujetos que discriminan

### III. DISCRIMINACIÓN Y DIFERENCIACIÓN

1. Aspectos generales
2. Medidas que provocan mayor discriminación

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

1. Aspectos generales
2. Expedición de normas en base a la naturaleza de las cosas y la prohibición de hacerlo por la diferencia de las personas (artículo 103º de la Constitución)
3. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la igualdad ante la ley

### V. DERECHO A LA IGUALDAD EN LA APLICACIÓN DE LA LEY

### VI. ACCIONES AFIRMATIVAS

1. Definición
2. Constitución de 1993 y reforma constitucional

3. Leyes que contienen «acciones afirmativas»

4. Jurisprudencia sobre «acciones afirmativas»

5. Algunos problemas que se pueden presentar con las acciones afirmativas

## VII. IGUALDAD EN EL TRATAMIENTO DE LAS INSTITUCIONES

## VIII. REFLEXIONES FINALES

Igualdad y derechos sociales. Reflexiones en el marco del Estado social y democrático

Elena ALVITES

1. Formación e implicancias de la fórmula política de Estado social y democrático

2. Evolución y contenido del Derecho a la Igualdad en el Estado social y democrático

3. Los derechos sociales en el Estado social y democrático

3.1 Antecedentes

3.2 Aspectos generales

3.3 Derechos sociales: posiciones a favor y en contra

3.4 Características y aporías sobre los derechos sociales



3.5 Necesidad de un tratamiento integral de los derechos fundamentales

3.6 Los derechos sociales en la Constitución de 1993

4. Derecho a la igualdad y derechos sociales a manera de reflexión final

ESTADO SOCIAL Y DEMOCRATICO DE DERECHO. ALGO MÁS QUE RETÓRICA

Andrés OLLERO

I. Introducción

II. La «realidad social» como clave interpretativa

III. Un concepto dinámico de razonabilidad

IV. Jueces sometidos al imperio de la constitución



## PRESENTACIÓN

El libro que tienen ahora entre sus manos es fruto de las II Jornadas sobre Derechos Humanos celebradas en la Universidad de Piura los días 20 y 21 de junio de 2005, en lo que esperamos se convierta en un evento académico anual. En esta ocasión, la visita del profesor Andrés Ollero fue el feliz desencadenante para la programación de estas segundas jornadas, que tuvieron como objeto estudiar el contenido de un derecho fundamental como es el de igualdad.

Junto al profesor Ollero, catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, contamos con la presencia de Elena Alvites y Luis Huerta, profesores de la Pontificia Universidad Católica del Perú y con la profesora Susana Mosquera de la Universidad de A Coruña. Las ponencias que cada uno de ellos presentó durante esas dos tardes de trabajo se recogen ahora en este libro de actas con el objeto de hacer perdurar aquel evento académico.

La publicación ha mantenido el orden de intervención de los ponentes durante las Jornadas en un intento de aportar al lector el fiel reflejo de lo sucedido durante esas dos sesiones de trabajo. El primer día de las Jornadas se presentaron dos ponencias, una a cargo de la profesora Mosquera sobre «El derecho a la igualdad en materia religiosa», y otra dictada por el profesor

Huerta con el título, «El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional». En la tarde del día siguiente correspondió a la profesora Alvites retomar las sesiones con su conferencia sobre «Igualdad y derechos sociales», y quedó en manos del profesor Ollero cerrar las jornadas con su ponencia sobre «Discriminación por razón de sexo: valores, principios y normas».

Era un objetivo de las Jornadas, y es ahora un objetivo de este libro de actas, analizar un concepto como el de igualdad que no sólo es derecho fundamental sino también un valor o principio estructural del sistema democrático de derecho. Por ese motivo los cuatro trabajos que ahora se publican tocan alguna de las facetas o dimensiones de ese derecho fundamental de igualdad: la discriminación por razón de sexo y la aproximación a la tarea de análisis que el juez debe realizar en la aplicación de la norma para evitar tal discriminación es objeto de análisis en el trabajo del profesor Ollero; el estudio del derecho fundamental de igualdad en el ordenamiento peruano con especial atención a la jurisprudencia del TC son el punto de referencia de la ponencia del profesor Huerta; la igualdad material y la cuestión de los derechos sociales centran el trabajo de la profesora Alvites; mientras que otra forma de discriminación por causa de las creencias religiosas es analizada en la ponencia de la profesora Mosquera. Que duda cabe que, estos cuatro trabajos no agotan el contenido del derecho de igualdad pero al menos esperamos sirvan para comprender su funcionamiento dentro del sistema jurídico.

Aprovechamos estas páginas para agradecer a todos los participantes su disponibilidad para colaborar con la Universidad de Piura, a los dos profesores que viajaron desde Lima para tomar parte en este evento, y muy especialmente al profesor Ollero que viajó desde España para participar en esta y en otras actividades que la Facultad de Derecho organizó para que los alumnos de esta casa de estudios pudiesen aprovechar las enseñanzas

de tan ilustre jurista. A ellos, a los alumnos que participaron y ayudaron en la organización de las II Jornadas de Derechos Humanos un agradecimiento especial.

Susana Mosquera Monelos  
A Coruña 10 febrero de 2006



# EL DERECHO A LA IGUALDAD Y LA NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE RELIGIÓN

*Susana Mosquera*

Profesora de Derecho eclesiástico del Estado en la Universidad de A Coruña y profesora visitante en la Universidad de Piura.

## I. CONSIDERACIONES INICIALES

Por diversas razones, 1945 es una fecha fundamental cuando se enfoca el estudio de los Derechos Humanos<sup>1</sup> y muy especialmente cuando se trata del derecho a la igualdad. En ese año, ya finalizada la II Guerra Mundial se han podido conocer y en la medida de lo posible asumir, las atrocidades cometidas antes, durante e incluso después de la contienda, y es deseo de los países occidentales no vivir de nuevo una experiencia similar. El 26 de junio de ese año de 1945 la Carta de San Francisco<sup>2</sup>, dota de estructura y misión a la nueva organización supranacional encargada de mantener la paz y la seguridad en el orden internacional, las Naciones Unidas.

---

<sup>1</sup> En adelante DDHH.

<sup>2</sup> Con el propósito de preservar de los flagelos y atrocidades de las guerras que dos veces en ese siglo XX han causado indecibles sufrimientos a la humanidad, y con el objetivo de reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas. Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas firmada el 26 de junio de 1945.

Para lograr esos objetivos la nueva organización, consciente de la importancia de su misión emprende una primera y fundamental tarea, elaborar un catálogo de DDHH que desde ese momento<sup>3</sup>, se convierte en texto de referencia para la mayor parte de textos constitucionales aprobados después de la II Guerra Mundial<sup>4</sup>.

Esa declaración toma en consideración la importancia de proteger los DDHH a través de un régimen de Derecho para que la esencial dignidad e igualdad de los miembros de la familia humana sea reconocida y se abandonen las prácticas ultrajantes y el menosprecio de la libertad, la justicia y la paz<sup>5</sup>. Loables propósitos y bellas palabras inspiran la DUDH, de ahí que gran parte de su influencia jurídica surge de forma indirecta a través de una suerte de contagio de los ideales y proclamas en él recogidas<sup>6</sup>.

En ese mismo año de 1945 George Orwell publicaba su famoso libro «Rebelión en la granja», dura crítica a toda sociedad

---

<sup>3</sup> A pesar de hacerlo a través de un documento de valor meramente declarativo que no vinculante.

<sup>4</sup> La Declaración Universal de Derechos Humanos, en adelante DUDH, fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

<sup>5</sup> Ideas reflejadas en el preámbulo de la Declaración Universal de DDHH.

<sup>6</sup> De hecho, para entender el significado de la DUDH hay que ir más allá de su consideración puramente jurídica y de ese modo, siguiendo al profesor Truyol y Serra, se podrá afirmar que «la Declaración es indudablemente la expresión de la conciencia jurídica de la humanidad, expresada en la ONU y, como tal, fuente de un 'derecho superior', un *higher law*, cuyos principios no pueden desconocer sus miembros». TRUYOL Y SERRA, A. *Los Derechos Humanos*. Tecnos. Madrid. 1968, p.31.



totalitaria<sup>7</sup>, mediante la caricaturización de la vida en una granja dirigida por animales<sup>8</sup>. Cuando al final de la obra, los animales descubren que la regla inicialmente pactada de que «todos los animales son iguales» ha sido modificada para matizar que «todos los animales son iguales, pero algunos son más iguales que otros», están descubriendo para ellos y para el lector qué problemas plantea el derecho a la igualdad.

Hemos querido citar a Orwell porque su obra es literatura comprometida que refleja el sentir y la conciencia del autor y su época. Como ya hemos señalado la fecha de publicación de este libro y su temática no son casuales, en ese año 1945 la sociedad internacional toma conciencia de la importancia que tienen el reconocimiento y la protección de los DDHH no sólo a nivel interno o constitucional sino también a un nivel internacional o supranacional<sup>9</sup>, y en ese contexto la idea de igualdad que no sólo se plasma en los textos internacionales e internos como un derecho humano sino como un principio constitucional o idea valor que inspira al sistema democrático de derecho<sup>10</sup>.

Pero la igualdad no es una idea sencilla de aprehender, su esencial naturaleza relacional complicará siempre la tarea del ope-

---

<sup>7</sup> Crítica enfocada al régimen estalinista no explícito pero sí implícitamente.

<sup>8</sup> ORWELL, G. *Animal Farm*. Secker and Warburg. Londres. 1945. Ed. en español. Destino libro. Barcelona. 2005.

<sup>9</sup> HERNÁNDEZ GÓMEZ, I. *Sistemas internacionales de Derechos Humanos*. Dykinson. Madrid. 2002, p. 113 y ss.

<sup>10</sup> Para comprender el proceso de construcción y la significación que en esos momentos tenía el concepto DDHH, véase OESTREICH, G. y SOMMERMANN, K-P. *Pasado y presente de los Derechos Humanos*. Tecnos. Madrid. 1990. (Ensayo publicado por vez primera en 1951).

rador jurídico que comprende el sentido del derecho a la igualdad pero encontrará difícil determinar si ha habido una vulneración del mismo en un caso concreto. Y es que como señala Sartori: «El mundo, tal como lo conocemos, es desigual y se estructura «naturalmente» en desigualdades. La igualdad como idea-protesta combate esta marcha por inercia, «desnaturaliza» a la naturaleza»<sup>11</sup>.

Históricamente la idea de igualdad recogida en las declaraciones liberales de derechos<sup>12</sup> es una respuesta a los planteamientos filosóficos y políticos del pensamiento del siglo XVIII, pero no se acota en ellas todo el contenido del derecho a la igualdad; bien porque en su versión americana se mantiene una vulneración básica al derecho a la igualdad formal, como es la esclavitud, bien porque en su versión francesa olvida el legislador revolucionario que el reconocimiento de derechos necesita de una estructura jurídica constitucional que complete a las declaraciones programáticas<sup>13</sup>.

Será necesaria la vertebración de un Estado de Derecho que perfeccione las declaraciones formales de derechos con un sistema de división de poderes y lo complete con unos instrumentos jurídicos adecuados para una eficaz tutela de los derechos constitucionales<sup>14</sup>. Así, en la historia moderna Derechos Humanos y

---

<sup>11</sup> SARTORI, G. «¿Qué es la democracia? Taurus. Madrid. 2003, cit. p. 247.

<sup>12</sup> Americana y francesa.

<sup>13</sup> Cfr. KRIELE, M. *Introducción a la teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*. (Traducción Eugenio Bulygin). Ed. Depalma. Buenos Aires. 1980, pp. 222 y ss.

<sup>14</sup> Utilizaremos la denominación «Derechos Humanos» para hacer referencia a ese ámbito supranacional de contenido de los derechos del ser humano, mientras que denominaciones como «derechos fundamentales» o «derechos constitucionales» estarán referidas al ámbito constitucional estatal o interno.

Estado constitucional forman una unidad inseparable, que sin embargo no precisa necesariamente de un texto constitucional que lo sancione, sino de una voluntad política y jurídica que proteja el contenido y ejercicio de los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico<sup>15</sup>. No obstante, salvando ejemplos como el inglés, la tónica general ha sido la de catalogar constitucionalmente los derechos fundamentales y dotarlos de adecuados sistemas de tutela jurídica<sup>16</sup>.

Tutela que no siempre resulta sencilla, especialmente en un derecho como el de igualdad, pues en palabras de Bobbio: «(...) la dificultad de establecer el significado descriptivo de la «igualdad» estriba sobre todo en su indeterminación, de modo que decir que dos entes son iguales, sin otra determinación, nada significa en el lenguaje jurídico si no se especifica de qué entes se trata y respecto a qué cosa son iguales, es decir, si no se está en condiciones de responder a dos preguntas: a) ¿Igualdad entre quiénes?, b) ¿Igualdad en qué?»<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> En ese sentido el ejemplo inglés es quizás el que mejor ilustra esta situación, pues aún sin contar con un texto constitucional «tradicional» han logrado desarrollar un sistema de reconocimiento y protección de los derechos fundamentales, altamente eficaz. Vid. PEREIRA MENAUT, C. «Res publica europea: propostas constitucionais para a Unión Europea medrar en constitucionalismo sen medrar en estatismo» (pp. 11-48) en AAVV. *A Unión Europea do Século XXI. Reflexións dende Galicia*. Tórculo. Fundación Galicia-Europa, Universidad de Vigo. 2002.

<sup>16</sup> FIZ-ZAMUDIO, H. *La protección jurídica y procesal de los Derechos Humanos ante las jurisdicciones nacionales*. Civitas. Madrid. 1982, pp. 34 y ss.

<sup>17</sup> BOBBIO, N. *Igualdad y libertad*. Paidós ICE. UAB. Pensamiento contemporáneo 24. Barcelona. 1993, pp. 33 y ss.

La historia del pensamiento occidental, con Aristóteles a la cabeza<sup>18</sup>, ha vinculado la noción de justicia a la noción de igualdad<sup>19</sup>; con un tercer elemento que completa la composición de un régimen político justo, la libertad. Resultando que, un régimen igualitario sin libertad no será nunca justo al tiempo que tampoco se presenta probable imaginar un régimen libre que tratando injustificadamente de modo desigual a sus ciudadanos, sea calificado como justo. No obstante, a pesar de la sencillez teórica de esos postulados su materialización conlleva no pocas complicaciones. Y ello porque la igualdad como principio que orienta y guía de modo esencial un ordenamiento jurídico está más vinculada con una visión utópica o finalista de ese sistema, que con la realidad tangible del mismo<sup>20</sup>.

Pero tomando en consideración que el punto de partida no es el de la identidad entre todos los sujetos que conforman el entramado social en un ordenamiento jurídico, la desigualdad aparece constantemente en nuestras sociedades, ella es la regla con-

---

<sup>18</sup> «Puesto que el carácter de la injusticia es la desigualdad y que lo injusto es lo desigual, se sigue de aquí claramente que debe haber un medio para lo desigual. Este medio es la igualdad, porque en toda acción, sea la que quiera, en que puede darse el más o el menos, la igualdad se encuentra también precisamente. Luego si lo injusto es lo desigual, lo justo es lo igual (...)». ARISTÓTELES. *Moral a Nicómaco*. Prólogo de Luis Castro Nogueira. Selecciones Austral. Madrid. 1987, cit. p. 175.

<sup>19</sup> Aunque sin caer en el error de pensar que un régimen igualitario pueda no ser injusto, ya que justicia e igualdad no son sinónimas. Véase el apartado dedicado al estudio de la justicia como valor en, MASSINI, C. *El derecho, los Derechos Humanos y el valor del derecho*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1987, pp. 175 y ss.

<sup>20</sup> La igualdad nos dice que todos debemos ser tratados por igual, no que todos seamos iguales, por eso en tanto que principio la igualdad nos dice qué debemos hacer, cómo deben ser nuestras leyes para ser justas.

tra la que luchar para lograr que se imponga un principio de justicia basado en la igualdad, esto es, en tratar por igual lo que es igual y de modo desigual lo que sea desigual. Principio de sencilla formulación y de muy compleja realización, dado que la desigualdad es una constante entre los seres humanos, -a fin de cuentas todos somos distintos y tenemos rasgos y características que nos singularizan-, será necesario precisar de modo claro e indubitado cuando esa diferencia entre personas o situaciones amerita o justifica un trato diferente y cuando no<sup>21</sup>.

Esa necesaria formulación relacional de la igualdad lleva a que en su aplicación práctica este derecho/principio necesite de una modulación muy cuidada por parte del poder legislativo y judicial.

## II. SIGNIFICADO JURÍDICO DE LA IGUALDAD

La esencial igualdad de toda persona ante la ley es hoy en día el punto de partida indispensable en todo sistema democrático de derecho<sup>22</sup>. No olvidemos que si los destinatarios de ese sistema jurídico-político no son todos los ciudadanos, sino solo un grupo «privilegiado» de ellos, el derecho estará tan lejos del ideal

---

<sup>21</sup> ARA PINILLA, I. «Reflexiones sobre el significado del principio constitucional de igualdad», (pp. 201-223) en GARCÍA SAN MIGUEL, L. (Coord.) *El principio de igualdad*. Dykinson. Madrid. 2000.

<sup>22</sup> Como señala el Tribunal Constitucional peruano en su sentencia de 11 de noviembre de 2003 al referirse a cuales son los fundamentos ideopolíticos del Estado social y democrático de derecho señala que este modelo de Estado «no obvia los principios y derechos básicos del Estado de derecho, tales como la libertad, la seguridad, la propiedad privada y la igualdad ante la ley». Fj. 11. EXP. 0008-2003-AI/TC de 11 de noviembre de 2003.

de justicia que desde su mismo origen la norma será incapaz de ofrecer un trato justo<sup>23</sup>.

Pero la igualdad no solo es un ideal del sistema democrático sino que también es un derecho fundamental de la persona humana, aunque alcanzar esa condición no ha sido tarea sencilla. La introducción del concepto de igualdad en el contexto jurídico occidental se produce en el siglo XVIII de la mano de los movimientos revolucionarios, siendo el modelo francés el que de modo más gráfico lo expresó en su proclama de «Libertad, igualdad y fraternidad».

Roma, inagotable fuente de cultura jurídica desconoció la existencia de un principio-derecho como el de igualdad, el derecho sólo se aplicaba a aquellos que tenían la condición jurídica de ciudadanos romanos de modo que esa idea de igualdad de todos ante la ley no podía nacer en un régimen que hizo de la diferencia el criterio de vinculación a su sistema legal. Por su parte, el largo período medieval ha quedado marcado como la etapa de los privilegios personales situación que determinó la formación de estamentos sociales cerrados, que clasificaban al ser humano desde su nacimiento y le dotaban de unos derechos y obligaciones en atención a su condición<sup>24</sup>.

No obstante aunque los postulados revolucionarios del siglo XVIII son los que terminan por dar vida a la igualdad formal, -la igualdad de todos ante la ley-, no podemos sin embargo olvidar que muchos siglos antes pensadores griegos habían ajustado

---

<sup>23</sup> NAGEL, Th. *Igualdad y parcialidad: bases éticas de la teoría política*. (Trad. J.F. Álvarez). Paidós. Barcelona. 1996, pp. 67 y ss.

<sup>24</sup> AZUELA GUITRÓN, M. *Derecho, Sociedad y Estado*. Universidad Iberoamericana. Departamento de Derecho. México. 1995, pp. 98 y ss.

de modo certero la dimensión y el contenido de ese derecho a la igualdad, siendo Aristóteles quien de modo más preciso vinculó en sus escritos la idea de justicia a la de igualdad. Recuperado durante el Renacimiento de la mano del humanismo cristiano, el pensamiento aristotélico influirá en el liberalismo del siglo XVIII que guía, inspira y alienta los procesos revolucionarios liberales de ese siglo y del siguiente y que plasmará esa idea de igualdad en sus declaraciones de derechos<sup>25</sup>.

Cabe recordar que esas proclamaciones revolucionarias de igualdad se efectúan en un contexto, fines del siglo XVIII y comienzos del XIX, en el que el Estado constitucional está en construcción<sup>26</sup>. De ahí que aún cuando podamos encontrar un texto constitucional que recoge y sanciona el principio de igualdad ante la ley y lo dota de un desarrollo reglamentario, lo cierto es que se siguen permitiendo situaciones de desigualdad manifiesta en la formulación jurídica del concepto de igualdad<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> Para mayor detalle sobre el proceso de formación histórico de los DDHH véase, PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. y otros (Dir.) *Historia de los derechos fundamentales. II. Siglo XVIII*. Dykinson. Madrid. 2001.

<sup>26</sup> PÉREZ LUÑO, A.E. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 9ª Ed. Tecnos. Madrid. 2005, p. 37.

<sup>27</sup> Discriminaciones que alcanzan a personas de raza distinta, sexo distinto, nacionalidad distinta, o de menores recursos económicos. Conseguir que la igualdad alcance en su aplicación al conjunto de la sociedad es un objetivo que sólo comenzará a lograrse en el siglo XX cuando la Constitución Mexicana de 1917 y la Constitución de Weimar de 1919 recojan un listado de derechos fundamentales y lo completen con la estructura constitucional de un Estado social. Y ya de modo claro e indubitado, será después de la II Guerra Mundial cuando la comunidad internacional en pleno tome conciencia de lo ineludible que resulta la protección real y eficaz de los DDHH con la igualdad como valor constitucional que inspira esa nueva idea de Estado social y democrático de Derecho.

En síntesis, la igualdad revolucionaria que quiso liquidar las diferencias que por razón de nacimiento separaban y discriminaban a los seres humanos, es la igualdad formal o igualdad ante la ley. Que la ley es una y única para todos y que nos trate a todos por igual fue la demanda principal en los procesos revolucionarios que de la mano del pensamiento ilustrado se extendieron por occidente a lo largo del siglo XVIII y XIX. Pero desde que los pensadores ilustrados hablaron de igualdad muchos cambios de carácter político, social y jurídico ha experimentado ese concepto.

## **2.1. La igualdad formal o igualdad ante la ley.**

Vinculado de modo directo a los postulados revolucionarios la igualdad formal tuvo y tiene un objetivo muy claro, acabar con los privilegios de clases ante el sistema jurídico y el medio para lograrlo no puede ser otro que establecer la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley. Su formulación presupone o parte de la idea liberal de soberanía popular, todo el pueblo es igual y debe acceder en condiciones de igualdad a la justicia<sup>28</sup>. En ese sentido, su limitación principal la encontramos en el concepto de ciudadanía que hasta fechas recientes no se aplicó a todos los grupos sociales. Mujeres, personas discapacitadas, personas de bajos recursos o de poca formación no tenían la consideración de ciudadanos, no podía votar y sus derechos eran limitados. Superar ese nivel de desigualdad en el acceso a la ciudadanía ha sido uno de los primeros objetivos del planteamiento igualitario, objetivo que sigue manteniendo toda su operatividad en la medida en que las desigualdades formales sigan existiendo<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> FERNÁNDEZ, E. «La teoría clásica del contrato social (siglos XVII y XVIII) y los derechos naturales», (pp. 89-131) en *Anuario de Derechos Humanos*. 1983.

<sup>29</sup> Los estudios sobre discriminación acaparan gran parte del sector editorial jurídico en los últimos años.



Por otro lado, una concepción puramente formal de la igualdad puede provocar nuevas desigualdades pues cuando la ley establece el puro igualitarismo desatiende la existencia de situaciones o circunstancias que justifican un trato diferente<sup>30</sup>. De ahí que la complicada naturaleza del derecho a la igualdad ha llevado al operador jurídico a distinguir entre la igualdad ante la ley, la igualdad en la ley y la igualdad en la aplicación de la ley<sup>31</sup>.

La igualdad ante la ley como derecho fundamental que establece la equiparación entre todos los hombres sin que quepa discriminación alguna por motivos de origen, raza, sexo, idioma, re-

---

<sup>30</sup> Vid. GARCÍA MORILLO, J. «La cláusula general de igualdad», (pp. 174-197) en AAVV. *Derecho Constitucional. Vol. I. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2002.

<sup>31</sup> En ese sentido pueden resultar de utilidad las palabras del TC español que una temprana sentencia establecía su teoría sobre las diferentes dimensiones del derecho a la igualdad según ha sido formulado en el texto constitucional: «La regla general de la igualdad ante la ley contenida en el artículo 14 de la Constitución contempla, en primer lugar, la igualdad en el trato dado por la ley o igualdad en la ley, y constituye, desde este punto de vista, un límite puesto al ejercicio del poder legislativo, pero es asimismo igualdad en la aplicación de la ley, lo que impone que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable. Distinto es el problema de la igualdad en la aplicación de la ley cuando ésta no se refiere a un único órgano, sino a órganos plurales. Para tales casos, la institución que realiza el principio de igualdad y a través de la que se busca la uniformidad es la jurisprudencia, encomendada a órganos jurisdiccionales de superior rango, porque el principio de igualdad en la aplicación de la ley tiene necesariamente que cohonestarse con el principio de independencia de los órganos encargados de la aplicación de la ley cuando éstos son órganos jurisdiccionales». (F.j. 2.) STC 49/1982, de 14 de julio.

ligión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole es el derecho fundamental tal y como lo sanciona el legislador constitucional en el art. 2 inciso 2 de la Constitución peruana de 1993. En ese planteamiento formal la igualdad se presenta como un límite a la actuación de los poderes públicos que impide la arbitrariedad, es decir, que impide tratar de modo desigual sin justificación o fundamento a personas que se encuentran en iguales circunstancias.

No obstante, la aplicación de este principio y el hecho de que sea reconocido como derecho fundamental en el texto constitucional no es óbice para impedir que el legislador regule de modo desigual siempre que lo haga en atención a una causa justificada y razonable. Como señala Pérez Luño: «El principio de igualdad ante la ley se identifica, en este plano, con los requisitos de generalidad y abstracción de la norma jurídica; esto es, con la exigencia de una tipificación en términos impersonales y universales de los supuestos que han de servir de base para la atribución de determinadas consecuencias jurídicas. Ello excluye, como regla, la aceptación de inmunidades, privilegios o la predeterminación en la disciplina de las situaciones jurídicas»<sup>32</sup>. Pero la nota de generalidad es solo una de las exigencias de la igualdad ante la ley, equiparación, diferenciación y regularidad son las otras notas que a juicio del autor citado completan las manifestaciones de la igualdad ante la ley.

### 2.1.1. Igualdad en la ley

En su concepción formal la igualdad se convierte en un límite a la actuación del poder legislativo que le impide la arbitrariedad, esto es, legislar en forma injustificadamente

---

<sup>32</sup> PÉREZ LUÑO, A.E. *Dimensiones de la igualdad*. Dykinson. Madrid. 2005, cit. p. 22.

discriminatoria. Así se introduce una desigualdad en la ley cuando la norma distingue de manera irrazonable y arbitraria un supuesto específico vinculado a consecuencias jurídicas distintas. Por tanto, para que las diferenciaciones normativas se tengan por bien puestas será necesario que el legislador demuestre la existencia de un fin válido y legítimo para esa diferenciación, planteando la distinción en términos razonables y adecuados al fin perseguido y sin incurrir en desproporciones manifiestas a la hora de atribuir derechos u obligaciones a las situaciones que derivan de la aplicación de la norma.

A la hora de plasmar el contenido del derecho a la igualdad, el legislador está especialmente obligado a justificar de modo adecuado y suficiente las diferencias de trato que introduce en la norma. Como apunta el TC español, para llevar a cabo esa labor fiscalizadora de la ley desde la indicada perspectiva del derecho de igualdad, «ha recurrido en ocasiones a cánones complementarios de enjuiciamiento, como lo es el de exigir que exista una justificación objetiva y razonable de la diferencia<sup>33</sup>, a pautas de general aplicación al legislador de los derechos fundamentales, como las que se derivan del principio de proporcionalidad y, más «in extenso», de la necesaria adecuación entre las medidas adoptadas y los fines perseguidos»<sup>34</sup>.

Y es que, como señala Encarnación Fernández, el principio de igualdad no es ajeno a las diferencias de trato introducidas en la propia ley, lo contrario equivaldría a un igualitarismo que provocaría nuevas desigualdades y crearía normas disparatadas o absurdas, pero cuando el legislador introduce esa diferencia de trato ha de justificarla. Esto es, ha de realizar un razonamiento

---

<sup>33</sup> STC 75/1983, de 3 de agosto, STC 150/1991, de 4 de julio y STC 222/1992 de 11 de diciembre.

<sup>34</sup> STC 181/2000 de 29 de junio. F.j.10.

que le permita descartar la opción de una desigualdad de trato arbitraria, injustificada o irrazonable<sup>35</sup>. La inobservancia de ese principio da lugar a la elaboración de normas potencialmente inconstitucionales y así, como apunta el TC peruano:

«Un texto normativo es coherente con los alcances y el sentido del principio de igualdad cuando su imperio regulador se expande a todas las personas en virtud de no acreditar ningún atisbo de discriminación; y cuando, luego de satisfacer dicha prioridad, adjudica beneficios o castigos diferenciadamente, a partir de rasgos distintivos relevantes. (...) La existencia de una diferente regulación normativa o de un trato distinto, derivado de la interpretación-aplicación de la ley, deben ser apreciadas en relación con la finalidad y los efectos de la medida legal adoptada sobre la materia. El establecimiento de una diferenciación jurídica ha de perseguir un resultado jurídico legítimo, a la luz de la moral y los valores del derecho»<sup>36</sup>.

Por tanto, la igualdad en la ley prohíbe la discriminación pero no excluye la diferenciación. El legislador podrá introducir diferencias de trato dentro de la norma siempre que las justifique adecuadamente. En ese contexto la precisión lingüística resulta de gran utilidad puesto que, dos términos como «diferenciar» y «discriminar» que a priori se presentan como potenciales sinónimos tienen en el fondo un sentido muy distinto, dada la carga negativa que acompaña al término discriminar<sup>37</sup>. Aunque la dis-

---

<sup>35</sup> FERNÁNDEZ, E. *Igualdad y Derechos Humanos*. Tecnos. Madrid. 2003, p. 72.

<sup>36</sup> EXP. N° 0261-2003-AA/TC, de 26 de marzo de 2003. F.j. 3.

<sup>37</sup> Según el diccionario de la RAE, «diferenciar» es en sus variadas acepciones, hacer distinción, conocer la diversidad de las cosas, hacer a alguien o a algo diferente, diverso de otro, variar, mudar el uso que se hace de las cosas; mientras que «discriminar» significa seleccionar excluyendo, y en su segunda acepción, dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, etc. Consulta del diccionario de la RAE en internet, <http://www.rae.es>.

tinción gramatical es fácil de hacer lo cierto es que la aplicación práctica de esos dos concepto no siempre resulta sencilla, y por ese motivo no siempre es fácil señalar cuando se está diferenciando –y por tanto aplicando un trato distinto pero justificado-, o cuando se está discriminando –aplicando entonces un trato distinto de modo injusto-. Por ese motivo para determinar la aplicación práctica de un derecho como el de igualdad es necesario establecer criterios que ayuden al juez a determinar la potencial vulneración de ese derecho en alguna de sus dimensiones. Dentro de esos criterios el más utilizado es el que centra la cuestión en la determinación de la razonabilidad de la medida diferenciadora y siguiendo criterios de proporcionalidad la considera ajustada o no al derecho fundamental de igualdad.

Ese principio de razonabilidad, vigente tanto en el derecho continental como en el anglosajón, «viene a dar respuesta en todos los casos a una preocupación común: la necesidad de asegurar la supremacía del contenido de las normas relativas a derechos fundamentales frente a la necesaria regulación legislativa»<sup>38</sup>. Como apunta en reiterada jurisprudencia el TC español<sup>39</sup>, el principio de igualdad, no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida. Esto así, el principio genérico de igualdad no postula ni como fin ni como medio, la paridad pero sí exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato.

---

<sup>38</sup> CIANCIARDO, J. *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*. Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma. Buenos Aires. 2004, p. 31.

<sup>39</sup> STC 148/1986 de 25 de noviembre, STC 29/1987 de 6 de marzo, STC 181/2000 de 29 de junio, STC 1/2001 de 15 de enero, y también en STC 119/2002 de 20 de mayo.

El juicio de igualdad por lo demás, es de carácter relacional. Requiere, como presupuestos obligado o punto de partida el constatar que, como consecuencia de la medida normativa cuestionada, se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas, comprobando a continuación que las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación son homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso. Verificados ambos presupuestos resultará procedente entrar a determinar la licitud constitucional o no de la diferencia contenida en la norma<sup>40</sup>.

### **2.1.2. Igualdad en la aplicación de la ley**

Como ya hemos señalado, se produce una quiebra en la noción jurídica de igualdad cuando, en el proceso de formulación, interpretación o aplicación de la ley, se llega a consecuencias jurídicas desiguales para dos personas sin que exista justificación suficiente y adecuada para ello<sup>41</sup>. En el proceso de formulación de la ley es el legislador el sujeto obligado a ofrecer una justificación adecuada a la diferencia de trato introducida en la norma, aspecto éste ya tratado al analizar la igualdad en la ley y

---

<sup>40</sup> STC 119/2002 de 20 de mayo. F.j. 4.

<sup>41</sup> O como dice el TC peruano: «El derecho de igualdad, (...) no sólo se proyecta prohibiendo tratamiento diferenciados, sin base objetiva y razonable, en el contenido normativo de una fuente formal del derecho, sino también en el momento de su aplicación. (...) Impone pues, una obligación a todos los órganos públicos de no aplicar la ley de una manera distinta a personas que se encuentren en casos o situaciones similares». EXP. N<sup>o</sup> 1279-2002-AA/TC, de 18 de diciembre de 2003. F.j. 2<sup>o</sup>.

que reviste una complejidad menor una vez establecidos los criterios constitucionales que vinculan el principio de legalidad y el de igualdad ya desde los orígenes del constitucionalismo moderno. Mayores complicaciones presenta la igualdad para el agente encargado de su interpretación y aplicación. Es en este terreno en donde las concreciones del principio/derecho a la igualdad comprometen de modo principal a los órganos judiciales y administrativos encargados de su delimitación práctica en la casuística legal<sup>42</sup>.

Llegamos así al descargo que permite al operador jurídico valorar si las razones ofrecidas para dispensar un tratamiento diferente se ajustan o no a lo que es exigencia o contenido esencial del derecho a la igualdad. En ese orden de cosas, la justificación ha dejado de estar en el terreno de lo puramente formal y ha alcanzado el campo de la motivación, la razonabilidad o irrazonabilidad de una decisión administrativa, legislativa o judicial y de ese modo ha ingresado en el ámbito siempre difuso, de los conceptos jurídicos indeterminados<sup>43</sup>.

En este contexto es importante entender la evolución que los planteamientos jurídicos sobre la igualdad han experimentado desde las iniciales declaraciones liberales de derechos hasta el momento actual, con especial relevancia para los instrumentos de protección y garantía constitucional introducidos en los textos constitucionales en el período posterior a la II Guerra Mundial, que permiten garantizar que el postulado formal de la igualdad

---

<sup>42</sup> OLLERO TASSARA, A. *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*. Centro de estudios constitucionales. Madrid. 1989.

<sup>43</sup> MARTÍNEZ TAPIA, R. *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*. Universidad de Almería Servicio de Publicaciones. Almería. 2000, pp. 92 y ss.

en la ley adquiera carta de naturaleza y verdadera protección en su aplicación casuística<sup>44</sup>.

La igualdad en la aplicación de la ley parte de un postulado de fácil comprensión, la prohibición de la arbitrariedad<sup>45</sup>. Pero para determinar si ha habido o no arbitrariedad en la aplicación de la norma será necesario que el órgano judicial encargado de analizar ese caso examine con criterios objetivos la oportunidad de la medida o decisión adoptada<sup>46</sup>. Los criterios que ese órgano deberá tomar en consideración para emitir su opinión lo llevarán a examinar sus propias decisiones, en lo que no es otra cosa que una formulación inversa del sistema de precedentes del derecho anglosajón<sup>47</sup>, ahora utilizado por los órganos jurisdiccionales continentales para valorar la existencia o inexistencia de vulneración de un derecho como el de igualdad<sup>48</sup>.

---

<sup>44</sup> «La igualdad en la aplicación judicial de la ley es, por el contrario, un derecho definitivo; derecho a una igualdad definitiva cuya vulneración, una vez firme la decisión judicial que la originó, sólo puede buscarse a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional». RUBIO LLORENTE, F. «La igualdad en la aplicación de la ley», (pp. 47-58) en GARCÍA SAN MIGUEL, L. (Coord.) *El principio de igualdad*, o.c, p. 54.

<sup>45</sup> Como señala el TC español en una afirmación fácilmente traspasable al ordenamiento peruano: «(...) hay arbitrariedad cuando existe una desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados, que implique un sacrificio excesivo o innecesario de derechos fundamentales». F. j. 1º. STC 66/1985 de 23 de mayo.

<sup>46</sup> Arbitrariedad significa muchas veces ausencia de motivación, es decir, falta de justificación adecuada para aceptar esa diferencia de trato.

<sup>47</sup> XIOL RÍOS, J.A. «El precedente judicial en nuestro Derecho, una creación del Tribunal Constitucional», (pp. 25-40) en *Poder Judicial*. Nº 3. septiembre 1986.

<sup>48</sup> «En tales casos, la institución que realiza el principio de igualdad y a través de la que se busca la uniformidad es la jurisprudencia, encomendada a los órganos jurisdiccionales de superior rango, porque el



Así, «(...) una decisión es razonable cuando aparece debidamente justificada porque se sustenta en razones, en las razones del Derecho, cuanto está precedida de la argumentación que la fundamenta, de forma que se puede comprobar intersubjetivamente que la solución dada es consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento, y no el fruto de la arbitrariedad»<sup>49</sup>. En ese test de constitucionalidad el órgano jurisdiccional deberá someter los actos del legislador a un juicio de oportunidad, juicio no exento de un alto grado de subjetividad pues la apreciación a realizar se fundamenta en valores, principios, criterios económicos, sociales e influencia de agentes externos. Por esa razón, dada la alta dosis de discrecionalidad que puede influenciar al órgano jurisdiccional, lo adecuado es que al menos los criterios empleados en la aplicación de ese test sean lo más precisos y seguros posibles<sup>50</sup>.

Los elementos esenciales para llevar a cabo ese juicio de razonabilidad son: que se trate de situaciones iguales<sup>51</sup>, que exis-

---

principio de igualdad en la aplicación de la ley tiene necesariamente que coexistir con el principio de independencia de los órganos encargados de la aplicación de la ley cuando éstos son órganos jurisdiccionales». STC 49/1982 de 14 de julio.

<sup>49</sup> MARTÍNEZ TAPIA, R. *Igualdad y razonabilidad...*, o.c., p. 110.

<sup>50</sup> GONZÁLEZ SALINAS, P. «La protección jurisdiccional del principio de igualdad», (pp. 75-99) en *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 36. Enero-Marzo 1983, p.78.

<sup>51</sup> Sólo se puede hablar de trato discriminatorio cuando se ofrece una injustificada diferencia de trato en situaciones iguales, es decir, que la discriminación ha de producirse entre iguales, y por ese motivo el primer elemento que ha de ser probado en la realización de ese juicio o test de razonabilidad es que se trata de supuestos de hecho iguales. Así, quien alega la vulneración de su derecho a la igualdad tiene sobre sí la carga de la prueba para mostrar que en efecto no existió desigualdad alguna en los supuestos de hecho. Vid. GARCÍA MORILLO, J. «La cláusula general de igualdad»,..., o.c. p. 187.

ta un término de comparación<sup>52</sup>, y que la decisión supere el juicio de razonabilidad en estricto.

Ese juicio de razonabilidad en sentido estricto aparece una vez se ha constatado que ante circunstancias iguales y con un término de comparación válido, se ha llegado a un resultado diferente, consecuencia que será necesario justificar adecuadamente para no violentar el contenido del derecho a la igualdad<sup>53</sup>. Es en esa fase donde el juicio de razonabilidad despliega toda su eficacia y los criterios que entran en juego para su aplicación son los siguientes: criterio o control de finalidad<sup>54</sup>, control de congruen-

---

<sup>52</sup> Un aspecto fundamental del juicio de igualdad es la existencia de un término de comparación que permita comparar si en efecto dos medidas adoptadas por distintos o por el mismo órgano, han provocado injustificadamente situaciones desiguales y por tanto han vulnerado el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley. Pero ese término de comparación ha de cumplir una serie de requisitos, no se aceptan los términos de comparación arbitrarios o caprichosos, porque el juicio de igualdad ha de constatarse siempre mediante un criterio de carácter relacional que, cuando se proyecta sobre el legislador, requiere la comprobación de que la norma de que se trate atribuye consecuencias jurídicas diversificadoras a grupos o categorías de personas creadas o determinadas por él mismo, y de que las situaciones subjetivas que quieran compararse sean efectivamente homogéneas o equiparables. STC 273/2005 de 27 de octubre. Y en ese sentido el TC peruano amplía el concepto *tertium comparationis* válido, al exigir la existencia de una «línea constante», esto es, una tendencia uniforme de aplicación de una norma determinada frente a un supuesto de hecho análogo». F.j. 6º. EXP. N° 1279-2002-AA/TC, de 18 de diciembre de 2003.

<sup>53</sup> Para mayor detalle sobre el concepto de razonabilidad aplicado al derecho véase, ATIENZA, M. «Para una razonable definición de <razonable>», (pp. 189-200) en Doxa. Cuadernos del Filosofía del Derecho, n° 4. 1987.

<sup>54</sup> Es necesario constatar la existencia de un objetivo, propósito o finalidad constitucionalmente legítimo que justifique la diferencia de trato

cia o adecuación teleológica<sup>55</sup>, y el control de proporcionalidad en sentido estricto.

En palabras del TC peruano los argumentos necesarios para valorar la vulneración o no de la regla de igualdad se concretan en:

«(...) la existencia de una norma diferenciadora, la existencia de distintas situaciones de hecho, y por ende la relevancia de la diferenciación, una finalidad específica, razonabilidad, es decir, su admisibilidad desde la perspectiva de los preceptos, valores y principios constitucionales, racionalidad, es decir, coherencia entre los supuestos de hecho y la finalidad que se persigue y proporcionalidad, esto es, que la consecuencia jurídica diferenciadora sea armónica y correspondiente con los supuestos de hecho y la finalidad»<sup>56</sup>.

Es aplicando el último de los criterios, el de proporcionalidad, como se puede determinar de modo más preciso si la medida en cuestión ha excedido los límites del derecho a la igualdad. En su configuración el juicio de proporcionalidad se divide a su vez en tres principios: el de idoneidad que hace necesaria la presencia de un fin constitucionalmente válido, el principio de necesidad, esto es, que de entre las varias opciones o medidas existen-

---

dispensada por la norma; criterio que se valora en base al texto constitucional y al criterio de interpretación de las normas en relación a su contexto, antecedentes, espíritu y finalidad de aquellas.

<sup>55</sup> «La congruencia consiste en la adecuación del medio a los fines perseguidos, es decir, en la existencia de una conexión lógica, directa y efectiva entre los distintos elementos que venimos analizando, es decir, el trato desigual que se impone, el supuesto de hecho que lo justifica y la finalidad que se persigue». MARTÍNEZ TAPIA, R. *Igualdad y razonabilidad...*, o.c., p. 123.

<sup>56</sup> EXP. N° 0261-2003-AA/TC de 26 de marzo de 2003. F.j. 3º. Y en similares términos en EXP. N° 0018-2003-AI/TC, de 26 de abril de 2004. F.j. 2º.

tes, se haya tomado la menos gravosa, y finalmente el principio o juicio de proporcionalidad en sentido estricto, que vincula el índice costo/beneficio al supuesto de hecho planteado, de modo tal que será ajustado al principio de proporcionalidad una medida cuyo coste no supere los beneficios que aporta. Si se cumplen todos los requisitos apuntados en el test de razonabilidad y en el más específico de proporcionalidad, será posible admitir la existencia de una diferencia de trato sin que con ello se vulnere el principio/derecho de igualdad<sup>57</sup>.

## 2.2. La igualdad material.

### 2.2.1 Concepto

Llegados a este punto, analizado el concepto de igualdad en su dimensión formal, vistos los criterios delimitadores de esa formulación del principio/derecho de igualdad en su planteamiento legalista, surge una cuestión que llevará el debate sobre el concepto de igualdad a una nueva esfera. Ya no es suficiente que el legislador, el intérprete o el juez hagan leyes y sentencias ajustadas al contenido formal del derecho a la igualdad, porque existe una diferenciación que las normas y las sentencias no pueden obviar, no pueden eliminar. La diferencia en las condiciones de partida, -condiciones sociales, económicas, personales, raciales o de género- determina que, aún cuando la norma ha respetado pulcramente el concepto de igualdad ante la ley el resultado logrado es discriminatorio<sup>58</sup>.

---

<sup>57</sup> GASCÓN, M. *La técnica del precedente y la argumentación racional*. Tecnos. Madrid. 1993, pp. 66 y ss.

<sup>58</sup> ALARCÓN CABRERA, C. «Reflexiones sobre la igualdad material», (pp. 31-42) en *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 4. 1987, p. 37.

Como hemos señalado al comienzo de este escrito, un concepto con tantas aristas como el de igualdad no puede aprehenderse desde un único enfoque o dimensión, por ese motivo la noción de igualdad está sujeta a un cambio casi constante motivado no sólo por la formulación o reformulación jurídica del término, sino también y muy especialmente, por los cambios que la sociedad experimenta y que condicionan el avance de la igualdad hacia nuevas cotas impensables en otros momentos históricos. La igualdad formal del liberalismo recibe su más dura crítica de manos de las concepciones socialista que vinculan desigualdad y factor económico-social de desarrollo y que dan origen a la concepción material del derecho a la igualdad. Su origen socialista vincula esta concepción con la lucha de clases, las injustas diferencias que por su origen social condicionaba las aspiraciones de los ciudadanos<sup>59</sup>.

El legislador constitucional desde mediados del siglo XX ha tomado conciencia de la distinción entre esos dos conceptos, de modo que son pocas las constituciones promulgadas después de la II Guerra Mundial que no han hecho mención a las dos variantes, formal y material, del derecho a la igualdad. En el texto constitucional peruano de 1979, -del cual es incompleta y alterada copia el actual texto constitucional de 1993-, contenía un magnífico preámbulo que de modo sintético recogía, -junto con otros

---

<sup>59</sup> Llegados a este punto volvemos a Orwell para recordar lo que él escribía en 1945, que el puro igualitarismo sin libertad está tan alejado del criterio de justicia como la regla inversa, libertad sin igualdad. De ahí que, como señala Sartori, una de las sorpresas mayores del siglo XX ha sido la manera fulminante como han caído los regímenes comunistas. Y de ahí que la unión vencedora en esas luchas de sistemas no es sino la conjunción de libertad e igualdad, concepto que con diferentes formulaciones es puesto en práctica por los regímenes de la actual democracia liberal. SARTORI, G. *¿Qué es la democracia?...*, o.c., p. 286

loables objetivos del Estado-, esa idea fuerza de la igualdad como pieza estructural de todo sistema democrático de gobierno.

En la Constitución peruana de 1993 desaparece ese preámbulo y la igualdad queda plasmada como derecho fundamental, que en el inciso 2 del artículo 2º del texto constitucional se formula la modo tradicional como igualdad formal<sup>60</sup>, aunque de modo lo suficientemente amplio como para que también tenga cabida la igualdad material, -en especial en su variante de lucha contra las desigualdades económicas-, pero se echa en falta la formulación de la igualdad como principio que oriente la acción de los poderes públicos en una formulación sustantiva de la igualdad. Tal opción se vislumbra levemente en el art. 44 del texto constitucional cuando se enumera entre los deberes del Estado, el de «garantizar la plena vigencia de los Derechos Humanos».

La igualdad, para servir eficazmente a sus objetivos como ese importante derecho/principio/valor tiene que ir más allá de su dimensión formal o legalista y alcanzar una vertiente real o sustancial que es la que se busca con la igualdad material. Como señala Pérez Luño: «(...) la distinción entre igualdad formal e igualdad material más que una alternativa implica un proceso de ampliación del principio de igualdad en las sociedades pluralistas y democráticas. En dicha concepción material-formal de la igualdad (...) su dimensión jurídica no puede desconectarse de las condiciones políticas, económica y sociales que gravitan sobre su realización; al tiempo que su dimensión material no puede abordar su programa de equilibrio en la distribución de las oportunidades y los bienes sin contar con los cauces formales que, en

---

<sup>60</sup> «Toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica, o de cualquier otra índole».

el Estado de derecho, garantizan a los ciudadanos de los abusos de quienes desempeñan el poder»<sup>61</sup>.

Es ahí donde las acciones positivas de discriminación toman cuerpo de naturaleza, su objetivo no es otro que dar cumplimiento a la concepción material de la igualdad, pero utilizan la dimensión formal, la plasmación legislativa para imponerse en el sistema jurídico.

### 2.2.2. Las discriminaciones adversas

Entonces, si la igualdad ante la ley establece la interdicción de la arbitrariedad y en su aplicación trata de evitar las discriminaciones injustificadas, ¿cómo puede justificarse desde el principio de igualdad, la existencia de supuestos de expresa discriminación, o privilegio, recogidos expresamente en una norma? Es decir, ¿cómo funcionan las discriminaciones adversas? La respuesta llega de la mano de esa concepción dual de la igualdad, formal y sustancial a la vez; dualidad que permitirá al legislador acercarse a través de fórmulas legales a un concepto sustancial o real de la igualdad introduciendo específicos tratamientos desiguales en aras a un objetivo final constitucionalmente legítimo.

Sin embargo, a pesar de la razonabilidad que podemos encontrar en estas medidas, no es pacífica su aceptación jurídica ni social. Especialmente, cuando más allá de las reglas de la igualdad proporcional, en ejemplos como la distribución de la carga impositiva en atención a la renta, o la distribución de las becas en función de méritos e ingresos, tratan de solucionar las desigualdades de origen que ciertos colectivos, mujeres, grupos raciales,

---

<sup>61</sup> PÉREZ LUÑO, A.E. *Dimensiones de la igualdad...*, o.c., p. 38.

colectivos desfavorecidos, etc.-, han experimentado históricamente<sup>62</sup>. En ese sentido resulta de importancia conocer cuales son las ideas, valores y principios que inspiran la acción del legislador, como había hecho el texto constitucional peruano de 1979 estableciendo el valor igualdad en la línea delantera del sistema jurídico; dada la falta de definición, en ese punto, del actual texto constitucional, es la jurisprudencia de su máximo intérprete la que debe darnos la pauta a seguir<sup>63</sup>

Esas situaciones en que por razones ajenas a la norma encontramos desigualdades claras y manifiestas, son justificación de la técnica de discriminación positiva. Es decir, el trato discriminatorio consciente del grupo que se encuentra en una clara desventaja de tipo social, económico, cultural, etc. Pero su resultado final no es

---

<sup>62</sup> Sobre discriminaciones inversas véase, BALLESTERO, M<sup>a</sup>. V. «Acciones positivas. Punto y aparte», (pp. 91-111) en *Doxa*, n<sup>o</sup> 19. 1996.

<sup>63</sup> En palabras del TC peruano, esa pauta está reflejada en: «(...) reiterada jurisprudencia que ha establecido que el derecho a la igualdad, consagrado en la Constitución, no significa que siempre y en todos los casos se debe realizar un trato uniforme. El derecho a la igualdad supone tratar «igual a los que son iguales» y «desigual a los que son desiguales», partiendo de la premisa de que es posible constatar que en los hechos no son pocas las ocasiones en que un determinado grupo de individuos se encuentra postergado en el acceso, en igualdad de condiciones, a las mismas oportunidades. (...) la existencia de una diferenciación debe perseguir una intencionalidad legítima, determinada, concreta y específica, debiendo asentarse en una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con juicios de valor generalmente aceptados. Se trata pues de un tema que, en la doctrina, se conoce con el nombre de «discriminación inversa», esto es, un caso en el cual se debe realizar un tratamiento diferenciado precisamente para promover la igualdad. Para ello se incita a que el Estado adopte una labor legislativa positiva y diligente, ya sea para corregir las disparidades en el goce de los derechos fundamentales o para alcanzar su integral realización». EXP. N<sup>o</sup> 0261-2003-AA/TC, de 26 de marzo de 2003. F.j. 3.



otro que el de provocar nuevas desigualdades, puesto que para dejar de discriminar a un grupo establecemos pautas legislativas que discriminen a los hasta entonces discriminadores. Como dice Sartori, «hemos destapado una caja de Pandora; y sin gran fruto, porque para sanar una desigualdad creamos otras, y así infinitamente en un crecimiento perverso»<sup>64</sup>.

Las técnicas legislativas de discriminación positiva tienen su origen histórico en la India, como medida de lucha contra la división en castas, y en los Estados Unidos en relación con las mujeres y las minorías raciales<sup>65</sup>; la expresión AFFIRMATIVE ACTION es la que designa este tipo de acciones positivas en derecho americano, y con la misma se hace referencia a «todo trato formalmente desigual cuya finalidad es avanzar hacia la igualdad sustancial, en especial a favor de personas pertenecientes a grupos tradicionalmente preteridos»<sup>66</sup>. En el entorno europeo, la aparición de este tipo de medidas es relativamente reciente y podemos ubicarlo en la segunda mitad del siglo XX, vinculado a las demandas sociales del movimiento feminista que dieron origen a una importante jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de discriminación por razón de sexo, con el resultado final de la aprobación de la Directiva 76/207/CEE del Consejo de 1976, relativa al acceso al empleo, formación, promoción y condiciones de trabajo<sup>67</sup>.

---

<sup>64</sup> SARTORI, G. *¿Qué es la democracia?...*, o.c., p. 261.

<sup>65</sup> MARTÍNEZ TAPIA, R. *Igualdad y razonabilidad...*, o.c., p. 72.

<sup>66</sup> DÍEZ-PICAZO, L. M<sup>a</sup>. *Sistema de Derechos Fundamentales*. Thomson-Civitas. (2<sup>a</sup>ed.). Madrid. 2005, p.207.

<sup>67</sup> Extiende el principio de igualdad a las condiciones de acceso, incluidos los criterios de selección a los empleos y puestos de trabajo, cualquiera que sea el sector o la rama de actividad y a todos los niveles de la jerarquía profesional.

Cuando se ponen en marcha acciones positivas se está intentando modificar a través de una específica imposición jurídica «discriminatoria» una situación previa que sancionaba una desigualdad de trato asentada en el tiempo. Este planteamiento, a priori sencillo y justo, puede no obstante dar lugar a no pocas injusticias en su aplicación, especialmente cuando alguno de sus criterios de determinación no han sido suficientemente valorados. La existencia de obstáculos que impiden o dificultan la igualdad de oportunidades, el contexto de aplicación, su duración temporal y especialmente la regla de proporcionalidad de las medidas en atención a la finalidad buscada, son alguno de los elementos que deben ser tomados en consideración para valorar la conveniencia o no de una medida de discriminación positiva<sup>68</sup>.

Con esta técnica el legislador trata de ajustar el concepto de igualdad, garantizando la igualdad en el punto de partida –para esos grupos que estaban injustamente discriminados-, pero no hay modo alguno de garantizar la igualdad en el punto de llegada, porque la igualdad de resultados está sujeta no sólo a disposiciones legislativas sino a numerosas circunstancias de índole personal o social, una de las cuales puede ser la religión.

### III. LA NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE RELIGIÓN

El primer paso para poder afirmar la existencia de igualdad formal en materia religiosa, -es decir, para erradicar las discriminaciones basadas en razones religiosas-, es el reconocimiento de un derecho pleno a la libertad religiosa. Derecho a la liber-

---

<sup>68</sup> AÑÓN, M<sup>a</sup>. J. *Igualdad, Diferencias y Desigualdades*. Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política. México. 2001, p. 50.

tad religiosa que implica eliminar la intolerancia y la discriminación que en ocasiones históricas no tan lejanas han vivido dentro de sistemas de confesionalidad estatal.

### 3.1. El derecho fundamental a la libertad religiosa.

El artículo III de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre -aprobada en la IX Conferencia Interamericana, celebrada en Bogotá en 1948<sup>69</sup>-, lleva por título *Derecho de libertad religiosa y de culto*, y en él se establece que: «Toda persona tiene el derecho de profesar libremente una creencia religiosa y de manifestarla y practicarla en público y en privado». En 1959, y con el propósito de seguir impulsando el reconocimiento de los DDHH en el continente americano, se reunieron en Santiago de Chile los Ministros de Relaciones Exteriores de los países americanos, y además de otras resoluciones importantes para la evolución de la protección de los DDHH en la zona, es de especial importancia la creación de la Comisión Interamericana de DDHH<sup>70</sup>. El broche final a la regulación

---

<sup>69</sup> Se aprobó esta declaración, que contiene 38 artículos, pero no en forma de convención, como había sido el deseo expresado en la anterior Conferencia, sino que su forma fue la de una Declaración. Pesan pues sobre ella, los mismos fallos que anteriormente hemos señalado respecto a la DUDH de las Naciones Unidas. No obstante, aún como simple Declaración, se trata de un documento de suma utilidad y validez en el contexto político y social latinoamericano.

<sup>70</sup> El estatuto de este nuevo organismo fue aprobado el 25 de mayo de 1960 e inmediatamente sus primeros miembros fueron elegidos. La Comisión Internacional de los DDHH se convertiría en un instrumento esencial para la defensa de los DDHH en el seno de la Organización de los Estados Americanos. Cfr. CARRIÓ, G.R. *El sistema americano de Derechos Humanos*. Editorial Universitaria de Buenos Aires. Buenos Aires. 1987. Organización de los Estados Americanos, en adelante OEA.

interamericana de los DDHH se logra con la aprobación en 1969 de la Convención Americana sobre DDHH, conocida como el Pacto de San José<sup>71</sup>.

Diez años más tarde, y siguiendo la pauta marcada por las declaraciones y documentos internacionales de DDHH, el Perú promulga un nuevo texto constitucional en el que por vez primera se formaliza y sanciona constitucionalmente una tabla de derechos de la persona<sup>72</sup>. Tabla en la que el constituyente no olvida incluir el derecho a la libertad de conciencia y religión<sup>73</sup>. El ejer-

---

<sup>71</sup> Que en su artículo 12 reconoce el derecho de toda persona a la libertad de conciencia y de religión. Derecho que comprende la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, sin que nadie pueda ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar o cambiar de religión o creencia. Garantizando también, la libertad de manifestar la propia religión y creencias sin más limitaciones que las prescritas por la ley y las que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás. Al tiempo que reconoce, el derecho de los padres, y en su caso los tutores, a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

<sup>72</sup> Cfr. GARCÍA BELAÚNDE, D. «Protección procesal de los Derechos fundamentales en la Constitución peruana de 1979» en *Derecho*, N° 35. Lima. 1981.

<sup>73</sup> «Toda persona tiene derecho: A la libertad de conciencia y religión en forma individual o asociada. No hay persecución por razón de ideas y creencias. El ejercicio público de toda confesión es libre, siempre que no ofenda a la moral o altere el orden público». Art. 2, inciso 3 de la Constitución peruana de 1979. Que mantiene su redacción en el texto constitucional actual, con una sola variación, el añadido de que «no hay delito de opinión» dentro de ese inciso 3º del artículo 2, a pesar de que el derecho de libertad de información y opinión está sancionado en el siguiente inciso de ese mismo artículo 2.

cicio de ese derecho de la libertad en la esfera religiosa permite a todo ciudadano practicar, manifestar y exteriorizar su fe en el modo que considere más adecuado con el límite que el orden público y la moral marcan para esas actividades; no se discriminará a nadie con base en sus creencias.

### **3.1.1. Reconocimiento y protección**

El proceso de reconocimiento y protección de la libertad en materia religiosa, como derecho y como principio que sirva de guía al ordenamiento estatal, ha conocido no pocas complicaciones y dilaciones. Ha sido necesario esperar a las revoluciones liberales del siglo XVIII para que un concepto de libertad, que no de mera tolerancia frente al hecho religioso, tuviese acceso a los textos constitucionales del momento. Sin embargo no será hasta entrado el siglo XX que se pueda afirmar que el proceso de constitucionalización de la libertad esencial en materia religiosa ha sido completado.

El factor religioso dentro de la sociedad puede dar lugar a distintos tipos de conflictos y controversias; la libertad de creencias es un derecho que en su plano interno alcanza un nivel de protección pleno, pero que a veces puede encontrarse con situaciones de conflicto a la hora de su exteriorización. Por eso resulta fundamental que, la base sobre la que se construyan las relaciones entre religión y derecho tome en consideración un valor esencial: la dignidad de la persona como valor espiritual y moral<sup>74</sup>. Con base en ese principio el Estado no solo actuará con respeto

---

<sup>74</sup> Valor que en derecho constitucional peruano despliega toda su fuerza desde esa posición privilegiada que ocupa en el artículo 1 como puerta de acceso a la Constitución y en especial, a su catálogo de derechos fundamentales.

de la autonomía del individuo y de los derechos fundamentales como límites para su intervención –obligaciones *de no hacer*–, sino que deberá proporcionar, a su vez, los cauces mínimos para que el propio individuo pueda lograr el desarrollo de su personalidad y la libre elección de sus planes de vida –obligaciones *de hacer*–.

En ese sentido, y dadas las consecuencias que la protección del derecho de libertad de conciencia puede tener para las relaciones entre religión y derecho, son varios los conceptos fuerza que funcionan como claves o puntales estructurales del sistema. Su aplicación, no siempre resultará pacífica, pero su presencia permitirá solventar de un modo apropiado los problemas de la convivencia diaria, garantizando el respeto y protección a la libertad de conciencia y evitando la discriminación por motivos de religión<sup>75</sup>. Se trata de principios recogidos en el texto constitucional, bien como ideas o valores que sostienen el sistema jurídico, bien como derechos fundamentales de la persona, dotados de un sistema de defensa y protección especial<sup>76</sup>. Todos estos elementos, ajustados en su formulación y en su aplicación a cada caso concreto, servirán para modular el alcance

---

<sup>75</sup> SÁNCHEZ, J. M<sup>a</sup>. «Los grandes conceptos político-institucionales de la libertad religiosa», (pp. 179-235) en MARZAL, A. (Ed.) *Libertad religiosa y Derechos Humanos*. Ed. Bosch. Barcelona. 2004, p. 189.

<sup>76</sup> Estamos pensando en la garantía que para la injustificada diferenciación por motivos religiosos ofrece el tratamiento conjunto del hecho religioso tomando como punto de referencia para el necesario enfoque relacional de la igualdad, derechos como el ya mencionado de libertad religiosa, el obligado pluralismo que debe estar presente en todo régimen democrático que funcione como tal, la neutralidad ante el hecho religioso, apartando elemento político y factor religioso pero considerando como un valor positivo la cooperación con la dimensión religiosa de la sociedad que conforma ese Estado.

del derecho a la igualdad cuando se enfrente una discriminación por motivos religiosos.

### 3.1.2. Sujetos titulares

La libertad en materia religiosa, es un derecho del hombre, puesto que su titularidad corresponde a toda persona humana, derecho matriz porque puede desglosarse en otros derechos y derecho fundamental porque así lo recoge la constitución; pero también es un derecho que tiene una doble titularidad individual y colectiva. La igualdad se predica fundamentalmente de las personas físicas, como reflejo de su dignidad, ellos son los titulares por excelencia de este principio-derecho a la igualdad. Pero también los grupos, las personas jurídicas constituidas de modo formal o informal, han de tener acceso a este derecho, aún cuando el texto constitucional peruano no haya incluido un artículo que expresamente extienda la aplicación de los derechos fundamentales a las personas jurídicas<sup>77</sup> sí reconoce esa doble vertiente del derecho de libertad en materia religiosa, al señalar que, el derecho de libertad de conciencia y de religión puede ser ejercido de manera individual o asociada.

La protección que otorga ese derecho fundamental de libertad, alcanza tanto al individuo como a los grupos, o comunidades religiosas, en los que la persona física puede participar para el más adecuado desarrollo del derecho esencial a la libertad en

---

<sup>77</sup> Opción que por ejemplo, sí estableció el constituyente alemán de 1949 en el artículo 19,3 de la Ley Fundamental de Bonn al disponer que: «Los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas con sede en el país, en tanto por su propia naturaleza sean aplicables a las mismas».

materia religiosa<sup>78</sup>. No obstante, cabe señalar que no estamos ante un derecho de poder absoluto, la libertad en el terreno religioso tiene límites que vienen determinados específicamente en el texto constitucional y se concretan en la no afectación a la moral ni alteración del orden público»<sup>79</sup>.

Moral y orden público, conceptos a los que, al igual que hace la Convención Americana podríamos añadir los de seguri-

---

<sup>78</sup> De nuevo en palabras del TC esa libertad significa: «La libertad religiosa no sólo se expresa positivamente en el derecho a creer, sino también en el derecho a practicar. En ese contexto aparece la libertad de culto, entendida como la atribución que tiene toda persona para ejecutar actos y participar en ceremonias representativas vinculadas con su creencia religiosa. Así, formada la convicción religiosa, la fe trasciende el fuero interno del creyente y se manifiesta socialmente, percibiéndose como la facultad de la concurrencia a lugares de culto y la práctica de los ritos de veneración o adoración a «su» divinidad, e incluso como la adopción de determinadas reglas de trato social (saludo, vestimenta, etc.). La existencia del culto religioso apareja la posibilidad de poder erigir construcciones sacras; el empleo de fórmulas y objetos rituales; la exhibición de símbolos; la observancia de las fiestas religiosas; y hasta la prerrogativa de solicitar y recibir contribuciones de carácter voluntario ». EXP. N<sup>o</sup> 3283-2003-AA/TC, de 15 de junio de 2004. Fj. 11.

<sup>79</sup> «La explicitación legal de la expresión constitucional «orden público protegido por la ley» se inspira de modo directo en la regulación contenida en el art. 9 del Convenio Europeo de DDHH. De manera que no se presenta discusión al estimar que, como todo derecho fundamental, el ámbito de ejercicio del derecho de libertad religiosa es pleno hasta que entra en conflicto con otro derecho fundamental. Así pues, «los límites establecidos al derecho de libertad de creencias se encuadran en una doble dimensión: en primer lugar, los derechos y libertades de los demás; en segundo lugar, el orden público protegido por la ley, que se concreta en la seguridad, la salud y la moral públicas». SOUTO PAZ, J.A. *Comunidad política y libertad de creencias. Introducción a las Libertades Públicas en el Derecho Comparado*. 2<sup>a</sup> Ed. Marcial Pons. Madrid. 2003, p. 275.



dad, salud públicas y derechos o libertades de los demás y de ese modo cerrar el bloque de contenido que limita el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de pensamiento, conciencia y religión. Conocer y precisar de modo adecuado el funcionamiento de los límites al ejercicio de este derecho será una pieza esencial para la precisar su contenido esencial.

### **3.1.3. Contenido y límites de la libertad religiosa**

La libertad religiosa como derecho presenta una doble dimensión, objetiva y subjetiva. Como derecho de contenido objetivo la libertad de conciencia y de religión está vinculada a su consideración como principio orientador de la configuración del Estado de derecho esto es, la dimensión objetiva de la libertad religiosa ofrece al Estado la pauta de acción en relación al hecho religioso, marca los confines de la neutralidad del Estado al tiempo que debe mostrarse respetuoso y cooperador con la religión, con las religiones, en tanto que representan una faceta más del sentir social.

Como derecho subjetivo, la libertad de conciencia y de religión es un derecho de la persona humana y es a ella a quien va dirigido el contenido del mismo. Puntualizando que, como derecho subjetivo de la persona la libertad religiosa se desgaja a su vez en dos facetas, variantes o vertientes, como derecho de dimensión interna y como derecho con una dimensión externa. En su variante interna el contenido del derecho subjetivo de libertad religiosa ha de garantizar la existencia de una esfera de libertad, un espacio de autodeterminación intelectual del fenómeno religioso, espacio vinculado al desarrollo y a la dignidad de la persona humana. En relación con ese espacio, los poderes públicos deben realizar una única tarea: garantizar su existencia. Se implementa entonces a través de la protección positiva que ofrece el reconocimiento de libertad de libertad religiosa

como derecho fundamental, y negativa a través de la garantía de que nadie estará obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.

En su dimensión externa la libertad religiosa permite el ejercicio, inmune de coacción por parte de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso, tales como la práctica de los actos de culto, el derecho a recibir asistencia religiosa, conmemorar las festividades, celebrar los ritos matrimoniales, y recibir e impartir enseñanza e información religiosa de toda índole de acuerdo con las propias convicciones<sup>80</sup>. Pero ese derecho que asiste al creyente de conducirse conforme a sus convicciones no está exento de límites.

Esos límites al ejercicio del derecho de libertad religiosa serán explícitos cuando surjan directamente de la formulación constitucional que se haya dado a ese derecho fundamental; y serán implícitos, cuando deriven de la coexistencia de los derechos fundamentales entre sí o con otros bienes constitucionales<sup>81</sup>. En el fondo, la cuestión de los límites nos lleva nuevamente a hablar de la proporcionalidad esto es, de la racionalidad de la medida que limite el ejercicio de un derecho. En todo caso, y como paso previo, la reserva de ley es el primer límite que protege a los derechos fundamentales frente a la intervención del poder legislativo<sup>82</sup>.

---

<sup>80</sup> Como nos recuerda el TC en EXP. N° 3283-2003-AA/TC, de 15 de junio de 2004. F.j. 9.

<sup>81</sup> BRAGE CAMAZANO, J. *Los límites a los derechos fundamentales*. Dykinson. Madrid. 2004, p. 307.

<sup>82</sup> En ese sentido debe ser interpretada la Disposición Final y Transitoria Octava de la Constitución peruana de 1993 cuando señala que: «Las disposiciones de la Constitución que lo requieran son materia de leyes

Es ese orden de cosas, cabe afirmar que en efecto, el derecho de libertad de conciencia y religión, como derecho constitucional está protegido por esa reserva de ley, y debería ser objeto de un específico desarrollo legislativo. Tarea que todavía sigue pendiente en el ordenamiento peruano, con no pocas complicaciones para el tratamiento de esta materia en la práctica jurisprudencial<sup>83</sup>.

### **3.2. La aplicación del derecho a la igualdad en las relaciones entre el Estado y las confesiones religiosas**

Como ya hemos visto a la hora de analizar el significado jurídico de la igualdad, el simple reconocimiento de ese derecho constituye su punto de partida, la configuración de la igualdad formal, que a su vez presenta otros problemas específicos, por las implicaciones que tiene la igualdad en la ley y la igualdad en la aplicación de la ley.

En su relación con el derecho a la libertad de conciencia esa esfera de acción íntima del individuo que le garantiza una

---

de desarrollo constitucional». Aunque no lo dice expresamente, debe entenderse que «(...) todas aquellas disposiciones constitucionales que reconozcan derechos que necesiten de concreciones normativas, deberán hacerse mediante ley». CASTILLO CÓRDOVA, L. *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*. Palestra. Lima. 2005, p.491.

<sup>83</sup> En ese sentido, el ejemplo del ordenamiento español resulta de utilidad, y nos dice cómo el art. 3.1 de Ley Orgánica de Libertad Religiosa (que desarrolla el contenido del precepto constitucional dedicado a la libertad religiosa) ha establecido los límites específicos al ejercicio de este derecho: «la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moral pública, elementos constitutivos del orden protegido por la ley en el ámbito de una sociedad democrática».

libertad de pensamiento libre y sin discriminación, está protegida desde que el derecho de libertad de conciencia alcanza rango de derecho fundamental en los textos constitucionales. Siendo su objetivo principal proteger al individuo frente a los supuestos de ingerencia injustificada en un ámbito tan privado como es el de la libertad de formación y expresión de la conciencia de cada uno<sup>84</sup>. Pero una vez garantizada esa dimensión personal e interna del derecho de libertad de conciencia, es necesario tomar en consideración que estamos ante un derecho complejo que tiene también una dimensión externa y principalmente, una dimensión colectiva.

Libertad de conciencia para los individuos y libertad de culto para los grupos y todo ello dentro de un sistema de Estado social y democrático de derecho que, en lo que atañe al tratamiento del factor religioso ha marcado<sup>85</sup>, una línea interpretativa clara: en primer lugar ha reconocido expresamente dos derechos fundamentales de la persona humana, libertad religiosa e igualdad, dos derechos que deben funcionar como balanza entre ellos; ha reconocido, en el artículo 50 del texto constitucional, como un valor positivo en el ordenamiento la cooperación con los entes

---

<sup>84</sup> Principio de no discriminación que en palabras del TC peruano establece «la proscripción de un trato que excluya, restrinja o separe, menoscabando la dignidad de la persona e impidiendo el pleno goce de los derechos fundamentales. (...) equiparable a la diferenciación no justificable en el ámbito laboral, educativo, etc., o la desempeño de cargos o funciones de naturaleza pública que estén condicionados a la adhesión o no adhesión a una filiación religiosa». EXP. N° 3283-2003 AA/TC, de 15 de junio de 2004. F.j. 9.

<sup>85</sup> Bien de modo expreso en el texto constitucional, bien de modo implícito por la orientación que le ha dado en la legislación ordinaria o en la jurisprudencia.

religiosos, y ha dejado de hacer mención<sup>86</sup>, a la tradicional confesionalidad católica del Estado.

Con esas pautas tenemos los cuatro elementos que en la aplicación de la ley deberán ser tomados en consideración para determinar si una norma es potencialmente discriminatoria hacia una persona o grupo por motivos religiosos. Libertad religiosa y ausencia de confesionalidad garantizarán el pluralismo, valor fundamental en una sociedad que se construye sobre los pilares ideológicos del Estado democrático liberal, sin pluralismo sería impensable su funcionamiento. Pero al mismo tiempo esa no confesionalidad impone a los poderes públicos una cierta neutralidad que sin alcanzar los niveles de un laicismo exacerbado, debe garantizar que el factor religioso será medido con justicia y equidad, tomando en consideración de modo muy principal el sentido final del principio de igualdad. Todo ello sin olvidar la cooperación o colaboración que el texto constitucional señala como regla para medir las relaciones entre el Estado y las confesiones religiosas.

En ese sentido, artículo 50 del texto constitucional es el precepto que presentar mayores complicaciones a la hora de poner en práctica esos principios de neutralidad, libertad, igualdad y cooperación por causa de su expresa mención a la Iglesia católica. Sería posible desde una aplicación directa del derecho de igualdad en la ley considerar tal evocación como una vulneración al contenido formal del derecho a la igualdad. No obstante, considerando la razonabilidad de ese artículo no parece que los supuestos de hecho sean iguales<sup>87</sup>, por lo que debemos concluir que

---

<sup>86</sup> En lo que puede interpretarse con una fórmula de no confesionalidad por omisión.

<sup>87</sup> Dadas las diferencias entre la Iglesia católica y las restantes confesiones religiosas en términos históricos y sociales.

estamos ante una razonable discriminación de igualdad en la ley, afirmación que está reforzada por el propio artículo 50 dado que en el mismo se muestra un respeto constitucional hacia las demás confesiones al tiempo que se recoge la posibilidad de establecer formas de colaboración con ellas<sup>88</sup>.

De ese modo, una vez reconocido un marco teórico del derecho de igualdad y no discriminación por motivos religiosos se hace necesario que las autoridades responsables permitan que ese derecho se desarrolle también en su dimensión práctica. Ya no es el constituyente sino el legislador ordinario y el juez, quienes deben garantizar la aplicación de la ley sin discriminación por motivos de religión.

Analizando la jurisprudencia del TC peruano encontramos hasta la fecha, un único caso en que se ha discutido el contenido del derecho a la igualdad en su relación con la libertad de conciencia<sup>89</sup>. Se trata de un recurso extraordinario interpuesto por la Misión del Sínodo Evangélico Luterano del Perú contra Resolu-

---

<sup>88</sup> Podríamos cuestionar la semántica del artículo que utiliza el término «cooperación» para las relaciones con la Iglesia católica, mientras que el de «colaboración», se presenta como un término de menor fuerza para referirse a las relaciones que como posibilidad se establece para las restantes confesiones, siendo una realidad las primeras una mera potencialidad las segundas. Dejamos a un lado esta discusión, importante si es que existiese una seria opción de cambio en el texto constitucional que ajustase de un modo más preciso el contenido del principio de cooperación en sus relaciones con las confesiones religiosas, pero como las propuestas de reforma constitucional son muchas y poco definidas, consideramos más urgente ajustar la aplicación del artículo en su redacción actual para que no resulte atentatorio al contenido del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, y sobre todo, a la igualdad material.

<sup>89</sup> EXP. N° 1123-1999-AA/TC, de 15 de junio de 2000.

ción expedida por la Corte Superior de Lima que declaró infundada la acción de amparo que esta organización religiosa presentó contra la Municipalidad Metropolitana de Lima con el objeto de que se declarase inaplicable el artículo 7 de la Ordenanza marco del régimen tributario de los arbitrios de limpieza, parques, jardines públicos y serenazgo por entender que el texto de esa norma es inconstitucional ya que inafecta del pago de arbitrios a las entidades religiosas de la Iglesia católica, excluyendo a todas las demás organizaciones religiosas.

Estamos sin lugar a dudas ante una de las «materias sensibles» en lo que la cooperación entre el Estado y las confesiones religiosas se refiere: el problema de la financiación de las actividades de las entidades religiosas<sup>90</sup>. Problema que deriva de la existencia de privilegios financieros, exenciones o exoneraciones para alguna entidad religiosa en perjuicio de las restantes, en una práctica propia de los sistemas de confesionalidad estatal donde los organismos públicos asumían como propia la tarea de cooperación económica con la organización religiosa oficial; situación que claramente se vuelve insostenible cuando ese principio de confesionalidad es sustituido por uno de independencia y autonomía entre poder político y religioso. Por ese motivo, la respuesta dada por el TC peruano en este caso, aunque acertada jurídicamente, se muestra escasa de argumentos y carente de base en lo que respeta al principio de igualdad, tanto formal como material.

Y es que el TC responde a este recurso en clave formalista, puesto que, aún cuando la Municipalidad en su contestación a la

---

<sup>90</sup> Para mayor detalle sobre el régimen tributario de las entidades religiosas en el Perú véase, MOSQUERA MONELOS, S. «Estudio del régimen tributario de las entidades religiosas a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Fiscal», (pp. 79-118) en Revista Peruana de Jurisprudencia, número 48, febrero de 2005.

demanda reconoció la existencia de esa discriminación en la ley señalando que la inafectación al pago de arbitrios estaba dirigida únicamente a las entidades religiosas de la Iglesia católica<sup>91</sup>, dado que la norma discriminatoria ha sido modificada, el TC no entra a considerar la alegada discriminación. Sin embargo, la diferenciación legislativa existía y todavía se mantiene a fecha 15 de junio de 2000 cuando el TC resuelve su recurso extraordinario puesto que la polémica ordenanza dispone la inafectación de las contribuciones en debate a las organizaciones religiosas reconocidas por el Estado, y en tanto, es el Estado el que todavía no había establecido un sistema de reconocimiento de las entidades religiosas, salvo para las de la Iglesia católica que cuentan con una regulación específica en este y en otros temas derivada de la aplicación del Acuerdo de 1980, será oportuno considerar que la diferenciación de trato existe, pero ¿es ajustada al derecho a la igualdad?

Antes de analizar esa cuestión es oportuno señalar que desde la fecha de publicación de esta sentencia, ha habido cambios importantes en esta materia, el legislador peruano ha creado un Registro de Confesiones distintas a la católica que permite dar ese reconocimiento jurídico a las confesiones religiosas que operan en el país<sup>92</sup>. Pero independientemente de esos cambios legislativos<sup>93</sup>, interesa señalar la razonabilidad de la ordenanza cues-

---

<sup>91</sup> Mención que existía en la ordenanza municipal a fecha de 27 de abril de 1998 cuando la demandante interpuso acción de amparo y que desaparece unas semanas más tarde, el 22 de mayo de 1998.

<sup>92</sup> *No es ahora el momento de detallar las peculiaridades de ese registro o señalar si cumple las funciones que se la ha asignado, para mayor detalle sobre ese punto véase, MOSQUERA MONELOS, S. «¿Es posible definir jurídicamente el concepto «confesión religiosa»? La cuestión registral, los nuevos movimientos religiosos y el problema de las sectas», (pp. 237-266) en Revista jurídica del Perú. Vol. 63. 2005.*

<sup>93</sup> Aunque también por causa de la deficiente formulación que el legislador peruano ha hecho de esta materia.



tionada; comenzando por comprobar si los supuestos de hecho eran iguales. Entendemos que se trataba de entidades religiosas, que imaginamos dedicadas a fines y actividades propias de este tipo de entidades, y salvando el dato de que unas estaban mencionadas expresamente en la norma y tiene un reconocimiento jurídico inmediato ante las autoridades estatales, consideramos que tanto las entidades a quienes ya beneficia la norma, como aquellas otras que solicitan ser beneficiarias de la misma encajan en términos generales en el concepto de entidad religiosa que usualmente maneja la doctrina<sup>94</sup>.

Dada esa igualdad en las circunstancias de partida será necesario averiguar si la desigualdad ha tenido una finalidad constitucionalmente legítima. No parece el caso puesto que la diferencia de trato entre entidades de la Iglesia católica y entidades de las demás confesiones no parecía tener una finalidad específica, ni tampoco que fuese constitucionalmente protegida, salvo que consideremos como tal la finalidad de incremento de ingresos municipales.

La tercera pieza de este puzzle nos pide analizar la congruencia de la medida. En primer lugar la inclusión únicamente de las entidades de la Iglesia católica hubiese sido congruente en el contexto socio-jurídico de un Estado confesional, pero no en el de un sistema democrático de derecho que establece el pluralismo y la libertad como principios de convivencia. En segundo lugar, esa discriminatoria mención es sustituida por otra que extiende el beneficio de la exoneración tributaria a las entidades reconocidas por el Estado, pero dada la precariedad que el siste-

---

<sup>94</sup> MOTILLA DE LA CALLE, A. El concepto de confesión religiosa en el Derecho español. Práctica administrativa y doctrina jurisprudencial. *Centro de estudios políticos y constitucionales*. Madrid. 1999, p. 18 y ss.

ma de reconocimiento de entidades religiosas<sup>95</sup>, la exigencia de tal proceso de reconocimiento se convierte en una traba que impide disfrutar de ese beneficio y no en un requisito jurídicamente asumible, de modo que como medida que condiciona el disfrute de un beneficio fiscal carece de la necesaria congruencia.

Llegados a este punto resta analizar si la disposición cumplió con el test de proporcionalidad en sentido estricto, esto es, si entre las medidas posibles se adoptó la menos costosa en términos de proporción entre objetivos y medios. En ese sentido, sólo podemos imaginar que en efecto, razones de índole económica aconsejaron esta decisión normativa, en tanto en cuanto, la desafectación impositiva de un gran número de entidades religiosas hubiese podido ocasionar mayores perjuicios económicos a esa Municipalidad. Sin embargo en modo alguno puede justificarse la distinción de trato con esos argumentos, además de discriminar con razones religiosas, se persigue un objetivo no legítimo y se pone freno a la consecución de la dimensión material del derecho a la igualdad.

No obstante, es preciso reconocer que la respuesta dada por el TC peruano es coherente el ordenamiento jurídico peruano. Los Estados que han tenido un pasado confesional no siempre son capaces de tratar del hecho religioso de manera lo suficientemente neutra e imparcial. Esta situación se refleja en su jurisprudencia.

---

<sup>95</sup> Existían registros dispersos en diferentes organismos estatales que otorgaban un reconocimiento parcial válido para ciertas gestiones y actividades administrativas, pero que no ofrecían un mínimo de seguridad jurídica para las entidades religiosas que operaban dentro del territorio. Sistema que ha querido ser mejorado con la puesta en marcha del Registro de Confesiones distintas a la católica, pero que por razones diversas, especialmente por el fallo en el planteamiento mismo de la finalidad de ese registro, no ha servido de mucha ayuda.

dencia, así recurren a subterfugios tales como proteger el derecho a la tutela judicial efectiva en vez de reconocer la existencia de una discriminación basada en motivos religiosos. Ciertamente es necesario precisar dos aspectos o limitaciones fundamentales que encuentra el derecho a la hora de afrontar la discriminación religiosa: por un lado, recordar que el de igualdad es un derecho complejo, un derecho relacional que convive siempre en estrecha unión con otros derechos fundamentales. Derecho reconocido de forma autónoma en la Constitución pero que precisa de un apoyo, de un compañero de viaje para que los tribunales de justicia analicen su posible vulneración. En segundo lugar nos encontramos con otra limitación vinculada al concepto o forma de Estado: el principio esencial de neutralidad o independencia que debe orientar las relaciones entre el orden político y el religioso determina en última instancia la reticencia de los poderes públicos a intervenir o regular la materia religiosa ante el riesgo de caminar por terreno minado.

#### **IV. ¿ES POSIBLE APLICAR EL CONCEPTO DE IGUALDAD MATERIAL EN EL ÁMBITO RELIGIOSO?**

Desde esos postulados y con lo visto hasta ahora sobre igualdad y libertad religiosa es fácilmente comprensible la duda y el desconcierto que presentan a veces los más altos tribunales cuando deben enfrentarse al estudio de un supuesto de vulneración del derecho de libertad religiosa, especialmente cuando se trata de discriminaciones injustificadas del mismo. El caso analizado en el apartado anterior cuestiona la relación de neutralidad que debería existir entre poderes públicos y poderes religiosos. Es comprensible si tomamos en consideración la evolución del Perú como país y el peso que ha tenido la religión católica en su formación, como bien señala el artículo 50 de la Constitución, pero en el momento actual es prioritario que las instituciones avancen hacia nuevos horizontes, nuevas cotas de protección del derecho de

libertad religiosa. Protección garantizada desde el pluralismo y el respeto a la igualdad. De lo contrario, si por medio de omisiones, menciones o interpretaciones de las normas se favorece a un grupo religioso en perjuicio de otro estaremos haciendo que la igualdad como valor fundamental del ordenamiento jurídico se aleje cada vez más de su realización material.

Formalmente todas las personas son iguales ante la ley y no cabe discriminación por razón de religión, derecho que en esos mismos términos formales podemos ampliar también a los grupos religiosos a través de los cuales se exterioriza la dimensión colectiva del derecho de libertad religiosa. Sin embargo en su dimensión sustantiva o material las creencias religiosas de personas y grupos no reciben el mismo tratamiento jurídico. ¿Qué hacer entonces ante las diferencias de trato que generan desigualdades? ¿Qué hacer cuando existe un trato injustificadamente ventajoso para un determinado modo de enfocar el hecho religioso? ¿Sería factible poner en marcha medidas de discriminación positiva para igualar en términos sustantivos a las distintas ideologías, creencias o religiones?

En breve respuesta, dado que el tema puede ser objeto de una larga discusión, diremos que no; no sólo por lo cuestionable de la discriminación positiva como herramienta jurídica que garantice de modo eficaz la igualdad sustancial, sino porque la libertad de creencias, es un derecho complejo que convive en un delicado equilibrio con principios, valores y sentimientos que no siempre tienen un fácil reflejo en términos jurídicos. Equiparar confesiones por medio de técnicas acciones afirmativas podría significar una intromisión indebida del orden político y jurídico en un ámbito de acceso restringido; la neutralidad frente al hecho religioso limita su acción.

Por eso no queda sino recordar que la igualdad es un derecho complejo que precisa de una interpretación global de todo

el sistema: contenido y límites de los derechos fundamentales, herramientas jurídicas, -como la inversión de la carga probatoria en supuestos de protección reforzada como es el de la discriminación por razón de religión, o el tan importante principio de razonabilidad-, son los instrumentos que ha de utilizar el operador jurídico para lograr una efectiva interpretación del principio de igualdad que conviva pacíficamente con la libertad de creencias.



# EL DERECHO A LA IGUALDAD: SU DESARROLLO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993 Y EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ\*

*Luis Huerta*

Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Procesal  
Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

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

## I. ASPECTOS GENERALES

### 1.1. Contenido del derecho.

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

Sin embargo, la realidad demuestra que existen una serie de desigualdades en la sociedad, lo que obliga a adoptar medi-

---

\* Lima, 11 de diciembre del 2003. Revisado y actualizado en enero del 2006.

das orientadas a que el derecho a la igualdad no se agote en su reconocimiento formal (*igualdad formal*), sino que existan iguales oportunidades para el ejercicio de los derechos fundamentales por parte de todas las personas (*igualdad material*). Estas medidas pueden implicar un trato desigual, que no es considerado como una discriminación sino una diferenciación.

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

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

## **1.2. Igualdad ante la ley.**

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

## **1.3. El derecho a la igualdad en la Constitución de 1993.**

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



«Toda persona tiene derecho: A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole».

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

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

En consecuencia, existen importantes omisiones y deficiencias en la forma en que actualmente se reconoce el derecho a la igualdad a nivel constitucional. Estas son:

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

Si bien estas omisiones no impiden que a través de la jurisprudencia se precisen los alcances del derecho a la igualdad o que los órganos del Estado adopten medidas tendientes hacia una *igualdad material*<sup>1</sup>, sería adecuado que el texto constitucional desarrolle en forma más adecuada ambos aspectos, pues constitu-

---

<sup>1</sup> Mediante la Ley 28389 (de reforma constitucional) y la Ley 28449 se llevaron a cabo reformas sustantivas respecto al régimen pensionario regulado por el Decreto Ley 20530, cuyo objetivo principal era hacer frente a una situación de desigualdad existente entre este régimen y el previsto mediante la Ley 19990. Al analizar la demanda de

ye la primera referencia para que las personas tengan un adecuado conocimiento sobre el contenido y los alcances del derecho a la igualdad<sup>2</sup>.

#### 1.4. El derecho a la igualdad en la reforma constitucional.

En el año 2002 se inició un proceso de reforma constitucional a la Carta de 1993, que desde abril del 2003 se encuentra suspendido. Sin embargo, el derecho a la igualdad llegó a ser debatido y generó una inesperada atención. Más adelante veremos aspectos sobre la reforma a temas concretos relacionados con este derecho. Aquí deseamos presentar un cuadro con los textos del anteproyecto de reforma, el proyecto de reforma y lo que llegó a ser aprobado por el Pleno del Congreso, que dan una idea

---

inconstitucionalidad presentada contra las citadas normas, el Tribunal señaló: «(...) *no se puede negar que es un deber del Estado social y democrático de derecho promover en los colectivos sociales la igualdad individual entre sus miembros. Es que la Constitución no sólo reconoce a la igualdad en sentido formal, sino también material; motivo por el cual la reforma constitucional parte de reconocer que la igualdad material se identifica con asuntos pensionarios; es decir, con una justa distribución de los bienes sociales y materiales y, sobre todo, con la posibilidad de contar con las mismas oportunidades para conseguirlos. De ahí que sea una exigencia del Estado social y democrático de derecho corregir las desigualdades pensionarias hasta propiciar la igualdad objetiva y proporcional. Por ello, es constitucionalmente legítimo que el Estado, a través de medidas de igualación positiva, propenda a la igualdad material entre las personas*» –subrayado nuestro. Sentencia del expediente 050-2004-AI/TC y otros, publicada el 12 de junio del 2005, fundamento 68.

<sup>2</sup> Como ejemplo de los textos constitucionales que establecen expresamente la obligación de adoptar medidas orientadas a una igualdad material se puede citar el caso de la Constitución de Colombia, cuyo artículo 13º señala: «*El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados*».

de los cambios producidos durante el debate sobre la reforma constitucional.

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

### **1.5. Interpretación del derecho a la igualdad de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos**

La Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993 señala:

«Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú».

La importancia de esta disposición radica en ser el único criterio de interpretación de los derechos fundamentales consagrado de forma expresa en la Constitución<sup>3</sup>. Se trata, además, de un mandato obligatorio a todos los operadores jurídicos, quienes al momento de analizar cualquier tema que se relacione con estos derechos deben tomar en consideración en forma imperativa lo señalado en las normas internacionales. No se está, por lo tanto, ante una opción que pueda ser asumida por el intérprete, sino que se trata de una regla interpretativa de estricta observancia.

Al precisar los alcances de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, el Tribunal Constitucional ha señalado:

---

<sup>3</sup> Entre otros criterios de interpretación se encuentran la posición preferente de los derechos fundamentales, el carácter progresivo e irreversible de las medidas adoptadas a su favor, la aplicación de la norma más favorable a su ejercicio, etc. Lamentablemente, a diferencia de otros países, como por ejemplo el Ecuador, la Constitución peruana carece de un capítulo general en materia de derechos fundamentales en donde se establezcan estos principios. Sin embargo, esto no ha impedido que el Tribunal Constitucional peruano los aplique en su jurisprudencia.

«(La) interpretación conforme con los tratados sobre derechos humanos contiene, implícitamente, una adhesión a la interpretación que, de los mismos, haya realizado los órganos supranacionales de protección de los atributos inherentes al ser humano y, en particular, el realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, guardián último de los derechos en la Región»<sup>4</sup> -subrayado nuestro.

En este sentido, para la interpretación de los derechos reconocidos en la Constitución no basta con acudir a las normas internacionales sobre derechos humanos, sino que se hace necesario tomar en consideración, asimismo, la interpretación sobre tales normas realizada por los órganos internacionales de protección de estos derechos. Por lo tanto, las decisiones de estos órganos también actúan como un límite al intérprete de la Constitución, quien no puede desconocerlas ni contradecirlas, pues de modo indirecto iría en contra del mandato constitucional y a la vez podría originar una responsabilidad internacional al no seguir la interpretación autorizada de un tratado. Esto es particularmente relevante en el caso de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tribunal internacional que interpreta los alcances de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y que es aludido de modo particular por el Tribunal Constitucional en la sentencia que acabamos de citar.

La precisión realizada a nivel jurisprudencial por el Tribunal Constitucional sobre los alcances de la Cuarta Disposición Final y Transitoria ha sido validada a nivel normativo en el *Código Procesal Constitucional* (Ley 28237), cuyo artículo V del Título Preliminar señala:

---

<sup>4</sup> Sentencia del expediente 218-2002-HC/TC (caso Jorge Cartagena Vargas), del 17 de abril del 2002 y publicada el 3 de agosto de 2002, fundamento 2.

«El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte» -subrayado nuestro.

Se cuenta, por lo tanto, con una precisión jurisprudencial y otra normativa sobre los alcances de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución. Sería importante que en una próxima reforma constitucional, quede consagrada en la norma suprema del ordenamiento jurídico<sup>5</sup>.

Desde esta perspectiva, todo análisis relacionado con el derecho a la igualdad reconocido en la Constitución de 1993 se debe llevar a cabo de conformidad con lo establecido en las normas y decisiones internacionales en materia de derechos humanos.

## II. PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN

### 2.1. Aspectos generales.

La prohibición de discriminación implica que ninguna autoridad estatal puede llevar a cabo un trato desigual entre las

---

<sup>5</sup> El proyecto de reforma a la Constitución de 1993 contempla un Título Preliminar. En el artículo II del mismo sólo se establece: «*Los derechos fundamentales son universales, indivisibles, interdependientes y exigibles, se interpretan de conformidad con los tratados y declaraciones internacionales, en la medida que sean más favorables a la persona humana. El Estado garantiza el goce y ejercicio de estos derechos*» -subrayado nuestro. Hasta antes que el Pleno del Congreso suspendiera el debate sobre este proyecto (en abril del 2003), el artículo en mención no había sido aprobado.

personas. Sin embargo, también puede ser entendida en un sentido más estricto, referido únicamente a la prohibición de llevar a cabo cualquier trato desigual que afecte el ejercicio de los derechos fundamentales<sup>6</sup>. En este último caso, la prohibición de discriminación siempre se analiza en relación a un derecho fundamental específico, por lo que desde esta perspectiva se afirma que el derecho a la igualdad es un «*derecho relacional*».

## 2.2. Causas de discriminación.

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

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

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

Como se aprecia, la Constitución menciona en forma expresa siete situaciones que pueden dar lugar a una discrimina-

---

<sup>6</sup> Este es el criterio seguido en el ámbito de las normas internacionales sobre derechos humanos. Así por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala en el artículo 1º que los Estados tienen la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos a toda persona, sin discriminación alguna.

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

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

El texto aprobado hasta el momento no ha estado libre de críticas, pues hay quienes afirman que, al no mencionar ninguna de las razones por las cuales se lleva a cabo una discrimina-



ción, se estaría produciendo un retroceso con relación a este tema. A favor de la norma se ha argumentado que se trata de la salida más adecuada ante el problema que se originó por la propuesta de agregar nuevas situaciones de discriminación a las actualmente señaladas en forma expresa y, en todo caso, será la jurisprudencia la encargada de llenar el vacío normativo del texto constitucional.

A nuestra consideración, este tema nunca debió ser discutido en la reforma constitucional, pues no resulta urgente llevar a cabo una modificación –o ampliación– de las razones por las cuales se produce una discriminación. Si bien era importante proponer la mención expresa a otras situaciones de discriminación, debió tomarse en cuenta que referencias expresas al «género» o la «orientación sexual», definitivamente dificultarían el debate y, a la larga, implicarían la aprobación de un texto final que, en términos generales, no facilita la adecuada comprensión e interpretación de la prohibición de discriminación.

A esto debe agregarse que a través de la jurisprudencia es posible establecer una precisión sobre supuestos adicionales de discriminación que también se encuentran prohibidos. Es importante mencionar al respecto la sentencia del Tribunal Constitucional mediante la cual declaró fundada una demanda de amparo presentada por un policía que fue pasado a la situación de retiro como consecuencia de, entre otros aspectos, haber contraído matrimonio con una persona transexual. En su decisión, el Tribunal señaló:

«(...) el Tribunal debe destacar que, de conformidad con el artículo 1º de la Constitución, la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado. En ese sentido, el respeto por la persona se convierte en el *letit motiv* que debe informar toda su actuación estatal. Para tales efectos, la Constitución peruana no distingue a las perso-

nas por su opción y preferencias sexuales; tampoco en función del sexo que pudieran tener. Se respeta la dignidad de la persona. (...)

(...) cuando el Estado, a través de uno de sus órganos, sanciona a un servidor o funcionario por tener determinado tipo de relaciones con homosexuales o, como en el presente caso, con un transexual, con independencia de la presencia de determinados factores que puedan resultar lesivos a la moral y el orden público, se está asumiendo que la opción y preferencia sexual de esa persona resulta ilegítima por antijurídica. Es decir, se está condenando una opción o una preferencia cuya elección solo corresponde adoptar al individuo como ser libre y racional. (...)

Lo que juzga inconstitucional (el Tribunal) es que, inmiscuyéndose en una esfera de la libertad humana, se considere ilegítima la opción y preferencia sexual de una persona y, a partir de allí, susceptible de sanción la relación que establezca con uno de sus miembros.

Por tanto, este Tribunal considera que es inconstitucional que el recurrente haya sido sancionado por sus supuestas relaciones «sospechosas» con un transexual»<sup>7</sup>.

Se aprecia en estos fundamentos que el Tribunal considera «ilegítimo» sancionar a una persona por su orientación sexual. Lamentablemente, no señaló de forma directa que una medida de este tipo, aparte de «ilegítima», constituye una clara manifestación de una *discriminación por razón de la orientación sexual de la persona, la cual se encuentra prohibida en forma implícita por el artículo 2º inciso 2º de la Constitución*. Sin duda alguna, una oportunidad dejada de lado para llevar a cabo tan importante precisión.

---

<sup>7</sup> Sentencia del expediente 2868-2004-AA/TC (caso José Álvarez Rojas), del 24 de noviembre del 2004 y publicada el 7 de febrero del 2005, fundamentos 23 y 24.

### 2.3. Formas de discriminación: directa e indirecta.

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

La **discriminación directa** se caracteriza porque el trato desigual se manifiesta de manera clara. Esto ocurriría, por ejemplo, si una norma estableciera que las mujeres o las personas con discapacidad no pueden votar. En algunas ocasiones, cuando una norma manifiestamente discriminatoria ha sido cuestionada mediante una demanda de inconstitucionalidad, en el transcurso del proceso se ha llevado a cabo su derogación, lógica respuesta del Congreso ante un trato desigual sin justificación válida, lo que ha obligado a declarar improcedentes las demandas respectivas por sustracción de la materia. Así ocurrió, por ejemplo, en el proceso de inconstitucionalidad iniciado por la Defensoría del Pueblo contra el artículo 181º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el cual se exigía como un requisito para ser nombrado juez de familia «*ser casado o viudo y tener o haber tenido hijos*». Mediante Ley 26765, publicada el 8 de abril de 1997, se eliminó dicho requisito, por lo que el Tribunal declaró improcedente la demanda<sup>8</sup>.

Por su parte, en la **discriminación indirecta** el trato desigual no se manifiesta de manera tan clara, lo que obliga a acudir a diferentes elementos adicionales para sustentar que existe un trato discriminatorio. Así por ejemplo, si una norma establece que para acceder a un trabajo se requiere una determinada estatura, se podría justificar su necesidad en los fines del empleo, pero a la

---

<sup>8</sup> Sentencia del expediente 019-96-I/TC, publicada el 23 de abril de 1997.

vez podría argumentarse que con esa talla se discrimina a un importante sector de la sociedad. EGUIGUREN nos dice<sup>9</sup>:

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

Pero las cosas no son tan sencillas en la experiencia cotidiana, donde podemos asistir a prácticas más sutiles o camufladas de discriminación, ya sea –por ejemplo- a través del establecimiento de regulaciones o requisitos aparentemente «neutrales» (...).»

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional podemos encontrar un caso de especial interés en donde la norma impugnada podía ser considerada como una situación de discriminación indirecta contra la mujer. Nos referimos al artículo 337<sup>o</sup> del Código Civil, que facultaba a los jueces a tomar en consideración la educación, costumbre y conducta de los cónyuges, a fin de evaluar las causales de separación y divorcio relacionadas con la sevicia, la injuria grave y la conducta deshonrosa. Si bien el texto literal de la norma no hace distinciones basadas en el sexo de las personas, también es cierto que su aplicación por parte de los jueces y tribunales podía perjudicar principalmente a las mujeres, pues las agresiones contra su integridad personal son toleradas muchas veces en atención a factores como la costumbre, lo cual es inaceptable. De acuerdo con CARRILLO:

«Introducir criterios sobre la valoración de la educación, la costumbre y la conducta de ambos cónyuges, dependientes de la apreciación del juez, abría la puerta para la incorporación de

---

<sup>9</sup> EGUIGUREN PRAELI, Francisco. «Principio de igualdad y derecho a la no discriminación», en *Estudios Constitucionales*, Lima, ARA, 2002, p. 95

concepciones, actitudes y valores de los operadores de justicia, que en algunos casos pueden resultar justificatorios de la violencia, traduciéndose en resoluciones discriminatorias de los derechos de las mujeres accionantes»<sup>10</sup>.

En la sección IV de este trabajo explicaremos el pronunciamiento del Tribunal respecto a la demanda de inconstitucionalidad que presentó la Defensoría del Pueblo contra el citado artículo 337<sup>o</sup> del Código Civil.

## **2.4. Sujetos que discriminan.**

### **2.4.1 Discriminación por parte del Estado**

El derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación se invocan principalmente para que el Estado no lleve a cabo un trato desigual entre las personas, lo que puede manifestarse de diferentes maneras. Así por ejemplo, el Estado atenta contra el derecho a la igualdad cuando a través de sus órganos con potestad normativa emite una norma discriminatoria, o cuando a través de sus órganos jurisdiccionales adopta resoluciones contrarias a este derecho. La discriminación por parte del Estado también se manifiesta cuando a través de los diferentes órganos del gobierno nacional, o de los gobiernos locales o regionales, se adoptan medidas de carácter discriminatorio<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> CARRILLO MONTENEGRO, Patricia. «Normas jurídicas discriminatorias y aplicación del derecho desde una perspectiva de género: el divorcio por la causal de violencia», en *Discriminación sexual y aplicación de la Ley*, Lima, Defensoría del Pueblo del Perú, 2000, Volumen I (Derecho Civil), p.166.

<sup>11</sup> Al evaluar las metas del Programa de Salud Reproductiva y Planificación Familiar 1996-2000, la Defensoría del Pueblo concluyó que eran discriminatorias, pues, a diferencia de las mujeres, los hombres que

## 2.4.2 Discriminación por parte de particulares

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

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

La defensa de la persona humana implica el respeto de sus derechos fundamentales, motivo por el cual los particulares también se encuentran obligados a respetar el derecho a la igualdad de toda persona. Un caso interesante resuelto por el Tribunal Constitucional sobre esta materia estuvo relacionado con una demanda de amparo presentada por un grupo de trabajadores de la empresa Telefónica del Perú S.A., que fueron despedidos de su centro de labores por, según lo determinó el Tribunal, formar parte del sindicato de la empresa. En la sentencia respectiva no se hizo mención expresa a la violación del derecho a la igualdad ni a la prohibición de discriminación en materia laboral por razones de afiliación a un sindicato. El argumento principal del Tribunal estuvo referido al contenido de la libertad sindical, que implica que nadie puede ser perjudicado por formar parte de un sindicato. En sus propias palabras:

«La Constitución reconoce la libertad sindical en su artículo 28º, inciso 1) Este derecho constitucional tiene como contenido esencial un aspecto orgánico, así como un aspecto funcional. El primero consiste en la facultad de toda persona de constituir organizaciones con el propósito de defender sus intereses gremiales. El segundo consiste en la facultad de afiliarse o no afiliarse a este tipo de organizaciones. A su vez, implica la protección del trabajador afiliado o sindicado a no ser objeto de actos que perjudiquen sus derechos y tuvieran como motivación real su condición de afiliado o no afiliado de un sindicato u organización análoga. (...)

En el presente caso, las personas que fueron despedidas por Telefónica del Perú S.A.A., son miembros del sindicato. Resulta coincidente que las personas con las que la mencionada demandada concluyó unilateralmente la relación laboral hayan sido precisamente las que conforman tanto el Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y de la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú. Como se aprecia, es el criterio de afiliación sindical el que ha determinado la aplicación de la medida de despido. Por esta razón, el acto cuestionado lesiona el citado derecho constitucional en la medida que significa atribuir consecuencias perjudiciales en los derechos de los trabajadores por la sola circunstancia de su condición de afiliado a uno de los mencionados sindicatos. (...)»<sup>12</sup> -subrayad nuestro.

En términos generales, cuando se alegue una violación del derecho a la igualdad o la existencia de situaciones de discriminación por parte de particulares, deberán tomarse en cuenta las siguientes premisas:

- El respeto al derecho a la igualdad por parte de los particulares es exigible cuando se encuentra amenazado o vulnerado un derecho fundamental (derecho al trabajo, derecho a la educación, etc).

---

habían establecido una relación de pareja eran los únicos destinatarios de dicho programa, dejando de lado a aquellos que no la tenían. Además, el citado programa sólo se dirigía a las adolescentes mujeres en unión, quedando excluidos del mismo los adolescentes varones en la misma situación. Cfr. DEFENSORÍA DEL PUEBLO DEL PERÚ. *La aplicación de la anticoncepción quirúrgica y los derechos reproductivos II*. Serie Informes Defensoriales N° 27. Lima: Defensoría del Pueblo, 2000, p. 340-341.

<sup>12</sup> Sentencia del expediente 1124-2001-AA/TC (caso Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y FETRATEL), del 11 de julio del 2002 y publicada el 11 de setiembre del 2002, fundamentos 8 y 11.

- En determinadas circunstancias, habrá de evaluarse la relación entre los derechos fundamentales de quien se siente discriminado y de quien lleva a cabo el trato desigual que se cuestiona. Entre aquellos otros derechos que pueden entrar en conflicto con el derecho a la igualdad podemos citar, a modo de ejemplo, el *derecho a la libre contratación* (en el caso de las ofertas de empleo), el *derecho a la educación* (en el caso de acceso o expulsión de determinados centros educativos) y el *derecho a la asociación* (en el caso de acceso o expulsión de una asociación).

Por lo tanto, el análisis de los casos de discriminación por parte de particulares habrá de realizarse tomando en consideración el ámbito dentro del cual se produce el trato desigual y los posibles intereses que entren en conflicto en cada situación.

### III. DISCRIMINACIÓN Y DIFERENCIACIÓN

#### 3.1. Aspectos generales.

No todo trato diferenciado implica una discriminación. Pero, para que ese trato diferenciado no sea considerado como discriminatorio, la doctrina y la jurisprudencia comparada han desarrollado una serie de lineamientos a ser evaluados. Estos son:

- El trato diferenciado debe llevarse a cabo entre personas que se encuentran en una situación distinta.
- El trato diferenciado debe sustentarse en un objetivo concreto (*principio de razonabilidad*).
- El trato diferenciado debe guardar relación con el objetivo que se desea alcanzar (*principio de racionalidad*).



- El trato diferenciado debe aplicarse o llevarse a cabo en forma proporcional al objetivo que se desea alcanzar (*principio de proporcionalidad*).

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

La Ley 27163, publicada el 5 de agosto de 1999, modificó los artículos 107º inciso fº y 114º de la *Ley Orgánica de Elecciones* (Ley 26859) y estableció que no podían postular para congresista, presidente y vicepresidente de la república, las personas que hubiesen ocupado determinados cargos públicos (Presidente de la República, Congresista, etc.) y que estuvieran comprendidos «en proceso penal por delito cometido en agravio del Estado, con acusación fiscal o mandato de detención». Si bien esta norma fue posteriormente derogada mediante la Ley 27376, publicada el 7 de diciembre del 2000, y no existió un proceso de inconstitucionalidad en su contra, es un caso interesante a analizar. A favor de la norma se podría argumentar que la misma establecía una diferencia entre quienes tenía un proceso penal en su contra y quienes no lo tenían; se sustentaba en un objetivo concreto, cual era prevenir –por ejemplo- la corrupción, evitando que puedan ocupar un cargo público aquellas personas procesadas por la presunta comisión de un delito contra el Estado (principio de razonabilidad), y que existía una relación entre la medida adoptada y el objetivo que se deseaba alcanzar (principio de racionalidad). Sin embargo, la medida no resultaba proporcional pues atentaba contra el derecho a la presunción de inocencia, reconocido a nivel constitucional (artículo 2º inciso 24º literal eº

de la Constitución de 1993) y en las normas internacionales sobre derechos humanos. En todo caso, la prohibición puede establecerse para aquellas personas que cuentan con una sentencia en su contra por haber cometido un delito contra el Estado, lo cual en los hechos ocurre pues de acuerdo al artículo 33º inciso 2º de la Constitución la ciudadanía se pierde –y en consecuencia no se puede postular a ningún cargo público– por una sentencia con pena privativa de libertad. Por lo tanto, la norma objeto de análisis resultaba discriminatoria, atentando no sólo contra el derecho a la igualdad sino también contra el derecho fundamental de toda persona a ser elegida para ocupar un cargo público, reconocido en los artículos 2º inciso 17º y 31º de la Constitución.

### **3.2. Medidas que provocan mayor discriminación.**

Un problema que puede presentarse al adoptarse medidas que implican un trato diferente, consiste en que las mismas, a pesar de estar fundamentadas en la necesidad de proteger a un grupo objeto de discriminación, impidan el ejercicio de sus derechos en condiciones de igualdad, agravando aún más la situación de desigualdad en la que se encuentran.

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

Artículo 6.- Se prohíbe el trabajo nocturno (...) a las mujeres y a los varones que no hayan cumplido los veintiún años de edad. Se reputa trabajo nocturno el que se realiza de 8 pm. a 7 a.m.

Artículo 12.- También se prohíbe a las mujeres y a los menores de diez y ocho años, los trabajos subterráneos, los trabajos de minas, los de cantera, y todos los demás que en concepto del

Poder Ejecutivo sean peligrosos para la salud y las buenas costumbres.

Sobre el contenido de estas normas, CORTÉS y TOYAMA señalan que la prohibición del trabajo nocturno limitaba el desarrollo laboral de muchas mujeres que realizaban actividades que necesariamente debían ser nocturnas, como era el caso de las enfermeras o las que desarrollaban trabajos de limpieza. En lo que se refiere a la prohibición de trabajos subterráneos, tal medida constituyó también una limitación a las actividades laborales, más aún cuando empezaron a surgir una cantidad considerable de mujeres profesionales en Ingeniería de Minas o Geología, a partir de las carreras que se dictaban en las distintas universidades del país. En lo que se refiere a la parte final del artículo 12º, se trataba de una norma completamente discriminatoria, al presuponer de alguna manera que ningún trabajo realizado por los varones atentaba contra las buenas costumbres o que los varones sí podían realizar trabajos de tal índole<sup>13</sup>.

#### **IV. PROHIBICIÓN DE NORMAS DISCRIMINATORIAS: EL DERECHO A LA IGUALDAD ANTE LA LEY**

##### **4.1. Aspectos generales.**

El derecho a la igualdad ante la ley forma parte del contenido del derecho a la igualdad, pero, por lo general es objeto de reconocimiento y estudio en forma separada. Esto es particularmente importante, pues, en no pocos casos, la relación entre am-

---

<sup>13</sup> CORTÉS CARCELÉN, Juan Carlos y TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. «Flexibilización del Derecho Laboral y discriminación por razón de sexo», en *Discriminación sexual y aplicación de la ley*, Lima, Defensoría del Pueblo del Perú, 2000, Volumen II (Derecho Laboral), pp. 32-33.

bos derechos no se comprende adecuadamente. En el caso de la Constitución de 1993, ésta hace referencia expresa al derecho a la igualdad ante la ley, mas no al derecho a la igualdad.

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

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

## **4.2. Expedición de normas en base a la naturaleza de las cosas y la prohibición de hacerlo por la diferencia de las personas (artículo 103º de la Constitución).**

### **4.2.1 Aspectos generales**

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

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

De acuerdo con BERNALES, esta disposición recoge el principio jurídico de la generalidad y de las condiciones de igualdad en la expedición de las leyes, lo que evita que a través de éstas se concedan privilegios y estatutos de carácter personal<sup>14</sup>.

El desarrollo de este tema estuvo ausente por bastante tiempo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En la sentencia del expediente 0001/003-2003-AI/TC, publicada el 31 de agosto del 2003, el supremo intérprete de la Constitución precisó los alcances del artículo 103º de la Constitución de 1993. Al respecto señaló:

- La expresión «cosa» contenida en el artículo 103º de la Constitución no puede ser entendida en su sentido coloquial, sino referida al *contenido* o *finalidad* de «una relación jurídica, un instituto jurídico, una institución jurídica o simplemente un derecho, un principio, un valor o un bien de relevancia jurídica». Esto puede dar lugar, en consecuencia, a la expedición de leyes especiales, que se apartan de su vocación de alcance general a fin de «*ingresar en una necesaria y razonable singularidad*».

- La prohibición prevista en el artículo 103º de expedir normas «*por razón de la diferencia de las personas*», debe ser interpretada en forma concordante con el artículo 2º inciso 2º de la Constitución. En este sentido, el artículo 103º «*abunda en la necesaria igualdad formal prevista (en dicho artículo), según la cual el legislador no puede ser generador de diferencias sociales*». Sin embargo, el Tribunal dejó en claro que esto no puede entenderse como una limitación para que el Estado cumpla con sus obligaciones a favor del derecho a la igualdad a través de la adopción de medi-

---

<sup>14</sup> BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993: análisis comparado*. Lima: Fundación Konrad Adenauer / CIEDLA, 1996, p. 432.

das o acciones afirmativas, tema que será analizado más adelante (ver sección VI).

#### 4.2.2 Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el artículo 103º de la Constitución

De las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional en procesos de inconstitucionalidad, deseamos mencionar dos de especial interés en las que se ha pronunciado sobre normas que fueron impugnadas por considerarse contrarias al artículo 103º de la Constitución.

a) *Sentencia sobre la Ley 27755 (uso de formulario registral legalizado por notario)*<sup>15</sup>

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

- La finalidad de la norma impugnada «es dotar de seguridad jurídica a los titulares del derecho de propiedad, de forma tal que puedan oponerlo *erga omnes* y generar así el desarrollo económico tanto a nivel individual como social». En este sentido,

---

<sup>15</sup> Sentencia del expediente 001/003-2003-AI/TC, publicada el 31 de agosto del 2003.

se orienta a que la inscripción registral recupere su funcionalidad, reduciendo los costos de transacción en el acceso al registro de los menos favorecidos, razón por la que el Tribunal «no considera que se haya legislado en contra de la naturaleza de las cosas, sino por el contrario, porque así lo exigía aquélla» (fundamento 9).

- La norma impugnada tampoco transgredía la prohibición constitucional de expedir leyes especiales en razón de la diferencia de las personas, pues, «lejos de crear o fomentar tales diferencias, busca revertirlas» (fundamento 13).

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

b) *Sentencia sobre la Ley 26285 (desmonopolización progresiva de los servicios de telecomunicaciones)*<sup>16</sup>

La Ley 26285, publicada el 12 de enero de 1994, estableció un conjunto de normas relativas a la «desmonopolización progresiva de los servicios de telecomunicaciones de telefonía fija local y de servicios de portadores de larga distancia.» Esta norma fue impug-

---

<sup>16</sup> Sentencia del expediente 005-2003-AI/TC, publicada el 18 de octubre del 2003.

nada a través de un proceso de inconstitucionalidad por diferentes razones, una de las cuales fue su presunta colisión con el artículo 103º de la Constitución, pues según los demandantes fue dictada exclusivamente para otorgar una concesión a la empresa Telefónica del Perú S.A. y establecer un monopolio legal a favor de ésta por un período de cinco años.

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

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

(...) Lo verdaderamente relevante no es sobre qué entes recaerán las reglas destinadas a adecuar el desarrollo de sus actividades



económicas a lo previsto en el artículo 61º de la Constitución<sup>17</sup> (...) sino si la actividad económica sujeta a eliminación progresiva, justifica o no leyes que autoricen tratamientos especiales» -subrayado nuestro.

### **4.3. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la igualdad ante la ley**

A continuación presentamos una síntesis de diferentes sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional en procesos de inconstitucionalidad, en las que se ha pronunciado sobre el derecho a la igualdad ante ley, así como nuestros comentarios en algunos casos de especial interés.

#### **4.3.1 Sentencia sobre la Ley 26599 (inembargabilidad de los bienes del Estado)<sup>18</sup>**

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

---

<sup>17</sup> Nota del autor: El artículo 61º de la Constitución establece que «*el Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni contratación puede autorizar ni establecer monopolios*».

<sup>18</sup> Sentencia del expediente 006-96-AI/TC, publicada el 7 de marzo del 1997.

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

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

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

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

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

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

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

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

Hemos colocado en su integridad los argumentos del Tribunal, pues ésta fue la primera sentencia en la que declaró inconstitucional una norma por considerarla contraria al derecho a la igualdad ante la ley reconocido en el artículo 2º inciso 2º de la Constitución<sup>19</sup>. Como se puede apreciar, el razonamiento del Tri-

---

<sup>19</sup> Existe una sentencia anterior del Tribunal en la que se pronunció sobre una norma impugnada por atentar contra el derecho a la igualdad ante la ley, pero declaró infundada la demanda en este extremo y no existen argumentaciones relevantes sobre el tema. Nos referimos a la sentencia del expediente 004-96-I/TC, publicada el 25 de enero de 1997, sobre la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la ley 26637, que modificó la administración del programa municipal del Vaso de Leche.

bunal aparece un poco confuso, con varias ideas interesantes pero sin el orden que hubiera sido deseado y que necesariamente hubiera tenido si hubiese analizado la norma impugnada en base a los principios que permiten evaluar si se está ante una discriminación o diferenciación. En términos generales, el Tribunal señala que la norma en cuestión atenta contra la igualdad ante la ley, pues «*pretende establecer un trato discriminatorio sin ninguna base objetiva y razonable*», con lo cual está señalando que no existía ninguna razón para establecer un trato desigual.

#### **4.3.2 Sentencia sobre el Decreto Legislativo 817 (Ley del Régimen Previsional a cargo del Estado)<sup>20</sup>**

En este caso, los demandantes señalaron que el artículo 1º del Decreto Legislativo 817 atentaba contra el derecho a la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación, pues establecía que sus reglas no eran aplicables a los pensionistas de otros regímenes previsionales a cargo del Estado, como los del personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú. El Congreso respondió señalando que el hecho de que coexistan dos sistemas especiales, uno para el personal militar y policial, y otro para los comprendidos en el régimen de pensiones del Decreto Ley 20530, no significa que se esté legislando con desigualdad, pues cada uno de ellos tiene un fondo distinto. Al pronunciarse sobre este tema el Tribunal señaló:

«(...) el régimen del Decreto Ley 20530 es uno de los regímenes previsionales a cargo del Estado que tiene características propias que lo diferencian e individualizan respecto de los demás, en tal sentido no se vulnera el derecho constitucional a la igualdad ante la ley y a la no discriminación cuando el legislador, en

---

<sup>20</sup> Sentencia del expediente 008-96-I/TC, publicada el 26 de abril de 1997.

uso de sus facultades, expide una norma que solamente afecta a uno de éstos, siendo la vocación de tal norma la de aplicarse a todos los comprendidos en ésta, en la misma forma y sin distingos» (fundamento 11 de la sentencia).

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

#### **4.3.3 Sentencia sobre el artículo 337º del Código Civil (criterios a ser apreciados por el juez en determinadas causales de separación o divorcio)<sup>21</sup>**

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

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

---

<sup>21</sup> Sentencia del expediente 018-96-I/TC, publicada el 13 de mayo de 1997.

De acuerdo a la demanda, no existía una justificación razonable para otorgarle al juez la posibilidad de tomar en cuenta la educación, costumbre y conducta de ambos cónyuges, al momento de decidir si procedía una separación de cuerpos o un divorcio como consecuencia de un acto de sevicia, injuria grave o conducta deshonrosa.

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

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

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

- El principio de igualdad plasmado en la Constitución no sólo exige, para el trato desigual en la aplicación de la ley a las personas, que la finalidad legislativa sea legítima, sino que los que reciban el trato desigual sean en verdad desiguales.
- Los derechos a la dignidad, integridad física, psíquica y mo-

ral, al libre desarrollo y bienestar, al honor y buena reputación, a la vida en paz, al goce de un ambiente adecuado, al desarrollo de la vida y a no ser víctima de violencia ni sometido a tratos humillantes, son derechos constitucionales aplicables a **todo ser humano**, sin que interese su grado de educación, costumbre, conducta o identidad cultural. En lo que respecta a estos derechos fundamentales, todas las personas son iguales, y no debe admitirse, en algunas personas y en otras no, la violación de estos derechos.

- Si bien la finalidad de la conservación del matrimonio que contiene el artículo 337º del Código Civil es legítima, no debe preferirse ni sacrificarse para la consecución de ésta, otras finalidades también legítimas y constitucionales, referidas a la defensa y desarrollo de la persona humana como tal, pues los derechos humanos mencionados en el párrafo anterior tienen mayor contenido valorativo y constituyen finalidades más altas y primordiales que la conservación del matrimonio.

- En consecuencia, el Tribunal no considera legítima la preservación de un matrimonio cuando para lograrla, uno de los cónyuges deba sufrir la violación de sus derechos fundamentales.

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

«(...) la apreciación por el juez en base a la educación, costumbre y conducta de los cónyuges, respecto a la violencia física y psicológica y a la conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común, no son adecuados, ni necesarios, ni proporcionales, para la consecución de la finalidad de preservar el vínculo matrimonial, pues vulneran principios y finalidades constitucionales más importantes. Dicho de otro modo, el derecho

personal a la integridad física, síquica y moral, el derecho al honor, a la dignidad personal y a la buena reputación, el derecho a una vida tranquila y en paz y el derecho a la igualdad entre los seres humanos, son valores más altos, constitucionalmente, que la finalidad legítima de preservar el vínculo matrimonial».

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

#### **4.3.4 Sentencia sobre el artículo 80º del Decreto Legislativo 776 (destino a las municipalidades de un porcentaje de la renta aduanera recaudada)<sup>22</sup>**

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

---

<sup>22</sup> Sentencia del expediente 024-96-I/TC, publicada el 26 de abril el 2001.



«El 2% de las rentas recaudadas por cada una de las aduanas marítimas, aéreas, postales, fluviales, lacustres y terrestres ubicadas en las provincias distintas a la Provincia Constitucional del Callao, constituyen ingresos propios de los Concejos Provinciales y Distritales en cuya jurisdicción funcionan dichas aduanas» -subrayado nuestro.

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

- «si bien el artículo 2º inciso 2º de la Constitución reconoce un derecho subjetivo de las personas, al mismo tiempo dicha norma contiene un principio constitucional que prohíbe el tratamiento diferenciado, salvo por la naturaleza de las cosas, tal como lo prevé el artículo 103º de la misma Constitución»;

- «en el presente caso, el contenido del artículo 80º del Decreto Legislativo N.º 776 al excluir de sus alcances a la Municipalidad Provincial del Callao, sin una justificación objetiva y razonable, a pesar que su situación es idéntica a las demás municipalidades provinciales, resulta arbitrario y por ende la norma constitucionalmente inadmisibles, en la parte que se excluye a la demandante».

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

#### 4.3.5 Sentencia sobre el artículo 7º de la Ley 27755 (inscripción de bienes inmuebles mediante formulario registral legalizado por notario)<sup>23</sup>

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

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

Si bien los demandantes no alegaron como parte de sus fundamentos la afectación del derecho a la igualdad, el Tribunal decidió analizar si la norma impugnada afectaba este derecho. En su decisión, consideró que el legislador partió de una presunción «*meridianamente objetiva*» para emitir la norma: mientras mayor sea el precio del inmueble que se busca inscribir, se presume que mayor es el poder adquisitivo de la persona titular del mismo, y viceversa, mientras menor sea el precio, menor será la capacidad adquisitiva de quien desea inscribirlo. Al pronunciarse sobre la norma, afirmó:

«Es evidente que aquellos individuos que cuentan con un título de propiedad registrado poseen una especial ventaja frente a aquellos que no cuentan con la inscripción. Tal ventaja se traduce, especialmente, en facultades de índole económica. Los que ostentan un título inscrito cuentan con un derecho de propiedad oponible *erga omnes*, razón por la cual será más difícil despojarlos injustamente de su propiedad, con el desmedro econó-

---

<sup>23</sup> Sentencia del expediente 0016-2002-AI/TC, publicada el 15 de mayo del 2003, fundamentos 11 y 12.

mico que ello acarrearía, y tienen mayores posibilidades de convertirse en sujetos de crédito, por mencionar sólo algunas de las referidas ventajas. Existiendo, pues, marcadas distancias entre un título registrado y uno que no lo está, y, por ende, entre los que ostentan un derecho de propiedad con las prerrogativas que la Constitución aspira y aquellos que no, y considerando que parte importante de las razones por las que se suscitan tales distancias se debe a que no todos tienen el poder adquisitivo para acceder al registro, entonces es deber del Estado instaurar las condiciones para despejar los obstáculos que generan tal desigualdad de oportunidades. Tal ha sido el propósito de la disposición cuestionada.»

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

#### **4.3.6 Sentencia sobre el artículo 19º del Decreto Ley 25475 y el artículo 3º inciso aº del Decreto Ley 25744 (negación de beneficios penitenciarios para las personas procesadas o condenadas por los delitos de terrorismo y traición a la patria)<sup>24</sup>**

Durante el gobierno del ex presidente Alberto Fujimori, se expedieron una serie de normas orientadas a juzgar a las personas procesadas por los delitos de terrorismo y traición a la patria,

---

<sup>24</sup> Sentencia del expediente 010-2002-AI/TC, publicada el 4 de enero del 2003, sección XIII.

las que fueron objeto de severos cuestionamientos tanto a nivel nacional como internacional. En el año 2002, más de 5,000 ciudadanos presentaron una demanda de inconstitucionalidad contra estas normas, alegando la afectación de diferentes disposiciones constitucionales. En el caso del derecho a la igualdad, los demandantes consideraron que éste se veía afectado con el artículo 19º del Decreto Ley 25475 y el artículo 3º inciso aº del Decreto Ley 25744, pues prohibían a las personas procesadas o condenadas por el delito de terrorismo o traición a la patria, acogerse a los beneficios penitenciarios contenidos en el Código Penal y el Código de Ejecución Penal.

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

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

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

con la gravedad de los delitos por los cuales sus beneficiarios hubieran sido condenados».

#### **4.3.7 Sentencia sobre el artículo 1º de la Ley 27633, modificatoria de la Ley 27143 (promoción del desarrollo productivo nacional)<sup>25</sup>**

En este proceso se cuestionó que la norma impugnada estableciera que en los procesos de adquisición de bienes y servicios por parte del Estado, a efectos de otorgar la buena pro, se otorgue un puntaje adicional a quienes postulen bienes o servicios producidos o prestados en el país<sup>26</sup>.

El Tribunal Constitucional evaluó si dicha norma atentaba contra el derecho a la igualdad (artículo 2º inciso 2º de la Constitución), la prohibición de expedir leyes en razón de las personas (artículo 103º) y la igualdad en el tratamiento a la inversión nacional y extranjera (artículo 63º)<sup>27</sup>. La argumentación central sobre estos temas giró en torno a las razones del trato diferenciado entre los distintos postores, la proporcionalidad y transitoriedad de la medida.

---

<sup>25</sup> Sentencia del expediente 0018-2003-AI/TC, publicada el 7 de mayo del 2004.

<sup>26</sup> La norma impugnada fue el artículo 1º de la Ley 27633, publicada el 16 de enero del 2002, por medio de la cual se modificó la Ley 27143 (Ley de Promoción Temporal del Desarrollo Productivo Nacional). Tal norma señala: «*Para la aplicación del artículo 31º de la Ley N° 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, en los procesos de adquisiciones de bienes y para efectos del otorgamiento de la buena pro, se agregará un 20% adicional a la sumatoria de la calificación técnica y económica obtenida por las posturas de bienes y servicios elaborados o prestados dentro del territorio nacional, conforme al reglamento de la materia*».

<sup>27</sup> De acuerdo con este artículo, «*la inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones*».

En su decisión, el Tribunal señaló que la norma impugnada tiene por objeto promover el desarrollo productivo nacional, existiendo una relación entre la medida adoptada y dicho objetivo. Precisó, además, que la ley no establece una diferencia en atención a la calidad del inversionista, sino entre los bienes o servicios que son ofrecidos en un proceso de adquisición. En base a estas consideraciones, declaró infundada la demanda.

Los criterios empleados por el Tribunal en su análisis fueron estrictamente jurídicos. En la propia sentencia precisó que para la resolución de esta controversia prescindiría de la «*conveniencia, necesidad, oportunidad, eficiencia y eficacia de la política nacional relativa a la promoción temporal del desarrollo productivo nacional*». Paradójicamente, las críticas respecto a esta decisión han estado centradas principalmente en las repercusiones negativas que la validación constitucional de esta norma originaría en la economía. Para algunos autores, la sentencia del Tribunal va en contra de la existencia de reglas claras en este ámbito, por lo que no favorece su desarrollo<sup>28</sup>.

#### **4.3.8 Sentencia sobre el artículo 269º del Código de Justicia Militar (sanción de conductas homosexuales)<sup>29</sup>**

En el proceso de inconstitucionalidad contra diferentes artículos del Código de Justicia Militar (Decreto Ley 23214), una de las normas impugnadas fue el artículo 269º, el cual establecía:

---

<sup>28</sup> GUZMÁN NAPURI, Christian. «El problema del uso de la contratación administrativa para la promoción de los productos y la industria peruanos», en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 70, julio del 2004, Gaceta Jurídica, p. 132.

<sup>29</sup> Sentencia del expediente 0023-2003-AI/TC, publicada el 30 de octubre del 2004.

«El militar que practicare actos deshonestos o contra natura con persona del mismo sexo, dentro o fuera del lugar militar, será reprimido con expulsión de los Institutos Armados si fuese Oficial y con prisión si fuese individuo de tropa (...)» -subrayado nuestro.

De acuerdo al Tribunal, en los alegatos de defensa de la norma impugnada se señaló que *«la homosexualidad es la expresión de una escala de valores que no resulta adecuada a las exigencias de la vida militar»*. Queda claro, por lo tanto, que el objetivo de la norma era sancionar la conducta homosexual, por considerarla ajena a los *«valores»* de las instituciones militares.

Tuvo aquí el Tribunal una oportunidad para analizar un tema ausente en su jurisprudencia: la discriminación por orientación sexual. Sin embargo, si bien consideró que la norma era inconstitucional por atentar contra el derecho a la igualdad, no señaló nada sobre este tipo de discriminación. Los argumentos principales estuvieron centrados en el hecho que la misma sanción para las personas homosexuales no había sido prevista para los heterosexuales. De acuerdo al Tribunal:

- La norma impugnada ha previsto como una *«conducta antijurídica (...) la práctica de un acto deshonesto contra una persona del mismo sexo, y no, por el contrario, con igual razón, la práctica deshonesto contra una persona de sexo diferente. Si lo antijurídico es la práctica de una conducta deshonesto, no existe razón objetiva ni base razonable, para que se sancione sólo las efectuadas entre personas del mismo sexo»* –fundamento 87º, inciso c.

- La norma impugnada ha previsto que *«los actos sexuales contra natura, realizados en sede militar, sean considerados como faltas disciplinarias y/o delitos (...), y no se (ha) previsto en iguales términos (...) la práctica, en general, de cualquier relación sexual en sede militar, no destinada a esos fines»* –fundamento 87º, inciso g.

Aunque resulte paradójico, esta sentencia demuestra una clara actitud conservadora sobre un tema polémico por parte de un Tribunal muy activista en otras materias, que perdió una especial ocasión para señalar que una norma como la impugnada se sustentaba en una manifiesta tendencia discriminatoria contra las personas por su orientación sexual, tema que resulta especialmente importante en el ámbito castrense, pues ya anteriormente se generó una polémica al plantearse la posibilidad de que personas homosexuales formen parte de las Fuerzas Armadas<sup>30</sup>.

#### **4.3.9 Sentencia sobre los artículos 1, 2, 3, 4 y 5 de la Ley 28258 (Ley de Regalía Minera)<sup>31</sup>**

La regalía minera constituye una contraprestación económica que pagan al Estado los titulares de las concesiones mineras por la explotación de los recursos minerales. Más de cinco mil ciudadanos presentaron una demanda contra la ley que regula esta materia (Ley 28258, publicada el 24 de junio del 2004), por considerar, entre otros aspectos, que afectaba el derecho a la igualdad, por cuanto se impone este tipo de pago al sector minero y no al resto de los sectores productivos del país. Además, en el propio sector minero se deja fuera del ámbito de aplicación de la ley a los pequeños productores mineros.

Al analizar si se afectaba el derecho a la igualdad, el Tribunal realizó un análisis sobre el contenido de la ley impugnada,

---

<sup>30</sup> En febrero del 2003, el ministro de Defensa Aurelio Loret de Mora manifestó: «*La legislación actual indica que la homosexualidad es incompatible con la pertenencia a los institutos armados. No es un tema a resolver en el corto plazo*». Las reacciones de los movimientos de derechos humanos no se hicieron esperar. Ver al respecto: [www.dhperu.org](http://www.dhperu.org) (Comunicados del 2003).

<sup>31</sup> Sentencia del expediente 0048-2004-PI/TC, publicada el 7 de abril del 2005.



pero sus argumentos se centran principalmente en justificarla, antes que en evaluar si el trato desigual alegado por los demandantes constituía una discriminación o una diferenciación. Esto se refleja al momento de identificar el objetivo de la ley y si el pago de la regalía se relaciona con el mismo. En palabras del Tribunal:

«(...) la regalía minera constituye un medio idóneo para el logro de los fines de desarrollo equitativo e integral que subyacen los postulados propios de un Estado Social y Democrático de Derecho» -fundamento 70.

A continuación, los argumentos del Tribunal se dirigen a señalar que el pago de la regalía minera constituye una obligación y que no es gravoso (fundamento 71). A la vez, establece que la realización del fin perseguido es proporcional a la exigencia de dicho pago (fundamento 72). Sobre esto último deseamos transcribir el siguiente fundamento:

«(...) el pago de la regalía minera es razonable y proporcional no sólo para afrontar el agotamiento de nuestros recursos minerales y los daños que sobre el medio ambiente ineludiblemente provoca su explotación, sino también por los beneficios económicos que dicha actividad extractiva proporciona a las empresas mineras, a efectos de generar paralelamente el desarrollo alternativo. A criterio de este Tribunal, por tanto, es plenamente exigible el pago de la regalía minera» -fundamento 72.

Sobre la base de estos argumentos, el Tribunal concluyó que la ley de regalía minera no resultaba discriminatoria. Sin embargo, en su razonamiento está ausente el argumento central de los demandantes, cual era que el pago de las regalías se aplique a un sector productivo y que, incluso en el ámbito minero, no todas las empresas estén obligadas a pagarlo. Este aspecto, a nuestro entender, constituía el elemento central del análisis que hubiese correspondido hacer, pues se alegaba una discrimina-

ción, por lo que debió argumentarse si el trato diferente estaba justificado y no centrar el análisis en si había razones para exigir el pago de las regalías mineras en general. Sobre los argumentos de los demandantes, el Tribunal sólo se limitó a señalar lo siguiente:

«De otro lado, es evidente que no son equiparables, en modo alguno, la actividad económica realizada por el sector minero con la efectuada por otros sectores productivos, ni tampoco con las de pequeñas empresas de explotación minera. Por ello, el término de comparación *-tertium comparationis-* que aducen los demandantes, para sustentar una supuesta vulneración del derecho-principio a la igualdad, no constituye un supuesto de hecho del cual pueda exigirse consecuencias jurídicas iguales.

Debe considerarse, por último (...) que el principio de igualdad no impide que el legislador diferencie; lo que proscribiera es que se diferencie de una manera no objetiva, no razonable y no proporcionada; lo cual, dicho sea de paso, no ha sucedido en el presente caso. Más aún si con tal diferenciación se persigue un fin constitucionalmente legítimo, urgente, necesario y posible, como es el de promover el desarrollo integral del país, en general, y de los sectores menos favorecidos, en particular» –fundamentos 74 y 75.

En este sentido, el tema central sobre el cual debió girar el análisis del Tribunal en materia del derecho a la igualdad quedó prácticamente dejado de lado y se redujo a la simple expresión «es evidente».

#### **4.3.10 Sentencia sobre la Ley 28499 (reforma al régimen de pensiones del Decreto Ley 20530)<sup>32</sup>**

En esta decisión el Tribunal abordó dos temas relacionados con el derecho a la igualdad.

---

<sup>32</sup> Sentencia del expediente 050-2004-AI/TC y otros, publicada el 12 de junio del 2005.

a) *Reajuste de pensiones en razón de la edad*

Los incisos a) y b) del artículo 4º de la Ley 28449 establecen la siguiente diferencia entre las personas por razón de la edad a efectos de determinar el momento del reajuste de las pensiones:

«(...) el reajuste de pensiones se efectuará de la siguiente forma:

a) Las pensiones percibidas por beneficiarios que hayan cumplido sesenta y cinco (65) años o más de edad y cuyo valor no exceda el importe de dos (2) Unidades Impositivas Tributarias vigentes en cada oportunidad, serán reajustadas al inicio de cada año mediante decreto supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros y a propuesta del Ministerio de Economía y Finanzas, teniendo en cuenta las variaciones en el costo de vida anual y la capacidad financiera del Estado.

b) Las pensiones percibidas por beneficiarios menores de sesenta y cinco (65) años de edad se ajustarán periódicamente, teniendo en cuenta las previsiones presupuestales y las posibilidades de la economía nacional» –subrayado nuestro.

Al analizar este caso, lo primero que hizo el Tribunal fue evaluar si la edad constituía un elemento que justificaba un trato diferente, concluyendo su afirmación en sentido afirmativo, de la siguiente manera:

«(...) en tanto que el número de años de edad es inversamente proporcional a los años de expectativa de vida, este Colegiado considera que ésta constituye un factor de distinción razonable entre aquellos a quienes corresponde un reajuste pensionario *anual* y aquellos que tienen derecho a un reajuste *periódico*» –fundamento 139, subrayado nuestro.

Luego, precisó que no hubiese sido válido que el criterio de diferenciación fuera la cantidad de años de aportación del pensionista, opinión del Tribunal que resulta prescindible a efectos del caso concreto. Finalmente, señaló que el objetivo de la norma

era lograr que *«cuando menos un grupo plenamente identificable de ciudadanos pensionistas (los de 65 o más), tengan asegurado el reajuste anual de sus pensiones»* –fundamento 141-.

A nuestra consideración, faltó un orden en el razonamiento del Tribunal sobre la norma impugnada. Estimamos que, en primer lugar, debió identificar el objetivo del trato diferente, para lo cual debió haber tomado en cuenta de manera conjunta los fundamentos 139 y 141 que han sido citados. En este sentido, hubiese quedado más claro que para el Tribunal dicho objetivo era *asegurar a las personas de 65 años o más el reajuste anual de pensiones pues tienen menos expectativa de vida, con lo cual también se aseguraba, al menos, el reajuste de sus pensiones a un grupo de pensionistas*. Sin embargo, estos argumentos no llegan a convencernos para justificar un trato diferenciado. ¿Por qué las personas que tienen menos expectativa de vida tienen derecho al reajuste de su pensión en forma anual y las otras no? Esta fue la pregunta que no se hizo el Tribunal y que consideramos que era esencial para dar una respuesta clara a la controversia relacionada con el trato diferenciado.

De otro lado, en lo que respecta a la necesidad de asegurar el reajuste de sus pensiones, al menos, a un grupo de pensionistas, consideramos también que aquí hubo una deficiencia en el argumento del Tribunal, pues una interpretación a contrario del mismo significaría que existe otro grupo de pensionistas que quizá no tenga asegurado el reajuste de su pensión. En todo caso, el mismo Tribunal precisa que esto último no puede llegar a suceder, por lo que el reajuste para las personas de menos de 65 años *«no podrá extenderse por intervalos de tiempo irrazonable»* –fundamento 141. Sin embargo, creemos que este constituía un tema completamente diferente, no relacionado con la controversia sobre el derecho a la igualdad, sino con la correcta interpretación de la norma sobre los reajustes periódicos de los pensionistas menores de 65 años.

b) *Pensión de viudez*

De conformidad con el artículo 32º del Decreto Ley 20530, modificado por el artículo 7º de la Ley 28449, la pensión de viudez sólo se otorga al varón «*cuando se encuentre incapacitado para subsistir por sí mismo, carezca de rentas o ingresos superiores al monto de la pensión y no esté amparado por algún sistema de seguridad social*».

En este caso, el Tribunal evaluó si el trato diferente respecto al varón implicaba una discriminación. En términos generales, sus principales argumentos fueron:

«La diferencia de trato que usualmente los regímenes previsionales han dispensado a los hombres y a las mujeres, *prima facie*, no debe ser enfocada desde la perspectiva formal del derecho a la igualdad en la ley (...)

Por el contrario, la diferenciación aludida debe ser abordada bajo la directriz material o sustancial que informa al derecho a la igualdad, conforme a la cual existe obligación del Estado de adoptar medidas -comúnmente legislativas- con la finalidad de compensar jurídicamente a grupos marginados económica, social o culturalmente. (...)

(...) existe un amplio margen de presunción de constitucionalidad en las medidas que favorecen a los colectivos minoritarios y/o socialmente postergados, que puedan considerarse dentro de estos criterios específicos. Por ejemplo, las mujeres, determinados grupos étnicos, religiosos, extranjeros, y otros de diversa naturaleza. (...)

Si bien en años recientes ha existido un importante grado de incorporación de la mujer en tareas de orden social en las que nunca debió estar relegada (participación política, acceso a puestos laborales, oportunidades de educación, entre otras muchas), no puede considerarse que en la realidad peruana dicha tarea se encuentre consolidada. Buena parte de nuestra sociedad aún se nutre de patrones culturales patriarcales que relegan al colectivo femenino a un rol secundario, a pesar de encontrarse

fuera de discusión sus idénticas capacidades en relación con el colectivo masculino para destacar en todo ámbito de la vida, sea político, social o económico. Los prejuicios y la idiosincracia de un número significativo de ciudadanos (conformado tanto por hombres como por mujeres) aún mantienen vigente la problemática de género en el país.

De ahí que el Tribunal Constitucional no pueda considerar inconstitucionales medidas que exigen algunos años menos de edad o de aportaciones a la mujer, para acceder a una pensión en un régimen previsional, o aquellas otras que establecen un sistema de cálculo relativamente más favorable a la mujer pensionista al momento de determinar el monto de su pensión. Queda claro que dichas medidas se encuentran estrictamente orientadas, a través de disposiciones ponderadas, a favorecer al colectivo femenino, en el correcto entendido de que la realidad social aún impone concederles un mayor apoyo a efectos de asegurarles una vida acorde con el principio de dignidad.

Y por este mismo motivo, el Tribunal Constitucional tampoco considera inconstitucional que el legislador no haya exigido que la viuda acredite la dependencia económica en la que se encuentra en relación con la pensión del causante. Resulta claro que ha partido de dicha presunción en base al dato de la realidad descrito *supra*. Consecuentemente se trata de una auténtica «acción positiva» en favor de la mujer» –fundamentos 145 y 146, subrayados nuestros.

En este sentido, el Tribunal consideró la norma impugnada como una «acción positiva» a favor de las mujeres. Sin embargo, al analizar su contenido y compatibilidad con el derecho a la igualdad, señaló que la misma gozaba de un «amplio margen de presunción de constitucionalidad», con lo cual prácticamente justificó que no hubiese un análisis sobre las características de este tipo de medidas, el objetivo de la norma, la relación entre el trato desigual y dicho objetivo, la proporcionalidad de la medida, etc. Para el Tribunal, al tratarse de una medida que beneficiaba a un grupo generalmente discriminado, en este caso las mujeres, entonces era compatible con la Constitución y no afectaba el derecho a la igualdad.

Como veremos más adelante, las normas que establecen «acciones afirmativas» son sumamente polémicas, por lo que no se puede presumir su constitucionalidad. Por el contrario, su análisis implica evaluar qué justifica su expedición, lo cual es una tarea bastante compleja por cuanto siempre existe un sector de la sociedad que podría verse perjudicado con dicha medida, lo que obliga a poner especial énfasis en el tema de la proporcionalidad del trato desigual, aspectos que el Tribunal no analizó.

También se debe cuestionar que el Tribunal no estableciera una relación entre la discriminación de la que son objeto las mujeres y el trato diferente para obtener una pensión de viudez. Una omisión sumamente grave pues constituía la parte central del debate.

## V. DERECHO A LA IGUALDAD EN LA APLICACIÓN DE LA LEY

El derecho a la igualdad también comprende el derecho a la igualdad en la *aplicación de la ley*. El Tribunal Constitucional tuvo oportunidad de pronunciarse respecto a este tema a propósito de una demanda de amparo presentada por el representante de una persona jurídica contra la Sala de Propiedad Intelectual del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, del Instituto Nacional de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI). En la demanda se alegaba que la entidad demandada resolvió un caso relacionado con la demandante, de una manera diferente a como había resuelto anteriormente un caso similar.

De acuerdo al Tribunal, a pesar de haberse invocado el derecho a la igualdad ante la ley, la controversia en este caso concreto giraba en torno al derecho a la igualdad *en la aplicación de la ley*, respecto al cual señaló:

«El derecho de igualdad, en efecto, no sólo se proyecta prohibiendo tratamientos diferenciados, sin base objetiva y razonable, en el contenido normativo de una fuente formal del derecho, sino también en el momento de su aplicación. Ella se ha de aplicar por igual a cuantos se encuentren en una misma situación, quedando proscritas, por tanto, diferenciaciones basadas en condiciones personales o sociales de sus destinatarios, salvo que éstas se encuentren estipuladas en la misma norma. Impone, pues, una obligación a todos los órganos públicos de no aplicar la ley de una manera distinta a personas que se encuentren en casos o situaciones similares. Esta dimensión del derecho a la igualdad vincula, esencialmente, a los órganos administrativos y jurisdiccionales, los que son los llamados a aplicar las normas jurídicas»<sup>33</sup>.

A fin de identificar si se ha producido la afectación de este derecho por parte de los órganos administrativos, en esta decisión el Tribunal estableció los siguientes criterios<sup>34</sup>:

- Debe ser una misma entidad administrativa la que haya expedido las resoluciones contradictorias respecto a la aplicación de una determinada norma.
- Debe existir una sustancial identidad entre los supuestos de hecho resueltos en forma contradictoria por el órgano administrativo. Para tal efecto, basta que existan *«suficientes elementos comunes como para considerar que los supuestos de hecho enjuiciados son jurídicamente iguales y que, por tanto, debieron merecer una misma aplicación de la norma»*.

---

<sup>33</sup> Sentencia del expediente 1279-2002-AA/TC (caso Instituto Superior Tecnológico No Estatal Peruano de Sistemas – SISE-), del 18 de diciembre del 2003 y publicada el 19 de enero del 2004, fundamento 2.

<sup>34</sup> Sentencia del expediente 1279-2002-AA/TC (caso Instituto Superior Tecnológico No Estatal Peruano de Sistemas – SISE-), del 18 de diciembre del 2003 y publicada el 19 de enero del 2004, fundamento 4.



- Debe acreditarse que existe una tendencia o «*línea constante*» en la interpretación y aplicación de las normas por parte de las entidades administrativas.

- Debe evaluarse si existe una fundamentación adecuada que justifique la variación del criterio de interpretación, como por ejemplo, que haya existido una variación del precedente administrativo por parte de los órganos competentes (ordinal 2.8 del artículo V del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General)<sup>35</sup>.

Sobre la base de estos criterios, el Tribunal declaró infundada la demanda, pues no se acreditó que la entidad demandada tuviera una tendencia uniforme en la aplicación de una determinada norma frente a un supuesto de hecho análogo al reclamado por la entidad demandante. Además, tampoco se acreditó que existiera una identidad entre el supuesto de hecho resuelto anteriormente por el órgano administrativo demandado y el caso concreto.

Interés adicional tiene esta sentencia por el hecho de haber señalado que los alcances del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley también deben ser observados por las autoridades judiciales, lo que deja abierta la posibilidad de presentar una demanda de amparo ante situaciones en donde este derecho se vea afectado.

Sobre el tema de la igualdad en la aplicación de la ley por parte de los órganos jurisdiccionales del Estado es importante

---

<sup>35</sup> Este ordinal señala: «*Son fuentes del procedimiento administrativo: Las resoluciones emitidas por la Administración a través de sus tribunales o consejos regidos por leyes especiales, estableciendo criterios interpretativos de alcance general y debidamente publicadas. Estas decisiones generan precedente administrativo, agotan la vía administrativa y no pueden ser anuladas en esa sede*».

señalar que, de conformidad con el Código Procesal Constitucional, el Tribunal Constitucional puede establecer precedentes de observancia obligatoria, el cual puede consistir en determinar cómo debe ser interpretada y aplicada una norma. Al respecto, el artículo VII del Título Preliminar del citado Código establece:

«Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente».

Sobre el precedente constitucional vinculante, el Tribunal ha establecido:

«(...) el precedente constitucional vinculante es aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y, que, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga.

El precedente constitucional tiene por su condición de tal, efectos similares a una ley. Es decir, la regla general externalizada como precedente a partir de un caso concreto se convierte en una regla preceptiva común que alcanzar a todos los justiciables y que es oponible frente a los poderes públicos.

En puridad, la fijación de un precedente constitucional significa que ante la existencia de una sentencia con unos específicos fundamentos o argumentos y una decisión en un determinado sentido, será obligatorio resolver los futuros casos semejantes según los términos de dicha sentencia. (...)

El uso de los efectos normativos y la obligación de aplicación de un precedente vinculante depende de:

a) La existencia de similitudes fácticas entre el caso a resolver y aquél del que emana el precedente.

b) La existencia de similitudes y diferencias fácticas; las que en el caso de estas últimas no justifican un trato jurídico distinto. Por ende, es factible que a través del razonamiento analógico se extienda la regla del precedente vinculante»<sup>36</sup>.

Habremos de estar atentos a la forma en que los juzgados y salas del Poder Judicial aplican los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional, a fin de identificar aquellas situaciones en donde se produzca una inobservancia de los mismos, lo que implicaría una afectación del derecho a la igualdad.

## VI. ACCIONES AFIRMATIVAS

### 6.1. Definición

EGUIGUREN define las *acciones afirmativas* como medidas que establecen un trato diferenciado a favor de grupos o sectores que se encuentran en una evidente situación social de marginación, a fin de darles mayores posibilidades y oportunidades de acceso a derechos formalmente consagrados a nivel constitucional o legal<sup>37</sup>. Respecto a estas medidas, también conocidas como «*discriminación positiva*» o «*discriminación inversa*», BIDART comenta:

«Algo que aparentemente puede presentarse como lesivo de la igualdad y, muy lejos de ello, es o puede ser un tramo razonable para alcanzarla, es la llamada discriminación «inversa». En determinadas circunstancias que con suficiencia aprueben el test de la razonabilidad, resulta constitucional favorecer a de-

---

<sup>36</sup> Sentencia del expediente 0024-2003-AI/TC, publicada el 9 de noviembre del 2005.

<sup>37</sup> EGUIGUREN PRAELI, Francisco. Ob. cit., p. 110.

terminadas personas de ciertos grupos sociales en mayor proporción que a otras, si mediante esa «discriminación» se procura compensar y equilibrar la marginación o el relegamiento desigualitarios que recaen sobre aquellas personas que con la discriminación inversa se benefician. Se denomina precisamente discriminación inversa porque tiende a superar la desigualdad discriminatoria del sector perjudicado por el aludido relegamiento»<sup>38</sup>.

Es importante advertir que, a nivel de la doctrina y el derecho comparado, la precisión sobre lo que se entiende por «acciones afirmativas» y sus características constituyen temas de permanente debate, existiendo diversas posiciones al respecto<sup>39</sup>. A efectos de este trabajo deseamos presentar un panorama general sobre la materia.

## 6.2. Constitución de 1993 y reforma constitucional.

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

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

Sin embargo, es posible encontrar una referencia específica a las acciones afirmativas en el actual texto del capítulo de la Cons-

---

<sup>38</sup> BIDART CAMPOS, Germán. *Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino*. Buenos Aires: Ediar, 1993, Tomo I, p. 388.

<sup>39</sup> Puede revisarse al respecto: BARRERE UNZUETA, Ma. Angeles. *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*. Madrid: Civitas, 1997, 123 p.

titución dedicado a la Descentralización (Capítulo XIV del Título IV). Como consecuencia de la reforma constitucional llevada a cabo a través de la Ley 27680, publicada el 7 de marzo del 2002, el artículo 191º de la Constitución señala:

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

La falta de una referencia expresa a las «*acciones afirmativas*» en el texto de la actual Constitución dio lugar a que este tema estuviese presente en el debate sobre la reforma constitucional, que, como ya dijimos, se encuentra actualmente paralizado. El siguiente cuadro nos muestra la manera en que este tema fue planteado en el anteproyecto y el proyecto de reforma, así como el texto que llegó finalmente a ser aprobado – subrayados nuestros:

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

### **6.3. Leyes que contienen «acciones afirmativas».**

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

#### **6.3.1 Acción afirmativa a favor de las persona con discapacidad.**

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

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

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

Resulta interesante mencionar sobre el particular una decisión de la Corte Constitucional de Colombia (sentencia C-022/96, del 23 de enero de 1996), en la que este tribunal evaluó la compatibilidad con el derecho a la igualdad de una norma que estableció un beneficio académico para las personas que realizaran el

servicio militar, consistente en añadir diez puntos adicionales en las pruebas que rindiesen para ingresar a los centros educativos superiores del Estado. En su sentencia, la Corte Constitucional declaró inconstitucional esa norma en base a los siguientes argumentos:

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

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

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

- ¿El beneficio a las personas con discapacidad tiene un objetivo concreto?
- ¿Ese objetivo podría alcanzarse de otra forma?
- ¿El beneficio en cuestión es proporcional frente a los derechos y méritos de las demás personas que postulan a un cargo público?
- ¿Existe una conexión entre el beneficio otorgado a las personas con discapacidad y la función a realizar en los cargos públicos a los que postulan?

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

### **6.3.2 Leyes sobre «cuotas electorales»**

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



lidad, existen tres normas al respecto, como se aprecia en el siguiente cuadro.

<p>Ley 26859 (Ley Orgánica de Elecciones)</p>	<p>Artículo 116º: Las listas de candidatos al Congreso en cada Distrito Electoral debe incluir un número no menor del 30% de mujeres o de varones. En las circunscripciones en que se inscriban listas con tres candidatos, por lo menos uno de los candidatos debe ser varón o mujer<sup>40</sup>.</p>
<p>Ley 27683 (Ley de elecciones regionales), publicada el 15 de marzo del 2002.</p>	<p>Artículo 12º, segundo párrafo: La lista de candidatos al Consejo Regional debe estar conformada por (...) no menos de un treinta por ciento (30%) de hombres o mujeres, y un mínimo de quince por ciento (15%) de representantes de comunidades nativas y pueblos originarios de cada región donde existan, conforme lo determine el Jurado Nacional de Elecciones.</p>
<p>Ley 28094 (Ley de Partidos Políticos), publicada el 1 de noviembre del 2003.</p>	<p>Artículo 26º. Participación de hombres y mujeres en elecciones del partido político.- En las listas de candidatos para cargos de dirección del partido, así como para los candidatos a cargos de elección popular, el número de mujeres u hombres no puede ser inferior al treinta por ciento del total de candidatos.</p>

<sup>40</sup> Texto según artículo único de la Ley 27387, publicada el 29 de diciembre del 2000. El texto original del artículo 116º de la Ley Orgánica de Elecciones, publicada el 1 de octubre de 1997, señalaba: «Las listas de candidatos al Congreso deben incluir un número no menor del 25% de mujeres o varones.»

## 6.4. Jurisprudencia sobre «acciones afirmativas».

### 6.4.1 Tribunal de Garantías Constitucionales (TGC)

El antecesor del actual Tribunal Constitucional, que estuvo en funciones entre 1982-1992, emitió un importante pronunciamiento sobre una norma orientada a proteger a los obreros que no eran contratados en labores de construcción civil, ya sea por su afiliación sindical o por su edad (mayores de cuarenta años), lo que originaba una clara situación de discriminación<sup>41</sup>. La Ley 25202, conocida como la ley de la *Bolsa de Trabajo*, publicada el 24 de febrero de 1990, estableció en su artículo 1º:

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

El Fiscal de la Nación presentó una demanda de inconstitucionalidad contra esta norma por considerar, entre otros aspectos, que era discriminatoria, pues, al otorgar un 25% de cuota de empleo al sindicato, se beneficiaba a las personas afiliadas al mismo, en perjuicio de las no sindicalizadas. En su sentencia el TGC señaló que la mencionada ley, *«lejos de atender contra la igualdad de trato, lo que en realidad hace es restablecer la igualdad de trato perdida por la discriminación patronal introducida por el empleador»*<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> LANDA ARROYO, César. Tribunal Constitucional y Estado Democrático. Lima: Palestra, 2da edición, 2003, p. 130.

<sup>42</sup> LANDA ARROYO, César. Ob. cit., pp. 124 y 130.

## 6.4.2 Tribunal Constitucional

El tema de las acciones afirmativas ha sido abordado por el Tribunal Constitucional en su sentencia sobre las reformas al régimen de pensiones del Decreto Ley 20530. En esta decisión precisó:

«(conforme a) la directriz material o sustancial que informa al derecho a la igualdad, (...) existe la obligación del Estado de adoptar medidas –comúnmente legislativas- con la finalidad de compensar jurídicamente a grupos marginados económica, social o culturalmente; de esta manera, a través de tales medidas de «acción positiva» o de «discriminación inversa», el Estado busca revertir las condiciones de desigualdad (...)»<sup>43</sup>.

Lamentablemente, el Tribunal sólo hizo mención al objetivo de las acciones afirmativas pero no se detuvo a analizar sus características. Por esa razón, sin mayores fundamentos y con sólo apreciaciones generales, consideró que la norma mediante la cual se establecen diferentes requisitos entre hombres y mujeres para acceder a la pensión de viudez constituía una *acción afirmativa* a favor de estas últimas (ver sección IV).

## 6.5. Algunos problemas que se pueden presentar con las acciones afirmativas.

El primer párrafo del artículo 103º de la Constitución señala que «*pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de personas*». Se trata de un mandato dirigido al legislador para que respete el

---

<sup>43</sup> Sentencia del expediente 050-2004-AI/TC y otros, publicada el 12 de junio del 2005, fundamento 144.

principio de la generalidad de las normas jurídicas, autorizándolo para que pueda expedir normas especiales pero por razones objetivas, prohibiendo de manera expresa la expedición de normas por la diferencia de las personas (ver sección IV).

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

«cuando el artículo 103º de la Constitución prevé la imposibilidad de dictar leyes especiales «en razón de la diferencia de las personas», abunda en la necesaria igualdad formal prevista en el inciso 2º de su artículo 2º, según la cual el legislador no puede ser generador de diferencias sociales; pero en modo alguno puede ser interpretado de forma que se limite el derecho y el deber del Estado de, mediante «acciones positivas» o «de discriminación inversa», ser promotor de la igualdad sustancial entre los individuos»<sup>44</sup> -subrayado nuestro.

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

---

<sup>44</sup> Sentencia del expediente 001/003-2003-AI/TC, publicada el 31 de agosto del 2003, fundamento 12.

## VII. IGUALDAD EN EL TRATAMIENTO DE LAS INSTITUCIONES

Una de las normas más polémicas aprobadas por el Congreso del período 2001-2006, y que originó una inmediata reacción en contra por parte de la opinión pública, al considerarse como una medida que favorecía la impunidad en temas de corrupción, fue la Ley 28568, publicada el 4 de julio del 2005, cuyo artículo único modificaba el artículo 47º del Código Penal de la siguiente manera:

«El tiempo de detención preliminar, preventiva y domiciliaria, que haya sufrido el imputado, se abonará para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de detención.

Si la pena correspondiente al hecho punible es la de multa o limitativa de derechos, la detención preliminar, preventiva o domiciliaria, se computará a razón de dos días de dichas penas por cada día de detención» –subrayado nuestro.

Contra esta norma se presentó una demanda de inconstitucionalidad, en la cual se argumentaba que *«los efectos personales que la detención domiciliaria genera sobre el ámbito de la libertad personal del individuo no son los mismos que aquellos que tienen lugar con la detención preventiva, por lo que homologar el tratamiento de la detención domiciliaria con la detención preventiva, tal como lo hace la ley cuestionada, vulnera el derecho a la igualdad ante la ley, previsto en el inciso 2º del artículo 2º de la Constitución»* –subrayado nuestro.

Al conocer el caso, el Tribunal precisó que el objetivo de su pronunciamiento iba a ser evaluar la constitucionalidad de la expresión *«y domiciliaria»* contenida en la norma impugnada<sup>45</sup>.

---

<sup>45</sup> Sentencia del expediente 0019-2005-PI/TC, publicada el 22 de julio del 2005.

Cuando analizó la controversia a partir del tema de la igualdad, reiteró su jurisprudencia de acuerdo a la cual ésta no es sólo un derecho fundamental, sino también un principio rector del Estado Social y Democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos. En consecuencia afirmó:

«El principio de igualdad proscrib[e] la posibilidad de que el legislador otorgue idéntico tratamiento a dos instituciones sustancialmente distintas, sin base objetiva y razonable que justifique su decisión» –fundamento 25, subrayado nuestro.

Desde esta perspectiva, consideró que el arresto domiciliario y la detención preventiva son dos instituciones distintas, por lo que no podían ser tratadas en forma igual por el legislador, lo que implicaba que sólo en el caso de las detenciones preventivas el tiempo transcurrido podía ser equiparado al de una pena privativa de libertad. En palabras del Tribunal:

«(...) tal como a la fecha se encuentran regulados el arresto domiciliario y la prisión preventiva, y aun cuando comparten la condición de medidas cautelares personales, son supuestos sustancialmente distintos en lo que a su incidencia sobre el derecho fundamental a la libertad personal respecta; ello porque, en el caso del arresto domiciliario, el *ius ambulandi* se ejerce con mayores alcances; no existe la aflicción psicológica que caracteriza a la reclusión; no se pierde la relación con el núcleo familiar y amical; en determinados casos, se continúa ejerciendo total o parcialmente el empleo; se sigue gozando de múltiples beneficios (de mayor o menor importancia) que serían ilusorios bajo el régimen de disciplina de un establecimiento penitenciario; y, en buena cuenta, porque el hogar no es la cárcel» –fundamento 23.

Asimismo, el Tribunal precisó que el supuesto objetivo que podía buscarse con esta norma (beneficiar a quienes tuviesen una

pena privativa de libertad –fundamento 26-) era contraria a la finalidad que cumple la pena privativa de libertad en el orden constitucional (–fundamento 46-).

Si bien se trata de un tema polémico, nos interesa en este artículo sintetizar el razonamiento empleado por el Tribunal. Este se inicia, como se ha señalado, reconociendo que el *principio de igualdad* implica la «igualdad en el tratamiento de las instituciones», por lo que las entidades del Estado deben tratar en forma diferente todas aquellas instituciones que sean diferentes. Por lo tanto, se afecta este principio si instituciones diferentes son tratadas de igual forma. No se centró el Tribunal, en consecuencia, en analizar este tema desde la perspectiva del *derecho a la igualdad* y el artículo 2º inciso 2º de la Constitución.

Asimismo, el propio Tribunal precisó que puede darse un trato igual entre instituciones diferentes si existe una justificación, pero, a la vez, debe evaluarse que ese trato igual no sea contrario a un bien o valor constitucional.

A nuestra consideración, se trata de un razonamiento interesante y novedoso por parte del Tribunal, respecto al cual pueden existir discrepancias, pero que cumple con los aspectos mínimos que deben estar presentes en una sentencia constitucional, cuales son la exposición de los fundamentos jurídicos y su aplicación al caso concreto.

Si bien se trata de una materia diferente al *derecho a la igualdad*, que constituye el tema central de este artículo, consideramos importante haber explicado los alcances dados por el Tribunal sobre la *igualdad en el tratamiento de las instituciones*, a fin de aproximar al lector a la relación y diferencia entre ambos.

## VIII. REFLEXIONES FINALES

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

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

La Constitución de 1993 no contiene un desarrollo adecuado del derecho a la igualdad. Sin embargo, a través de su jurisprudencia el Tribunal Constitucional ha venido precisando sus alcances. Asimismo, en el proceso de reforma constitucional se buscó mejorar la redacción del actual texto constitucional, pero lo que llegó a aprobarse puede considerarse como un retroceso para la adecuada comprensión e interpretación del derecho a la igualdad por parte de los diferentes operadores jurídicos, en especial los jueces.

En sus sentencias sobre demandas de inconstitucionalidad, que han constituido la fuente principal para la realización de este trabajo, el Tribunal ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la compatibilidad de varias normas con el derecho a la igualdad ante la ley. Si bien en sus decisiones se aprecia una correcta defi-



nición de la mayoría de conceptos relacionados con el derecho a la igualdad, las deficiencias aparecen al momento de aplicarlos a los casos concretos, aparte de la falta de orden en sus argumentos que muchas veces dificultan comprender globalmente su razonamiento.

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



# IGUALDAD Y DERECHOS SOCIALES. REFLEXIONES EN EL MARCO DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO

*Elena Alvites*

Doctora en Derecho por la Universidad de Alicante  
Profesora de Derecho Constitucional de la Pontificia  
Universidad Católica del Perú.

El constitucionalismo social fue una línea de pensamiento que surgió en las postrimerías del siglo XIX y las primeras décadas del siglo XX, especialmente influenciado por el marxismo pero también provocado por el estado de marginación en la que se encontraban distintos colectivos sociales. De esta forma, se orientó a revertir el carácter formal que había adquirido el constitucionalismo liberal, heredero de las revoluciones liberales francesa y norteamericana.

Distintos elementos del constitucionalismo social fueron plasmados en los textos constitucionales de la época; sienten paradigmáticas la Constitución de Querétaro de 1917 y la Constitución de Weimar de 1919. Asimismo, sus postulados tuvieron repercusión tanto en el modelo de Estado como en el catálogo de derechos incorporado en las constituciones. Este es el contexto en el que nacen los derechos sociales y el derecho a la igualdad ve complementado su inicial contenido formal. Y, precisamente, este trabajo tiene como objetivo dar cuenta de la conexión que existe entre ambas instituciones en el actual momento constitucional.

En ese sentido, en el marco de lo previsto por nuestro Texto Constitucional, en el presente trabajo nos ocuparemos del contenido y transformaciones del derecho a la igualdad, pero sobre

todo, y sin pretensiones de agotar el tema, nos extenderemos en el examen de algunos de los aspectos que caracterizan el debate sobre la naturaleza y eficacia normativa los derechos sociales. Todo ello, sin perder de vista que el constitucionalismo de nuestros días es una síntesis de los postulados del primer constitucionalismo liberal y de las transformaciones que en su momento propició el constitucionalismo social.

Asimismo, en la medida que el artículo 43º de nuestra Constitución señala que el Perú es una República social y democrática, previamente realizaremos una breve revisión de las implicancias que dicha adopción normativa conlleva. Para ello, y en general para el desarrollo de todo el artículo, la referencia a la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional se ha presentado como indispensable.

## I. FORMACIÓN E IMPLICANCIAS DE LA FÓRMULA POLÍTICA DE ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO

Inicialmente, y como manifestación de carácter emancipador de las revoluciones liberales que le dieron origen, la racionalidad del Estado liberal buscaba superar los privilegios estamentales, por ello, la actuación del Estado se orientó a la protección de derechos individuales que fueron considerados anteriores al mismo<sup>1</sup>. Estos derechos eran reconocidos a todos los individuos por igual, sin importar la posición social o económica

---

<sup>1</sup> El individualismo y la defensa de los derechos de los seres humanos, como posiciones absolutas frente al poder, *«exigía que la organización jurídica de la sociedad se produjera de forma tal, que ese sistema de derechos y libertades burguesas, fuera en todo caso respetado. Se forjó de este modo un estatuto jurídico de la sociedad asentado en tres dogmas indiscutibles:*

a) El principio de generalidad de la ley

que tuvieran en la comunidad. Dicho de otro modo, se otorgaba el mismo estatus jurídico a todos los individuos haciendo abstracción de contexto en el que se encontraba cada cual. De esta forma, se buscó construir la sociedad de «*los derechos individuales, fundada sobre el principio de igualdad, es decir, sobre la unidad del sujeto de derecho: una sociedad en la que ya no existen derechos diferentes, en la que todos utilizan, en su vida jurídica, los mismos instrumentos, previstos de manera codificada, sólida y duradera por la ley del Estado, que es igual para todos*»<sup>2</sup>.

En esa medida, y como forma de expresión de la influencia de la ilustración, el individuo y la garantía de su libertad, seguridad y propiedad constituyó el objetivo último del Estado. Las tareas que desarrollaba el Estado debían estar destinadas a la protección de dichos valores y los individuos debían ser tratados de forma igual. Asimismo, dicha racionalidad y la supuesta división tajante entre Estado y sociedad facilitaron la construcción de un nuevo orden económico; a la sazón el capitalismo.

No obstante, bajo el discurso neutro del Estado de derecho liberal, se ocultaba la construcción un abismo de desigualdades

- 
- b) El reconocimiento de la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley
  - c) La consagración de la autonomía de la voluntad privada

*Fue desde la generalidad de la ley, la igualdad formal ante la misma y la autonomía privada, desde donde se procedió a la organización jurídica de las relaciones particulares. De esta forma, y como correlato a lo que los Derechos Fundamentales presuponían en la órbita de lo público, se crearía en el campo de lo privado una legislación inspirada en esos tres dogmas indiscutibles de la generalidad, la igualdad y la autonomía».* VEGA GARCÍA, PEDRO DE. *La crisis de los derechos fundamentales en el Estado social*. En CORCUERA ATIENZA, JAVIER Y GARCÍA HERRERA, MIGUEL ÁNGEL (ED.). *Derecho y economía en el Estado social*. Madrid: Tecnos – Gobierno Vasco, 1988, p. 127.

<sup>2</sup> FIORAVANTI, MAURIZIO. *Estado y Constitución*. En VV.AA *El Estado moderno en Europa*. Madrid: Trotta, 2004, pp. 25-26.

que trataría de ser conservado reduciendo el Estado de Derecho a un concepto estrictamente formal<sup>3</sup>. De esta forma, se presentó «*como un himno al individualismo y a la autonomía de la voluntad que revelará toda su obstinación frente a la industrialización*»<sup>4</sup>.

Una muestra de lo anterior se manifestó en que la validez de la ley dejó de tener un parámetro material o sustantivo; su validez fue sólo formal porque al Parlamento le bastaba con cumplir con el procedimiento formal para la emisión de una ley y que ésta fuera una norma general y abstracta<sup>5</sup>. Sin embargo, la generalidad y abstracción ya no eran entendidas como elementos esenciales del concepto de ley, sino como consecuencia natural de la voluntad del legislador, orientada a que ésta no refleje ni haga ninguna diferencia entre los individuos<sup>6</sup>. Por ello se ha señalado que durante esta etapa el Estado de derecho «*funciona como Estado al servicio de a burguesía para lo que dificulta el derecho de asociación, abandona el mercado a los económicamente poderosos y reconoce una libertad e igualdad en el plano formal, que no tienen*

---

<sup>3</sup> CARRERAS, FRANCESC DE. *El Estado de Derecho como sistema*. Cuadernos y debates. Colección Minor. Madrid: CEPC, 1996, p. 14.

<sup>4</sup> CAZZETTA, GIOVANNI. *Trabajo y empresa*. En VV.AA *El Estado moderno en Europa*. Madrid: Trotta, 2004, p. 139.

<sup>5</sup> Tal como señala HELLER el desmantelamiento de la idea material de Estado de Derecho y la adopción de una concepción técnico-formalista propició que la justicia ya no fuera un parámetro de validez de la ley: «*el ideal de justicia había perdido para el legislador su validez y quedaba degradado a la condición de mera máxima de administración formal que, sin atención al contenido justo o injusto de la ley, imponía su calculada aplicación al caso concreto*. [porque] *La cuestión primordial no estribaba ya en la rectitud sino en la calculabilidad y seguridad burguesa de la ley*». HELLER, HERMANN. *¿Estado de Derecho o dictadura?*. En *Escritos Políticos*. Madrid: Alianza Editorial, 1985, p 288

<sup>6</sup> BÖCKENFÖRDE, ERNST. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia...* op. cit., p. 30.

*correspondencia en el social y económico*»<sup>7</sup>. De esa forma, la aspiración democrática propia del proyecto ilustrado quedó limitada a la burguesía que utilizó su potestad normativa para excluir y ampliar las diferencias con las clases desposeídas. De ahí que las reivindicaciones de la clase proletaria, ante los apremios lacerantes que le impuso el proceso de industrialización, no fueron sólo sociales sino también democráticas.

El constitucionalismo que surgiera después de la segunda guerra mundial, en esa medida, debía superar la visión restringida del Estado liberal y también las taras propias de los regímenes autoritarios que pretendieron dar solución a los apremios de carácter social, pero sin introducir elementos democráticos en las sociedades. Teniendo en cuenta dichos antecedentes, la reconstrucción de los Estados europeos se realizó en el marco de la fórmula constitucional de Estado social y democrático que aspiró a superar el formalismo y la inequidad del Estado liberal, así como los abusos de los regímenes autoritarios. Además, su configuración supuso el cierre de un pacto entre las distintas tendencias ideológicas de la época, el liberalismo y el socialismo<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> PÉREZ LUÑO, ANTONIO. *Derechos humanos, Estado de Derecho y constitución*. Madrid: Tecnos, 7ª ed., 2001, p. 222

<sup>8</sup> Tal como señala CARMONA CUENCA «este Estado pretende realizar la síntesis de los dos principios fundamentales que inspiran el pensamiento político occidental contemporáneo, la libertad y la igualdad; pretende mantener un régimen de libertades formales al tiempo que se avanza en un sentido de progresiva igualdad entre los individuos». CARMONA CUENCA, ENCARNACIÓN. *El Estado social de derecho en la constitución*. Madrid: Consejo Económico y Social, 2000, p. 80. En sentido similar, V. ABENDROTH, WOLFGAN. *El Estado de Derecho democrático y social*. En VV.AA *El Estado social*. Madrid: CEC, 1986 pp. 14ss; GARCÍA COTARELO, RAMÓN. *Crisis y reformulación del Estado de bienestar*. En CORCUERA ATIENZA, JAVIER Y GARCÍA HERRERA, MIGUEL ÁNGEL (ED.). *Derecho y economía en el Estado social*. Madrid: Tecnos – Gobierno Vasco, 1988, p. 24.

En ese sentido, desde el punto de vista dogmático, la fórmula de Estado social y democrático supone la superación de dos formas de Estado: por un lado, la superación del Estado liberal legal, y por otro, la concepción de un modelo de Estado social de índole autoritario que se encargaba de la satisfacción de las necesidades de la población, pero sin darles espacio a participación alguna<sup>9</sup>. Dos modelos que se asemejaban por la insuficiencia de elementos democráticos; el primero, el Estado liberal, por considerar sólo la democracia desde la perspectiva formal –política- y el segundo, el Estado social a secas, por pretender una suerte de igualación desde arriba, pero sin participación de los individuos en la toma de decisiones<sup>10</sup>.

Asimismo, desde la perspectiva político-económica, el Estado social y democrático se entiende como el resultado de la relación dialéctica entre las necesidades de acumulación del capitalismo tardío y las reivindicaciones sociales de las clases trabajadoras<sup>11</sup>. Por ello, García Pelayo señaló que *«si el Estado quería subsistir había de disponerse a controlar permanentemente los aspectos económicos, sociales y culturales de la sociedad. Y si el Esta-*

---

<sup>9</sup> V. FORSTHOFF, ERNST. *Problemas constitucionales del Estado social*. En VV.AA El Estado social. Madrid: CEC, 1986, pp. 50-51.

<sup>10</sup> PÉREZ LUÑO, ANTONIO. *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución...* op. cit., 230.

<sup>11</sup> En efecto, *«el Estado se ve sometido a la presión de dos fuerzas contradictorias: la del capital y la del trabajo. Esta contradicción terminó resolviéndose –en y a través del Estado- en una conciliación tácita, en un pacto objetivo entre ambos que es justamente lo definitorio del Estado social [...] Este pacto se manifiesta en un despliegue de la actuación del Estado para atender las exigencias de ambos frentes: el del capital y el del trabajo, o, lo que es lo mismo, a un doble tipo de intervencionismo: el intervencionismo en el ámbito económico y el intervencionismo en el ámbito social»*. CABO MARTÍN, CARLOS DE. *Contra el consenso. Estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo social*. México: UNAM, 1997, p. 224.



*do democrático liberal de Derecho quería continuar teniendo vigencia había que adaptar sus valores a las nuevas exigencias y añadir a sus objetivos los de la regulación permanente del sistema social»<sup>12</sup>.*

Tal transformación del Estado, en Estado social y democrático, quedó plasmada en los textos constitucionales europeos de la segunda post guerra y los mismos sirvieron de modelo al constitucionalismo latinoamericano, por ello, no es extraño que nuestro actual Texto Constitucional, tal como lo hacía la Constitución de 1979, señale que el Perú es una República social y democrática. Esta formulación ha sido incorporada también en el artículo 43º del Texto Constitucional de 1993, por ello el Tribunal Constitucional ha señalado que «*El Estado peruano definido por la Constitución de 1993, presenta las características básicas de Estado social y democrático de derecho*»<sup>13</sup>.

Al respecto, los componentes de dicha fórmula estatal no deben ser entendidos de forma disociada, sino como una síntesis que alude a las facetas y funciones que ha de cumplir el Estado. La unidad e interdependencia de los elementos de la fórmula política también es una de las características del Estado social y democrático de derecho, pues «*se trata de un Estado con vocación activa, beligerante, intervencionista respecto a la sociedad (el Estado social, el momento social del Estado), a través de procedimientos y con vistas a la realización de principios democráticos ( el Estado Democrático, el momento democrático del Estado) y que somete su actuación, incluida la de la mayoría democrática, a la disciplina del*

---

<sup>12</sup> GARCÍA PELAYO, MANUEL. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. 2ª ed. y 8ª reimpresión. Madrid: Alianza Editorial, 1994, p. 24

<sup>13</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia correspondiente al Expediente N° 0008-2003-AI/TC de 11 de noviembre de 2003, F.J 10; Sentencia correspondiente al Expediente N° 0050-2004-AI – 0051-2004-AI – 004-2005-AI – 007-2005-AI – 09-2005-AI/ TC de 3 de junio de 2005, F.J 42.

*Derecho según el marco competencial constitucionalmente establecido (el Estado de Derecho, el momento jurídico del Estado)*»<sup>14</sup>. Además, tal fórmula será la línea directriz de la actuación del Estado, así como para la interpretación y aplicación de las distintas disposiciones constitucionales y las demás normas jurídicas del ordenamiento<sup>15</sup>.

El cambio en la concepción del Estado propició transformaciones en el plano normativo y axiológico-constitucional, así como en las funciones de éste con relación a la marcha de la economía. De igual modo, el Estado social y democrático perseguirá una profundización de la democracia, buscando extenderla a los ámbitos social y económico porque luego de los luctuosos sucesos que precedieron a la segunda guerra mundial, se entendió que la democracia sólo tenía sentido pleno si «*se extiende a la sociedad y ofrece a todas las clases sociales las mismas oportunidades en el proceso económico*»<sup>16</sup>.

En ese sentido, el Estado social y democrático supone también la superación de la división entre Estado y sociedad pro-

---

<sup>14</sup> CABO MARTÍN, CARLOS DE. *La crisis del Estado social*. Barcelona: PPU, 1986, p. 15. En sentido análogo se ha pronunciado PÉREZ LUÑO, para quien «*los principios de unidad (Einheit), coherencia o concordancia práctica (Praktischer Konkordanz) y fuerza integradora (Integrierender Wirkung) de la Constitución [...] se traducen en la necesidad de no contemplar las nociones de Estado de Derecho, Estado social y Estado democrático como tres categorías antinómicas, ni siquiera como tres fórmulas independientes susceptibles de interpretaciones o aplicaciones fragmentarias; sino como tres funciones, facetas o exigencias de una única definición constitucional*». PÉREZ LUÑO, ANTONIO. *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución...* op. cit., p. 234.

<sup>15</sup> GARCÍA PELAYO, MANUEL. *Las transformaciones del Estado contemporáneo...* op. cit., p. 93.

<sup>16</sup> ABDENDROTH, WOLFGANG. *El Estado de Derecho democrático y social...* op. cit., p. 30.

puesta por la tendencia formalista del Estado de derecho. Las funciones que cumpla el Estado deben incidir directamente en la transformación del orden social y económico, lo cual no signifique que actúe directamente como agente de producción, pero sí que regule y controle a los actores económicos, cuyo poder era hasta entonces incontrolado<sup>17</sup>.

De esta forma, las diferencias entre el Estado liberal y el Estado social resultan evidentes; mientras el primero era un Estado formal, limitado a proveer seguridad jurídica a los ciudadanos e impedido de interferir en las esferas individuales de éstos, el Estado social y democrático es un Estado que persigue fines sustantivos, que debe cumplir funciones que incidan directamente en la situación social e incluso económica de los individuos. Dicho de otro modo, *«mientras que el Estado tradicional se sustentaba en la justicia conmutativa, el Estado social se sustenta en la justicia distributiva; mientras que el primer asignaba derechos sin mención de contenido, el segundo distribuye bienes jurídicos de contenido material [...] mientras que el uno se limitaba a asegurar la justicia legal formal, el otro se extiende a la justicia legal material»*<sup>18</sup>.

En ese sentido, el Estado social y democrático, a la vez de respetar ciertos límites y abstenerse de lesionar los derechos de los individuos, debe cumplir obligaciones orientadas a la protección de los individuos frente a todo tipo de inseguridad, incluso la inseguridad material. Se convierte en responsable de la procura existencial de los individuos, no sólo de aquellos que se hallen en

---

<sup>17</sup> PÉREZ LUÑO, ANTONIO. *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución...* op. cit., p. 227.

<sup>18</sup> GARCÍA PELAYO, MANUEL. *Las transformaciones del Estado contemporáneo...* op. cit., p. 26.

estado de menesterosidad –las clases económicas débiles-, sino de la generalidad de los ciudadanos, pues todos tenemos incapacidad para dominar por nosotros mismos todas las condiciones y prepuestos necesarios para una existencia digna<sup>19</sup>. En esa línea el Tribunal Constitucional peruano, el «*Estado Social y Democrático de Derecho, como alternativa política frente al Estado Liberal, si bien asume los fundamentos de éste, le imprime funciones de carácter social [...] Se trata, pues, de un tipo de Estado que procura la integración social y conciliar los legítimos intereses de la sociedad con los legítimos intereses de la persona, cuya defensa y el respeto de su dignidad constituyen el fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1º de la Constitución)*»<sup>20</sup>.

Lo sostenido hasta ahora se plasmó en los textos constitucionales como un cuadro de valores y principios que el Estado debía respetar en sus actuaciones, así como en una serie de nuevos derechos que respondieron a las necesidades de los indivi-

---

<sup>19</sup> En ese sentido, se afirma que la función esencial del «*Estado social y democrático de derecho es la protección de las personas frente a los riesgos naturales y sociales*». ARANGO, RODOLFO. *Protección Nacional e internacional de los derechos humanos sociales*. En vv. AA *Ciudadanía y derechos humanos sociales*. Medellín: Instituto Sindical de Cooperación al Desarrollo – Junta de Andalucía, 2001, p. 154; GARCÍA PELAYO, MANUEL. *Las transformaciones del Estado contemporáneo...* op. cit., pp. 27-28.

<sup>20</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia correspondiente al Expediente N° 0048-2004-PI/TC de 1 de abril de 2005, F.J 4. En una sentencia anterior el Tribunal Constitucional señaló también que adopción de la mencionada fórmula política, supone una reforma al Estado liberal y, en tanto tal, el Estado «*asume los fundamentos de éste, pero además imprime funciones de carácter social. Pretende que los principios que lo sustentan y justifican tengan una base y un contenido material. Y es que la libertad reclama condiciones materiales mínimas para hacer factible su ejercicio [...] La seguridad e igualdad jurídicas requieren de una estructura económica adecuada que haga posible estos principios*». Sentencia correspondiente al Expediente N° 0008-2003-AI/TC de 11 de noviembre de 2003, F.J 12.

duos. Estos últimos vinieron a completar el cuadro de valores, principios y derechos propios del Estado liberal, pues el Estado social y democrático tiene especial repercusión en el carácter y extensión de los derechos fundamentales. En efecto, los derechos fundamentales en el Estado social y democrático resultan impactados en varias direcciones: (i) ciertos derechos fundamentales clásicos o liberales tienen que ser limitados en función del interés o función social que pueden cumplir<sup>21</sup>; (ii) los derechos de los trabajadores, como medios de lucha frente al empresario, se ven reforzados al ser incorporados en los textos constitucionales<sup>22</sup>; (iii) el principio de igualdad, en consonancia con la búsqueda de la justicia, adquiere un significado material y; (iv) se incorporan una serie de derechos sociales y económicos al catálogo de derechos fundamentales<sup>23</sup>.

De igual modo, otros aspectos referidos a las funciones que debía cumplir el Estado, así como los criterios que regulaban su

---

<sup>21</sup> El clásico ejemplo de esta situación es la limitación del derecho a la propiedad en función del interés social, así, se hace posible la realización de expropiaciones por parte del Estado. V. BASSOLS COMO, MARTÍN. *Constitución y sistema económico*. Madrid: Tecnos, 1985, p. 117ss

<sup>22</sup> Este reconocimiento de los derechos de los trabajadores y, en cierto modo, del trabajo como sujeto político del sistema político y social ha venido a denominarse constitución del trabajo. MAESTRO BUELGA, GONZALO. *La constitución del trabajo en el Estado social*. Granada: Comares, 2002, p. 132.

<sup>23</sup> Efectivamente, el Estado social y democrático supuso la reformulación de los derechos fundamentales, es decir, la superación de su carácter negativo para convertirse en «*instrumentos jurídicos de control de la actividad positiva, que debe estar orientada a posibilitar la participación de los individuos y los grupos en el ejercicio del poder. Lo que trae como consecuencia la necesidad de incluir en el sistema de los derechos fundamentales no sólo a las libertades clásicas sino también a los derechos económicos, sociales y culturales como categorías accionables y no como meros postulados programáticos*». PÉREZ LUÑO, ANTONIO. *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución...* op. cit., p. 228.

funcionamiento se vieron transformados; así, por ejemplo, el principio de separación de poderes adquirió un sentido más dinámico, referido a funciones más que a órganos<sup>24</sup>, por eso la función legislativa, identificada con el Parlamento, pasó a ser desempeñada también, y en forma significativa, por el Ejecutivo puesto que la estructura de este último facilitaba la adopción de normas de forma más expeditiva o técnica<sup>25</sup>. Asimismo, el sistema de fuentes del derecho resultó alterado en el marco del Estado social y democrático; en efecto, a la producción de normas abstractas y generales, se sumó una fuerte actividad administrativa que será plasmada en forma de reglamentos generales y particulares, así como en resoluciones y actos administrativos. Todo ello, como elementos de políticas públicas para la realización de la fórmula de Estado social y democrático. Incluso, la ley se convirtió en instrumento de ejecución de políticas y decisiones que no sólo tendrían en cuenta orientaciones valorativas y de principios del Derecho, sino también variables de oportunidad y de orden económico, que condicionaran la adopción de normas legales<sup>26</sup>.

Asimismo, y tal como se ha mencionado antes, el Estado social y democrático buscó mejorar la distribución de lo producido, a fin de que la población pueda ver satisfechas sus necesida-

---

<sup>24</sup> GARCÍA PELAYO, MANUEL. *Las transformaciones del Estado contemporáneo...op. cit.*, p. 58.

<sup>25</sup> GARCÍA COTARELO, RAMÓN. *Crisis y reformulación del Estado de bienestar...op. cit.*, p. 22.

<sup>26</sup> GARCÍA PELAYO, MANUEL. *Las transformaciones del Estado contemporáneo...op. cit.*, p. 63. Al respecto DE CABO señala que el nuevo papel que corresponde al Estado «no puede basarse en normas generales formales y universales elaboradas por el Parlamento. La función de mantenimiento y reproducción de las condiciones generales de la producción exige reglamentaciones particulares, adaptadas a la coyuntura y a intereses muy concretos». CABO MARTÍN, CARLOS DE. *Contra el consenso. Estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social...op. cit.*, p. 208.

des básicas, aunque dentro de una lógica de buen funcionamiento del mercado. De esta forma, la relación entre Estado y economía queda plasmada en los textos constitucionales por primera vez y se establecieron constitucionalmente las reglas que debían guiar la marcha económica, así como el papel que debía cumplir el Estado respecto a ésta. Es decir, se inserta en los textos constitucionales un «conjunto de principios, criterios, valores y reglas fundamentales que presiden la vida económico-social de un país, según un orden que se encuentra reconocido en la Constitución»<sup>27</sup>. A este conjunto normativo se denominó *constitución económica*.

De ese modo, mientras que en el Estado liberal se predicaba una supuesta separación entre política estatal y economía, con el Estado social y democrático la incidencia recíproca entre ambos ámbitos se hace evidente y se admite que «el orden a las sociedades no es algo dado, un resultado natural, sino que tiene que perfeccionarse a través de la actuación del Estado tanto en el nivel económico como en el social [...] el Estado social como un Estado que interviene en el orden económico (dirigiendo y ordenando el desarrollo, realizando actividades inversoras en sectores económicos concretos, etc.) y en el social (prestando servicios y desarrollando actividades sociales) dando a esta distinción relativismo»<sup>28</sup>. Debido a ello, el Estado social y democrático, deberá ostentar una estructura mixta que responda a las diversas obligaciones que le corresponde cumplir; pues, en

---

<sup>27</sup> ARIÑO, GASPAR. *Principios de Derecho Público Económico (Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica)*. Granada: Comares – Fundación de Estudios de regulación, 1999, p. 87. Para DE CABO MARTÍN, la constitución económica es el conjunto de preceptos que «regulan la intervención del Estado en el orden económico y cuando se generaliza la configuración constitucional de los llamados derechos sociales o preceptos que regulan la intervención del Estado en el orden social». CABO MARTÍN, CARLOS DE. *La crisis del Estado social...* op. cit., p. 19.

<sup>28</sup> CABO MARTÍN, CARLOS DE. *La crisis del Estado social...* op. cit., p. 19.



ellas se conjugan «*la prohibición y la obligación de la intervención de la esfera pública en el área social*»<sup>29</sup>.

En esa línea, el Tribunal Constitucional ha entendido que en el ámbito económico al Estado «*le compete supervisar el correcto desenvolvimiento de la economía, previo convencimiento de la función social que ella cumple en la sociedad. Por tal razón, tendrá que intervenir en aquellas circunstancias en que los encargados de servir al público hubiesen olvidado que el beneficio individual que les depara la posesión y explotación de un medio de producción o de una empresa de servicio, pierde legitimidad si no se condice con la calidad y el costo razonable de lo ofertado*»<sup>30</sup>. Empero, teniendo en cuenta que nuestro objetivo es centrarnos en la relación entre el derecho a la igualdad y los derechos sociales, estos aspectos sólo los dejaremos presentados.

No obstante, antes de pasar a ocuparnos del derecho a la igualdad y los derechos sociales, es necesario hacer una precisión conceptual a efectos de continuar; ésta se encuentra referida al término Estado democrático y constitucional. Este modelo de Estado comprende o subsume al Estado social y democrático<sup>31</sup>, pues, en él se integran

---

<sup>29</sup> OLIVAS, ENRIQUE. *Problemas de legitimación en el Estado social*. En vv.AA *Problemas de legitimación del Estado social*. Madrid: Trotta, 1991, p. 13.

<sup>30</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia correspondiente al Expediente N<sup>o</sup> 0008-2003-AI/TC de 11 de noviembre de 2004, F.J. 42

<sup>31</sup> Para una revisión analítica de las distintas concepciones del Estado de derecho, incluyendo el Estado constitucional como una forma del mismo V. ASÍS, RAFAEL DE. *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*. Madrid: Dykinson – Universidad de Jaén, 1999, pp. 43ss. Para este autor los distintos modelos de Estado de derecho difieren entre sí por aspectos como «*la distinta justificación que acompaña a los rasgos de la concepción sistemática que mantienen, por los contenidos de moralidad que incorporan y por la forma de entender la separación de poderes y, en concreto, la relación juez-parlamento*», p. 104.



los valores del constitucionalismo liberal y los que corresponden al constitucionalismo social, pero también se halla presentes los provenientes de la perspectiva pluralista y democrática<sup>32</sup>.

El Estado democrático y constitucional se identifica con aquella forma de Estado caracterizado por la confluencia, no sin tensiones, del principio de supremacía constitucional y el principio democrático. Sus textos constitucionales, además de ser la norma suprema del ordenamiento jurídico y gozar de eficacia normativa directa -fuerza normativa<sup>33</sup>, contienen un programa que debe orientar, como marco flexible, la política estatal<sup>34</sup>. En esa medida, se trata de normas de carácter pluralista que recogen un conjunto de valores y principios que se corresponden con

---

<sup>32</sup> Se sostiene que el Estado constitucional y democrático se encuentra integrado por diversos elementos como «la dignidad humana como premisa, realizada a partir de la cultura de un pueblo y de los derechos universales de la humanidad, vividos desde la individualidad de ese pueblo, que encuentra su identidad en tradiciones y experiencias históricas, y sus esperanzas en los deseos y la voluntad creadora hacia el futuro; el principio de soberanía popular, pero no entendida como competencia para la arbitrariedad ni como magnitud mística por encima de los ciudadanos, sino como fórmula que caracteriza la unión renovada constantemente en la voluntad y en la responsabilidad pública; la Constitución como contrato, en cuyo marco son posibles y necesarios fines educativos y valores orientadores; el principio de división de poderes tanto en sentido estricto, relativo al Estado, como en el sentido amplio del pluralismo; los principios del Estado de Derecho y el Estado social, lo mismo que el principio del Estado de cultura («kulturstaat») abierto; las garantías de los derechos fundamentales; la independencia de la jurisdicción, etcétera. Todo esto se incorpora en una democracia ciudadana constituida por el principio del pluralismo». HÄBERLE, PETER. *El Estado Constitucional*. 1ª reimpresión. Lima: UNAM-Fondo Editorial de la PUCP, 2003, pp. 1-2.

<sup>33</sup> HESSE, KONRAD. *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: CEC, 2ª ed, 1992, pp. 57-78.

<sup>34</sup> En efecto, la constitución «deberá ordenar el proceso de la vida política fijando límites a las atribuciones del estado y delimitando las dimensiones prospectivas traducidas en la formulación de los fines sociales más significativos y en la identificación de algunos programas de la configuración constitucional». GOMES

los intereses de los distintos sectores sociales que forman parte de la comunidad. Dicho intereses se relacionan dialécticamente<sup>35</sup> y son armonizados en casos concretos a través de la interpretación constitucional; de esta forma, el Estado constitucional se perfila como la ordenación dialéctica de los distintos valores y principios constitucionales<sup>36</sup> que han dado contenido a las distintas etapas de evolución del pensamiento constitucional –revolucionario, liberal y social-, siendo su objetivo último la racionalización del poder y la libertad positiva del individuo en sociedades plurales.

## II. EVOLUCIÓN Y CONTENIDO DEL DERECHO A LA IGUALDAD EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO

Tal como hemos señalado, uno de los postulados del Estado liberal de Derecho fue el reconocimiento de la igualdad jurídica

---

CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM. *Teoría de la constitución*. Cuadernos «Bartolomé de las Casas» Nº 31. Madrid: Dykinson- Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas» de la Universidad Carlos III de Madrid, 2003, p. 23. En efecto, como señala ZAGREBELSKY la constitución no establece directamente un proyecto determinado de vida en común, sino que tiene como función de realizar las condiciones que posibiliten la vida en común de una comunidad: «Desde la constitución, como plataforma de partida que representa la garantía de legitimidad para cada uno de los sectores sociales, puede comenzar la competición para imprimir al Estado una orientación de uno u otro signo, en el ámbito de las posibilidades ofrecidas por el compromiso constitucional». ZAGREBELSKY, GUSTAVO. *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. 4ª ed. Madrid: Trotta, 2002, p. 13.

<sup>35</sup> HÄBERLE, PETER. *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP -Maestría en Derecho con mención en Derecho Constitucional, 1997, pp. 64-71; ZAGREBELSKY, GUSTAVO. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia...op.cit.*, pp. 16-17.

<sup>36</sup> BALDASSARRE, ANTONIO. *Constitución y teoría de los valores*. En Revista de las Cortes Generales, Nº 32, segundo cuatrimestre 1994, p.30.

de todos los ciudadanos. La igualdad ante la ley se incorporó en los Texto Constitucionales como reacción al régimen de privilegios de clases extendido en la sociedad anterior a las revoluciones burguesas. Por ello, se ha señalado que el derecho a la igualdad en sus orígenes se trató de *«un precepto rupturista con un pasado desigualitario de la sociedad estamental: se rechazan privilegios y exenciones, y se somete al conjunto de ciudadanos a un mismo ordenamiento jurídico igual para todos»*<sup>37</sup>.

En esa medida, se trató de un mandato que obligaba a expedir y aplicar las leyes de igual manera a todos los ciudadanos, sin tener en cuenta el contexto personal o social de los mismos. Asimismo, el derecho a la igualdad quedó ligado a las características de abstracción y generalidad de la ley, por ello se afirma que *«en el siglo XIX, el principio de igualdad se aseguraba a través de la generalidad de la ley: como la ley se ha de aplicar a todos, se garantiza que todos estamos igualmente situados en ella»*<sup>38</sup>. No obstante, en el marco de las transformaciones socio económicas que propiciaron el surgimiento del constitucionalismo social y la adopción de la fórmula de Estado social y democrático, el sentido formal del derecho a la igualdad se tornó insuficiente.

Tal insuficiencia provocó la variación del contenido del derecho a la igualdad; así, su contenido formal fue complementado con un concepción material orientada a generar la igualdad de oportunidades en el ejercicio de los demás derechos. En efecto, en el marco del Estado social y democrático la igualdad jurídica dejó de concebirse únicamente como igualdad formal ante la ley y se añadió un valor sustantivo a la igualdad. La búsqueda de reali-

---

<sup>37</sup> RODRÍGUEZ -PIÑEIRO, MIGUEL. *Igualdad y no discriminación*. Madrid: Tecnos, 1986, p. 19

<sup>38</sup> JIMÉNEZ GLÜCK, DAVID. *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*. Barcelona: Bosch, 2004, p. 29.

zación de la igualdad real, en esa medida, admite que en el ordenamiento jurídico se adopte «una diferente consideración de los sujetos frente a la ley, en el sentido de que determinadas categorías de sujetos pueden recibir de la ley un tratamiento diferenciado o preferente en vista a la consecución de particulares finalidades – valores- de justicia social [...] lleva implícita la exigencia de que la ley trate de manera diferente las diferentes categorías de sujetos a fin de permitir la actuación de los valores constitucionales de libertad efectiva y de concreta justicia social»<sup>39</sup>.

La realización de este nuevo contenido del derecho a la igualdad, en el que caben la igualdad de trato y la igualdad de oportunidades, supone una conducta activa por partes del Estado; éste se ve obligado a orientar su actuación a la consecución de la igualdad entre los individuos que forman parte de la comunidad<sup>40</sup>. En esa medida, si el derecho a la igualdad supone, a la vez, que todos los individuos son iguales ante la ley y deben participar de forma igual de las ventajas que dimanen del ordenamiento jurídico, al Estado le corresponde garantizar ese derecho y evitar que la desigualdad de hecho trastoque la igualdad jurídica. Por ello el derecho a la igualdad supone la obligación del ordenamiento jurídico de tratar igual a los iguales y desigual a quienes no lo son<sup>41</sup>.

El papel del Estado social y democrático cobra especial trascendencia respecto a los colectivos o grupos de individuos que históricamente, sobre la base de ciertas características personales

---

<sup>39</sup> BALDASSARRE, ANTONIO. *Constitución y teoría de los valores...*op.cit., pp. 28-29.

<sup>40</sup> PRIETO SANCHÍS, LUIS. *Ley, principios, derechos*. Cuadernos «Bartolomé de las Casas». Madrid: Dykinson – Instituto de derechos humanos «Bartolomé de las Casas» de la Universidad Carlos III, 1998, pp. 81ss

<sup>41</sup> PÉREZ LUÑO, ANTONIO. *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución...*op. cit., p. 90.

o sociales, se han visto marginados<sup>42</sup>. Debido a ello, el derecho a la igualdad tiene como complemento el mandato de no discriminación en base a determinados criterios o motivos, como pueden ser la raza, el sexo, el origen nacional, la profesión de un credo religioso, entre otros. Este mandato no sólo buscar brindar una protección reforzada a ciertos individuos, sino también relevar el papel que debe llevar a cabo el Estado en pos de la igualdad de oportunidades respecto a los mencionados colectivo o grupos humanos.

En la medida que nuestro Texto Constitucional define al Estado peruano como social y democrático, lo sostenido hasta aquí resulta predicable del artículo 2° inciso 2) que dispone que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley y que nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole. Es decir, reconoce el derecho de toda persona a ser tratada igual siempre que no medie una razón objetiva y razonable para recibir un tratamiento diferenciado. Asimismo, proscribela discriminación entendida como el tratamiento jurídico diferenciado basado en una serie de criterios y circunstancias -como la raza, el origen nacional, el sexo, la religión, etc.- que históricamente han mantenido a determinados grupos de personas en una situación de marginación en el ejercicio de sus derechos. En ese sentido, la discriminación puede entenderse como el tratamiento jurídico diferenciado, basado en los criterios descritos, sin que medie una justificación objetiva y razonable. Se trata de una conducta que la Constitución considera lesiva al ser humano.

Teniendo en cuenta lo anterior, no es extraño que el Tribunal Constitucional haya señalado que el artículo 2° inciso 2) de la Cons-

---

<sup>42</sup> RODRÍGUEZ -PIÑEIRO, MIGUEL. *Igualdad y no discriminación...* op. cit., p. 83.

titución reconoce el derecho fundamental «a ser tratado de igual modo a quienes se encuentran en una situación idéntica»<sup>43</sup>. Asimismo, dicho Colegiado ha señalado «que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscribiera todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable. La aplicación, pues, del principio de igualdad no excluye el tratamiento desigual; por ello, no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables»<sup>44</sup>.

Finalmente, el Tribunal Constitucional ha entendido que el mencionado artículo constitucional reconoce un principio básico del Estado constitucional, el mismo que impone al Estado el respeto a la igualdad de trato pero también la adopción de conductas que permitan la consecución de la igualdad real; ello, porque «enfocar la interpretación del derecho a la igualdad desde una faz estrictamente liberal, supondría reducir la protección constitucional del principio de igualdad a un contenido meramente formal, razón por la cual es deber de este Colegiado, de los poderes públicos y de la colectividad en general, dotar de sustancia al principio de igualdad reconocido en la Constitución. En tal sentido, debe reconocerse también una vinculación positiva del legislador a los derechos fundamentales, de forma tal que la ley esté llamada a revertir las condiciones de desigualdad o, lo que es lo mismo, a reponer las condiciones de igualdad de las que la realidad social pudiera estarse desvinculando, en desmedro de las aspiraciones constitucionales»<sup>45</sup>

---

<sup>43</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia correspondiente al Expediente N° 0048-2004-PI/TC de 1 de abril de 2005, F. J 59.

<sup>44</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia correspondiente al Expediente N° 0048-2004-PI/TC de 1 de abril de 2005, F.J. 61.

<sup>45</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia correspondiente al Expediente N° 0001/0003-2003- AI/TC de 4 de julio de 2003, F.J. 11. En sentido similar,

La corrección de las desigualdades fácticas a través de acciones positivas por parte del legislador con harás a concretar la igualdad de oportunidades, supone la superación de una serie de barreras materiales, las cual, como veremos, se relacionan directamente con el contenido de los denominados derechos sociales.

### III. LOS DERECHOS SOCIALES EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO

Tal como se ha mencionado, la adopción de la fórmula política de Estado social y democrático impacto en el catálogo de derechos incorporado a los texto constitucionales. Así, desde los primero derechos liberales que se nutrieron de la doctrina iusnaturalista, que los concibió como posiciones de poder anteriores y superiores al Estado que hallaban su razón de ser en las leyes de la naturaleza y la razón, el devenir histórico y social condicionó el contenido y amplitud de los que hoy conocemos como derechos fundamentales. Como, veremos, estos derechos que originalmente se orientaron a proteger la libertad y la propiedad, posteriormente, extenderían su cobertura a otros ámbitos o requerimientos de los seres humanos.

Durante el siglo XIX y principios de XX el positivismo jurídico acentuó el carácter formal de la proclamada igualdad jurídica, ello en medio de un clima de transformaciones sociales y desarrollo industrial que hizo más evidente la distancia entre la realidad y el Derecho. En ese contexto, los derechos individuales, debido a la precariedad existencial en que se encontraba un gran número de personas desposeídas, sólo garantizaban la libertad de unos cuan-

---

Sentencia correspondiente al Expediente N° 0008-2003-AI/TC de 11 de noviembre de 2003, F.J. 15.

tos y la clase obrera o proletaria fue la que mayormente tuvo que sufrir las consecuencias de la igualdad jurídica formal.

Fueron tales condiciones sociales y económicas las que agravaron el conflicto entre la clase trabajadoras y la burguesía, que generalmente era apoyada y protegida por el Estado de Derecho formal. Es decir, se puso de manifiesto la denominada *cuestión social*<sup>46</sup>. Así, surgen las primeras reivindicaciones obreras por el reconocimiento de derechos específicos a su condición de dependientes económicos (derecho al trabajo, a un salario digno, a la seguridad social, entre otros), pero también derechos a prestaciones que les procuren las condiciones materiales necesarias para llevar una vida digna alejada de la inseguridad material (derecho a la salud, a la educación, etc.). Se reivindicaría también el reconocimiento de su condición de ciudadanos y actores políticos, pues, el movimiento obrero constituyó también el reclamo por la superación de la democracia formal y la orientación de la misma a los ámbitos social y económico.

En este contexto surgen las primeras legislaciones sociales, es decir, los primeros reconocimientos normativos de derechos sociales. Esto se dio a través de leyes bastante precarias pero que tuvieron «*el mérito de llamar la atención sobre cuestiones ignoradas hasta entonces por el derecho: la intervención social del Estado introdujo los primeros vínculos a la disciplina del trabajo fabril*», así se dieron las primeras legislaciones destinadas a regular el ámbito contractual laboral y las relaciones al interior de las fábricas<sup>47</sup>.

---

<sup>46</sup> COSTA, PIETRO. *Derechos*. En VV.AA *El Estado moderno en Europa*. Madrid: Trotta, 2004, p. 58.

<sup>47</sup> CAZZETA, GIOVANNI. *Trabajo y empresa*. En VV.AA *El Estado moderno en Europa*. Madrid: Trotta, 2004, pp. 146-147.



En consecuencia, se puede afirmar que el origen de los derechos sociales se halla en un determinado contexto histórico, pues deben su reconocimiento normativo a las reivindicaciones realizadas por el movimiento obrero y los partidos socialistas, ante la insuficiente protección que brindaba la estructura formal del Estado liberal. Estas demandas se dieron tanto en sociedades donde se alcanzó un elevado nivel de industrialización<sup>48</sup>, como también en comunidades –como la peruana– donde el nivel de industrialización fue bajo, pero permitió la formación de una clase trabajadora, que no veía satisfechas sus necesidades básicas y laboraba en condiciones que atentaban contra su dignidad.

### 3.1 Antecedentes

La cuestión social se manifestó en el orden constitucional después de la primera guerra mundial. Efectivamente, luego de dicha conflagración bélica en Europa, pero también en América Latina, se dieron los primeros reconocimientos constitucionales de los derechos sociales, siendo las ya mencionadas Constitución de Querétaro en 1917 y de Weimar de 1919 las más representativas de este período. De esta forma, los *«derechos sociales y la vida económica entran a formar parte del proyecto constituyente. La democracia económica y los objetivos de igualdad sustancial se insertan, provocando contracciones y compromisos, dentro de los derechos consolidados por la tradición liberal»*<sup>49</sup>.

No obstante, tal reconocimiento sería endeble, porque los derechos sociales fueron interpretados bajo la óptica liberal y for-

---

<sup>48</sup> CARMONA CUENCA, ENCARNACIÓN. *El Estado social de derecho en la constitución...* op.cit., pp. 39ss; CAZZETA, GIOVANI. *Trabajo y empresa...* op. cit., p. 139.

<sup>49</sup> MANNORI, LUCA Y SORDI, BERNARDO. *Justicia y administración*. En VV.AA *El Estado moderno en Europa*. Madrid: Trotta, 2004, p. 94.

malista, y se les atribuyó el carácter de normas programáticas; es decir, la condición de disposiciones constitucionales carentes de fuerza normativa y que constituían declaraciones de buenas intenciones. Por ello, respecto a la Constitución de Weimar, HELLER señalaba que mientras las *«ideas del liberalismo y de la democracia se han labrado, al ejercer dominio y marcar la realidad social, una existencia material, las ideas socialistas se han quedado hasta ahora esencialmente en ideología. Por ello la sección última de la Constitución contiene, en mayor medida que las precedentes, una serie de proposiciones programáticas sin fuerza jurídica de obligar»*<sup>50</sup>. En la práctica, los derechos sociales fueron transformados en fórmulas vacías de contenido y sin fuerza normativa<sup>51</sup>; a la sazón, fueron una conquista vana pues no contribuyeron, en mayor medida al logro de los objetivos de redistribución y de dar seguridad material de los trabajadores<sup>52</sup>.

Sólo tras los luctuosos acontecimientos que precedieron y sucedieron durante la segunda guerra mundial será posible hablar de un posicionamiento mayor de los derechos sociales en los textos constitucionales; es decir, sólo durante la segunda mitad del siglo XX. Además, los derechos sociales se corresponden con el denominado Estado social y democrático de derecho que atribuye al Estado la obligación de llevar a cabo una adecuada política social, con

---

<sup>50</sup> HELLER, HERMANN. *El derecho constitucional de la República de Weimar. Derecho y deberes fundamentales*. En *Escritos políticos...* op. cit., p. 271.

<sup>51</sup> Al respecto, se ha señalado también que *«La jurisprudencia de Weimar transformó muy pronto en meras fórmulas vacías las exigencias de contenido social estereotipadas en la Constitución al afirmar que se trataba de fórmulas programáticas, que carecían de significación concretas y que no tenían carácter vinculante alguno para el legislador del Reich»*. ABENDROTH, WOLFGANG. *El Estado de Derecho democráticos y social...* op. cit., p. 19

<sup>52</sup> CABO MARTÍN, CARLOS DE. *La crisis del Estado social...* op. cit., p. 37.

miras a la consecución de un orden social justo<sup>53</sup>. En ese sentido, la formación del Estado social y el reconocimiento de los derechos sociales en los textos constitucionales son dos procesos que hayan estrechamente relacionados, hasta el punto de afirmarse que dichos derechos constituyen uno de los aspectos o dimensiones que dotan de sustancia al Estado social y democrático<sup>54</sup>.

Tal perspectiva constitucional sería asumida por el constitucionalismo latinoamericano tras la caída de los regímenes dictatoriales militares que gobernaron los Estado del cono sur de América hasta finales de la década de 1970 y principios del siguiente decenio. En este contexto es preciso relevar la posición de la Constitución peruana de 1979 que fue una de las primeras constituciones latinoamericanas que incorporó de forma sistemática los elementos del constitucionalismo social y democrático.

### 3.2 Aspectos generales

Los derechos sociales se relacionaban directamente con las condiciones de existencia de las personas; dicho de otro modo, su finalidad es la satisfacción de las necesidades básicas de los seres humanos, a través de la prestación de bienes y servicios. Se trata de derechos que se concretan en acciones que se orientan a modificar las estructuras económicas, sociales y culturales de una comunidad<sup>55</sup>.

---

<sup>53</sup> BENDA, ERNEST. *El Estado social de derecho*. En VV.AA. *Manual de derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons – Instituto Vasco de Administración Pública, 1996, pp. 521-524.

<sup>54</sup> CARMONA CUENCA, ENCARNACIÓN. *El Estado social de derecho en la constitución...*op. cit., p. 119.

<sup>55</sup> CASCAJO CASTRO, JOSÉ LUIS. *La tutela constitucional de los derechos sociales*. Madrid: CEC, 1988, p. 24.

El objetivo de los derechos sociales es cubrir las carencias materiales de los individuos, por ello se les define como derechos que se concretan «*mediante diversos tipos de prestaciones, la colaboración de los poderes públicos en la satisfacción de las necesidades básicas del individuo*»<sup>56</sup>. Al respecto, entendemos por necesidades básicas a «*aquellas situaciones o estados que constituyen una privación de aquello que es básico e imprescindible y que, en consecuencia, lo pone directamente en relación con la noción de daño, privación, sufrimiento grave para la personas. Claro está que esta idea exige superar la concepción del daño en términos de privación o frustración de aquello que deseamos [...] está íntimamente relacionadas o repercuten directamente en la calidad de vida humana y tienen una característica fundamental que hace que podamos hablar de necesidades: el perjuicio o grave detrimento va a mantener exactamente en las mismas condiciones, salvo que esa situación sea satisfecha, cumplida o realizada y no hay ninguna posibilidad alternativa de salir de ella*»<sup>57</sup>. Es decir, están referidos a aquellas necesidades cuya satisfacción está ligada a la conservación de la dignidad humana.

De esta manera, la incorporación de los derechos sociales a los textos constitucionales vino a completar el catálogo de derechos de contenido liberal que tuvieron origen en el pensamiento moderno y las revoluciones burguesas liberales del siglo XVIII. En esa medida, contribuyó a «*la creación de un constitucionalismo más omnicomprendivo «total» [...] constituyen hoy la identidad del Estado constitucional, es decir, un Estado de derecho regido por un constitucionalismo antropocéntrico*»<sup>58</sup>.

---

<sup>56</sup> CONTRERAS PELÁEZ, FRANCISCO. *Derechos sociales: teoría e ideología*. Madrid: Tecnos, 1994, p. 30.

<sup>57</sup> AÑON ROIG, MARÍA JOSÉ. *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*. Madrid: CEC, 1994, pp. 266-267.

<sup>58</sup> GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO. *Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales*. En *Cuestiones constitucionales*. Revista

Los derechos sociales, asimismo, responden a exigencias morales que se derivan de la concreta posición del individuo en la sociedad y buscan satisfacer particulares necesidades e intereses. En esa línea, pueden concebirse también como complementos de los derechos fundamentales de carácter liberal, o el sustento material necesario para la real realización de éstos. Ello, a pesar de que algunas posturas ven en ellos riesgos para las libertades, pues su satisfacción supone una gran ampliación de la actividad estatal<sup>59</sup>.

Esta interdependencia de los derechos fundamentales, persigue superar el concepto de libertad estrictamente jurídica propio del Estado liberal, para dar paso a una suerte de libertad fáctica como producto de la superación de los obstáculos que la realidad coloca al libre desarrollo de los individuos<sup>60</sup>. No obstante, es preciso recalcar que la relación de complementariedad que se entabla entre los derechos sociales y los derechos liberales no supone que éstos, antes del reconocimiento de los primeros, hayan estado vacíos de contenido porque constituían límites al poder del

---

Mexicana de derecho constitucional, N° 9 México: UNAM – Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 128-129. En sentido similar, WEBER señala que los derechos sociales «traduit la reconnaissance de l'idée de la solidarité, de la justice sociale, de l'égalité factuelle et de la complémentarité entre les libertés individuelles et leurs conditions sociales [...] Cependant, hormis les «libertés classiques» ou une interprétation «objective» ou «institutionnelle» des droits fondamentaux spécifiques surtout en combinaison avec le droit à l'égalité des chances, qui pourrait mener à des résultats semblables, la structure des droits sociaux est profondément différente». WEBER, ALBRECHT. *L'Etat social et les droits sociaux en RFA*. En *Revue Française de droit constitutionnel*, N° 24, Paris: Presses Universitaires de France, 1995, p. 681.

<sup>59</sup> En sentido crítico V. Prieto SANCHÍS, LUIS. *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Debate, 1990, p. 45.

<sup>60</sup> ALEXY, ROBERT. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: CEC, 1993, pp. 486ss;

Estado<sup>61</sup>. Los derechos sociales, en todo caso, vienen a profundizar la eficacia de los anteriores, posibilitando que puedan ser ejercidos por todos los individuos.

Los clásicos derechos liberales, antes del reconocimiento de los derechos sociales, no se encontraban sin contenido, pero sí presentaban deficiencias en cuanto a su realización por parte de las personas que no contaban con medios socioeconómicos adecuados. Los derechos sociales, en atención a la dignidad humana, se constituyen en medios materiales para el ejercicio de la libertad, ello, porque «*La seguridad formal tiene que ir acompañada de la seguridad material frente a la necesidad económica permanente o contingente a través de instituciones como el salario mínimo, la seguridad de empleo, la de atención médica, etc*»<sup>62</sup>. De esta forma, se asegura, además, el principio de igualdad de oportunidades para todos<sup>63</sup>.

Por otro lado, los derechos sociales pueden llegar a responder también a la concepción original de los derechos fundamentales, vale decir, pueden entenderse como posiciones de resistencia frente al poder. Si primigeniamente los derechos fundamentales se orientaron a proteger al individuo del poder estatal, los derechos

---

<sup>61</sup> PÉREZ LUÑO, ANTONIO. *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución...*op. cit., p. 34.

<sup>62</sup> GARCÍA PELAYO, MANUEL. *Las transformaciones del Estado contemporáneo...*op. cit., p. 26

<sup>63</sup> HÄBERLE, PETER. *Pluralismo y constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta...*op.cit., p. 196. En sentido similar CONTRERAS PELÁEZ sostiene que el ser humano «*no puede ser capaz de protagonizar una existencia plenamente humana (libre, creativa, responsable enriquecedora...) si se siente acosado por la mordedura de ciertas necesidades básicas; para disfrutar de una vida plena, por tanto, el hombre precisa tener garantizada [...] la satisfacción de esas necesidades*». CONTRERAS PELÁEZ, FRANCISCO. *Derecho sociales: teoría e ideología...*op. cit., p. 41.

sociales, al estar referidos a los medios que hacen posible la existencia humana digna y sin carencias materiales, hacen posible resistir la opresión, material o económica, proveniente del Estado o de terceros. Así, gracias a su inclusión en el catálogo de derechos fundamentales, se puede afirmar que estos derechos buscan asegurar espacios de libertad jurídica y fáctica que posibiliten el desarrollo de cada ser humano como ciudadano, de modo tal que «*la Sociedad no sea del Estado sino el Estado de la Sociedad*»<sup>64</sup>.

En síntesis, la incorporación de los derechos sociales en los catálogos de derechos fundamentales viene a cumplir funciones político-constitucionales trascendentes para una sociedad democrática y pluralista, pues concretan los principios y valores que se hallan a la base de los sistemas constitucionales, como la libertad o la igualdad. En efecto, (i) al ampliar la eficacia de los derechos fundamentales de libertad, extendiendo su eficacia a un número mayor de individuos, cumplen una función correctora del proceso social, (ii) al complementar y dotar de mayor densidad a la libertades fundamentales realizan una función liberadora y, (iii) al posibilitar la realización de la igualdad material entre los seres humanos cumplen una función igualadora.

Los argumentos expuestos hasta el momento forman parte del consenso cerca de la legitimidad de la incorporación de los derechos sociales en los ordenamientos constitucionales, porque éstos, al igual que los derechos liberales responden a las exigencias de la libertad, la igualdad, la justicia y la dignidad humana<sup>65</sup>. Además el devenir histórico, marcado por los conflictos sociales, ha abonado mucho en la formación de dicho consenso.

---

<sup>64</sup> RUBIO LORENTE, FRANCISCO. *La forma del poder (Estudios sobre la constitución)*. Madrid: CEC, 1997, p. 49.

<sup>65</sup> Al respecto, entre otros, PÉREZ LUÑO, ANTONIO. *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución...* op. cit., p. 90; PRIETO SANCHÍS, LUIS. *Estudios sobre*

No obstante, tal consenso se rompe cuándo nos interrogamos en torno a la eficacia normativa de los derechos sociales; en especial, cuando se trata de atribuirles la condición de derechos fundamentales y articular en torno a ellos garantías procesales. Dicho de otro modo, la discusión se plantea en torno a cuál es su valor jurídico, tomando en cuenta la estructura lógico-formal en la que suelen ser formulados, así como otras particularidades que presentan. Sin embargo, como se verá en las siguientes líneas tales rasgos no pertenecen únicamente a los derechos sociales, pues algunos de ellos también alcanzan a los clásicos derechos fundamentales liberales.

### 3.3 Derechos sociales: posiciones a favor y en contra

En función de las particularidades de los derechos sociales se han fijado posturas respecto a la su condición de derechos fundamentales y a su eficacia normativa; la primera de ellas señala que las diferencias de los derechos sociales con los derechos fundamentales de libertad son tan amplias que no corresponde darles el mismo valor normativo y las mismas garantías. En ese sentido, se indica que a los derechos sociales no se les puede atribuir dos de las características de los derechos fundamentales; a saber, su aplicabilidad inmediata y su exigibilidad o protección jurisdiccional.

---

*derechos fundamentales...op. cit.*, p. 88; CASTRO CID, BENITO DE. *Los derechos económicos, sociales y culturales. Análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos...op.cit.*, p. 48; BÖCKENFÖRDE, ERNST. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 74; CASCAJO CASTRO, JOSÉ LUIS. *La tutela constitucional de los derechos sociales...op. cit.*, p. 18; HÄBERLE, PETER. *La libertad fundamental en el Estado constitucional...op. cit.*, pp. 68-69; GONZÁLES MORENO, BEATRIZ. *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*. Madrid: Civitas - Universidad de Vigo, 2002, pp. 102ss.



diccional reforzada. De esta forma, también se pone en tela de juicio su naturaleza de derechos fundamentales<sup>66</sup>.

Por su parte, la segunda postura, si bien acepta que las peculiaridades de los derechos sociales entrañan ciertas diferencias con los derechos de libertad, no considera que las mismas sean suficientes para negar a los derechos sociales eficacia normativa, su condición de derechos fundamentales, o la posibilidad de articular en torno a los mismos, garantías jurisdiccionales.

Dentro de la primera postura podemos ubicar a STERN, para quien los derechos sociales son distintos a los derechos fundamentales liberales, a los que denomina clásicos; en esa medida, no admite que pueda darse a los derechos sociales las mismas garantías. En concreto señala que los derechos sociales son «estructuralmente distintos de los «clásicos». Una garantía de derechos fundamentales que dependa en amplia medida del legislador o del presupuesto estatal y además haya de caer necesariamente en conflicto con los derechos fundamentales negativos, traería consigo más inconvenientes que ventajas»<sup>67</sup>.

En esa misma línea se ubica, aunque con matices importantes, BÖCKENFÖRDE. En efecto, dicho autor considera que los derechos sociales de prestación no pueden ser tenidos como «derechos fundamentales en sentido estricto debido a que de tal carácter forma parte la aplicabilidad inmediata y la posibilidad de ser exigible por los ciudadanos». Sin embargo, también descarta que éstos

---

<sup>66</sup> Expuesto como una constatación, V. AÑON ROIG, MARÍA JOSÉ. *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación...* op. cit., p. 309.

<sup>67</sup> STERN, KLAUS. *El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania*. En Revista del Centro de Estudios Constitucionales, N<sup>o</sup> 1, Madrid: CEC, 1988, p. 264.

sean «*simples proposiciones programáticas políticas o no vinculantes*», indicando que, en todo caso, en su condición de mandatos constitucionales, su fuerza normativa está dirigida de manera inmediata sólo a sujetos específicos, como lo son el legislador y el Poder Ejecutivo, este último como cabeza de la administración. Para este autor los poderes del Estado deberán «*actuar para la realización del fin o de del programa formulado en el mandato a través de las medidas apropiadas, con lo que se dejan al parecer y entender del juicio político del órgano actuante, y con ello al proceso político, la vía, la dimensión y la modalidad de la realización*»<sup>68</sup>.

En la segunda postura, se encuentra PÉREZ LUÑO, para quien los derechos sociales son derechos fundamentales porque responden a las mismas exigencias de dignidad, igualdad y libertad humanas. En esa medida, para este autor, los derechos sociales «*suponen la consagración jurídica de unos valores que por su propia significación de básicos para la convivencia política no limitan su esfera de aplicación al sector público o al privado, sino que deben ser respetados por todos los sectores del ordenamiento jurídico*»<sup>69</sup>. En sentido similar se pronuncia PRIETO SANCHÍS, para quien la condición de derecho fundamental se verifica sólo si un derecho o institución tiene que «*ver con la vida, la dignidad, la libertad, la igualdad y la participación política*»<sup>70</sup>, ya que estos valores son los que históricamente han fundamentado tal categoría; por ello los derechos sociales, al basarse también en dichos valores, tienen la condición de derechos fundamentales. En suma, el carácter fundamental de los derechos sociales viene dado por los principios

---

<sup>68</sup> BÖCKENFÖRDE, ERNST. *Escritos sobre derechos fundamentales...*op. cit., p. 80.

<sup>69</sup> PÉREZ LUÑO, ANTONIO. *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución...*op.cit., p. 94.

<sup>70</sup> PRIETO SANCHÍS, LUIS. *Estudios sobre derechos fundamentales...*op. cit., p. 88.

que los fundamentan y no la estructura de los dispositivos constitucionales que los reconocen o el tipo de garantías que se articulan en torno a los mismos.

Una posición intermedia es la sostenida por ALEXY para quien no todos los derechos sociales revisten el carácter de fundamental. Sin embargo, a partir del Texto Fundamental de Bonn, entiende que algunos de ellos sí deberían considerarse como tales, porque aseguran el mínimo existencial que garantiza la libertad fáctica<sup>71</sup>. Para ALEXY la distinción entre reglas y principios resulta relevante de cara al examen de los derechos sociales<sup>72</sup> puesto que a éstos, en el mejor de los casos, suelen atribuírseles la naturaleza jurídica de principios; éstos al igual que las reglas son normas jurídicas y, por tanto, tienen efectos vinculantes. Es decir, dicen lo que deber ser<sup>73</sup>. Sin embargo, al ser mandatos de optimización pueden ser cumplidos en diferente grado.

Para ALEXY la ponderación entre principios es la metodología que deben emplear los jueces constitucionales para determinar qué derechos sociales deberían considerarse derechos fundamentales. Tal determinación pasa por dilucidar si estamos ante posiciones jurídicas que, desde el punto de vista del derecho constitucional, son tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar librado a la simple mayoría parlamentaria. En el proceso de ponderación, según el autor citado, es ne-

---

<sup>71</sup> ALEXY, ROBERT. *Teoría de los derechos fundamentales...* op. cit., p. 482.

<sup>72</sup> PÉREZ LUÑO, ANTONIO. *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución...* op. cit., p. 97.

<sup>73</sup> ALEXY, ROBERT. *Teoría de los derechos fundamentales...* op. cit. p. 82ss. Sobre los distintos modos de entender los principios contenidos en la constitución V. PRIETO SANCHÍS, LUIS. *Ley, principios, derechos...* op. cit., p. 47ss. Asimismo, ATIENZA, MANUEL y RUIZ MANERO, JUAN. *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel, 1996, pp. 6ss (capítulo I).

cesario tener en cuenta que « si (1) la exige muy urgentemente el principio de libertad fáctica y (2) el principio de división de poderes y el de la democracia (que incluye la competencia presupuestaria en el parlamento) al igual que (3) principios materiales opuestos (especialmente aquellos que apuntan a la libertad jurídica de otros) son afectados en una medida relativamente reducida a través de la garantía iusfundamental de la posición de prestación jurídica y las decisiones del Tribunal Constitucional que la toman en cuenta»<sup>74</sup>. Siguiendo dichos criterios, según Alexy, se puede determinar qué exigencias sociales pueden ser revestidas con el ropaje jurídico de derecho fundamental.

Al respecto, es preciso a mencionar que la propuesta de ALEXY se enmarca en un orden constitucional como el alemán, en el que los derechos sociales no se encuentran reconocidos de forma expresa, sino que han sido derivados de la cláusula de Estado social y democrático, así como del principio de dignidad de la persona humana y de igualdad. En efecto, la Ley Fundamental de Bonn incorpora la cláusula de Estado social y democrático de derecho, pero no incluye un catálogo detallado de derechos sociales, pues la ingrata experiencia que dejó la Constitución de Weimar condicionó que la actual constitución fuera, en ese sentido, «más cauta y modesta»<sup>75</sup>.

En el marco de un Estado social y democrático, la fuerza normativa y valor jurídico de todos los derechos fundamentales proviene de su reconocimiento e incorporación en el texto consti-

---

<sup>74</sup> ALEXY, ROBERT. *Teoría de los derechos fundamentales...* op. cit., pp. 494-495.

<sup>75</sup> PÉREZ LUÑO, ANTONIO. *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución...* op. cit., p. 123. Para algunas reflexiones sobre la posibilidad de la incorporación de estos derechos a la Ley Fundamental de Bonn V. BÖCKENFÖRDE, ERNST. *Escritos sobre derechos fundamentales...* op. cit., pp. 82-83.

tucional<sup>76</sup>. Además, su fundamento último lo constituye el principio de dignidad de la persona humana, que se erige como premisa del Estado constitucional y, a la sazón, se haya enunciado en el artículo 1º de la Constitución de 1993. A nuestro juicio, ese debe ser el punto de partida para el análisis de dichos derechos, incluidos los derechos sociales. Sin embargo, la estructura o tipo de norma en el que se hallan reconocidos los distintos derechos fundamentales, determinan el grado en que deben ser cumplidos, el tipo de obligaciones que dimanen de los mismos o, incluso los sujetos obligados a las mismas. Así, es preciso «*atender a la estructura del derecho cuya naturaleza se intenta determinar, y no tanto a la clase social que lo utiliza, las peculiaridades de su génesis histórica o los objetivos que suelen perseguir por medio de su ejercicio*»<sup>77</sup>. Tales consideraciones, ayudarán a definir los derechos fundamentales de forma integral, sin tener necesariamente en cuenta el discurso de las generaciones de derechos, sino el contenido de los mismos.

Asimismo, en el análisis de los derechos fundamentales es preciso tener en cuenta que constituyen el fundamento axiológico del modelo de Estado social y democrático, por ello, su realización –de todo ellos, incluidos los derechos sociales- supone una tarea de los distintos órganos del Estado. Tal empresa supone que éste deba cumplir, en correspondencia con las competencias y atribuciones de sus órganos, una serie de obligaciones, tanto positivas como negativas, ya que ambos tipos de obligaciones concurren y resultan necesarias para la realización de un derecho fundamental, sea social o de libertad.

---

<sup>76</sup> PRIETO SANCHÍS, LUIS. *Estudios sobre derechos fundamentales...* op. cit., p. 114.

<sup>77</sup> CONTRERAS, PELÁEZ, FRANCISCO. *Derechos sociales: teoría e ideología...* op. cit., p. 22.

### 3.4. Características y aporías sobre los derechos sociales.

El reconocimiento constitucional de los derechos a la educación, a la salud, a la seguridad social, al trabajo o a la libertad sindical, como parte del catálogo de derechos fundamentales tiene como fundamento el principio de dignidad humana<sup>78</sup>. En esa medida, tendría que afirmarse de ellos las mismas características de los otros derechos fundamentales; a saber: ser universales, ostentar doble carácter<sup>79</sup>, y poseer eficacia normativa directa<sup>80</sup>. Asimismo, su contenido esencial también debería ser considerado indisponible para el legislador<sup>81</sup> y deberían gozar de protección jurisdiccional reforzada<sup>82</sup>.

Sin embargo, las peculiares características referidas a la estructura y obligaciones que dimanar de los derechos sociales han sido y continúan siendo el soporte de la controversia acerca de su eficacia normativa y su exigibilidad o protección jurisdiccional reforzada. En efecto, la estructura normativa de los derechos sociales ha sido percibida por la doctrina como un aspecto que difi-

---

<sup>78</sup> Al respecto, HÄBERLE sostiene que los presupuestos o bases de los derechos sociales están conformadas por la tríada que forman «*los principios de dignidad humana, Estado social y democracia igualitaria*». HÄBERLE, PETER. *Pluralismo y constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta...*op.cit., p. 204.

<sup>79</sup> HESSE, KONRAD. *Significado de los derechos fundamentales*. En VV.AA. *Manual de derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons – Instituto Vasco de Administración Pública, 1996, pp. 89-90

<sup>80</sup> PRIETO SANCHÍS, LUIS. *Estudios sobre derechos fundamentales...*op.cit., pp. 116-117.

<sup>81</sup> HÄBERLE, PETER. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Madrid: Dykinson, 2003, pp. 217ss.

<sup>82</sup> HÄBERLE, PETER. *La libertad fundamental en el Estado constitucional...*op. cit., pp. 2917ss.

culta la completa atribución de las citadas características. Incluso, basándose en las particularidades de estos derechos, se les ha contrapuesto y dado una posición de subordinación o inferioridad respecto a los derechos fundamentales de libertad<sup>83</sup>.

No obstante, antes de examinar brevemente esas características de los derechos sociales, conviene mencionar que las dudas acerca de su eficacia normativa se encuentran relacionadas con las omisiones normativas y dogmáticas que acompañaron la adopción de la fórmula de Estado social y democrático<sup>84</sup>. En efecto, esta fórmula política no tuvo como presupuesto *una teoría del derecho del Estado social ni mucho menos una teoría política del Estado social de derecho* [por tanto, no se] *produce una estructura institucional garantista análoga a la del viejo Estado liberal de derecho y específicamente idónea para garantizar los nuevos derechos sociales correspondientes a las nuevas funciones y prestaciones del Estado*<sup>85</sup>. Dicho de otro modo, el Estado social y democrático de derecho no cuenta con una estructura institucional propia destinada a garantizar aquellos elementos que le dan contenido, sino que se vale de lo formulado por el Estado de Derecho liberal para los derechos individuales; por ello, las categorías jurídicas actua-

---

<sup>83</sup> Sobre este tema V. ABRAMOVICH, VÍCTOR Y COURTIS, CHRISTIAN. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002, p. 19.

<sup>84</sup> CABO MARTÍN, CARLOS DE. *Contra el consenso. Estudios sobre el Estado Constitucional y el constitucionalismo del Estado social...* op. cit., p. 233.

<sup>85</sup> FERRAJOLI, LUIGI. *El garantismo y la filosofía del Derecho*. Serie de Teoría Jurídica y filosofía del derecho N° 15. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 68. Para FORSTHOFF el Estado social, al haber sido sobrepuesto en los cimientos del Estado liberal, no crea una categoría especial de Estado de Derecho, con características y contenido material propio; por tanto, de dicha fórmula no pueden deducirse derechos, obligaciones o institucionalidad alguna. FORSTHOFF, ERNEST. *Concepto y esencia del Estado social del derecho...* op. cit., pp. 93ss

les resultan insuficientes para garantizar la plena realización de los derechos sociales.

La **primera característica de los derechos sociales** está referida a su origen. En efecto, el origen de estos derechos se encuentra ligado a la ubicación del ser humano en un contexto social determinado<sup>86</sup>. Generalmente, dicha situación se define por la situación de precariedad material en que se hallan los individuos, la cual no necesariamente alcanza a todo ser humano abstracto. Tal particularidad, se afirma, no sólo pone en cuestión el carácter universal de los derechos fundamentales sino que reserva la titularidad de los derechos sociales a «*aquellas personas que necesitan el apoyo, y no a quienes no lo necesitan*»<sup>87</sup>.

Si bien es cierto que los derechos sociales nacen en un contexto histórico determinado y responden a necesidades básicas insatisfechas, actualmente se presentan como una suerte de cobertura estatal que alcanzaría a todos los seres humanos, pues, todo los seres humanos nos encontramos en la posibilidad de ubicarnos en la situación de trabajador, jubilado o usuario de los servicios de salud.

En esa línea de ideas, la titularidad de los derechos sociales se presenta también como universal, a pesar de que su ejercicio o

---

<sup>86</sup> Generalmente, se les suele identificar con el derecho al trabajo y los demás derechos fundamentales de los trabajadores porque corresponden al individuo en cuanto miembro de un sector de la sociedad cuya existencia depende de la realización de un trabajo asalariado. En contraposición a los derechos de la clase burguesa. CASTRO CID, BENITO DE. *Los derechos económicos, sociales y culturales. Análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos...* op. cit., pp. 24-25.

<sup>87</sup> PECES-BARBA MARTÍNEZ, GREGORIO. *Derechos sociales y positivismo jurídico*. Cuadernos «Bartolomé de las Casas». Madrid: Dykinson – Instituto de derechos humano «Bartolomé de las Casas» de la Universidad Carlos III, 1999, p. 65.



demanda al Estado se encuentre condicionada a una serie de circunstancias de la persona que busca ejercerlos. En todo caso, lo que no hay que olvidar es que «*los derechos humanos se refieren a situaciones y rasgos posibles (pero no necesariamente actuales) de la existencia humana. Así, por ejemplo, la condición de trabajador asalariado o de beneficiario de asistencia sanitaria sólo es una realidad actual para un sector de la población, pero está presente como posibilidad en el horizonte vital de todos los ciudadanos*»<sup>88</sup>.

Los derechos sociales responden también a lo que BOBBIO denomina el proceso de especificación de los derechos fundamentales. Mediante dicho proceso, justamente, estos derechos han dejado de responder al ideal del ser humano abstracto y considerado sólo como ciudadano para pasar a ocuparse también del individuo concreto que cumple y tiene distintos roles en la sociedad, los cuales ponen en evidencia intereses y necesidades específicas a ser satisfechas en el marco de los derechos fundamentales<sup>89</sup>.

En síntesis, para verificar la universalidad de los derechos fundamentales es preciso distinguir entre la titularidad del derecho y el ejercicio del mismo. Así, en el caso de los derechos sociales su universalidad se verifica porque cualquier persona que se sitúa en la posición descrita por la norma constitucional que los reconoce, puede disfrutar de los mismos, aun cuando antes no haya requerido de ellos.

---

<sup>88</sup> CONTRERAS, PELÁEZ, FRANCISCO. *Derechos sociales: teoría e ideología...* op. cit., p. 38. En sentido similar, PRIETO SANCHÍS, LUIS. *Estudios sobre derechos fundamentales...* op. cit., pp. 80-81; RUIZ MIGUEL, ALFONSO. *Derechos liberales y derechos sociales. Derecho liberales y derechos sociales*. En Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 15-16, V.II, Alicante, 1994, p. 663.

<sup>89</sup> BOBBIO, NORBERTO. *El tiempo de los derechos*. Madrid: Sistema, 1991, pp. 110-111.

**La segunda particularidad de los derechos sociales** se encuentra relacionada con su contenido prestacional, pues se corresponden con una serie de servicios y bienes destinados a satisfacer las necesidades básicas de los individuos; como señala HÄBERLE, «*el Derecho de prestaciones no sólo es el factor configurador de los derechos sociales básicos, sino también el que a su vez los «densifica» -valga el término- actuando el derecho «subjetivo» como vehículo de garantías constitucionales «objetivas»*<sup>90</sup>. Esta peculiaridad condiciona la relación de los derechos sociales con el Estado, porque éste sería el llamado a cumplir con las mencionadas prestaciones.

De acuerdo a esta característica, los derechos sociales requieren de la estructura y organización estatal para tener vigencia efectiva; así sucede, por ejemplo, con el derecho de acceso a prestaciones de salud que para ser satisfecho necesita que el Estado realice una serie de actos, como por ejemplo, la construcción de centros sanitarios que estén a disposición de los individuos, así como a la contratación de personal médico y sanitario que brinde un adecuado servicio de cuidado de la salud. De esa forma, los derechos sociales generan obligaciones positivas que deben cumplir los órganos del Estado, las cuales se materializan en prestaciones específicas que tienen relación con las competencias y atribuciones de los órganos estatales.

Esta característica de los derechos sociales ha sido contrapuesta a la concepción clásica de los derechos fundamentales liberales, que eran entendidos sólo como anteriores al Estado y que sólo exigían del mismo, abstenciones. En efecto, se afirma que mientras que éstos plantean al Estado pretensiones de no

---

<sup>90</sup> HÄBERLE, PETER. *Pluralismo y constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta...* op. cit., p. 202.

intervención, los derechos sociales exigen al Estado el cumplimiento de prestaciones efectivas. Es decir, mientras que los derechos fundamentales de libertad son concebidos como espacios anteriores a la organización estatal que el Estado debe proteger, los derechos sociales no serían concebibles sin el Estado, pues requieren de una acción estatal activa concretada en medidas del legislador y de la administración que permitan el acceso a bienes materiales que los hagan posibles<sup>91</sup>. Así, el carácter prestacional de los derechos sociales se plantea como una diferencia esencial con los derechos de libertad<sup>92</sup>, pues, éstos sólo exigirían del Estado el cumplimiento de obligaciones negativas de no intervención. Supondría, además, una razón suficiente para no incorporar a los a los derechos sociales dentro del catálogo de derechos<sup>93</sup>.

Dicha postura es parcialmente cierta, porque si bien guarda razón en lo que atañe a la necesaria estructura estatal, olvida contemplar, en su conjunto, la heterogeneidad de intereses que se encuentran a la base de los derechos fundamentales. Es verdad que el carácter prestacional es un fuerte rasgo identificador de los derechos sociales, sin embargo, el mismo, así como las obligaciones positivas que debe cumplir el Estado, también puede predicarse de los derechos de libertad, como por ejemplo el derecho a la tutela jurisdiccional o el derecho al voto cuya realización no sería posible sin que los órganos del Estado cumplan una serie de obligaciones positivas ligadas a la estructura y organización del Estado.

---

<sup>91</sup> BÖCKENFÖRDE, ERNEST. *Escritos sobre derechos fundamentales...* op. cit., p. 76.

<sup>92</sup> COSSIO DÍAZ, JOSÉ RAMÓN. *Estado social y derechos de prestación*. Madrid: CEC, 1989, p. 88.

<sup>93</sup> STERN, KLAUS. *El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania*. En *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N<sup>o</sup> 1, Madrid: CEC, 1988, p. 264.

En el Estado social y democrático todo los derechos fundamentales –liberales y sociales- son considerados institutos llamados a orientar la actuación y la política estatal; no sólo constituyen derechos subjetivos que limitan el poder el Estado, sino que también exigen de éste y sus órganos actuaciones concretas orientadas a darles vigencia en la realidad<sup>94</sup>. Estas actuaciones constituirán una manifestación sus competencias y atribuciones constitucionales.

Los derechos fundamentales en general exigen tanto el cumplimiento de obligaciones positivas de promoción y construcción, como obligaciones negativas de no intervención o lesión de sus contenidos: «*los derechos fundamentales no son sólo derechos negativos, sino normas positivas de competencia*»<sup>95</sup>. Su materialización, en el marco del Estado constitucional y democrático, exige del Estado –de todos sus órganos- una actitud activa destinada a promover y facilitar, incluso mediante el uso de recursos económicos, la libertad fáctica de los seres humanos<sup>96</sup>. En consecuencia, sobre la base de las obligaciones positivas que generan no se puede negar eficacia normativa ni el carácter de derechos fundamentales a los derechos sociales.

Para abonar a favor de dicha conclusión, es preciso mencionar que los derechos sociales forman un conjunto heterogé-

---

<sup>94</sup> HÄBERLE, PETER. *La libertad fundamental en el Estado constitucional...*op.cit., pp. 189- 192. Los antecedentes de esta postura ampliamente aceptada en la dogmática constitucional puede encontrar en HAURIUO, V. HAURIUO, MAURICE. *Précis de Droit constitutionnel*. 12<sup>a</sup> ed. París: Librairie du Recueil Sirey, 1929, pp. 75ss y 618ss

<sup>95</sup> HÄBERLE, PETER. *Pluralismo y constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta...*op. cit., pp. 208-209.

<sup>96</sup> HÄBERTE, PETER. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn...*op. cit., pp. 68ss

neo<sup>97</sup> que agrupa diferentes tipos de pretensiones cuya satisfacción importa distintas formas y niveles de obligaciones a ser cumplidas por el Estado. Dicho de otro modo, de ellos no sólo emanan obligaciones positivas sino también negativas; algunos requieren la provisión efectiva de prestaciones por parte del Estado -como sucede con el derecho a la educación- y otros, en cambio, exigen la abstención del Estado, como sucede con el derecho a la libertad sindical.

La **tercera particularidad de los derechos sociales** está referida a la forma amplia o indeterminada con la que suelen ser reconocidos en los textos constitucionales. La textura abierta de las normas constitucionales que los reconocen, es decir su estructura de norma-principio, dificultaría la identificación de las pretensiones que incorporan estos derechos, así como el contenido concreto de las obligaciones que de ellos dimanarían y el sujeto u órgano estatal obligado a cumplirlas<sup>98</sup>.

Dicha característica de los derechos sociales acentúa la necesidad de intervención del legislador que, a través de la ley, debe concretar los derechos subjetivos contenidos en ellos, así como especificar las prestaciones a ser cumplidas por el sujeto obligado. En esa medida, se suele indicar que los derechos sociales requieren de una regulación previa, así como de recursos, por ello su realización debe quedar en el ámbito de lo oportuno, lo necesario o lo posible, dependiendo de la situación concreta<sup>99</sup>.

---

<sup>97</sup> PRIETO SANCHÍS, LUIS. *Ley, principios, derechos...* op. cit., pp. 71-73; PERÉZ LUÑO, ANTONIO. *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución...* op. cit., p. 83.

<sup>98</sup> BÖCKENFÖRDE, ERNEST. *Escritos sobre derechos fundamentales...* op. cit., p. 77.

<sup>99</sup> FORSFHOFF, ERNST. *Concepto y esencia del Estado social de derecho...* op. cit., p.87

No obstante, este argumento soslaya que la indeterminación es una característica común de los enunciados constitucionales en general<sup>100</sup> y que, por ende, la formulación abierta o indeterminada de los derechos sociales es compartida por los derechos liberales; éstos también son reconocidos en normas de carácter abierto y, en no pocos casos, requieren de la actuación del legislador para su concreción. En efecto, en el Estado social y democrático la participación del legislador en la promoción de la realización efectiva de los derechos responde a la propia lógica de los derechos fundamentales que como instituciones constitucionales, «necesitan la ejecución no sólo para que el orden domine, sino también para que haya libertad»<sup>101</sup>.

En esa medida, la participación del legislador en la conformación y limitación de los derechos fundamentales, tanto de los derechos de libertad como los derechos sociales, debe ser considerada normal e incluso necesaria a efectos de garantizar su eficacia. Sin embargo, tal exigencia no debe ser entendida como una disminución de su fuerza normativa, porque para que ésta prevalezca basta con que se encuentren reconocidos en el texto constitucional. Así, la reserva de ley aplicada a los derechos fundamentales –incluidos los derechos sociales–, debe ser considerada como una garantía que promueve y facilita su ejercicio y no como un obstáculo que difiera en el tiempo la eficacia normativa de los derechos fundamentales<sup>102</sup>.

En suma, la forma abierta, indeterminada o de principio que suelen presentar las normas que reconocen derechos sociales

---

<sup>100</sup> PRIETO SANCHÍS, LUIS. *Ley, principios, derechos...* op. cit., p. 107.

<sup>101</sup> HÄBERLE, PETER. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales...* op. cit., pp. 181ss, en concreto, p. 186.

<sup>102</sup> PRIETO SANCHÍS, LUIS. *Estudios sobre derechos fundamentales...* op. cit., p. 118.

en las constituciones explica la intervención del legislador, pero no niega su fuerza normativa ni su condición de derechos fundamentales que puedan ser tutelados jurisdiccionalmente, pues «Negar la posibilidad de derivación –que no creación- judicial de pautas jurídicas ad hoc ante un supuesto de no eficacia de derechos fundamentales tendría como consecuencia el vaciamiento de las normas constitucionales referidas a estos derechos a partir del momento en que falten las reglas legales que los hagan eficaces, con lo que, además, quedaría en entredicho la supremacía constitucional»<sup>103</sup>

En estrecha relación con lo anterior se halla la **cuarta particularidad de los derechos sociales**, pues también se encuentra referida a la estructura de normas principios a través de las que las constituciones suelen reconocer derechos sociales. Al respecto, se indica que dicha estructura tiende a dar mayor peso a la dimensión objetiva o institucional de los derechos sociales<sup>104</sup>, pues los contornos difuminados y ambiguos que suelen presentar estos derechos, problematizan su concreción individual -como derechos subjetivos- y resaltan su aspecto objetivo o institucional.

Tal como ya hemos insinuado, en el Estado social y democrático los derechos fundamentales presentan un doble carácter: no sólo son derechos subjetivos<sup>105</sup> cuya titularidad pertenece a

---

<sup>103</sup> PEÑA FREIRE, ANTONIO. *La garantía en el Estado constitucional de derecho*. Madrid: Trotta, 1997, p. 226.

<sup>104</sup> PRIETO SANCHÍS, LUIS. *Ley, principios, derechos...* op. cit., p. 79.

<sup>105</sup> El derecho subjetivo alude a una posición o poder jurídico que se reconoce a un individuo y que, a la par, le otorga la posibilidad de actuar contra los obligados a su cumplimiento, los cuales pueden ser autoridades públicas o particulares. Al respecto, la definición clásica de derecho subjetivo se la debemos al jurista austríaco HANS Kelsen, quien señalaba que el derecho subjetivo se concretaba en la atribución, por parte de una norma, del poder jurídico de reclamar, mediante una acción, el cumplimiento de la obligación. Kelsen, Hans. *Teoría pura del*

cada uno de los individuos, sino que a la par y como complemento del aspecto subjetivo, son institutos constitucionales que configuran y dan contenido a la fórmula de Estado constitucional. Sin embargo, ambas dimensiones de los derechos fundamentales se hallan en interrelación recíproca, limitándose y posibilitándose a la vez<sup>106</sup>. En esa medida, de la preeminencia del aspecto objetivo de los derechos sociales no se puede derivar ninguna consecuencia negativa respecto su valor normativo y ni a las garantías, institucionales o procesales, que le corresponde a estos derechos.

Asimismo, respecto a la configuración de una pretensión como derecho subjetivo fundamental o como institución, es preciso mencionar que esto obedece a una decisión legislativa -legal o constitucional- que, a su vez, está influenciada por factores sociales, económicos y políticos que no necesariamente están en armonía con los presupuestos axiológicos de la institución<sup>107</sup>. Ello,

---

*Derecho*. México: UNAM, 1986, p. 148. Para ALEXY un derecho subjetivo debe ser entendido como una posición o relación jurídica dada en un ordenamiento jurídico. ALEXY, ROBERT. *Teoría de los derechos fundamentales...*op. cit., p. 178. Por su parte, ARANGO, partiendo del concepto acuñado por ALEXY, señala que un derecho subjetivo puede definirse como «la posición normativa de un sujeto, para la que es posible dar razones válidas y suficientes, y cuyo no reconocimiento injustificado le ocasiona un daño inminente a dicho sujeto». ARANGO, RODOLFO. *Protección Nacional e internacional de los derechos humanos sociales...*op. cit., p. 143.

<sup>106</sup> HÄBERLE, PETER. *La libertad fundamental en el Estado constitucional...*op. cit., pp. 191-192.

<sup>107</sup> Es el legislador constitucional quien decide qué estructura da a las distintas normas constitucionales; así, los derechos sociales en los textos constitucionales suelen ser reconocidos como normas programáticas o normas de organización o garantías institucionales o como derechos subjetivos. GOMES CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM. *Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales*. En Revista del CEC, N<sup>o</sup> 1, 1988, pp. 240-241.



porque las normas, en no pocas oportunidades, se encuentran determinadas por variables ajenas a las exigencias morales de las que nos da cuenta la iusfilosofía.

Finalmente, la **quinta especificidad de los derechos sociales** está vinculada al tema de los recursos económicos de que dispone el Estado para cumplir con las obligaciones que dimanen de dichos derechos. Como los derechos sociales se materializan en prestaciones específicas, su satisfacción suele condicionarse al desarrollo socio-económico alcanzado por los Estados<sup>108</sup>.

De esa forma se introduce un elemento que distorsiona el valor normativo de los derechos sociales porque facilita que su realización quede librada a la reserva de lo económicamente posible. Asimismo, la argumentación centrada en las posibilidades económicas de los Estados deja en segundo plano que el valor jurídico de los derechos sociales se encuentra determinado por su inserción en un texto constitucional. Ello, aun cuando las variables económicas pueden determinar la ineficacia o incumplimiento de dichas normas constitucionales, como sucede en países donde el nivel de desarrollo económico alcanzado no es suficiente para cumplir con las prestaciones que se derivan de los derechos sociales. Es decir, son deficitarias respecto a políticas de promoción de los derechos liberales clásicos.

Los recursos económicos y el bienestar de la economía estatal se convierten en un presupuesto para la realización de los de-

---

<sup>108</sup> Efectivamente, «los criterios de «operatividad económica» constituyen la piedra de toque final de cualquier planteamiento distributivo o redistributivo y su conjugación no es fácil, más cuando los criterios de igualdad material pueden entrar en contradicción con los presupuestos de la economía del mercado. Este es un punto de vista recurrente en cualquier examen de la articulación jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales». AÑON ROIG, MARÍA JOSÉ. *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación...* op. cit., p. 307.

rechos social<sup>109</sup>, pero no de su valor normativo o su carácter de derechos fundamentales. En todo caso, nos encontraríamos frente a supuestos de ineficacia de los derechos sociales mas no de falta de valor jurídico, porque éste viene dado por su inserción en el ordenamiento jurídico a través del texto constitucional: *«el recorte jurídico-estructural de un derecho no puede ni debe confundirse con la cuestión de su financiación. Si estas dos dimensiones fuesen indisociables, entonces no se comprendería que ciertos derechos [...] pudiesen ser considerados tranquilamente derechos directamente aplicables cuando, sin embargo, dependen de prestaciones estatales [...] La «reserva de las arcas del Estado» supone problemas de financiación pero no implica el «grado cero» de vinculación jurídica de los preceptos consagradores de derechos fundamentales sociales»*<sup>110</sup>. Además, la limitación financiera que suele predicarse de los derechos fundamentales sociales también es un problema que atañe a los derechos fundamentales de libertad<sup>111</sup>.

En efecto, los derechos fundamentales de libertad también pueden encontrar condicionada su realización y efectividad a la falta de recursos del Estado. Sin embargo, como los derechos li-

---

<sup>109</sup> BÖCKENFÖRDE, ERNST. *Escritos sobre derechos fundamentales...*op. cit., p. 78.

<sup>110</sup> GOMES CANOTILHO, JOSÉ JOAQUÍN. *Metodología «fuzzy» y «camaleones normativos» en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales*. En *Derechos y libertades*, N° 6, año III, Madrid: Universidad Carlos III – BOE, 1998, p. 45.

<sup>111</sup> En efecto, como sostiene RUIZ MIGUEL que el coste de los derechos fundamentales de libertad sea *«tradicionalmente asumido que, como tal, se da por supuesto, no significa que el aparato administrativo y judicial necesario para ejercer decorosamente las funciones preventiva, represiva y organizativa en garantía de los derechos clásicos suponga un coste desdeñable [...] el argumento del límite de los recursos no siempre apela una imposibilidad fáctica sino que a veces presuponen un criterio ideológico sobre cuánto y en qué es apropiado gastar»*. RUIZ MIGUEL, ALFONSO. *Derecho liberales y derechos sociales...*op. cit., p. 660.

berales han adquirido, desde tiempo atrás, la condición de presupuesto del Estado de Derecho, tal situación no es abordada desde la perspectiva de su eficacia normativa, sino desde su falta efectividad. Así, por ejemplo sucede con los derechos a la seguridad personal o a la propiedad; ciertamente, en Estados con escasos recursos la protección de estos derechos no siempre se encuentra asegurada y no llega a alcanzar niveles de satisfacción adecuados, por ello, son los propios particulares quienes tienen que proveer las prestaciones que los garanticen.

El discurso sobre las variables que caracterizan a los derechos sociales, por resaltar más las diferencias que los puntos en común con los derechos fundamentales de libertad, ha dificultado su consideración como derechos con eficacia normativa directa, así como una consideración integral de los derechos fundamentales en el que se incluyan tanto a los derechos sociales como a los clásicos derechos de libertad.

Al respecto, si bien es indiscutible que los derechos sociales exigen el cumplimiento de mayores obligaciones positivas por parte del Estado; no todos los derechos sociales implican prestaciones u obligaciones de hacer, así el derecho a la libertad sindical, el derecho a la negociación colectiva o el derecho a la educación en su manifestación de libertad de enseñanza, más bien exigen del Estado la abstención o no interferencia. Asimismo, también es posible verificar que algunos derechos de libertad también pueden exigir del Estado el cumplimiento de obligaciones positivas, así como la realización de importantes esfuerzos presupuestarios. Así, por ejemplo, la libertad de comercio, como derecho liberal típico, no sólo supone la no intervención del Estado, sino también el cumplimiento de una serie de obligaciones positivas relacionadas con el establecimiento de instituciones administrativas e, incluso, judiciales para dar seguridad y protección a los intereses de los empresarios.

Asimismo, las obligaciones que el Estado debe cumplir respecto a los derechos fundamentales –tanto sociales como de libertad- son de diverso tipo, no se agotan con la abstención o con la prestación directa. En el marco del Estado Constitucional todos los derechos exigen de promoción que son obligaciones positivas que están ligadas a las funciones que históricamente ha cumplido el Estado –ejecutiva, legislativa, jurisdiccional- Así, por ejemplo, la lesión de un derecho social por parte de la administración, por incumplimiento de sus obligaciones, puede conllevar que los tribunales, cumpliendo con su obligación de tutela de los derechos, obliguen a la administración a reparar el derecho social vulnerado. De igual modo, la realización efectiva de un determinado derecho, dependiendo de cuál sea, podrá requerir mayores cuotas de uno u otro tipo de obligación.

En tal sentido, es preciso diferenciar situaciones, porque no es lo mismo que unos derechos requieran mayor participación del Estado en su determinación y realización, que afirmar su ineficacia normativa, como suele suceder con los derechos sociales cuando se los califica como normas programáticas. Su inserción en el Texto Constitucional es lo que determina su fuerza normativa y un nivel de análisis distinto es el que se refiere a la forma de cumplimiento de las normas –principios o reglas- que reconocen derechos sociales.

El énfasis puesto en la dimensión objetiva de los derechos sociales ha permitido que se soslaye su condición de derechos subjetivos; así, se han mantenido interpretaciones que atribuyen a éstos el carácter de normas programáticas cuya realización depende, única y exclusivamente, de la intervención del legislador. Estas interpretaciones no tienen en cuenta el condicionamiento bidireccional que se da entre las dos dimensio-

nes de los derechos fundamentales sociales<sup>112</sup>. En el caso de los derechos sociales es importante resaltar tal condicionamiento, porque en supuestos concretos puede representar la efectividad de dichos derechos, como lo ha puesto en evidencia la jurisprudencia comparada que, de la vertiente objetiva o institucional de los derechos sociales ha sabido desprender verdaderos derechos subjetivos<sup>113</sup>.

También con relación a los derechos sociales, y sobre todo apuntando a la efectividad de los mismos, es preciso tener en cuenta que si bien el Estado es el primer sujeto obligado a cumplir con las obligaciones que emanan de los derechos sociales, la estructura de algunos de ellos obliga también a terceros, como por ejemplo los empleadores en el caso de los derechos sociales de los trabajadores. Asimismo, la imposibilidad real y jurídica del Estado para encargarse directamente de brindar las prestaciones que se derivan de los derechos sociales, a efectos de no quitar espacio iniciativa privada y no erigirse en un Estado omnicompreensivo o invasivo, ha posibilitado que el cumplimiento de dichas obligaciones sea realizado por terceros. Así, a través de técnicas administrativas como la concesión, el Estado puede encargar el cumplimiento de dichas prestaciones a privados que tiene capacidad para hacerlo. Estos terceros no sólo deberán responder directamente ante el Estado, sino que también, sobre la base del mandato constitucional, podrán ser inquiridos por los ciudadanos a efectos de que den un cumpli-

---

<sup>112</sup> HÄBERLE, PETER. *Pluralismo y constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta...* op. cit., p. 190.

<sup>113</sup> CARMONA CUENCA, ENCARNACIÓN. *El Estado social de Derecho en la constitución...* op. cit., pp. 156-160; WEBER, ALBRECHT. *L'Etat social et les droits sociaux en RFA...* op. cit., p. 690.

miento eficaz de las prestaciones que se corresponden con la satisfacción de derechos sociales<sup>114</sup>.

En esa medida, las razones expuestas hasta aquí abonan a favor de una concepción unitaria de todos los derechos fundamentales -incluidos los sociales- basada en la dignidad y la autonomía humana<sup>115</sup>.

### 3.5 Necesidad de un tratamiento integral de los derechos fundamentales

De acuerdo a lo que hemos venido sosteniendo, tanto los derechos sociales como los derechos individuales de contenido liberal pueden ser caracterizados como un conjunto de obligaciones positivas y negativas a cargo del Estado. En ese sentido, la

---

<sup>114</sup> CASCAJO CASTRO, JOSÉ LUIS. *La tutela constitucional de los derechos sociales...* op. cit., pp. 67-68; LANDA ARROYO, CÉSAR. *Apuntes para la protección constitucional de los derechos sociales de la familia*. En vv.AA *La familia en el derecho peruano. Libro homenaje al Dr. Héctor Cornejo Chávez*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1990, p. 140.

<sup>115</sup> RUIZ MIGUEL, ALFONSO. *Derecho liberales y derechos sociales...* op. cit., p. 655; CASCAJO CASTRO, JOSÉ LUIS. *La tutela constitucional de los derechos sociales...* op. cit., p. 72. En un sentido más crítico, CARBONELL señala que es necesario para los derechos fundamentales «revertir la hoy hegemónica concepción conservadora y subordinar tanto la economía como el propio desempeño de las funciones públicas a los intereses y valores que resguardan los derechos fundamentales [...] Se trata más bien de crear derechos (de libertad, pero sobre todo sociales, económicos y culturales) y poner todos los medios económicos para hacerlos verdaderamente actuantes [...] Pero para ello es necesario derrotar, en el campo de las ideas, al pensamiento único de carácter neoconservador, que a nombre de las libertades (de mercado, por supuesto), ha disparado como nunca antes las diferencias sociales entre los hombres». CARBONELL, MIGUEL. *La Constitución en serio. Multiculturalismo, igualdad y derechos sociales. . Multiculturalismo, igualdad y derechos sociales*. México: Porrúa – UNAM, 2001, pp. 58-59.

adscripción de un derecho al catálogo de derechos civiles y políticos o al de derechos sociales tiene sólo un sentido ordenador o pedagógico, ligado al momento histórico en el que se presentaron las reivindicaciones sociales que les darían contenido<sup>116</sup>.

En esa medida, considerando que ambos *tipos* de derechos tienen como fundamento la dignidad humana, conviene darles un tratamiento más uniforme, en el que se ponga en evidencia sus coincidencias sobre las obligaciones que de ellos emanan. Es decir, dar a los derechos fundamentales sociales y a los derechos fundamentales de libertad un tratamiento unitario ligado a las coincidencias basadas en el contenido de las obligaciones. Sobre la base del objetivo mencionado, podemos entender los derechos fundamentales como «*un continuum de derechos, en el que el lugar de cada derecho esté determinado por el peso simbólico del componente de obligaciones positivas o negativas que lo caractericen*»<sup>117</sup>. Así, algunos derechos ostentarán esencialmente rasgos que se correspondan más con las obligaciones negativas del Estado, como el derecho a la libertad de conciencia prevista en el artículo 2º inciso 3 de nuestro Texto Constitucional, mientras que otros se identificarán más con las obligaciones positivas, como podría ser el derecho de las familias a una vivienda digna recogido en el artículo 10º de nuestra antigua Carta Constitucional de 1979. No obstante, entre estos dos polos del *continuum* es posible encontrar una serie de derechos, en los que ambos tipos de obligaciones se combinan en proporciones diversas.

Para complementar, entonces, la clasificación entre obligaciones negativas y obligaciones positivas, a criterio de ABRAMOVICH Y CURTIS, es necesario pasar a un segundo nivel de clasificación de

---

<sup>116</sup> PÉREZ LUÑO, ANTONIO. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 5ª ed., 1993, pp. 35-40.

las mismas. En este segundo momento de clasificación, el criterio diferenciador a emplear es el tipo concreto de actuación que corresponde al Estado. Dicho de otro modo, se trata de una clasificación de las obligaciones que se corresponda más con las distintas funciones que cumple el Estado –legislativa, administrativa, jurisdiccional-. Ello, porque «*La concreción de los derechos sociales depende, significativamente, de que tanto la función legislativa, como la judicial, den tratamiento de derecho directamente vinculante a aquellas disposiciones constitucionales que versan sobre derechos complementarios a la libertad jurídica, que perfeccionan la igualdad y engrosan la justicia dignificante del libre desenvolvimiento de la personalidad*»<sup>118</sup>

En ese sentido, los autores que seguimos, valiéndose de los deberes a los que se comprometen los Estados cuando ratifican tratados internacionales sobre derechos humanos<sup>119</sup>, señalan tres tipos de obligaciones: (i) *obligaciones de respeto* que suponen el deber del Estado de no injerir, obstaculizar o impedir el acceso o disfrute de los bienes que forma parte del contenido del derecho; (ii) *obligaciones de protección* que exigen al Estado la adopción de acciones para impedir que otros sujetos impidan, obstaculicen, dañen o amenacen la satisfacción de los derechos fundamentales; y, por último, (iii) *obligaciones de satisfacción* que atribuyen al

---

<sup>117</sup> ABRAMOVICH, VÍCTOR. Y COURTIS, CHRISTIAN. *Los derechos sociales como derechos exigibles...* op. cit., p. 27. En sentido similar, GOMES CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM. *Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales*. En *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Nº 1, Madrid: CEC, 1988, p. 259

<sup>118</sup> RODRÍGUEZ OLVERA, ÓSCAR. *Teoría de los derechos sociales en la constitución abierta...* op. cit., p. 235.

<sup>119</sup> En concreto nos referimos al Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales adoptado el 16 de diciembre de 1966 en el seno de Naciones Unidas, ratificado e incorporado al ordenamiento jurídico peruano el 28 de abril de 1978.



Estado el deber de garantizar que el sujeto titular de derechos acceda a los bienes que dan contenido al derecho fundamental, teniendo en cuenta que éste por sus propios medios no puede lograrlo. Asimismo, importan el deber del Estado de desarrollar las condiciones –estructurales, organizacionales y materiales- para que los individuos puedan ver realizados sus derechos o mejorada la satisfacción de los mismos<sup>120</sup>.

El cumplimiento de las obligaciones de satisfacción debe cumplirse bajo el criterio de progresividad que tiene aparejada a la prohibición de no regresividad de los derechos. Esto último, consiste en la obligación del legislador o del titular de poder de reglamentación de los derechos sociales, de no reducir el nivel de los derechos sociales de los que goza la población<sup>121</sup>. Sin embargo, estos principios no inmovilizan el sistema jurídico, sobre todo cuando los recursos del Estado exigen un recorte de los gastos. En todo caso, lo importante será que, en los hechos, el derecho no resulte vaciado de contenido<sup>122</sup>.

Por otro lado, el cumplimiento de las obligaciones de satisfacción no involucra, únicamente, la provisión directa de bienes y servicios a la población, sino que también dichas obligaciones se realizan estableciendo regulaciones que dispongan cuáles son los procedimientos necesarios para la realización de los derechos, o encargando la prestación de servicios a tercero, pero siempre bajo su fiscalización. No obstante, y aunque el tema de la exigibilidad

---

<sup>120</sup> ABRAMOVICH, VÍCTOR. Y COURTIS, CHRISTIAN. *Los derechos sociales como derechos exigibles...* op. cit., pp. 29-31.

<sup>121</sup> Ibid...pp. 95-96.

<sup>122</sup> COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Observación General N° 3, *La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*, 1990, párrafo 10.

excede el objetivo del presente trabajo, es preciso mencionar que las denominadas garantías de satisfacción serían, en principio, el tipo de obligaciones que revisten mayor dificultad al momento de ser exigidas jurisdiccionalmente, puesto que, la definición o determinación exacta de las prestaciones, servicios o bienes que las satisfacen, así como de los órganos encargados de cumplirlas, requiere de la intervención de los órganos políticos –Legislativo y Ejecutivo– para su implementación. El diseño y ejecución de las políticas económicas y sociales del Estado, en el marco flexible que establece la Constitución, es una competencia que, en su totalidad, no puede ser suplida por los jueces sin poner en cuestión el principio democrático y el propio diseño constitucional.

La revisión teórica hecha hasta aquí constituye, a nuestro juicio, los postulados a partir de los que se deben interpretar y dar concreción a los derechos sociales reconocidos en la Constitución de 1993.

### **3.6 Los derechos sociales en la Constitución de 1993**

Tal como hemos mencionado antes, el artículo 43º de la Constitución define al Perú como una República social y democrática, es decir, adopta como fórmula de Estado social y democrática. En esa medida, resultan de aplicación al ordenamiento constitucional peruano las reflexiones sobre este modelo de Estado, así como las implicancias respecto al catálogo de derechos reconocido en la Constitución.

No obstante, el Texto Fundamental de 1993 distingue formalmente entre derechos fundamentales de la persona, reconocidos en el Capítulo I del Título I de la misma, y derechos sociales y económicos, incorporados en el Capítulo II del mismo Título. Sin embargo, tal distinción tanto desde el punto de vista sustantivo o material, como procesal no tiene relevancia en lo que toca a

la eficacia normativa de los derechos sociales reconocidos en nuestro Texto Constitucional

Desde el punto de vista sustantivo, la concepción formal de los derechos fundamentales<sup>123</sup> que se habría buscado incorporar a la Constitución de 1993 es desvirtuada por el artículo 3º de la misma Carta Fundamental que establece una norma de apertura para el catálogo de derechos fundamentales y viene a equiparar las categorías derechos fundamentales con derechos constitucionales. Así lo ha sostenido el Tribunal Constitucional al señalar que «*la enumeración de los derechos fundamentales previsto en la Constitución, y la cláusula de los derechos implícitos o no enumerados, da lugar a que en nuestro ordenamiento todos los derechos fundamentales sean a su vez derechos constitucionales, en tanto es la propia Constitución la que incorpora en el orden constitucional no sólo a los derechos expresamente contemplados en su texto, sino a todos aquellos que, de manera implícita, se deriven de los mismo principios y valores que sirvieron de base histórica y dogmática para el reconocimiento de los derechos fundamentales*»<sup>124</sup>.

En esa medida, al amparo de dicha cláusula es posible incorporar al catálogo de derechos fundamentales los derechos reconocidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución, denominado *De los derechos sociales y económicos*. Este Capítulo del Texto Constitucional, como su nombre lo indica, reconoce una

---

<sup>123</sup> Este concepto formal identifica únicamente como derechos fundamentales a los derechos expresamente considerados como tales por la propia norma constitucional. ALEXY, ROBERT. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Serie de teoría jurídica y filosofía del Derecho, N° 28, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 21

<sup>124</sup> Sentencia correspondiente al Expediente N° 1417-2005-AA-TC de 8 de julio de 2005, F. J 4.

serie de derechos que se corresponden con los derechos que la dogmática ha identificado como derechos sociales; así, se encuentran, entre otros, el derecho a la salud, a la seguridad social, a la educación, el derecho al trabajo y demás derechos constitucionales de los trabajadores. Asimismo, varias de las normas contenidas en este capítulo, además de reconocer derechos sociales, contienen mandatos al legislador, para que por medio de leyes determine la forma de ejercicio y estructura de dichos derechos.

Por otro lado, esta equiparación entre derechos fundamentales y derechos constitucionales, así como la consecuente incorporación de los derechos sociales a dicho catálogo abona a favor de un tratamiento integral de todos los derechos reconocidos en la Constitución. Este trato integral también se ve reflejado en lo que toca a la protección jurisdiccional de los mismos a través de procesos constitucionales.

No obstante, y en la medida que la exigibilidad de los derechos sociales es un tema que rebasa las pretensiones de este trabajo, sobre la perspectiva procesal sólo mencionaremos que el Título V del Texto Constitucional, donde se establece cuáles son los procesos constitucionales para la protección de los derechos, no es posible encontrar alguna norma que explícitamente establezca límites al papel de la jurisdicción constitucional en la protección de los derechos sociales. En concreto, el artículo 200° inciso 2) de la Constitución peruana dispone que el proceso de amparo procede contra el hecho u omisión de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnere, o amenace ciertamente, los derechos reconocidos en la Constitución que no fueran objeto de los procesos de *habeas corpus* y *habeas data*, entre los que se hallan los derechos sociales. De esta forma, la Constitución no establece restricciones respecto a la protección que, a través del amparo, pueda darse a todos los derechos en ella previstos; pues no hace diferencia entre derechos sociales y derechos individuales de libertad. De igual modo, el Código Procesal Constitucional, en consonancia con la naturaleza

residual y urgente del proceso de amparo, dar más elementos para determinar que a través de los procesos constitucionales se brinda un nivel de protección a los derechos fundamentales sociales reconocidos en nuestra Carta Fundamental.

Respecto a los derechos fundamentales reconocidos en el Texto Constitucional, el Tribunal Constitucional ha sostenido que los mismos, entre los que se incluyen los derechos sociales, no sólo constituyen derechos exigibles jurisdiccionalmente, es decir derechos individuales, sino que también forman parte del conjunto de valores o elementos que dan contenido material al Estado constitucional. Vale decir, ostentan una doble naturaleza o carácter<sup>125</sup>. En esa medida, su realización demanda la actuación positiva del Estado, aunque su actividad estará graduada en niveles dependiendo del derecho del que se trate. No obstante, a pesar de aceptar la condición de derechos fundamentales de los derechos sociales, este Colegiado inicialmente señaló que se trataban de derechos de *«preceptividad diferida, prestacionales, o también denominados progresivos o programático [...] no se trata de derechos autoaplicativos; su vigencia y exigibilidad requiere de una participación protagónica del Estado en su desarrollo»*<sup>126</sup>. Es decir, primigeniamente aceptó la condición de derechos fundamentales de los derechos sociales, pero, a la par, y debido a las peculiaridades de éstos matizó su eficacia normativa e insertó en su jurisprudencia el equívoco y poco adecuado término de derechos programáticos<sup>127</sup>, dándoles una tratamiento distinto a de los otros derechos fundamentales.

---

<sup>125</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Sentencia correspondiente al Expediente N° 976-2001-AA/TC de 13 de marzo de 2003, F.J 5.

<sup>126</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia correspondiente al Expediente N° 0011-2002-AI/TC de 11 de junio de 2003, F.J 9.

<sup>127</sup> Cabe señalar que el TC ha atribuido, nuevamente, el carácter de programático a las normas constitucionales que contienen derechos

Esta posición general del Tribunal Constitucional sobre los derechos sociales no necesariamente se condijo con su expresa adscripción a la teoría institucional de los derechos fundamentales<sup>128</sup>. Dicha posición dogmática plantea superar la distinción tajante entre los derechos fundamentales de índole individual-liberal y los derechos sociales pues, como señala el propio TC dicha «clásica polémica entre los férreos postulados del Estado liberal y el Estado social hoy debe concebirse como superada. Ninguna de las dos posturas, consideradas por separado, permiten una cabal comprensión y protección de los derechos fundamentales [...] La persona humana, como titular de derechos, no tiene por qué ser entendida de modo excluyente, o como individuo o como miembro de una comunidad, pues ambas concepciones confluyen en ella»<sup>129</sup>. En esa medida, la posición adoptada posteriormente por dicho Colegiado resulto más acorde a la teoría institucional.

En efecto, en sus sentencias de amparo referidas a la atención médica gratuita que el Estado debía brindar a los enfermos de SIDA, el Tribunal Constitucional superó la definición programática de los derechos sociales. Así, señaló las normas que reconocen derechos sociales no son «*meras normas programáticas*

---

sociales. V. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia correspondiente al Expediente N° 0008-2003-AI/TC de 11 de noviembre de 2003, fundamento jurídico 6. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia>, consultada en abril de 2004.

<sup>128</sup> Sobre la teoría institucional de los derechos fundamentales V. HÄBERLE, PETER. *La libertad fundamental en el Estado constitucional...* op. cit., pp. 163ss. Asimismo, LANDA ARROYO, CÉSAR. *Tribunal constitucional y Estado democrático...* op. cit., pp. 329ss. Una descripción de la misma también ha sido hecha por BÖCKENFÖRDE, ERNST. *Escritos sobre derechos fundamentales...* op. cit., pp. 53ss.

<sup>129</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia correspondiente al Expediente N° 001-2002-AI/C... op. cit., fundamento jurídico 12. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia>, consultada en abril de 2004.

*de eficacia mediata, como tradicionalmente se ha señalado para diferenciarlos de los denominados derechos civiles y políticos de eficacia inmediata, pues justamente su mínima satisfacción representa una garantía indispensable para goce de los derechos civiles y políticos. De este modo, sin educación, salud, calidad de vida digna en general, mal podría hablarse de libertad e igualdad social, lo que hace que tanto el legislador como la administración de justicia deban pensar en el reconocimiento de los mismos en forma conjunta e interdependiente»<sup>130</sup>.*

En esa misma el Tribunal, respecto al derecho a la pensión, ha señalado que en su calidad de derecho social *«impone a los poderes públicos la obligación de proporcionar prestaciones adecuadas a las personas en función a criterios y requisitos determinados legislativamente, para subvenir sus necesidades vitales y satisfacer los estándares de la «procura existencial». De esta forma se supera la visión tradicional que suponía distintos niveles de protección entre los derechos civiles, políticos, sociales y económicos, atendiendo al principio de indivisibilidad de los derechos fundamentales y a que cada uno formaba [sic] un complejo de obligaciones de respeto y protección –negativas- y de garantía y promoción –positivas- por parte del Estado»<sup>131</sup>. Este razonamiento, a nuestro juicio, resulta aplicable a los demás derechos sociales y, en esa medida, se ubicaba dentro del esquema integral de los derechos fundamentales que planteamos, la cual, como ya hemos señalado favorece la eficacia normativa directa de los derechos sociales.*

---

<sup>130</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia correspondiente al Expediente N° 2945-2003-AA/TC de 20 de abril de 2004, F.J 11; Sentencia correspondiente al Expediente N° 2016-2004-AA/TC de 5 de octubre de 2004, F.J 10.

<sup>131</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia correspondiente al Expediente N° 0050-2004-AI – 0051-2004-AI – 004-2005-AI – 007-2005-AI – 09-2005-AI/TC de 3 de junio de 2005, F.J 74.

Sin embargo, hace muy poco, la tesis acerca del carácter programático de los derechos sociales, así como el de su preceptividad aplazada o diferida ha sido nuevamente retomada<sup>132</sup>. Efectivamente, el Tribunal Constitucional ha vuelto a acoger concepto antiguo que ha contribuido al mantenimiento de una visión confusa acerca del carácter normativo de los derechos fundamentales sociales; además, como para agravar la confusión sobre la posición jurídica de los derechos sociales, en el mismo fundamento jurídico señala que éstos «*tienen la naturaleza propia de un derecho público subjetivo, antes que la de un derecho de aplicación directa*». De esta forma, se emplea una categoría jurídica «*una categoría histórica adaptada al funcionamiento de un determinado tipo de Estado liberal, y a unas condiciones materiales que han sido superadas por el desarrollo económico-social de nuestro tiempo. De ahí que la pretensión de proyectar esa categoría a los supuestos actuales implique una distorsión*»<sup>133</sup>. Dicho de otro modo, se emplea una categoría superada, pues la visión de los derechos como concesiones del Estado, como se entendían los derechos públicos subjetivos<sup>134</sup>, no se adapta al Estado social y democrático.

No obstante, y con el ánimo de reivindicar la labor del Tribunal Constitucional en lo que respecta a la protección de los derechos fundamentales, a pesar de la falta de claridad en la terminología empleada, en la práctica éste ha cumplido una activa labor en defensa de ciertos derechos sociales, la cual se dirigió inicialmente a la protección de los derechos al trabajo y a la seguridad

---

<sup>132</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia correspondiente al Expediente N° 1417-2005-AA-TC de 8 de julio de 2005, f. J 14..

<sup>133</sup> PÉREZ LUÑO, ANTONIO. *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución...*op. cit., p. 34

<sup>134</sup> JELLINEK, GEORG. *Teoría general del Estado*. Granada: Comares, 2000, pp. 400-419



social, pero que luego ha extendido al derecho a la salud y al medio ambiente<sup>135</sup>. Dicha actividad da cuenta de cómo este órgano constitucional habría asumido una postura que acepta la eficacia normativa directa de los derechos sociales en ciertos casos, ello en atención al contenido y la forma en que se ha recogido cada derecho en el Texto Constitucional, así como los tipos de obligaciones que dimanen de cada derecho.

En esa medida, antes de afirmar la eficacia normativa aplazada o diferida, o el carácter programático de todos los derechos sociales en nuestra Constitución es pertinente atender a las específicas normas constitucionales que los reconocen, las cuales pueden ser normas-reglas o normas-principios. Así, frente a cada derecho concreto –y en cada caso concreto–, será pertinente determinar tanto el tipo de norma de que se trata –regla o principio– y, por ende, el grado de cumplimiento que corresponde. Asimismo, corresponderá establecer el tipo de obligaciones que se derivan de ella, las mismas que, como hemos visto, pueden ser clasificadas en positivas o negativa, así como en obligaciones de respeto, protección o satisfacción.

---

<sup>135</sup> Al respecto pueden consultarse, entre otras: Tribunal Constitucional. Sentencia correspondiente al Expediente N° 1124-2001-AA/TC de 11 de julio de 2002; Sentencia correspondiente al Expediente N° 976-2001-AA/TC de 13 de marzo de 2003; Sentencia correspondiente al Expediente N° 018-2001-AI/TC de 6 de noviembre de 2002; Sentencia correspondiente al Expediente N° 1429-2002-HC/TC de 19 de noviembre de 2002; Sentencia correspondiente al Expediente N° 0964-2002-AA/TC de 17 de marzo de 2003; Sentencia correspondiente al Expediente N° 2945-2003-AA/TC de 20 de abril de 2004; Sentencia correspondiente al Expediente N° 2016-2004-AA/TC de 5 de octubre de 2004; Sentencia correspondiente al Expediente N° 0050-2004-AI – 0051-2004-AI – 004-2005-AI – 007-2005-AI – 09-2005-AI/ TC de 3 de junio de 2005.

#### IV. DERECHO A LA IGUALDAD Y DERECHOS SOCIALES A MANERA DE REFLEXIÓN FINAL

Tal como hemos indicado, el conjunto de derechos sociales busca asegurar un mínimo de condiciones materiales que aseguren o hagan realidad, en igualdad, el ejercicio de los derechos fundamentales clásicos. En esa medida, su reconocimiento en los Textos Constitucionales ha transformado la relación entre el Estado y los individuos, pues en virtud de ellos, el Estado está obligado a garantizar unos mínimos existenciales que concreten los principios de igualdad y justicia social<sup>136</sup>.

En esa medida, los derechos sociales se erigen también en institutos que buscan equilibrar la relación dialéctica entre libertad e igualdad, pues este equilibrio debe hallarse a través de medidas estrictas que permitan la conservación, pero también la realización de ambos principios<sup>137</sup>. Es decir, se tratan de derechos que *«toman la tendencia de abrir la libertad hacia la igualdad, a través de la libertad socioeconómica que brinda la alternativa de acción o posibilidad real de ejercer la libertad jurídica fundamentalizada. La igualdad de oportunidades y la correcta repartición de libertades, son medios idóneos para conseguir dicho fin»*<sup>138</sup>.

En efecto, tal como hemos señalado antes, los derechos sociales, en el marco del Estado social y democrático, cumplen tres

---

<sup>136</sup> CASTRO CID, BENITO DE. *Los derechos económicos, sociales y culturales. Análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos*. León: Universidad de León, 1993, pp. 47-48

<sup>137</sup> HÄBERLE, PETER. *Pluralismo y constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta...* op.cit., p. 204.

<sup>138</sup> RODRÍGUEZ OLVERA, ÓSCAR. *Teoría de los derechos sociales en la constitución abierta*. Granada: Comares, 1998, p. 237.

funciones: correctora, liberadora e igualadora. La primera de ellas está referida a los derechos sociales amplían la eficacia de los derechos fundamentales de libertad y permiten que los ejerzan un número mayor de individuos; la segunda hace referencia a la mayor densidad que adquieren las libertades fundamentales al ser complementadas por los derechos sociales y; finalmente, se refiere a que los derechos sociales posibilitan la realización de la igualdad material entre los seres humanos.

Precisamente, es en la función igualadora que cumplen los derechos sociales dónde podemos encontrar el nexo que existe entre el derecho a la igualdad -que también es considerado un principio del Estado social y democrático- y dichos derechos. Esto se explica en que, tanto los derechos sociales como el contenido material del derecho a la igualdad, surgen y se consolidan en el mismo momento histórico, convirtiéndose en elementos esenciales o característicos del modelo de Estado social y democrático.

No obstante, además del origen común y su relevancia para el mencionado modelo estatal, la conexión intrínseca entre el derecho a la igualdad y los derechos sociales se halla sobre todo en el papel de presupuesto que éstos tienen respecto a la igualdad material. Los derechos sociales, constituyen el soporte material que permitiría concretar la igualdad de oportunidades para todas las personas, sea en el ejercicio de sus derechos fundamentales como en su posición frente al ordenamiento jurídico. En efecto, si tenemos en cuenta que «*la motivación de todas las manifestaciones del reforzamiento social de los derechos fundamentales es la de perseguir la igualdad sustancial incluido el reconocimiento de derechos sociales*»<sup>139</sup>, la realización de los derechos a la educación, a la

---

<sup>139</sup> JIMÉNEZ GLÜCK, DAVID. *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional...op.cit.*, p. 308.

salud, a una pensión, entre otros, supone dar a todos los individuos la misma seguridad material, de manera tal que las desigualdades fácticas no sean un carga en el libre desarrollo de cada uno.

Finalmente, el nexo entre los derechos sociales y el derecho a la igualdad, se plasma también en la efectividad o realización de ambas instituciones; así, los niveles de concreción de los primeros dan cuenta de una comunidad más o menos igualitaria, sobre todo en lo que respecta a la seguridad material y la satisfacción de necesidades básicas. Esto cobra especial significado en una comunidad como la peruana, donde siempre ha existido una inequitativa distribución de los recursos materiales y, además, la pobreza y la exclusión resultan ser problemas estructurales, como en su momento nos lo recordó la Comisión de la Verdad y Reconciliación<sup>140</sup>.

En esa medida, la realización de los derechos sociales se manifiesta como una necesidad que fluye del principio de dignidad de la persona humana reconocido en el artículo 1º de nuestro Texto Constitucional. Asimismo, es una exigencia del derecho a la igualdad, pero también una de las implicancias de entender al Perú como un Estado social y democrático; ello, porque la igualdad material y la reducción de la inseguridad fáctica son variables indispensable en la construcción de un verdadero sistema democrático. Por ello, desde nuestra realidad, es preciso reflexionar y profundizar el debate sobre la forma de dar concreción y efectividad a los derechos sociales.

---

<sup>140</sup> COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN. *Hatún Willakuy. Versión abreviada del Informe Final*. Lima: CVR, 2004, p. 337-339

# ESTADO SOCIAL Y DEMOCRATICO DE DERECHO. ALGO MAS QUE RETORICA \*

*Andrés Ollero*

Catedrático de Filosofía del Derecho.  
Universidad Rey Juan Carlos (Madrid).

## I. INTRODUCCIÓN

Cuando hace ahora veinticinco años, en las primeras líneas del articulado de su Constitución, «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho», tal afirmación no dejaba de suscitar alguna controversia. Quizá el paso del tiempo permita aventurar algún provisional balance, tanto sobre el efectivo alcance de dicha constatación o propósito como sobre las vías por las que ha llegado a hacerse posible.

La alusión al Estado «social» marcaba un obvio contrapunto al viejo modelo liberal de Estado de Derecho. Este pretendía sólo someter al imperio de la ley a los poderes públicos, a los que se pretendía poner freno en garantía de unos derechos y libertades individuales enfrentados a ellos defensivamente. Resultaba obvio por demás en qué medida aquellos derechos de la llamada pri-

---

\* El objeto de esta ponencia ha sido tratado, con mayor número y amplitud de notas, en el trabajo de idéntico título incluido en el libro colectivo *El modelo social en la Constitución Española de 1978* publicado en Madrid en 2003 por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, con motivo de los veinticinco años de la Constitución española (págs. 55-66).

mera generación habían dado luego paso en un contexto más socializador que individualista a una segunda generación de derechos, que cobraban sentido por la posibilidad de recabar de esos mismos poderes una prestación que permitiera hacerlos efectivos. Tal evolución histórica era pacíficamente admitida y se había plasmado igualmente en el ámbito económico, patentando la no muy individualista fórmula alemana de la economía «social» de mercado.

Más problemático resultaba qué alcance pretendiera darse a la alusión al Estado «democrático» de derecho, cuya matriz histórica distaba de resultar obvia. Los intentos de explicitar su sentido parecían emparentar tal fórmula con un entendimiento del socialismo como obligada plenitud histórica de la utopía liberal; tomado en serio abocaría a un final de la historia, de dudosa compatibilidad con el pluralismo reconocido como valor superior del ordenamiento por ese mismo artículo 1. En un momento en que los entonces principales partidos de la oposición mantenían como seña de identidad una ideología que aseguraba no haber renunciado a la dictadura del proletariado, más de uno optaba por desdramatizar la cuestión, reduciéndola a colofón retórico.

De lo que no parecía haber mayor duda es del emparentamiento de este intencionado frontispicio con el artículo 9.2 del propio texto constitucional: «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social». Su conocida filiación italiana alentaba más de una suspicacia, al haber servido de bandera a las invitaciones, por entonces pujantes, a un uso alternativo del

derecho<sup>1</sup>. Manteniendo el dualismo social impuesto por el materialismo dialéctico y su lucha de clases, se trataría de ir logrando que el ordenamiento jurídico fruto de una sociedad burguesa fuese utilizado en beneficio de los explotados. Para más de uno aquello aparecía como el amenazador anuncio de la voluntad de lograr por vía judicial lo que, a través de elecciones democráticas, no podría alcanzarse por vía legislativa. Algo así como: hagan los burgueses residuales las leyes que ya pondremos nosotros las sentencias. Podía invitar sin embargo a relativizar tales riesgos la previsión de que el citado artículo, excluido de la protección reforzada del recurso de amparo, no parecía destinado a dar demasiado juego en el posterior desarrollo constitucional.

No es de extrañar que los sectores menos entusiasmados con la Constitución, no faltos obviamente de relevante representación en el mismo Poder Judicial, pretendieran traducirla a términos jurídicos como una especie de sustitutivo de las programáticas leyes fundamentales del régimen predemocrático. Falta de consistencia jurídica propia, precisaría de una «interpositio legislatoris» para llegar a surtir efectos; sin excluir siquiera de tan desvalida situación a artículos como el 14, que sí gozaban de protección por vía de amparo. Se preconizaba pues una parsimoniosa pasividad judicial. No faltaba por lo demás quien insinuara que la propia Constitución (art. 117.1) consideraba a los jueces «sometidos únicamente al imperio de la ley», por lo que los mandatos constitucionales habría que entenderlos dirigidos al Poder Legislativo. Por si fuera poco, actuaba como

---

<sup>1</sup> De dicho debate me ocupé en *Poder Judicial y transición democrática en España* «Sociología y Psicología Jurídicas» (Colegio Abogados Barcelona) 1982 (9) págs. 7-42; trabajo incluido luego, en versión resumida, en *Inter-pretación del derecho y positivismo legalista*, Madrid, Edersa, 1982, págs. 167-188.

trasfondo teórico un estricto normativismo jurídico, que animaba a considerar a los principios como mera música celestial.

La respuesta del Tribunal Constitucional fue contundente, al sentar drásticamente el carácter de norma jurídica directamente aplicable que era obligado reconocer a la Constitución<sup>2</sup>. De ello derivaba, en consecuencia, una particular responsabilidad de los jueces controlando la validez de las leyes preconstitucionales, aplicando sin aguardar a futuros desarrollos legislativos el último párrafo de su Disposición Derogatoria, que obliga a considerar afectadas por ella «cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución».

La siempre problemática frontera entre legalidad y constitucionalidad inauguraba así un apasionante debate de difícil cierre. Pronto se vería acompañada por el inútil intento de reducir el control constitucional a mera «legislación negativa», según el modelo kelseniano. Este diseñaba el sistema de control 'concentrado' de constitucionalidad, que hacía suyo nuestra norma suprema; pero no preveía ni por asomo la posibilidad de recursos en amparo de derechos fundamentales, a los que la teoría pura no reconocía consistencia jurídica propia.

La idea de la «legislación negativa», que reduciría el papel del Tribunal Constitucional a la posibilidad de extraer del ordenamiento normas puestas por el Legislativo, sin permitirse poner nada por su cuenta, resultaba consoladora para los partidarios de una pasividad judicial neutra, rayana en lo extraterrestre. Allá legisladores positivos y negativos con sus conflictos; los jueces a

---

<sup>2</sup> En la STC 80/1982, F.1; de ella me ocupé en *Principio de igualdad y teoría del derecho. Apuntes sobre la jurisprudencia relativa al artículo 14 de la Constitución*, incluido en *Derechos humanos y metodología jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, págs. 271-296.



lo suyo. Los recursos de amparo acabarían sin embargo rindiendo un envenenado homenaje al Poder Judicial. Concebidos como subsidiarios de su labor, niegan al Tribunal Constitucional la posibilidad de sanar vulneraciones de derechos sin que antes haya tenido ocasión de hacerlo la jurisdicción ordinaria. El paradójico resultado acaba siendo que la mayoría de la admisión de amparos se traducirá precisamente en la anulación resoluciones judiciales, sin excluir las del propio Tribunal Supremo. La jurisprudencia constitucional cobrará así un carácter indisimuladamente positivo y corrector, que tendrá al Poder Judicial como privilegiado destinatario.

Particularmente expresiva de la nueva situación resultó su oscilante doctrina sobre el principio de igualdad en la aplicación de la ley. Desde una perspectiva legalista sólo preocupaba una igualdad ante la ley, concebida en realidad como igualdad en la ley: ésta no podía tratar de modo desigual a unos u otros ciudadanos sin aportar un fundamento objetivo y razonable que descartara toda discriminación. La obvia e insuprimible creatividad judicial lleva a plantearse de qué sirve contar con normas esmeradamente igualitarias si luego en la aplicación de la ley, por vía administrativa o sobre todo judicial (incluso llevada a cabo por un mismo órgano...), se acaban tratando de modo desigual casos idénticos. El Tribunal Constitucional vacilará, una vez más, entre una inhibición «negativa», que le evite asumir una «casación universal», y una acción positiva en defensa de una igualdad real y efectiva, que acabe convirtiendo el respeto al precedente en exigencia constitucional<sup>3</sup>.

El artículo 9.2 emparentaba también con la doctrina de la función promocional del derecho, que animaba a superar una

---

<sup>3</sup> De ello me he ocupado en *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2005 (2ª).

visión meramente represiva del ordenamiento jurídico. Los poderes públicos habrían, en efecto, de «promover condiciones» y eliminar obstáculos a la libertad y la igualdad. No podían, en consecuencia, limitarse a garantizar que no se produciría entre ciudadanos cara al futuro trato desigual alguno; por dicha vía no harían sino consolidar un ‘statu quo’ históricamente viciado de desigualdad. Habría más bien que erradicar sus arraigadas causas y compensar sus efectos, generando condiciones vitales bien distintas.

Se ensancha así por vía constitucional el angular ya abierto cinco años antes, en un marco aún predemocrático, por la reforma del Título Preliminar del Código Civil, que recordaba la necesidad de aplicar las normas de acuerdo con la «realidad social» del momento. Es esa realidad, que aparece como desigual e incluso discriminatoria, la que vetará cualquier actitud neutra y empujará a acciones positivas capaces de transformarla. Todo ello habrá de llevarlo a cabo el juez, detectando en cada caso situaciones poco «razonables» para aplicar a ellas la Constitución, sin esperar a que el legislador supere cualquier ocasional letargo. Deberá, por otra parte, ocuparse no sólo de la libertad y la igualdad de los individuos, sino también de la «de los grupos en que se integran». Lo «social» contribuirá en efecto a recordar que no existe el individuo aislado; aunque en su condición de tal se le respete, puede acabar sufriendo discriminaciones derivadas del trato que, incluso inconscientemente, tienden a recibir los grupos en los que «por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia» (art. 14 CE) acaba viéndose socialmente inserto.

Todo ello obliga a luchar contra tópicos y estereotipos sociales, lo que no deja de desmentir cualquier intento de dar por supuesto que la Constitución dice en cada momento aquello que los ciudadanos fácticamente comparten. Explicitarla implicará, por el contrario, una dimensión utópica, que llevará

obligada-mente a superar los mínimos garantizables por una «legislación negativa», para explorar «acciones positivas» de las que un juez particularmente activo será obligado protagonista.

Que todo esto no ha sido en veinticinco años mera palabrería lo pone de manifiesto de modo significativo la jurisprudencia constitucional sobre uno de los motivos de discriminación vetados por el ya citado artículo 14: el generado por la pertenencia a uno u otro sexo. Hablo de pertenencia porque si fuera de un contexto social cabría pensar que el sexo es condición que pertenece a cada cual, superada esa visión irreal y convertido el género en categoría cultural, cada cual acaba más bien perteneciendo al suyo, también a posibles efectos discriminatorios.

La peripecia jurisprudencial puesta en marcha para que tal igualdad sea «real y efectiva» sería ininteligible sin la intrusión del artículo 9.2 en el amparado ámbito del artículo 14, como ya he tenido ocasión de poner de manifiesto por extenso<sup>4</sup>. No tendría mayor sentido reiterar ahora dicho análisis, por lo que me remitiré en lo que sigue sólo a sentencias posteriores, sin perjuicio de reenviar ocasionalmente al estudio realizado sobre sus precedentes.

---

<sup>4</sup> Analizando con detalle dicha jurisprudencia, hasta sentencia tan digna de comentario como la 126/1997 sobre la viabilidad constitucional del principio de varonía en la sucesión de los títulos nobiliarios *Discriminación por razón de sexo. Valores, principios y normas en la jurisprudencia constitucional española*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999; lo relativo a dicha sentencia en págs. 87 1-03. No deja de resultar significativo que en el debate constituyente en el Senado se plantee, en Comisión mediante enmienda ‘in voce’, el posible traslado del texto del artículo 9.2, convirtiéndolo en un segundo epígrafe del hoy artículo 14 (por entonces 13) *Constitución Española. Trabajos parlamentarios*, Madrid, Cortes Generales 1980,, t. III, pág. [3136].

## II. LA «REALIDAD SOCIAL» COMO CLAVE INTERPRETATIVA

La denegación del derecho a excedencia para el cuidado de los hijos a una funcionaria interina ha servido, por ejemplo, para escenificar lo ya expuesto. Se nos recordará para empezar que la Constitución, como todo el ordenamiento en su conjunto, no es un mero agregado de normas, sino que los principios juegan en ella un papel decisivo a la hora de marcar «la orientación que debió tener la aplicación de la legalidad»; condición indispensable para lograr la «justificación y razonabilidad de la resolución» al problema planteado. Bien es verdad que, demostrando a la vez la dificultad de superar el modelo normativista, se incurre probablemente en la indebida identificación del carácter vinculante de tal juicio con la presunta estructura normativa de su fundamento, al rechazar que los principios sean «meras normas sin contenido»<sup>5</sup>; dando así por hecho que para ser considerados jurídicos habrían de ser normas.

Desde este entramado -no sólo de normas sino también de principios; no menos vinculantes que ellas aunque con muy diversa estructura y dinamismo práctico- habrá que trazar la siempre compleja frontera entre legalidad y constitucionalidad, para dilucidar si ha podido o no producirse la vulneración de un derecho fundamental. Así el Ministerio Fiscal propondrá, con ocasión de un caso semejante al anterior, la denegación del amparo por entender que por razones de legalidad «no puede prosperar la equiparación entre funcionarios de carrera y funcionarios interinos»<sup>6</sup>.

La sentencia admite en principio que «no se proclama en nuestra Constitución ningún derecho a la excedencia voluntaria

---

<sup>5</sup> STC 203/2000, F. 4.

<sup>6</sup> STC 240/1999, A. 10.

para el cuidado de los hijos»; por otra parte, «el interés público de la prestación urgente del servicio puede, en hipótesis, justificar la decisión de que quienes ocupan interinamente plazas de plantilla no pueden a su vez dejarlas temporalmente vacantes, aunque sea para atender bienes o valores constitucionalmente relevantes como son el cuidado de los hijos y la protección de la familia». Al no existir -por razones legales- igualdad de circunstancias, no cabría apreciar -constitucionalmente- trato discriminatorio alguno; tampoco por razón de sexo, al no existir ningún caso en que se la haya «otorgado a un funcionario varón en las mismas circunstancias». Siguiendo esta línea, el magistrado que acabará discrepando del fallo remacha que lo suscitado es «un puro problema de legalidad ordinaria consistente en si los funcionarios interinos son titulares del derecho de excedencia»<sup>7</sup>.

Un «legislador negativo» no tendría demasiado más que añadir; pero determinados aspectos de la realidad social pueden exigirle poner algo más de su parte. El hecho, por ejemplo, de que la demandante «llevaba más de cinco años en esta situación de supuesta interinidad» no parece inocuo. Aludir en tal contexto al «carácter temporal y provisional» de su trabajo, o considerarlo motivado por la «necesidad y urgencia de la prestación del servicio», resultaría «en extremo formalista»; con lo que la denegación de excedencia pasa a considerarse «claramente desproporcionada»<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> STC 240/1999 F. 4 y 1 y epígrafe 1 del voto particular del magistrado Vicente Conde Martín de Hijas.

<sup>8</sup> STC 240/1999, F. 1 y 4. Tal razonamiento se reitera ante caso similar en la STC 203/2000, F. 3, para la que «no existe justificación objetiva y razonable desde la perspectiva del artículo 14 CE para, en orden al disfrute de un derecho legal relacionado con un bien constitucionalmente relevante como el del cuidado de los hijos, dispensar, a un funcionario interino que lleva más de cinco años ocupando una plaza, un tratamiento jurídico diferente y perjudicial respecto al dispensado a los funcionarios de carrera».

En la medida en que la interinidad aparece como contratación precaria en perjuicio del trabajador, más que como recurso de emergencia en beneficio común, podría considerarse discriminatoria la denegación de excedencia a cualquier interino. Pero no será ésta la consecuencia: «no se trata de afirmar que ante situaciones de interinidad de larga duración las diferencias de trato resulten en todo caso injustificadas», sino que serán otras «circunstancias del caso» y «la trascendencia constitucional del derecho» tratado desigualmente en ellas<sup>9</sup> las que permitan dictaminar su carácter discriminatorio. Deberá tratarse, en concreto, de una interina...

Nos hallamos ante un «dato extraído de la realidad social imperante» que obliga a reaccionar: la negación de excedencia a los interinos «produce en la práctica unos perjuicios en el ámbito familiar y sobre todo en el laboral que afectan mayoritariamente a las mujeres», que con frecuencia «se ven obligadas a abandonar sus puestos de trabajo y a salir del mercado laboral»<sup>10</sup>.

No constituye ningún secreto la relevancia valorativa de esta apelación a la 'realidad social'. No nos hallamos ante una mera constatación sociológica, cuyo refinado conocimiento nos permitiría proyectar con mayor acierto un juicio de valor del que sólo la norma jurídica es depositaria. Los hechos no se nos presentan como «jurídicos» sin ir acompañados de una relevancia normativa, antes aún de haber tenido ocasión de localizarla en el ordenamiento positivo. Las normas no nos acaban de transmitir su mensaje hasta que cobran existencia entrando en correspondencia con hechos concretos.

---

<sup>9</sup> STC 240/1999, F. 7 y 4.

<sup>10</sup> STC 240/1999, F. 5.

Más allá de toda ingenua -y mitificada- separación entre hechos y normas, nos encontramos ante unos hechos que reclaman por sí mismos valorativamente una solución más ajustada y obligan a buscarla en el ordenamiento, de modo que se satisfaga favorablemente este requerimiento de justicia: «la posición de desigualdad afecta sólo a las mujeres y no deriva de la ley sino de la realidad social del momento»; por lo que resultará obligado reconocer que «denegar a una funcionaria interina de larga duración la posibilidad de solicitar las excedencias para el cuidado de su hijo produce una efectiva y real discriminación respecto a la permanencia en el mercado de trabajo»<sup>11</sup>. El nuevo tópico de la 'realidad social' y el clásico de la «naturaleza de las cosas', con su capacidad de «poner en correspondencia» ser y deber ser<sup>12</sup>, parecen así darse la mano.

### III. UN CONCEPTO DINÁMICO DE RAZONABILIDAD

Ha de desaparecer toda pasividad judicial y se ha de trabajar activamente para abordar de modo positivo una situación que perjudica fundamentalmente a la mujer, dado que, de acuerdo a pautas socialmente arraigadas, «la práctica totalidad de quienes han solicitado la excedencia para el cuidado de los hijos son del sexo femenino»<sup>13</sup>. Para empezar habrá que superar toda visión

---

<sup>11</sup> STC 240/1999, F. 7.

<sup>12</sup> Arquetípico al respecto A. KAUFMANN *Analogie und Natur der Sache Karlsruhe*, Müller, 1965, pág. 44. El papel de este trabajo dentro de su obra lo he analizado en *El papel de la personalidad del juez en la determinación del derecho. Derecho, historicidad y lenguaje en Arthur Kaufmann*, «Persona y Derecho» 2002 (47), págs. 281, 285 y 290-291.

<sup>13</sup> «La abrumadora mayoría de los funcionarios y laborales que solicitan la excedencia para el cuidado de los hijos son mujeres» se insiste STC 240/1999, F. 1 y 7. Al magistrado Vicente Conde, sin embargo, «la mezcla del dato de la duración anómala de la interinidad con el de la

del artículo 14 desconectada del 9.2, como la que entre nosotros dio inicialmente paso a una jurisprudencia constitucional 'sex-blind', que sugería -ante el estupor de propios y extraños- que la víctima por antonomasia de la discriminación por razón de sexo era el varón viudo, al que no se reconocía pensión.

La ambivalencia de la desigualdad de trato, según se analice desde un aislado cotejo individual o haciendo entrar en juego la situación del grupo social en el que los afectados se insertan, es notable. La discriminación individual del viudo sin pensión no era sino consecuencia de la práctica expulsión del mercado de trabajo de la mujer, que es a quien realmente discriminaba una sociedad para la que sólo su propia condición de viuda, o alguna otra catástrofe familiar, hacía concebible que tuviera que 'ponerse a trabajar'.

Los estereotipos vinculados al género han de servir de pista para detectar incluso discriminaciones indirectas, encubiertas bajo apariencia de igualdad formal. Se trata de situaciones que ponen de relieve cómo «la discriminación por razón de sexo puede derivarse no sólo de un tratamiento legal diferenciado de situaciones sustancialmente iguales, sino también indirectamente de una realidad social discriminatoria contraria al artículo 14 que un tratamiento formalmente igualitario no repara». Ayudará a constatarlo el análisis sociológico del 'impacto' de dicha situación, aprovechando la notable experiencia acumulada al

---

utilización casi exclusiva de la excedencia para el cuidado de hijos por las mujeres» le parece que «introduce en la argumentación un factor de artificiosidad», con una «paradójica consecuencia»: «a situaciones legalmente irregulares (...) se les viene a reconocer unos derechos», que la sentencia «no tiene inconveniente en negar a las situaciones regulares de interinidad que les sirven de marco legal» epígrafe 1 del voto particular a la STC 240/1999.



respecto en la doctrina norteamericana alentadora de las 'affirmative actions'. Tales datos se convierten en sustitutivo de la mera búsqueda de un término de comparación entre dos casos aislados para buscar luego si existe o no un fundamento objetivo y razonable que justifique su desigual trato. Dejan así bajo sospecha a más de un «tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio del que se deriva por las diversas condiciones fácticas que se dan entre trabajadores de uno y otro sexo un impacto adverso» para uno de los grupos de género; ya que ahora «lo que se compara, no son los individuos sino los grupos sociales en los que se ponderan estadísticamente sus diversos componentes individuales»<sup>14</sup>.

Un punto de vista excesivamente 'neutro' puede acabar dejando excesivo espacio a la inercia de los tópicos y estereotipos sociales, llegando a considerar que si las mujeres acaba asumiendo una mayor responsabilidad dentro del reparto de papeles en la vida familiar es como consecuencia de «una opción libremente

---

<sup>14</sup> STC 240/1999, F. 4 y 6. Tal enfoque está ya presente en la STC 145/1991, de la que nos ocupamos por extenso en *Discriminación por razón de sexo*, págs. 141 144, 146 y 148. Lo que lleva al magistrado Vicente Conde a discrepar es el con-vencimiento, expresado en el epígrafe de su voto parti-cu-lar, de que en la doctrina acerca de la lucha contra la discri-mi-na-ción por razón de sexo «en este caso se avanza un poco más, que considero excesivo»; ya que se venía analizando cuándo «una determinada norma o aplicación de ésta afectaba de modo peyorativo a las mujeres», «aceptando para establecer tal hecho datos estadísticos, y siempre que la medida en cuestión no tuviese una justificación objetiva y razonable al margen de la condición femenina»; «el elemento novedoso de la sentencia» consistiría en que «se minimiza en ella la última salvedad», ateniéndose sólo a un dato estadístico que le «parece insuficiente habida cuenta del reducido campo de comprobación» utilizado, ya que «el dato estadístico es sólo el signo aparente de la dis-criminación, no el hecho constitutivo de la misma».

elegida por éstas»<sup>15</sup>. De ahí que se opte por una dimensión conscientemente utópica, que se sabe no compartida mayoritariamente, al menos en lo que a los comportamientos socialmente vigentes se refiere. Ello explicará que más de una resolución del Tribunal Constitucional no disimule en sus razonamientos una neta intención didáctica.

Así, aunque en uno de los casos analizados la interina hubie-ra acabado disfrutando de «un periodo de excedencia superior al inicialmente solicitado», el Tribunal considerará que subsiste el objeto del proceso con un «diseño de defensa objetiva de la Constitución» que va más allá del caso singular, pues aun desbordando «el ámbito subjetivo del recurso de amparo» no es ajeno a su «dimensión objetiva»<sup>16</sup>.

Más significativo aún de esta actitud es el tratamiento dado a un recurso de amparo motivado por el acoso sexual sufrido por una trabajadora, que considera en consecuencia vulnerado su derecho a la intimidad. La sentencia que la ampara no duda en reconocer que el artículo 14, en lo relativo a la discriminación por razón de sexo, «no se ha invocado en ningún momento por su número ni por su nombre» pero, partiendo de que «tales comportamientos agresivos, contrarios a los valores constitucionales, pueden afectar todavía en el día de hoy, más a las mujeres que a los hombres», considera que «los hechos determinantes y el agravio que constituyen son suficientemente significativos por sí mismos y permiten, sin esfuerzo, identificar el derecho fundamental

---

<sup>15</sup> Así lo afirma el magistrado Vicente Conde en el epígrafe 3 de su voto particular a la STC 240/1999, considerando que «ese fenómeno en las postrimerías del siglo no es un efecto necesariamente derivado de la condición femenina, como lo es el parto».

<sup>16</sup> STC 203/2000, F. 2.

agredido»<sup>17</sup>. Resulta así patente el afán por sensibilizar respecto a una lacra que como la del condicionamiento de su opción por la maternidad, de la que nos ocupamos más abajo podría estar viéndose obligada a soportar más de una trabajadora.

Resulta a estas alturas obvio el 'activismo' judicial a que esta línea jurisprudencial invita. El juez se convierte en pieza clave para que los valores incluidos con intención utópica en la Constitución lleguen a dar su fruto. De ahí que se le aleccione sobre su adecuado papel como garante de los derechos en ellos implicados. Los jueces no pueden «ignorar la dimensión constitucional de la cuestión ante ellos suscitada y limitarse a valorar, para excluir la violación del artículo 14 CE, si la diferencia de trato en relación con el disfrute del derecho a la excedencia por el cuidado de hijos tiene en abstracto una justificación objetiva y razonable, sino que han de efectuar su análisis atendiendo a las circunstancias concurrentes y, sobre todo, a la trascendencia constitucional de este derecho de acuerdo con los intereses y valores familiares a que el mismo responde»<sup>18</sup>.

Podría parecer que la existencia de un fundamento objetivo y razonable deja de ser el criterio decisivo a la hora de apreciar una discriminación; pero se trata de un espejismo.

Cuando se nos reitera que es preciso superar un «principio genérico de igualdad que no postula ni como fin ni como medio

---

<sup>17</sup> STC 224/1999, F. 2; al final reconoce en el fallo que «se ha vulnerado el derecho fundamental de la demandante a su intimidad en desdoro de su dignidad personal»; aunque previamente insista en que no se desconoce con ello que «el acoso sexual en el ámbito profesional puede también tener un engarce constitucional con la interdicción de la discriminación en el trabajo por razón de sexo» *ibidem*, F. 5.

<sup>18</sup> STC 203/2000, F. 4.

la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia de trato», para entender que «la prohibición de discriminación entre los sexos impone como fin y generalmente como medio la parificación»<sup>19</sup>, lo que se nos propone en realidad es abandonar una versión estática, meramente no desigualadora, de lo razonable. Resulta exigible otra, histórica y dinámica, decididamente erradicadora de lo que, por injusto, hace tiempo que debiera haberse considerado poco razonable.

#### IV. JUECES SOMETIDOS AL IMPERIO DE LA CONSTITUCIÓN

Donde el alcance de esta obligada disposición activa del juez se ha venido poniendo particularmente de relieve ha sido al aplicar el Tribunal Constitucional al posible hostigamiento de la trabajadora que da a conocer su estado de embarazo la doctrina que tempranamente estableció con ocasión de despidos indiciariamente vinculados al ejercicio de responsabilidades sindicales. En tales casos incumbirá al empresario probar que el despido obedece a motivos no discriminatorios y al juez preocuparse activamente de que así sea<sup>20</sup>.

Con ello quedará igualmente de manifiesto en qué medida resultan desbordados los esquemas legalistas de aplicación del derecho, y obviamente cualquier asomo de reducción del control de constitucionalidad a 'legislación negativa'. El Tribunal Constitucional se verá obligado a revisar la actuación de los órganos judiciales bastante más a fondo de los que éstos podrían asumir sin incomodidad; dejará incluso en evidencia el carácter

---

<sup>19</sup> STC 17/2003, F. 3.

<sup>20</sup> Así lo establece la STC 38/1981.

obligadamente ficticio de los intentos de reparto de papeles entre órganos judiciales, por la vía de una casación o suplicación que no implicaran en realidad el nacimiento de una nueva instancia. Lo que no puede ser no puede ser, y además es imposible, como apostillaba el castizo maestro...

Para evitar una mecánica inversión de la carga de la prueba, provocada por la mera alegación de un derecho fundamental presuntamente vulnerado, la jurisprudencia constitucional acaba exigiendo previamente un «principio de prueba», que abra una fundada expectativa de «prueba verosímil» o un «panorama indiciario suficiente». La sutil frontera entre estas exigencias y el presunto indicio va a dejar al juez curado de antemano de cualquier tentación de pasividad, y le va a someter con frecuencia al juicio de un Tribunal Constitucional que, por una parte, «no puede limitarse a comprobar que el órgano judicial efectuó una interpretación de los derechos en juego que no fue irrazonable ni arbitraria ni manifiestamente errónea», porque ello sólo satisfaría las formales exigencias procesales del artículo 24 CE, sino que ha de apreciar si se ha garantizado «un derecho fundamental sustantivo»; pero, por otra, habrá de hacerlo «sin que tal actuación suponga revisión de la valoración de la prueba efectuada por el juzgador»<sup>21</sup>.

«No basta con que la trabajadora esté embarazada y demuestre tal dato objetivo, sino que, a partir de tal constatación, es preciso alegar circunstancias concretas en las que fundamentar un presumible trato discriminatorio», lo que puede llevar en alguna ocasión a un pacífico dictamen sobre la insuficiencia de lo alegado<sup>22</sup>. Pero no será así en todos los casos.

---

<sup>21</sup> Ardua tarea que asume en su F. 4 la STC 41/2002.

<sup>22</sup> Así ocurre con la STC 41/2002, a cuyo F. 4 nos hemos referido. No considera «convincentes» las alegaciones de la demandante, que evoca su

No ocurrió, por ejemplo, cuando un Juzgado de lo Social estimó que existían indicios suficientes de despido discriminatorio por embarazo, al apreciar dos hechos: la simultaneidad entre conocimiento del embarazo por un organismo público, atestado por varios de sus cargos, y el cese de la trabajadora; aun admitiendo que ésta había sido contratada para obra y servicio, dentro de un programa que se extinguió al verse privado de financiación europea, hizo notar que ello se había producido más de un año antes y no impidió que se siguiera recurriendo a la trabajadora para labores ajenas a dicho programa. Con posterioridad el Tribunal Superior, al resolver recurso de súplica, estima que los «pretendidos indicios» eran en realidad «meras sospechas y conjeturas»; considera no constatado que el empleador conociera el embarazo, cuya coincidencia con el cese era «tan sólo una mera coincidencia», privando de valor probatorio a los testimonios de sus relevantes cargos, reducidos ahora a «simple opinión»; admite por lo demás que el organismo público, cuyo cuantioso empleo de mujeres lo pondría a salvo de toda sospecha de discriminación, pusiera fin a una situación fraudulenta, como la de mantener en su puesto a quien ya no tenía labor que realizar. El Tribunal Constitucional no quedó muy convencido al respecto y, tras anular la sentencia, consideró firme la del Juzgado, desautorizando inevitablemente al Tribunal Superior<sup>23</sup>.

---

despido anterior tras reincorporarse tras una baja maternal, logrando la readmisión gracias a una fuerte presión sindical; no estima que tal indicio dé paso a un «panorama indiciario suficiente», al no conocer la empresa en este segundo caso su estado de gestación. Tanto el Juzgado de lo Social de Almería como el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía habían descartado el carácter discriminatorio del despido por idéntica razón *ibidem*, A. 2.

<sup>23</sup> STC 17/2003, A.2, d) y e), F. 5.

No deja de resultar curioso que mientras que el organismo público demandado aduce que la recurrente «pretende oponer-se a la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal Superior de Justicia», quedan pocas dudas de que éste no vaciló en asumir dicha tarea, rectificando la llevada a cabo por el juzgador 'a quo'. El Tribunal Constitucional, que se sabe afectado por la «imposibilidad legal y material de alterar los hechos», no abdica sin embargo de «su función de protección del derecho fundamental». Resuelve tan agudo dilema convencién-dose de que sin «revisar la valoración de la prueba efectuada por los jueces y tribunales ordinarios, 'función privativa suya'», puede «alcanzar una interpretación propia del relato fáctico conforme a los derechos y valores constitucionales». Todo consiste, pues, en «analizar los hechos», «tal como fueron declarados por los tribunales ordinarios» (de modo, por demás, contradictorio), aunque, eso sí, «desde la sola perspectiva del derecho fundamental invocado». Que sea posible interpretar rectificadoramente un relato fáctico sin afectar a la evaluación de la prueba en que él mismo consiste, detectando la existencia de «indicios indebidamente desechados en el grado jurisdiccional de suplicación» no deja de ser un profundo misterio; aunque es muy de alabar que se haga «con el propósito descrito»<sup>24</sup> (o sea, sin afán de molestar).

\* \* \*

La referencia del artículo 14 CE al sexo ha dejado, pues, de entenderse de modo neutro, como peculiaridad individual, para resaltar posibles condicionamientos de género de alcance socio-cultural, más amplio que la mera diferencia fisiológica.

---

<sup>24</sup> STC 17/2003, F. 2 y F.6.

Cuando ya nadie duda de la eficacia de la Constitución como norma directamente aplicable, su artículo 9.2 se ha demostrado como una eficaz vía para hacerlo progresar. Su falta de protección por vía de amparo no ha sido óbice para que el Tribunal Constitucional lo haya hecho entrar en juego, con una clara dimensión utópica, invitando a los jueces y tribunales a hacer lo propio, en lucha contra tópicos discriminatorios.

Ello implica dar por hecho que el control de constitucionalidad entendido como *legislación negativa*, que puede conservar su sentido en los recursos contra leyes, habrá de verse por vía de amparo con frecuencia sustituido por exigibles *acciones positivas*. Ello no parece suscitar ya particulares temores respecto a un posible uso alternativo del derecho, doctrina que ha acabado encontrando su lugar natural en ámbitos académicos reducidos (con Brasil, por ejemplo, como exponente privilegiado), en los que rima con las propuestas de una también regional teología de la liberación.

Sí ha obligado a abandonar una visión meramente individual de los derechos y libertades, para descubrir a sus titulares hondamente condicionados por el tratamiento que los grupos en que se ven integrados reciben, de modo más o menos consciente, en el contexto social. A la vez ha resaltado la sutil frontera entre el plano de la legalidad y el de la constitucionalidad, lo que repercute en la obligación del Tribunal Constitucional de entrar en juego, con todo el afán inhibitor que su prudencia le dicte, ante una posible vulneración sustancial de un derecho fundamental, limitándose en otro caso a exigir a la jurisdicción ordinaria el cumplimiento de las garantías formales derivadas de su artículo 24. Que ello no deja de plantear problemas en la práctica, es de sobras conocido; son fruto inevitable de la valencia positiva de la propia Constitución, por lo que no parece muy realista aspirar a eliminarlos por vía de reforma legislativa.



Veinticinco años después, la fórmula del Estado social de Derecho dista de aparecer como un mero recurso retórico; mientras que su calificación como «democrático» no parece haber precisado mayor glosa, quizá por haber acabado considerándose pleonástica.