

Discriminación y derecho a la igualdad. Las vías para el acceso al reconocimiento de la igualdad

Por ANGELA APARISI MIRALLES

Valencia

I. INTRODUCCION

El principio de no discriminación es una de las más claras manifestaciones de la igualdad. Pero, como voy a intentar mostrar a lo largo de este trabajo, desigualdad de trato no es sinónimo de conducta discriminatoria. El principio de no discriminación, aunque originariamente derivado del principio de igualdad formal, ha ido aproximándose progresivamente al plano sustantivo, alcanzado en la actualidad un status propio. De hecho en nuestras sociedades occidentales, al tiempo que se avanza en el reconocimiento de la igualdad formal parece que se retrocede en el campo de la discriminación. Para desarrollar estas ideas voy a seguir el siguiente esquema: a) en la primera parte de esta exposición me referiré, en general, a lo que debe entenderse por igualdad en el marco de nuestro ordenamiento jurídico; b) en segundo lugar me centraré en el contenido del mandato de no discriminación recogido en el segundo inciso del artículo 14 de nuestra Constitución, señalando algunas diferencias y semejanzas con respecto al principio de igualdad; c) y finalmente esbozaré algunas ideas y reflexiones relativas al modo de poder enfocar la lucha contra la discriminación. Pero antes de comenzar quisiera hacer una advertencia: me enfrento, como es bien conocido, con uno de los temas más amplios y complejos de la Filosofía del Derecho, cuyo tratamiento, además, no se agota en este saber jurídico, sino que continuamente remite a campos diversos como el Derecho constitucio-

nal y, de modo muy intenso, el internacional. Dejando de lado por su extensión esta última dimensión del problema, en esta exposición me centraré en el planteamiento del tema en el ámbito español. Por otra parte, y aunque, como destaca Pérez Luño, nos situamos ante un «Grundwert», un valor-guía no sólo de la ética jurídica, sino también política y social ¹, dedicaré mi atención de modo preferente a la vertiente jurídica del problema, ² partiendo fundamentalmente del enunciado contenido en el artículo 14 de nuestra Carta Magna. Aún así, dados los límites de este trabajo, mis reflexiones serán necesariamente incompletas y esquemáticas.

II. APROXIMACION AL CONCEPTO DE IGUALDAD

Cualquier intento de aproximación al concepto de igualdad sitúa a quien lo afronta en una compleja posición. Por un lado, parece evidente que este principio es un valor fundamental de las sociedades civilizadas, una aspiración básica que se encuentra en la raíz del concepto de Estado de Derecho. Sabemos que su juego no se circunscribe exclusivamente al ámbito jurídico, ya que, como he apuntado anteriormente, la exigencia de igualdad se proyecta sobre muy diversas esferas del sistema social. Por otro lado, a pesar de la evidencia de la importancia de este principio, ello no va unido a la existencia de criterios claros y unánimes que nos permitan precisar con rigor su contenido ³. Las dificultades provienen de muy diversos frentes. En primer lugar, advertimos que se trata de un concepto no absoluto, sino relativo. En efecto, podemos comprobar fácilmente que el contenido que se ha atribuido a la

1. PÉREZ LUÑO, A.E., «El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales», en *Anuario de Derechos Humanos*, 1, 1981, p. 257; asimismo *vid.* COTTA, S., «Ne Giudeo, né Greco, ovvero della possibilita dell'uguaglianza», *Revista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1976, p. 331 y ss.; PERELMAN, CH., «Egalité et valeur» en *L'Egalité*, Vol. I, études publiées par H. Buch, P. Foriers et Ch. Perelman, E. Bruylant, Bruxelles, 1971, pp. 319 y ss.; FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, M.E.; «Igualdad, diferencia y desigualdad. A propósito de la crítica neoliberal de la igualdad», *Anuario de Filosofía del Derecho*, X, 1993, p. 59 y ss. Quisiera agradecer a esta autora el haberme facilitado amablemente un ejemplar del texto original que con el título de *El Principio de Igualdad como exigencia de la Justicia* presentó en su día como ejercicio de habilitación para el acceso a Profesor Titular de Filosofía del Derecho, el cual me ha sido muy útil en la realización de este trabajo.

2. Por otro lado, no debemos dejar de señalar que, como señala LAPORTA, no existe una igualdad «característicamente jurídica», («El principio de igualdad: Introducción a su análisis», en *Sistema*, julio 1985, 67, p. 5).

3. LAPORTA, F., *op. cit.*, p. 3. En el mismo sentido con respecto al principio de igualdad constitucional PÉREZ LUÑO, A.E., «Sobre la igualdad en la Constitución Española», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo IV, Madrid, 1987, p. 133.

igualdad ha variado sustancialmente a lo largo del transcurso del tiempo de tal modo que, en palabras de Laporta, ha ido tomando cuerpo de un modo progresivo⁴. Por ello, el tratamiento de la igualdad sólo puede enfocarse correctamente partiendo de una perspectiva histórica. Asimismo, posee un evidente carácter relacional, de tal modo que sólo puede expresarse en términos ostensivos. A diferencia de, por ejemplo, la libertad, que puede ser definida de modo independiente, para referirnos a la igualdad o a la desigualdad es necesario un elemento de comparación, su puesta en práctica demanda, necesariamente, más de un sujeto pasivo⁵.

Estas dificultades, entre otras, determinan que nos situemos ante un concepto que posee una gran diversidad significativa, que resulta ambiguo y vago⁶. Se trata de un valor que todos parecen admitir, pero en torno al cual históricamente han surgido y no dejan de surgir múltiples desavenencias teóricas y prácticas. De hecho, tras él subyacen ideales muy dispares, aspiraciones y concepciones del mundo incluso, en ocasiones, contradictorias⁷. Por ello, en esta aproximación no voy a pretender aportar una definición de este principio, sino tan sólo, a modo de esbozo, intentar reflejar su gran riqueza conceptual. Para ello comenzaré por referirme a su plasmación en los que podemos entender como primeros textos en la historia de los derechos humanos.

II.1. El principio de igualdad en las primeras Declaraciones de derechos

La reivindicación del principio de igualdad, aunque ya anticipado en el pensamiento griego a través de la «isonomía» (igualdad ante la

4. LAPORTA, F.J., *op. cit.*, p. 14. En el sentido de la importancia de la historia para el estudio de los derechos y para la propia existencia de los mismos ha insistido de modo especial PECES-BARBAMARTÍNEZ, G., en *Curso de Derechos Fundamentales (I). Teoría General*, Eudema, Madrid, 1991, p. 244.

5. Nuestro Tribunal Constitucional en este sentido se ha referido a que no es posible entender el derecho a la igualdad de una forma autónoma «pues su contenido viene establecido siempre respecto de relaciones jurídicas concretas. De ahí que pueda ser objeto de amparo en la medida en que se cuestione si tal derecho ha sido vulnerado en una concreta relación jurídica y, en cambio, no puede ser objeto de una regulación o desarrollo normativo con carácter general» (entre otras, STC 76/1983, de 5 de agosto, BOE de 18 de agosto de 1983, FJ 1).

6. *Vid.* sobre este punto, entre otros, GUIZÁN, E., «Igualdad, imparcialidad y bienestar en la ética contemporánea», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo IV, Madrid, 1987, p. 10; PÉREZ LUÑO, A.E., «El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales», *op. cit.*, pp. 258-59; ROBBINS, *Libertad e igualdad*, ed. cast. de P. Schwartz, Unión Editorial, Madrid, 1980, p. 5; CURZIO, C., «Eguaglianza» en *Enciclopedia del diritto*, Giuffré, Milano, 1965, vol. XIV, p. 510.

7. *Vid.* PÉREZ LUÑO, «El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales», *op. cit.*, pp. 259.

ley), en la «isotimia» (igual derecho de los ciudadanos para acceder a los cargos públicos), en la «isegoría» (igualdad de todos los ciudadanos en el uso de la palabra en el ágora), y asimismo en la «aequalitas» romana (con un significado de igualdad frente al Derecho) ⁸, se conecta radicalmente con la ideología de las primeras Revoluciones Liberales. En efecto, ya la Declaración de derechos de Virginia de 1776 sostenía, en conexión con la postura de Locke ⁹, que «Todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes». Por su parte, la Declaración Norteamericana, ratificada en ese mismo año, construye todo su sistema de derechos a partir de un axioma fundamental y una verdad que califica de «evidente en sí misma»: que todos los hombres han sido creados iguales. Asimismo, para la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, «los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos» (artículo 1) ¹⁰.

Esta apelación a la igualdad esencial de todos los hombres, sobre todo en el texto de la Declaración Norteamericana, requiere algunas matizaciones para poder ser bien entendida. De hecho, tales aseveraciones eran compatibles lógicamente con el mantenimiento de la institución de la esclavitud ¹¹ y, por ello, con situaciones altamente discriminatorias. En realidad se trata de disposiciones que, más que intentar reflejar un dato de la realidad, realizar una función descriptiva, poseen una dimensión final: fundamentalmente pretenden romper con la desigualdad y los privilegios propios de las sociedades fuertemente estamentales de la época. Se trata, tan sólo, de defender el proyecto revolucionario que, sobre todo en Francia, propugnaba acabar con el absolutismo real y defender los ideales propios del Estado liberal. La gran beneficiada de estas exigencias de igualdad meramente formal será la burguesía ¹². También en el mismo sentido deben ser interpretadas las disposiciones que, en relación con este punto, contenía la Constitución de Cádiz de 1812, con sus referencias a «sin distinción

8. Vid. CURZIO, C., «Eguaglianza», *op. cit.*, p. 515; «Presentación», en *Isegoría*, n.º 1, mayo 1990, p. 10.

9. Vid. LOCKE, P., «Second on Civil Government», edit. Laslett, P., *Two Treatises of Government*, second edition, Cambridge University Press, 1970, p. 289.

10. Vid. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.; HIERRO, L.; IÑIGUEZ DE ONZOÑO, S.; LLAMAS, A., *El Derecho positivo de los Derechos Humanos*, Madrid, Debate, 1987.

11. Vid. APARISI, A., «Thomas Jefferson y el problema de la esclavitud», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, 1990.

12. Vid. VIDAL, E., GARCÍA, C., «Creación judicial del Derecho», *Comunicación en el III Congreso de sociología*, San Sebastián, 29, IX, 1989.

alguna» y a «sin excepción ni privilegio alguno respecto a personas o grupos». Como destaca Rodríguez Piñero «se rechazan privilegios y exenciones, y se somete al conjunto de ciudadanos a un mismo ordenamiento jurídico igual para todos»¹³. Estas aseveraciones tendrán su traducción en la consagración de la eficacia «erga omnes» de la ley y la sujeción de todos los ciudadanos a una misma potestad jurisdiccional. El Derecho se convierte así en un instrumento de transformación de la sociedad —aunque de alcance limitado en algunos supuestos como el de Norteamérica—, e incluso del mismo Derecho, ya que viene a establecer nuevas pautas de funcionamiento del mismo. La generalidad será un requisito lógico del sistema jurídico. En este sentido, por ejemplo, para Raz sería una de «las virtudes que un sistema legal puede poseer y por el cual ha de ser juzgado»¹⁴, mientras que, desde otro punto de vista, Fuller la considerará como un requisito de la moralidad interna del Derecho, conectándolo con la necesidad de eficacia del ordenamiento¹⁵.

En definitiva, la igualdad que proclaman estas Declaraciones debe interpretarse, en un primer momento, como un mandato dirigido al legislador, órgano de quien la historia ha hecho desconfiar¹⁶. Así debe entenderse, por ejemplo, el artículo 3 de la Constitución Francesa de 22 de agosto de 1795 al sostener que «La igualdad consiste en que la ley es la misma para todos, tanto si protege como si castiga. La igualdad no admite distinción alguna de nacimiento, ni herencia alguna de poder».

Estas demandas, por otro lado, se hallarán intrínsecamente conectadas con el principio de soberanía popular, ya que la ley pasará a concebirse como el resultado de una voluntad general a la que se ha concurrido en posición de igualdad. En este sentido el artículo 6 del texto de 1789 es claro: «La ley es expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a concurrir personalmente o por medio de representantes a la formación de aquélla»¹⁷. Pero, como sabemos, de nuevo surge la contradicción al consagrar estas Revolucionarias formas de sufragio censitario.

La igualdad a la que apelan estas Declaraciones aparece también estrechamente unida al valor libertad. Como destaca Pérez Luño,

13. RODRÍGUEZ PIÑERO, M.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Igualdad y Discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986. Vid. asimismo CLAVIJO, B., «Derecho y privilegio», en *Materiales*, 1977, núm. 4, pp. 19 y ss.

14. RAZ, J., «The Rule of Law and its virtue», en *The authority of law*, Clarendon Press, Oxford, pp. 210-216.

15. FULLER, L., *The morality of law*, Yale University Press, 1964, pp. 97, 98, 157-159.

16. Vid. MARTÍNEZ GRACIA, J.I., «El Principio de igualdad y la producción de diferencias en el Derecho», en *Anuario de Derechos Humanos*, n.º 6, 1990, p. 196.

17. En PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.; HIERRO, L.; IÑIGUEZ DE ONZOÑO, S.; LLAMAS, A., *El Derecho positivo de los Derechos Humanos*, op. cit., p. 114.

«la reivindicación de la igualdad como principio o valor de la convivencia política solía ir asociada con la reivindicación de la libertad», valor que «durante el medievo y el Renacimiento tomó cuerpo en las teorías sobre el derecho de resistencia y la soberanía nacional, con las exigencias operativas del estado moderno»¹⁸. En este sentido se señalará que «la igualdad se interpreta, pues, a partir de la libertad o bajo su conexión»¹⁹. Sin embargo, como sabemos, las relaciones entre estos dos valores no siempre se han entendido de un modo pacífico y el debate aún está abierto en la actualidad²⁰.

Si, como he destacado, en un principio la exigencia de igualdad se concreta en un mandato dirigido al legislador con una clara intención revolucionaria, pronto el ámbito de vigencia de este principio se extenderá a los poderes que aplican el Derecho. Ya no se trata sólo de que la ley sea general e impersonal, sino de que su aplicación por el órgano correspondiente, Administración o poder judicial, no acoja excepciones ni consideraciones personales²¹. También en este caso razones históricas aconsejaban desconfiar de tales órganos. La ley se concibe así como un todo completo, carente de lagunas que admitan cualquier margen de discrecionalidad al juzgador. Pero, como destacan Rodríguez Piñero y Fernández López, debemos advertir que en muchos casos tal demanda de igualdad en la aplicación del Derecho llega a confundirse con la exigencia de legalidad²². En efecto, si se entiende que la ley no concede al juzgador margen alguno de actuación, la aplicación diferente de la ley en supuestos iguales está infringiendo no el principio de igualdad, sino el de legalidad. También, siguiendo a Laporta, se puede admitir que la distinta aplicación de una norma en realidad lo que está produciendo es una antinomia, al situarnos ante dos enunciados prescriptivos contradictorios²³. Para Kelsen, en estos supuestos nos hallamos, no ante exigencias de la justicia o de la igualdad, sino de la lógica²⁴. La lesión de la igualdad sólo tendrá lugar cuando el ámbito de actuación de los aplicadores del Derecho sea lo bastante amplio como para poder, sin infracción de la norma, elegir entre varias interpretaciones posibles de ésta.

18. PÉREZ LUÑO, A.E., «El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales», *op. cit.*, p. 261.

19. VECA, S., *Questioni di Giustizia. IV Razione e Rivoluzione*, Turín, Einaudi, 1991, p. 197.

20. *Vid.*, entre otros, CAMPS, V., «La Igualdad y la Libertad», en *El Concepto de Igualdad*, Pablo Iglesias, Madrid, 1994.

21. *Vid.* HELLER, *Gesammelte Schriften*, Leiden, 1971, p. 233 y ss., *cit.* en RODRÍGUEZ PIÑERO, M.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Igualdad y Discriminación*, *op. cit.*, p. 21.

22. RODRÍGUEZ PIÑERO, M.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Igualdad y Discriminación*, *op. cit.*, p. 21.

23. *Vid.* LAPORTA, F., *op. cit.*, p. 8.

24. *Vid.* WESTEN, P., «The empty idea of Equality» en *Harvard Law Review*, vol. 95, January, 1982, núm. 3, p. 551.

Volviendo a la exigencia de generalidad, debemos advertir que la igualdad ante la ley no queda asegurada con el cumplimiento de este requisito. Una norma puede ser general y, sin embargo, contener un alto grado de discriminación. De hecho, en numerosas ocasiones las discriminaciones se encuentran institucionalizadas mediante normas de carácter general. En realidad, la igualdad no reside tanto en el número de sujetos a los que se aplica la norma, sino en el «conjunto de condiciones que, en relación con los individuos, la norma estatuye para adjudicar las consecuencias»²⁵. Sea cual sea el número de sujetos a los que se aplica la norma, si el criterio de selección está admitido por el principio de igualdad, entonces la norma es igualitaria. Por ello, la exigencia de igualdad debe también respetarse en el mismo contenido de la ley. Esta dimensión de la igualdad posee tradición en el sistema norteamericano. La «Equal Protection Clause» permitió una revisión judicial de las clasificaciones creadas por la ley. En el ámbito europeo ha quedado consagrada en el sistema alemán, mientras que el artículo 3.1 de la Constitución italiana ha sido progresivamente interpretado en este sentido²⁶.

II.2. De la Igualdad formal a la igualdad material

Como se ha podido comprobar, los textos de las Declaraciones liberales concretaban la exigencia de igualdad en la necesidad de que las leyes poseyeran un carácter general y abstracto, y en que se aplicaran por los órganos judiciales sin acepciones personales, de acuerdo con criterios objetivos. Sin embargo, progresivamente fue creciendo la conciencia de que, estas demandas, por poseer una dimensión meramente formal, no podían agotar el alcance del principio de igualdad²⁷. La igualdad formal, como destaca Peces-Barba, quedaría identificada con el valor seguridad jurídica²⁸, sin alcanzar lo que podemos denominar igualdad real. Sólo una conjunción de ambas vertientes, fundadas en la premisa común de la igualdad dignidad de los seres humanos, alcanzaría el valor superior de la igualdad²⁹. Este desarrollo de la

25. LAPORTA, F.J., «El principio de igualdad: Introducción a su análisis», *op. cit.*, pp. 10-12; sobre la distinción entre generalidad y universalidad *vid.*, en esta misma obra, pp. 6-7.

26. *Vid.* RODRÍGUEZ PIÑERO, M., FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Igualdad y Discriminación*, *op. cit.*, pp. 28 y ss.

27. *Vid.*, entre otros, GARCÍA AMADO, J.A., «Problemas metodológicos del principio constitucional de igualdad», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo IV, Madrid, 1987, p. 118.

28. PECES-BARBA, G., *Curso de Derechos Fundamentales (I). Teoría general*, *op. cit.*, p. 245.

29. RODRÍGUEZ PIÑERO, M.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Igualdad y Discriminación*, *op. cit.*, p. 75.

noción de igualdad operará en una doble dirección; por una parte, se extenderá el derecho al voto universalmente, y por otra, se posibilitará una mejor adecuación en la distribución de bienes, y situaciones económicas y sociales³⁰. Ello supondrá, lógicamente, un superior margen de emancipación o independencia de los ciudadanos. Se pasa, en definitiva, de la democracia formal a la democracia material.

Como sabemos, esta exigencia de igualdad, entendida como material o real, se halla estrechamente conectada con el advenimiento del Estado Social de Derecho. El Estado dejará de ser mero espectador para asumir la realización de aquellos objetivos sociales que persigan una igualdad real. Quiero destacar, sin embargo, aunque se trata de un tema que excede con mucho el marco de esta exposición, que en mi opinión las democracias actuales, si bien han cumplido con relativa satisfacción sus promesas de libertad e igualdad formal, no han alcanzado el mismo éxito en lo que respecta a la igualdad material³². La realidad nos muestra las gravísimas diferencias existentes no sólo entre países ricos del norte y pobres del sur, sino también en el seno de las sociedades más desarrolladas económicamente, de lo que un sangrante ejemplo es EE.UU.

II.3. La igualdad en la Constitución española

Al intentar concretar la noción de igualdad en el ordenamiento jurídico español, creo de especial interés centrar la atención en nuestra Carta Magna. Y sobre este punto Pérez Luño³² es especialmente claro al sostener que en la Constitución Española la igualdad es entendida como valor, como principio³³ y también como derecho fundamental³⁴:

30. Vid. ARA PINILLA, I., «Los derechos humanos de la tercera generación en la dinámica de la legitimidad democrática» en PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *El Fundamento de los Derechos Humanos*, Debate, Madrid, 1989.

31. Vid. SQUELLA, A., «Libertad e Igualdad. Las promesas cumplidas e incumplidas de la democracia», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nueva Epoca, Tomo VI, Madrid, 1989, p. 255. Asimismo MONTOYA, M.A., *Las claves del racismo contemporáneo*, Prodhufi, S.A., Madrid, 1994, p. 18.

32. PÉREZ LUÑO, A.E.; «Sobre la igualdad en la Constitución Española», en *op. cit.*, p. 141 y ss., PÉREZ LUÑO, A.E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2 edición, 1986, pp. 288-289.

33. Como repetidas veces se ha puesto de manifiesto, la distinción entre valor y principio es un tema polémico. Sobre esta cuestión, *vid.* entre otros, PÉREZ LUÑO, A.E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1986 (2), pp. 292-292; PÉREZ LUÑO, A.E., «Sobre la igualdad en la Constitución Española», *op. cit.*, pp. 142-143; FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, E., *op. cit.*, p. 60 y la bibliografía que allí se cita.

34. Es interesante hacer notar sobre este punto la postura de Luhmann que, lejos de considerar a la igualdad como principio y derecho fundamental, la entiende como estructura del derecho (*vid.* MARTÍNEZ GARCÍA, J.I., «El Principio de igualdad y la producción de diferencias en el Derecho», *op. cit.*, p. 195).

a) Como sabemos, el reconocimiento de la igualdad entendida como valor aparece plasmado en el artículo 1.1 de la Constitución. De todos es conocida la innovación que supuso la recepción, en normas positivas, de valores superiores³⁵. Siguiendo a Llamas Cascón, la referencia a valores en la Constitución Española implica la autoexigencia de un Estado que se propone como fines elementos jurídico-morales desde su propio ordenamiento jurídico³⁶. Ello, con respecto a la igualdad, se traduce en la atribución a ésta de una triple dimensión: fundamentadora, orientadora y crítica.

1. Fundamentadora, ya que sirve de apoyo al conjunto de disposiciones que integran la globalidad del ordenamiento, tengan o no carácter constitucional, impregnando así la totalidad de nuestro sistema jurídico³⁷. Ello supone que la igualdad debe entenderse como el «contexto axiológico fundamentador o básico para la interpretación de todo el ordenamiento jurídico»³⁸.

2. La igualdad posee también una dimensión orientadora, entendida ésta en un sentido dinámico, porque su ubicación en el artículo 1.1 sitúa a este valor como uno de los fines o aspiraciones básicas que todo nuestro sistema jurídico-político pretende realizar.

3. Por último, la igualdad posee una dimensión crítica, actuando como parámetro de valoración para enjuiciar hechos y conductas, como «criterio para medir la legitimidad de las diversas manifestaciones del sistema de legalidad»³⁹.

La igualdad, comprendida como valor superior, no debe entenderse de un modo autónomo, ya que, como señala Peces-Barba, se halla conectada directamente con otros valores como la solidaridad, la libertad y la seguridad. Para este autor «la igualdad consiste en concretar los criterios materiales para llevar a cabo el valor solidaridad, de crear las condiciones materiales para una libertad posible para todos y en contribuir a la seguridad con la satisfacción de necesidades a quien no puede hacerlo por su propio esfuerzo»⁴⁰.

35. Vid. PAREJO ALFONSO, L., *Constitución y valores del Ordenamiento*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990; MARTÍNEZ DE VALLEJO, B., «Los Valores Jurídicos», en AAVV, *Curso de Introducción al Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pp. 162 y ss.

36. LLAMAS CASCÓN, A., *Los Valores Jurídicos como Ordenamiento material*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1993, p. 215. Sobre posibles antecedentes de este artículo 1.1 en la historia jurídica española y en el Derecho comparado *vid.* pp. 216 y ss. de esta obra. Asimismo, sobre su tramitación parlamentaria *vid.* pp. 222 y ss.

37. Vid. MICLO, «Le principe d'égalité et la constitutionnalité des lois» *AJDA*, 1982, p. 116.

38. PÉREZ LUÑO, A.E., «Sobre la igualdad en la Constitución española», *op. cit.*, pp. 141-142.

39. PÉREZ LUÑO, A.E., «Sobre la igualdad en la Constitución española», *op. cit.*, pp. 141-142.

40. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., y Otros, *Curso de Derechos Fundamentales (I). Teoría General*, *op. cit.*, p. 242.

b) En segundo lugar, y como ya he señalado, la igualdad es asimismo un principio. Por principio, según Laporta, debe entenderse «un enunciado normativo de carácter muy general o abstracto, pero que, dejando a un lado esa generalidad o abstracción, no tiene una estructura diferente de la norma concreta». Los principios operarían como «razones justificatorias de las normas particulares y concretas que son especificaciones suyas»⁴¹.

Al entender la igualdad como principio, el constituyente español está refiriéndose a sus dos manifestaciones fundamentales ya referidas: la formal y la material. La primera estaría acogida especialmente en el artículo 14 de nuestra Carta Magna, mientras que a la segunda se refiere el artículo 9.2 al atribuir a los poderes públicos la función de «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y los grupos en que se integra 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».

Con respecto a la igualdad entendida en su dimensión formal, el Tribunal Constitucional español ha distinguido los aspectos antes reseñados de igualdad ante la ley e igualdad en la aplicación de la ley. Ha enlazado así con toda la tradición constitucional europea y norteamericana⁴² al tutelar, no sólo el «acto justo» —igual tratamiento a todos los que se hallan sometidos a una misma disposición jurídica—, sino también la «regla justa» —ausencia de distinciones injustificadas en el contenido legal—. En este sentido, p. ej., la Sentencia 49/1982, de 14 de julio⁴³ establece que:

«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 la igualdad en la ley y constituye, desde este punto de vista, un límite puesto al ejercicio del poder legislativo, pero es asimismo igualdad en

41. LAPORTA, F.J., «El principio de igualdad: Introducción a su análisis», *op. cit.*, p. 5. La distinción entre norma y principio es problemática. Como hemos podido comprobar, Laporta representaría una postura que limaría diferencias entre norma y principio. Sin embargo existen otros enfoques, como p. ej. el de DWORKIN, que insistirían en los elementos diferenciales. *Vid.* DWORKIN, R., «¿Es el Derecho un sistema de normas?», en Dworkin, R., (edit.) *La Filosofía del Derecho*, trad., J. Sáinz de los Terreros, México, FCE, 1980, pp. 85-86. DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, trad. M. Gustavo, Barcelona, Ariel, 1984, pp. 73 y ss. Asimismo *vid.*, sobre este punto, entre otros, ESSER, J., *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, trad. E. Valentí, Barcelona, Bosch, 1961; SINGER, M.G., «Moral rules and Principles», en *Essays in Moral Philosophy*, Ed. A.I. Melden, University of Washington Press, 1958, pp. 160 y ss.

42. RODRÍGUEZ PIÑERO, M.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Igualdad y Discriminación*, *op. cit.*, pp. 28 y ss.

43. BOE de 4 de agosto de 1982.

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».

La igualdad en la aplicación de la ley queda, según esta doctrina, conectada con el principio del respeto al precedente emanado del propio órgano judicial, y la sujeción a la jurisprudencia sentada por los órganos superiores.

Sin embargo este criterio ha sufrido algunas modificaciones, evolucionando hacia una justificación tácita ⁴⁴. En efecto, el Tribunal Constitucional posteriormente ha limitado el valor vinculante del precedente, señalando que su examen no debe indagar las razones del cambio de orientación, sino tan sólo reducirse a analizar la congruencia del cambio, de tal modo que la diferencia de trato no sea un caso aislado y personal, sino que responda a un cambio general e impersonal de criterio ⁴⁵.

Por su parte, siguiendo a Pérez Luño ⁴⁶, la demanda de igualdad ante la ley incluiría, a su vez, varias manifestaciones:

1. La exigencia de generalidad. Como ya he señalado anteriormente, esta dimensión de la igualdad fue una conquista de las Revoluciones liberales del siglo XVIII. Implica la superación de los privilegios de los que disfrutaban un sector de la población. Las normas jurídicas estarán ahora dirigidas a un abstracto «homo iuridicus» o a aquel sector de ciudadanos que se encuentran en una determinada posición jurídica (comprador, menor de edad, etc...) ⁴⁷.

2. La exigencia de equiparación. Partiendo del dato fáctico de que los seres humanos son muy diferentes entre sí ⁴⁸, esta dimensión de la

44. STC 63/84, de 21 de mayo. Asimismo STC 39/84.

45. RODRÍGUEZ PIÑERO, M.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Igualdad y Discriminación*, op. cit., p. 26. Vid. asimismo, CANO MATA, A., *El principio de igualdad en la Doctrina del Tribunal Constitucional*, Edit. Revista de Derecho Privado, 1983, Madrid.

46. PÉREZ LUÑO, A.E., «El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales», en *Anuario de Derechos Humanos*, op. cit., pp. 262 y ss.

47. Vid. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de Derechos Fundamentales (I)*, op. cit., 1991, p. 243.

48. Como destaca PRIETO, el juicio de igualdad excluye tanto la identidad —ya que parte de la diversidad, o sea, de sujetos distintos—, como la semejanza —dado que hace abstracción de las diferencias, PRIETO SANCHÍS, L., «Igualdad y minorías», *Conferencia pronunciada en las XV Jornadas de Filosofía Jurídica y Social*, Universidad Carlos III, Madrid, 1995.

igualdad formal implica la no toma en consideración en el ámbito jurídico de aquellas circunstancias productoras de diferencias no consideradas como relevantes. Ello, sin embargo, nos sitúa ante una grave cuestión de fondo: la consistente en señalar la frontera entre la relevancia e irrelevancia de los rasgos en atención al resultado normativo⁴⁹. Como señala Boccio, el verdadero problema para exigir un tratamiento jurídico igual consiste en determinar cuándo dos situaciones reales y diferentes son equiparables; cuándo sus similitudes deben predominar sobre sus diferencias, proceso que implica un doble juicio de valor, el de la elección de los criterios concretos a tener en cuenta y el de la evaluación de los hechos en función de estos criterios⁵⁰. El problema de fondo de la igualdad consistiría por ello en «la fundamentación, en cada caso, de las diferencias normativas»⁵¹.

3. La exigencia de diferenciación. Podríamos decir que la igualdad ante la ley entendida como exigencia de diferenciación sería una dimensión que complementaría a la anterior. Implica tener en cuenta determinadas diferencias de hecho entre las personas para, al considerarlas relevantes, otorgar un tratamiento jurídico distinto a éstas. Ello evita que el principio de igualdad ante la ley se traduzca, en algunos casos, en igualitarismo ya que, en realidad «los supuestos de hecho que se producen en la vida no permiten medirlo todo por el mismo rasero»⁵². Al igual que en el caso anterior, no siempre es fácil determinar qué diferencias entre los seres humanos deben ser la causa de un trato jurídico diferenciado. Un ejemplo de aplicación de igualdad ante la ley conforme a este principio sería el artículo 31.1 de la Constitución, el cual establece el criterio de adecuación progresiva del sistema tributario a la capacidad económica de los contribuyentes.

49. Vid. LAPORTA, F.J., «El principio de igualdad: Introducción a su análisis», *op. cit.*, p. 15 y ss.; *vid.*, asimismo, PRIETO SANCHÍS, L., «Igualdad y minorías», *op. cit.*, pp. 2-3. El TC, en su Sentencia 114/92 ha señalado que «la igualdad ante la ley consagrada en el artículo 14 consiste en que, ante supuestos de hecho iguales, las consecuencias jurídicas que se extraigan deben ser asimismo iguales» y que han de considerarse iguales dos supuestos de hecho «cuando la introducción en uno de ellos de un elemento o factor que permita diferenciarlo del otro se encuentre carente de fundamento racional...». En el mismo sentido se manifiesta la Sentencia del TC 68/1990.

50. BOCCIO, *La formulation juridique de l'égalité dans la CEE: La suppression de la discrimination. Des entraves aux échanges et des distorsions de la concurrence*, Tesis Doctoral, *cit.*, en RODRÍGUEZ PIÑERO, M.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Igualdad y Discriminación*, *op. cit.*, pp. 47-48. *Vid.* asimismo FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, E., «Principio de equiparación y principio de diferenciación. Su articulación práctica», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo XI, Madrid, 1994, pp. 142.

51. JIMÉNEZ CAMPOS, J., «La igualdad jurídica como límite frente al legislador», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 9, 1983, p. 75.

52. STEIN, E., *Derecho político*, trad. F. Sáinz, Aguilar, Madrid, 1973, p. 221.

4. La igualdad ante la ley se manifiesta también en la necesidad de que exista identidad de procedimiento para todos los ciudadanos. Es una igualdad meramente formal porque no afecta a las decisiones que se puedan tomar a través de él, sino que tan sólo es un instrumento que garantiza una imparcialidad en el punto de partida ⁵³.

c) Y por último, entiendo que la igualdad es, asimismo, un derecho fundamental ⁵⁴. Sobre este punto ha existido una amplia controversia mantenida entre aquéllos que entendieron que la exigencia de igualdad plasmada en la Constitución española poseía tan sólo el carácter de «principio» ⁵⁵, de tal modo que imponía vínculos al legislador y al resto de poderes públicos, y los que se manifestaron a favor de su dimensión de derecho fundamental ⁵⁶. El Tribunal Constitucional español sostuvo originariamente la primera postura al referirse de forma expresa «al principio de igualdad consagrado por el artículo 14 de la Constitución», que posee carácter informador del ordenamiento jurídico ⁵⁷. Sin embargo, posteriormente se produjo una evolución en el seno del TC, de tal modo que la exigencia de igualdad contenida en el artículo 14 se ha llegado a considerar como un derecho de los ciudadanos. Así, es significativa la sentencia 49/1982 de 14 de julio, la cual sostenía que:

53. Un paso adelante en el estudio del significado de la igualdad como procedimiento ha sido dado por Rawls en el marco de su estudio sobre la Teoría de la Justicia. (*Teoría de la Justicia*, trad. castellana M.D. González, Fondo de Cultura Económica, México, Buenos Aires, 1979, pp. 108 y ss.).

54. Sigo en este punto de un modo especial a PÉREZ LUÑO, A.E., «Sobre la igualdad en la Constitución española», *op. cit.*, p. 145 y ss., En sentido distinto se manifiesta LUHMANN, para quien la igualdad no es un derecho fundamental, «no es una pretensión de los individuos frente al Estado» sino «un elemento estructural de todo el derecho». Igualdad significa «previa determinación del modo en que el derecho cambia y el logro de una normativa abstracta que no supone una indiscriminada equiparación, sino una previsión de toda diferencia...» (LUHMANN, N., *Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, 2 edic., Dunccker und Humblot, Berlín, 1974, pp. 150, 163-167, *cit.*, en MARTÍNEZ GARCÍA, «Justicia e igualdad en Luhmann», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, *op. cit.*, pp. 43, 71, 79, 80 y ss.).

55. *Vid.*, p. ej., BASILE, S., «Los “valores superiores”, los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas» en PREDIERI, A., GARCÍA DE ENTERRÍA, E., (edit.) *La Constitución española de 1978*, Cívitas, Madrid, 1980, p. 277; GÁLVEZ, J., «Artículo 14» en GARRIDO FALLA, F., *Comentario a la Constitución*, Cívitas, Madrid, 1980, pp. 182-183.

56. *Vid.*, CANO MATA, A., *El principio de igualdad en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Edersa, Madrid, 1983, p. 8.

57. STC 4/1981, de 2 de febrero, FJ 1 y 16, BOE de 24 de febrero de 1981; STC 10/1981, de 6 de abril, FJ 6, en BJC 3, p. 189; STC 27/1981 de 20 de julio, FJ 4, en BJC 6, p. 411.

«El artículo 14 de la Constitución, al establecer el principio general de que los españoles son iguales ante la ley, establece un derecho subjetivo a obtener un trato igual»⁵⁸.

Siguiendo a Pérez Luño⁵⁹, la condición de derecho fundamental reconocida a la igualdad formal contenida en el artículo 14 de la CE estaría apoyada en: a) su inclusión en el Capítulo II («Derechos y libertades») del Título I («De los derechos y deberes fundamentales») de la Constitución; y b) en la garantía reforzada del artículo 53.2 de la CE establecida para «la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección Primera del Capítulo Segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional».

III. IGUALDAD FORMAL, IGUALDAD MATERIAL Y PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACION

Llegados a este punto tenemos que preguntarnos ¿cuál es el significado que debemos atribuir al principio de no discriminación? ¿en qué consiste el mandato que contiene nuestra Constitución en el segundo inciso de su artículo 14 en el que se sostiene que no puede prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, opinión, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social? ¿se trata de una mera especificación de la igualdad o tiene un contenido propio? Pienso que, para afrontar esta cuestión, debemos partir de recordar que el artículo 14 contempla la vertiente formal de la igualdad, frente a la material que se reflejaría en el artículo 9.2. Por ello, atendiendo al dato de su ubicación, parece que el principio de no discriminación tendría que ser considerado, *prima facie*, como una manifestación de la exigencia de la igualdad de trato. A ello contribuiría también la propia estructura del precepto. En efecto, el artículo 14 recoge en un mismo apartado la exigencia de igualdad y la de no discriminación por causas específicas, siguiendo así, en parte, el modelo italiano, y separándose de otras experiencias en derecho comparado que contemplan de forma diferenciada ambos mandatos.

58. STC 49/1982 de 14 de julio, FJ 2, en BJC 16/17, p. 661. En el mismo sentido la STC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 2, BOE 18 de agosto de 1983, en la que se señala que: «El artículo 14 de la Constitución configura el principio de igualdad ante la ley como un derecho subjetivo de los ciudadanos, evitando los privilegios y las desigualdades discriminatorias entre aquéllos...».

59. PÉREZ LUÑO, A.E., «Sobre la igualdad en la Constitución española», *op. cit.*, p. 150.

En el ámbito italiano, la prohibición recogida en el artículo 3.1 de la Constitución de no distinción en atención a determinados elementos de diferenciación como el sexo, la raza, la lengua, la religión, etc..., no se ha interpretado como un mandato diferente a la exigencia de igualdad. La jurisprudencia constitucional italiana ha admitido distinciones en base a estos criterios, pero siempre que sean razonablemente justificadas. Por ello, el mandato de no diferenciación en atención a causas específicas queda asimilado a la exigencia de igualdad. Lo que se pretende, meramente, es que la distinción no sea irrazonable o injustificada ⁶⁰.

El Tribunal Constitucional español, a diferencia de lo que ha ocurrido con el principio general de igualdad de trato —que en líneas generales ha sido interpretado de un modo bastante regular— ha optado, con respecto al mandato de no discriminación, por soluciones interpretativas muy dispares. Como destacan Pérez del Río y otros, en relación con la prohibición de discriminación los vaivenes jurisprudenciales han sido muy espectaculares, conviviendo en un determinado momento distintas referencias teóricas según cual fuera la causa de discriminación alegada ⁶¹. El punto de partida tiene mucha semejanza con la postura del Tribunal Constitucional italiano, ya que nuestro máximo intérprete de la Constitución entendió que era discriminatoria aquella diferencia de trato no razonable o suficientemente justificada. El mandato de no discriminación se consideraba así, tan sólo, una manifestación del principio de igualdad. Desde este punto de vista, si la exigencia de igualdad implica un juicio previo de razonabilidad para justificar las diferencias, el listado del artículo 14 facilitaba este proceso al establecer como criterio constitucional la no razonabilidad, en principio, de las diferencias de trato que tuvieran su causa en las especificaciones previstas. Así, por ejemplo, la Sentencia TC de 10 de noviembre de 1981 sostenía que lo que prohíbe el principio de no discriminación es que la desigualdad de tratamiento legal no sea injustificada por no ser razonable, de tal modo que «la propia esencia del principio de igualdad» rechaza toda desigualdad que sea irrazonable y por ello discriminatoria ⁶². El mandato de no discriminación, según el TC, «lo que prohíbe es un tratamiento diferente de situaciones iguales» ⁶³.

60. BARBERO, A., *Manuale di Diritto Pubblico*. Il Mulino, 1984, p. 308.

61. PÉREZ DEL RÍO, T.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, F.; DEL REY GUANTER, S., *Discriminación e igualdad en la negociación colectiva*, Instituto de la Mujer, 1993, p. 69.

62. BOE de 19 de noviembre de 1981. RODRÍGUEZ PIÑERO, M.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.; *Igualdad y Discriminación*, *op. cit.*, p. 67. Quiero destacar que, en lo que sigue, voy a tener muy en cuenta esta obra por lo, desde mi punto de vista, acertado de su enfoque.

63. STC 26/1984, de 24 de febrero (BOE de 9 de marzo), FJ 3; en el mismo sentido STC 99/83, de 16 de noviembre, FJ 1; 1/84, de 16 de enero, FJ 2; 177/88, de 10 de octubre, FJ 5; 209/88, de 10 de noviembre, FJ 4 y 6.

Este enfoque, por otro lado, ha surgido con bastante frecuencia en la doctrina española. Así, por ejemplo, Laporta sostiene que «igualdad es, de modo inmediato, no discriminación, y no discriminación es simplemente la cancelación de diferencias como razones relevantes para la diferenciación normativa. No debe haber diferencias normativas que tomen como base rasgos irrelevantes»⁶⁴. En el mismo sentido se ha manifestado recientemente Fuenmayor para quien «el principio de igualdad se traduce por el de no discriminación»⁶⁵.

Parece que a esta interpretación habría contribuido la frase final del artículo 14 que remite a «cualquier otra condición o circunstancia personal o social». Al ampliar el marco de las causas de no discriminación, cabría aquí incluir cualquier supuesto de desigualdad de trato injustificada, por lo que, por un lado se extiende extraordinariamente el ámbito de aplicación de la prohibición de no discriminación, pero a la vez, se suprime lo que sería su contenido autónomo, su original sentido «emancipatorio» o «antisegregacionista», al equiparar los supuestos específicos a cualesquiera otros⁶⁶. Asimismo, conviene recordar que ésta es la interpretación que fundamentalmente, aunque con matices, ha seguido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la aplicación del artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Sin embargo, hay que resaltar que este artículo no concibe la exigencia de no discriminación como un principio de carácter autónomo, por cuanto que expresamente se refiere a aquélla que se produce tan sólo en el ejercicio de derechos y libertades contenidos en la Convención⁶⁷.

Este enfoque, sin embargo, en ocasiones ha cedido ante una interpretación más rigurosa del mandato de no discriminación frente a la exigencia de igualdad. En estos casos, igualdad y discriminación, aunque muy conectados, no son conceptos idénticos. Así, por ejemplo, en la Sentencia del TC 81/82, de 21 de diciembre, se establece que en aquellos casos en los que el factor diferencial fuera uno de los típicos del artículo 14 la carga de la demostración del carácter justificado de

64. LAPORTA, F.J., «El principio de igualdad: Introducción a su análisis», *op. cit.*, p. 14. Asimismo *vid.* ALARCÓN CABRERA, «Reflexiones sobre la igualdad material», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, *op. cit.*, p. 31, para quien el principio de no discriminación se identifica con la igualdad como punto de partida, como no diferenciación de ningún individuo en el desarrollo de sus actividades en cualquier faceta de la organización social.

65. FUENMAYOR, A. DE, «Alcance constitucional de la Igualdad», en *Humana Iura*, 2, 1992, p. 253.

66. RODRÍGUEZ PIÑERO, M.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *op. cit.*, p. 69.

67. Sobre la jurisprudencia del TEDH relativa al artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales *vid.* SUAY RINCÓN, J., *El principio de igualdad en la Justicia Constitucional*, Madrid, Instituto de Administración Local, 1985, pp. 87-106; RODRÍGUEZ PIÑERO, M.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *op. cit.*, pp. 113-114; ERGEC, R., *Protection européenne et internationale des droits de l'homme*, Vol. I, Bruxelles, Presses Universitaires de Bruxelles, 1990 (2), pp. 75-101.

trato diferente se torna más rigurosa que en todos aquellos supuestos que quedan genéricamente dentro del principio de igualdad. Se entiende así que en la prohibición de discriminación existe un veto constitucional específico, que sólo puede ser salvado con un examen más riguroso de la razonabilidad de la diferenciación⁶⁸, examen que podrá superarse si el fundamento de la diferenciación se encuentra en valores constitucionales, por lo menos, tan estrechamente protegidos como lo está el afectado. Se establecen así las bases de un escrutinio estricto, frente a la relajación que preside en el juego del principio general de igualdad⁶⁹. Sin embargo, como se puede comprobar, esta mayor rigidez en el juicio de razonabilidad no deja de enmarcarse en una interpretación meramente estática del mandato de no discriminación. Lo único que variaría sería la intensidad del control en cada uno de los supuestos. El Tribunal Constitucional dispensa así una tutela meramente negativa que se limitaría a hacer desaparecer el acto y sus efectos, sin captar las verdaderas dimensiones del fenómeno de la discriminación.

Frente a ello, podríamos interpretar como quiebra de esta línea la STC 128/87 de 16 de julio, la cual, según Pérez del Río y otros, constituiría «el máximo exponente de un importante cambio conceptual»⁷⁰. Según esta sentencia, el artículo 14 CE «representa una explícita interdicción del mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos, como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10 CE». Frente a estas situaciones el Ordenamiento Jurídico habría reaccionado, según la citada sentencia, de dos formas: a) a través de medidas adoptadas desde una perspectiva que reflejaría los mismos valores sociales que habrían producido y mantenido la situación de discriminación, las cuales serían ilícitas; y b) medidas «protectoras de aquellas categorías de trabajadores que están sometidos a condiciones especialmente desventajosas para su acceso al trabajo o permanencia en él», buscando hacer efectivos valores constitucionales superiores como la justicia o la igualdad. De acuerdo con esta sentencia, para poder justificar una desigualdad de trato en atención a los supuestos contemplados en el segundo inciso del artículo 14 CE no basta un control más estricto de su racionalidad —lo cual no exige un tipo específico de racionalidad— sino que hay que conectar dicha argumentación con la finalidad pre-

68. RODRÍGUEZ PIÑERO, M.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *op. cit.*, p. 72.

69. PÉREZ DEL RÍO, T.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, F.; DEL REY GUANTER, S., *Discriminación e igualdad en la negociación colectiva*, *op. cit.*, p. 72.

70. PÉREZ DEL RÍO, T.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, F.; DEL REY GUANTER, S., *Discriminación e igualdad en la negociación colectiva*, *op. cit.*, p. 73. Para estos autores podríamos considerar como precedente de esta postura el voto particular del Magistrado Sr. Rubio Llorente a la STC 103/83.

tendida por el constituyente, de tal modo que se trata de determinar si la medida desigual es adecuada para hacer desaparecer la situación arraigada de marginación. Según la citada sentencia la diferencia de trato se convierte así en «una medida destinada a paliar la discriminación sufrida por ese conjunto social y que responde al mandato constitucional contenido en el artículo 9.2 del texto fundamental. Se trata de evitar «posiciones de innegable desventaja... por razones que resultan de tradiciones y hábitos profundamente arraigados en la sociedad y difícilmente eliminables». Por ello la sentencia destaca que las circunstancias enumeradas en el artículo 14 (en el caso de la sentencia aludida es el sexo) recogen en realidad sectores socialmente marginados de la población frente a otros que no lo están. La prohibición de discriminación no tendría, por ello, carácter bilateral —lo cual sucedería si protegiera indistintamente a cualquier miembro de la sociedad— sino unilateral, porque estaría pensando solamente en determinados colectivos que se encuentran en situación de inferioridad frente a otros ⁷¹.

Esta línea, aunque con algunos altibajos ⁷², ha sido mantenida por el Tribunal Constitucional en posteriores sentencias ⁷³, de tal modo que parece posible admitir que se abre paso en la jurisprudencia constitucional un segundo sentido, más estricto, del término, discriminación. En efecto, en el ámbito internacional, tras la Primera Guerra Mundial y en el marco de la problemática surgida a consecuencia de la existencia de minorías nacionales y religiosas en los nuevos Estados, se puso de manifiesto que la protección de estos colectivos requería, sin merma del aseguramiento de sus peculiares características propias de un grupo minoritario, una protección especial antidiscriminatoria. Este movimiento se hizo más patente tras la Segunda Guerra Mundial y tuvo su desarrollo especialmente en el seno de las Naciones Unidas ⁷⁴. Encontramos así una noción distinta de discriminación. De acuerdo

71. Vid. PÉREZ DEL RÍO, T.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, F.; DEL REY GUANTER, S., *Discriminación e igualdad en la negociación colectiva*, op. cit., p. 73 y ss.

72. Así, por ejemplo, la Sentencia TC 63/94, de 28 de febrero, vuelve a equiparar discriminación a desigualdad de trato que carezca de justificación objetiva y razonable. Y en el mismo sentido, la STC 5/94, de 17 de enero insiste en que «el sexo puede operar como un criterio de diferenciación siempre que se apoye en una fundamentación objetiva y razonable».

73. Así, por ejemplo, la Sentencia TC 173/94, de 7 de junio considera la discriminación como un «mal social a erradicar por mandato constitucional». En el mismo sentido se manifiesta la Sentencia TC 153/94 siendo, asimismo, muy clara la STC 3/93, de 14 de enero, la cual sostiene que «La referencia al sexo en el artículo 14 implica la decisión constitucional de acabar con una histórica situación de inferioridad atribuida a la mujer, siendo inconstitucional la diferenciación normativa basada en dicho criterio».

74. Con respecto al nacimiento y evolución de esta noción de discriminación vid. RODRÍGUEZ PIÑERO, M.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Igualdad y Discriminación*, op. cit., pp. 84 y ss., texto que sigo especialmente en este punto.

con ella, ésta presentaría unos rasgos jurídicos lo suficientemente claros como para permitir entenderla, no como una simple especificación de la igualdad, «sino como un mandato especial que va más lejos y dice algo distinto del mandato de igual protección en el marco de la ley»⁷⁵. El constituyente, al enumerar dichas cuasas de diferenciación, en realidad estaría realizando un diagnóstico sobre el peligro de ciertos fenómenos sociales de segregación que deberían evitarse y erradicarse. La discriminación se perfilaría así «como una situación de marginación sistemática, histórica y profundamente arraigada en un momento dado y en una determinada sociedad, que incide sobre ciertos colectivos de sujetos, caracterizados, bien por razones derivadas de opciones legítimas de todo ser humano, o por concurrir en ellos rasgos inseparables de la persona, sobre cuya pervivencia ésta no tiene ninguna posibilidad de elección»⁷⁶. Desde este enfoque tras un acto externo de discriminación existe un proceso profundo de «victimización» sistemática de determinados colectivos amparado en un «state of mind» peyorativo hacia un individuo o un grupo⁷⁷. En consecuencia, ciertas categorías se encontrarían sistemáticamente en una posición desfavorable, y esta situación no se basaría en diferencias naturales o biológicas, sino que tendría raíces fundamentalmente sociales. Se trataría de un proceso construido socialmente⁷⁸, de tal modo que todo acto de discriminación sería el resultado de una regla social implícita o explícita. Así, por ejemplo, en ocasiones se admitiría, por parte del grupo «normal», la existencia de la discriminación, mientras que en otras se negará amparando la conducta en determinados datos coyunturales, como podría ser una situación económica de crisis. Este sería el caso del rechazo social actual hacia determinados colectivos, conducta que se intenta justificar apelando a que «nos quitan el puesto de trabajo». En coherencia con ello, el artículo 14, inciso segundo, establecería una prohibición más rigurosa que iría más allá de la exigencia de la mera razonabilidad o no arbitrariedad de las leyes, de su aplicación y de las actuaciones de los poderes públicos, para suponer una crítica y una corrección de unos fenómenos sociales “anómalos”, especialmente graves y rechazables por la naturaleza de los datos que se tienen en cuenta para fundamentar la diferencia de trato. Este proceso en muchas ocasiones llegará a negar la igual dignidad de determinados grupos o personas⁷⁹. La

75. RODRÍGUEZ PIÑERO, M.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *op. cit.* pp. 65, 81 y 82.

76. PÉREZ DEL RÍO, T.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, F., DEL REY GUANTER, S., *Discriminación e igualdad en la negociación colectiva*, *op. cit.*, p. 13.

77. *Vid.* VIERDAG, *The concept of Discrimination in International Law*, La Haya, 1973.

78. En relación al concepto de raza, *vid.* DE LUCAS, J., *Europa: ¿convivir con la diferencia?*, Madrid, Tecnos, 1992, pp. 13, 41.

79. En este sentido la STC 173/94, de 7 de junio, establece que «La conducta discriminatoria se cualifica por un trato peyorativo para el sujeto que la sufre, que ve limitados sus derechos o sus legítimas expectativas por la concurrencia en él de un factor cuya virtualidad justificativa ha sido expresamente descartada por la Constitución por su carácter atentatorio de la dignidad del ser humano (art. 10.1 CE)».

prohibición de discriminación, entendida de este modo, tendría formalmente un origen mucho más reciente que la exigencia de igualdad y se trataría de un concepto en continua evolución.

Existen varios elementos que nos permitirían diferenciar, si no netamente, sí aproximadamente, la desigualdad de trato del fenómeno discriminatorio. Así, advertimos que, frente a lo que ocurre con la desigualdad general de trato, el hecho de pertenecer a un determinado colectivo es clave en la discriminación. Por ello, es necesario realizar previamente una identificación del grupo «víctima» con respecto al grupo «normal». Así, por ejemplo, en el caso de la mujer la previa determinación de este colectivo permitirá diseñar las medidas antidiscriminatorias convenientes ⁸⁰.

Por otro lado, la diferente naturaleza de ambos fenómenos no excluye que la discriminación, al igual que la lesión del principio de igualdad formal, pueda manifestarse a través de las modalidades tradicionales referidas, fundamentalmente, a actos o disposiciones de los poderes públicos: a) ausencia de generalidad en la ley (p. ej. el supuesto de un tratamiento legal diferente atendiendo a la raza); b) aplicación parcial de la ley, ya sea a través de actos administrativos o decisiones judiciales); c) establecimiento de distinciones discriminatorias en el mismo contenido de la ley. Pero, por otro lado, advertimos que las particularidades del fenómeno discriminatorio determinan la existencia de modalidades distintas. He sostenido que tras un acto de discriminación existe un proceso profundo de «victimización» sistemática de determinados colectivos. Por ello, es necesario aceptar que con frecuencia el fenómeno discriminatorio no surgirá sólo de los poderes públicos. La misma sociedad genera conductas discriminatorias, en ocasiones más intensas que las producidas por los poderes públicos y también más difíciles de detectar y corregir. Por ello, todo sistema de medidas deberá tener también en cuenta este aspecto ⁸¹, de tal modo que el Estado no sólo tendrá que asegurar la desaparición de disposiciones y actos jurídicos discriminatorios, sino también tratar de remediar las situaciones discriminatorias de origen social. El Estado discriminaría por omisión si las permitiera. Ello, en ocasiones requerirá una especial sensibilidad para captar, tras comportamientos aparentemente neutros, verdaderas

80. RODRÍGUEZ PIÑERO, M., FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Igualdad y Discriminación*, op. cit., p. 112. En este sentido, por ejemplo, BOBBIO liga el concepto de discriminación con el problema de la convivencia de minorías (BOBBIO, N., «Las razones de la tolerancia», en *El tiempo de los derechos*, trad. R. de Asís, Sistema, 1991).

81. Sobre la distinción entre discriminación «legal» y «social» vid. RAMM, «Introduction», en F. SCHMIDT y otros, *Discrimination in Employment*, Estocolmo, 1978, p. 251. Sobre este punto vid. asimismo PRIETO SANCHÍS, L., «Igualdad y minorías», op. cit., p. 12.

discriminaciones de hecho. En este sentido, lo que se suelen denominar discriminaciones indirectas son el resultado de diferenciaciones apoyadas en criterios aparentemente equitativos, pero que redundan negativamente de un modo desproporcionado sobre colectivos históricamente discriminados. Un ejemplo de estas discriminaciones camufladas podríamos encontrarlo en el actual uso interesado de determinados conceptos y adelantos científicos. En el campo de la genética esto es extraordinariamente evidente. Así, encontramos que en países como Dinamarca o EE.UU. se está haciendo relativamente frecuente la exigencia de pruebas genéticas para el ingreso en determinados trabajos. Estas pruebas se exigen sólo a algunos colectivos, por ejemplo ciudadanos negros. Al existir enfermedades en las que la mayoría de los miembros de una raza son portadores, ello se traduce en la práctica prohibición de acceso al trabajo. El caso real lo podemos encontrar en la Academia de las Fuerzas Aéreas de los Estados Unidos, donde durante diez años se exigieron pruebas genéticas para su acceso, de tal modo que los portadores de la enfermedad denominada anemia falciforme, prácticamente todos los afroamericanos, quedaban excluidos del ingreso. En un juicio posterior no se pudo probar que los portadores de tal enfermedad tuvieran algún problema para desarrollar su actividad en tal Academia y se declaró tal práctica discriminatoria ⁸².

Una tercera diferencia entre el principio de igualdad y el de no discriminación haría referencia al distinto alcance que en cada una de estas situaciones tendría la exigencia de paridad de trato. He señalado con anterioridad que el verdadero problema para exigir un tratamiento jurídico igual consiste en determinar cuándo dos situaciones reales son equiparables, cuándo sus similitudes deben predominar sobre sus diferencias, proceso que implica un doble juicio de valor, el de la elección de los criterios concretos a tener en cuenta y el de la evaluación de los hechos en función de estos criterios. La igualdad de trato, por ello, no siempre es total identidad de trato. El principio de igualdad de trato respetará la discrecionalidad, con un amplio margen de decisión, de los poderes públicos, y vedará sólo la arbitrariedad. No se eliminan las diferencias, sólo se exige que éstas no sean arbitrarias ⁸³. Sin embargo, con el tratamiento de la discriminación el problema es distinto. Aquí de lo que se trata es de eliminar la discrecionalidad, por lo que sí que

82. SUZUKI, D.; KNUDTSON, P., *Genética. Conflicto entre la ingeniería genética y los valores humanos*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 144; SANMARTÍN, J., y otros (eds.), *Estudios sobre Sociedad y Tecnología*, Anthropos, pp. 253-54. Otro caso se produjo en enero de 1978 en EE.UU. La «American Cynamid» anunció su intención de excluir a mujeres en edad de concebir (entre los 16 y 50 años) de aquellos puestos de trabajo que conllevasen exposición a sustancias tóxicas a menos que se esterilizaran. Cinco lo hicieron y al resto se les cambió de puesto de trabajo disminuyéndoles el sueldo (SAN MARTÍN, J. y otros, *op. cit.*, p. 253).

83. *Vid.* PRIETO SANCHÍS, L., «Igualdad y minorías», *op. cit.*, p. 4.

debe exigirse, en principio, paridad de trato para que no prevalezca la discriminación. Pensemos por ejemplo, en el caso del sexo o la raza. Existe una presunción muy fuerte de que cualquier distinción en base a este criterio no está justificada⁸⁴. La causa de discriminación, una vez identificada como tal, no podrá operar como razón de la diferenciación, presumiéndose su ilicitud de antemano y, en todo caso, exigiéndose para lo contrario una labor de justificación muy estricta («stric scrutiny») por parte de los tribunales⁸⁵. Sin embargo, este principio general de paridad radical, siguiendo a Rodríguez Piñero y Fernández López, admitiría, fundamentalmente, tres tipos de excepciones: a) aquellos supuestos en los que el trato desigual obtenga un resultado que represente un valor constitucionalmente superior al de la igualdad por razón de sexo, raza, etc...⁸⁶ o bien cuando una determinada norma constitucional prevalente disponga lo contrario⁸⁷. Estos supuestos serán, lógicamente, muy pocos; b) aquellos casos límite en los que, por la naturaleza de la actividad o profesión, esté justificada la exigencia de ciertos requisitos personales⁸⁸; c) aquellos supuestos en los que la disparidad de trato logre más efectivamente la tutela antidiscriminatoria. Se trataría de las medidas de discriminación positiva.

Estos instrumentos, entendidos como una modalidad de las políticas de acción positiva⁸⁹, podrán establecer una ruptura del referido principio de paridad de trato para conseguir lograr un resultado final de real igualdad. En efecto, mientras que en la tradicional exigencia de igualdad de trato el énfasis se sitúa en el punto de partida, en el momento inicial, hay que tener en cuenta que en la tutela antidiscriminatoria lo fundamental es el punto de llegada, el resultado. Al desplazar el punto de gravedad, quedarán justificadas aquellas acciones que, aún suponiendo una desigualdad en el punto de partida, consigan una

84. Para PRIETO SANCHÍS, las especificaciones contenidas en el segundo inciso del artículo 14 CE constituyen casos de «igualdad normativa», de tal modo que «el tratamiento igualitario viene impuesto, no desde la racionalidad argumentativa, sino desde la propia disposición constitucional». Ello, sin embargo, no significa que los criterios del artículo 14 prohíban siempre su utilización como elementos de trato diferenciado (PRIETO SANCHÍS, L., «Igualdad y minorías», *op. cit.*, pp. 4-5).

85. PÉREZ DEL RÍO, T.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, F.; DEL REY GUANTER, S., *Discriminación e igualdad en la negociación colectiva*, *op. cit.*, p. 15.

86. ALONSO GARCÍA, E., *La interpretación de la Constitución*, Madrid, CEC, 1985, p. 388.

87. Para RODRÍGUEZ PIÑERO M., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., éste sería el supuesto de la derogación del artículo 14 en razón de la prevalencia del 57.4 relativo a la sucesión en la Corona.

88. RODRÍGUEZ PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., en *op. cit.*, p. 162, señalan, entre otros, la opinión política y religiosa en ciertos empleos.

89. Sobre el concepto de discriminación inversa, los principales argumentos en su contra, así como su justificación *vid.* RUIZ MIGUEL, A., «Discriminación Inversa e Igualdad», en VALCÁRCCEL, A., (comp.), *El Concepto de Igualdad*, *op. cit.*, pp. 77 y ss.

igualdad final. En esta línea, por ejemplo, el Convenio 111 de la OIT en su artículo 1.1, al definir la discriminación, pone el acento fundamentalmente en el resultado, no limitándose a intentar garantizar tan sólo la desaparición de tratamientos o actos discriminatorios. Por el contrario, y a diferencia de otros instrumentos internacionales posteriores, la parificación de trato como medida antidiscriminatoria no aparece tan firme en este texto, predominando en su artículo 3 las acciones promocionales⁹⁰.

Podríamos admitir que este tipo de medidas, que no encontramos en el ámbito de la igualdad formal, encuentran apoyo constitucional fundamentalmente en cuatro preceptos, interpretados éstos de un modo dinámico y sistemático: el artículo 1 de la CE, en cuanto que considera que España es un Estado Social y democrático de Derecho y consagra como valor fundamental la igualdad, el artículo 10, que protege la dignidad de todo ser humano, el mismo artículo 14 que otorga especial intensidad a la tutela antidiscriminatoria al referirse a «sin que pueda prevalecer discriminación alguna», y el artículo 9.2. Con respecto al segundo inciso del artículo 14, la rotundidad de la expresión nos conduce a entender que el precepto no está exigiendo tan sólo la eliminación de las diferencias de trato injustificadas o irrazonables, sino que contiene también un sentido dinámico,⁹¹ de corrección de las situaciones discriminatorias objetivas existentes en la sociedad, y para ello las medidas de discriminación positiva son instrumentos fundamentales y a veces insustituibles. Por otro lado, como acabo de señalar, el artículo 9.2, que ampara fundamentalmente la exigencia de igualdad material o real, también resultaría un apoyo importante para este tipo de medidas. Como destaca Ruiz Miguel⁹², «la igualdad formal o ante la ley garantizada por el artículo 14 de la Constitución no es un límite, sino un presupuesto —necesario, pero no suficiente— de la igualdad real y efectiva del artículo 9.2, esto es, un mínimo negativo e indeclinable a partir del cual puede operar una política positiva de remoción de obstáculos y creación de las condiciones necesarias para ir consiguiendo una mayor igualdad entre los ciudadanos». Mientras que la exigencia de igualdad formal se ciñe meramente a la igualdad de trato, el

90. Vid. ROSSILLON, «Les normes et l'action de l'égalité de chances dans l'emploi», *BIT*, Ginebra, 1984. RODRÍGUEZ PIÑERO, M.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Igualdad y Discriminación*, op. cit., pp. 99-100.

91. A este sentido parece acercarse GARCÍA AMADO, J.A., al sostener que se trata de ámbitos de especial protección que llevan a admitir desigualdades a ellos favorables, e incluso impuestas por la Constitución en una interpretación sistemática de los artículos 1.1, 9.2, 49, 50, 53.3, etc... («Problemas metodológicos del principio constitucional de igualdad», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, op. cit., pp. 121-122. Vid. asimismo AUVRET, «L'égalité dans la fonction publique», en *Revue de Droit Public*, 1982-II, p. 1588).

92. RUIZ MIGUEL, A., «Discriminación Inversa e Igualdad», en VALCÁRCEL, A., (comp.), *El Concepto de Igualdad*, op. cit., p. 87.

mandato de no discriminación no puede desconocer que en ocasiones este fenómeno se encuentra intrínsecamente relacionado con situaciones objetivas de desigualdad económica, social o cultural. Como consecuencia de ello, siguiendo a Rodríguez Piñero y Fernández López, podemos sostener que el principio de no discriminación puede entenderse como un puente entre la igualdad formal y la igualdad material⁹³. Esta postura no es ajena a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español ya que éste órgano, en recientes sentencias, ha interpretado de modo conexo el artículo 14 y el 9.2, sosteniendo que el principio de no discriminación establece la necesidad de remover obstáculos que impidan la igualdad real del colectivo discriminado⁹⁴. Ello, en suma, nos conduce a sostener, que tales diferencias de trato no sólo estarán justificadas con apoyo en los preceptos citados, sino que, en muchos casos, adquirirán el carácter de mandato directo del principio de no discriminación. En este sentido podemos destacar la Sentencia TC 216/1991, de 14 de noviembre, en la que, realizando una interpretación sistemática de los artículos 1.1, 9.2 y 14 de la Constitución, se establece:

«Cabe señalar que la igualdad que el artículo 1.1 CE proclama como uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico —inherente, junto con el valor justicia, a la forma de Estado Social que ese ordenamiento reviste, pero también a la de Estado de Derecho— no sólo se traduce en la

93. RODRÍGUEZ PIÑERO, M.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Igualdad y Discriminación*, op. cit., pp. 76-77.

94. Así la STC 229/1992, FJ 2; 28/92, de 29 de marzo, la cual sostiene claramente que «son constitucionalmente legítimas aquellas medidas que tienden a compensar una desigualdad real de partida de modo que el precepto (art. 14) ha de ser sistemáticamente interpretado con otros preceptos constitucionales, en particular, el artículo 9.2 CE»; STC 20/94 de 27 de enero y 3/93, de 14 de enero, la cual, como ya se ha señalado anteriormente, tras sostener que la referencia al sexo recogida en el artículo 14 pretende acabar con una situación históricamente arraigada afirma que «en la perspectiva del 9.2 de promoción de condiciones de igualdad no se considera discriminatorio, que, a fin de promover una real y efectiva equiparación de la mujer con el hombre, se adopten ciertas medidas de acción positiva en beneficio de la mujer. La desigual situación de partida que padece la mujer puede ser corregida mediante este tipo singular de medidas y, al mismo tiempo, como ha señalado la STC 28/1992, mantiene la eliminación de normas protectoras del trabajo femenino que puedan suponer en sí mismas una barrera de acceso real de la mujer al mundo del trabajo en igualdad de condiciones con los varones». En el mismo sentido la STC 109/93 de 25 de marzo sostiene que «por pertenecer la mujer al grupo desfavorecido, la interdicción de la discriminación implica también la adopción de medidas que tratan de asegurar la igualdad efectiva de trato y oportunidades de la mujer y del hombre (STC 128/87 y 19/89) lo cual justifica constitucionalmente preceptos como el cuestionado, destinados a remover obstáculos que impiden aquella real igualdad en el trabajo y en la medida en que esos obstáculos puedan ser removidos efectivamente a través de ventajas o medidas de apoyo que aseguren esa igualdad real de oportunidades y no puedan operar de hecho en perjuicio de la mujer (STC 229/1992, FJ 2).

de carácter formal contemplada en el artículo 14 y que, en principio, parece implicar únicamente un deber de abstención de la generación de diferenciaciones arbitrarias, sino asimismo en la de índole sustancial recogida en el artículo 9.2 que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que la de los individuos y los grupos sea real y efectiva».

He señalado que el principio de no discriminación se convierte así, en un puente entre la igualdad formal y la material, advirtiéndose, por otro lado, que tal y como aquí la entendemos no tendría cabida en el Estado Liberal. Sin embargo, no por ello se asimila o confunde con la segunda vertiente de la igualdad. En efecto, mientras que el mandato de no discriminación implicaría un «derecho a ser diferente» (no una mera tolerancia)⁹⁵, sin que ello redundara en un trato diferente, la igualdad material, como sabemos, expresaría el derecho a un cierto equilibrio en las condiciones materiales básicas de la vida⁹⁶. Como veremos más adelante, la promoción del principio de no discriminación en ocasiones obligará a remover las condiciones económicas —en aquellos supuestos en los que éstas tengan una influencia decisiva sobre el fenómeno discriminatorio—, mientras que en otras no será necesario.

IV. LA TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA

Como he apuntado anteriormente, la protección o tutela del principio de igualdad formal se limitaría, principalmente, a invalidar aquellos actos o disposiciones que contuvieran o supusieran un trato desigual arbitrario. Tendría, por ello, un carácter fundamentalmente reparador, y lo básico sería la adecuación de convenientes vías procesales para poder exigir el derecho. Sin embargo, la tutela antidiscriminatoria no puede limitarse, tan sólo a prohibir y a anular los actos discriminatorios. Se trata, como he señalado anteriormente, de incidir en las mismas raíces sociales del fenómeno enfrentándose al problema de la existencia de un grupo «victimizado» con respecto al grupo «normal». Por ello, las medidas de lucha contra éste serán mucho más complejas, incluyendo también las de carácter promocional, entre las que

95. Vid. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, Laterza, 1990 (2), p. 947 y ss.

96. FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, M.E., «Igualdad, diferencia y desigualdad. A propósito de la crítica neoliberal de la igualdad», *Anuario de Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 69.

podríamos destacar las ya citadas de discriminación positiva. Pero además, en el fenómeno discriminatorio concurren una serie de factores que determinan, asimismo, que éste demande instrumentos muy variados. Así, aunque el trato discriminatorio presenta, como hemos visto, caracteres comunes, responde a muy diferentes causas —sexo, ideología, raza, etc.— y por ello engloba situaciones muy dispares. Asimismo, sus efectos y consecuencias serán variables dependiendo del ámbito en el que se produzca la discriminación (laboral, educativa, política, familiar, etc...). Por otro lado, aunque es muy frecuente que las conductas discriminatorias en atención a una causa específica sobrevivan a lo largo de amplios períodos históricos —por ejemplo, la segregación a causa de la raza— suelen tener manifestaciones externas distintas, y aún consecuencias dispares. Las medidas convenientes deberán, por ello, evolucionar, al compás que lo hace el fenómeno en la misma sociedad.

Hemos señalado anteriormente que las conductas discriminatorias pueden provenir tanto de actos o disposiciones estatales (poderes del Estado), como de conductas particulares. Amparándonos de nuevo en la rotundidad del segundo inciso del artículo 14 de la CE —«sin que pueda prevalecer discriminación alguna»— entendemos que la tutela antidiscriminatoria deberá tener en cuenta estos dos niveles ⁹⁷:

a) Con respecto a la acción de los poderes del Estado, es evidente que, en primer lugar, la actividad legislativa es, por un lado, origen de actos discriminatorios, mientras que por otro, resulta clave en la lucha contra la discriminación. Con respecto a las discriminaciones consagradas en disposiciones legales, hay que destacar la labor de corrección de las deficiencias legislativas que perpetúan el fenómeno. Así, por ejemplo, y con respecto a la discriminación racial, De Lucas ⁹⁸ recuerda lo dispuesto en el Convenio Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, y en concreto el artículo 2.1 c), el cual establece que «Cada Estado parte tomará medidas efectivas para revisar las políticas gubernamentales nacionales y locales y para enmendar, derogar o anular las leyes y las disposiciones reglamentarias que tengan como consecuencia crear la discriminación racial o

97. No quiero dejar de hacer notar la importancia que en la lucha contra la discriminación tienen los instrumentos jurídicos internacionales, hasta el punto de que muchas políticas estatales se inspiran, como es sabido, en ellos. Sin embargo, y como hice notar al principio de este trabajo con respecto al planteamiento del problema en el ámbito internacional, la extensión del tema me obliga a dejar de lado esta importante dimensión. Vid. con respecto a la discriminación por razón de raza DE LUCAS, J., *El desafío de las fronteras*, Temas de hoy, Madrid, 1994, pp. 185 y ss.

98. DE LUCAS, J., *Europa: ¿convivir con la diferencia?*, op. cit., p. 95.

perpetuarla donde ya exista»⁹⁹. Con respecto a los inmigrantes este autor propone las siguientes: el reconocimiento y garantía del derecho a voto en las elecciones locales, la homologación del trato penal, de tal modo que no se admitieran penas adicionales para los extranjeros como, p. ej., la opción que puede tomar el juez español de sustituir la pena de un delito menor por la expulsión del territorio nacional¹⁰⁰. Debe también tenderse a la eliminación de privilegios mediante la supresión de determinadas garantías legales que los mantuvieran cuando la causa que pretendiera justificarlos no fuera razonable. En este campo merece destacarse la labor depuradora del ordenamiento jurídico que realiza el Tribunal Constitucional con respecto a aquellos preceptos que contrarían el verdadero espíritu del artículo 14.

En segundo lugar, la ley es el cauce privilegiado para elaborar medidas promocionales que tengan como fin atajar de raíz fenómenos de discriminación arraigados. Ello supone una importante línea de acción, no negativa, sino positiva. En efecto, frente a la labor judicial que fundamentalmente produce la mera desaparición del acto discriminatorio con efectos particulares y que, al no incidir directamente sobre el problema mantiene la potencial discriminación sobre el colectivo «víctima», y ni tan siquiera garantiza que la discriminación no se reproduzca en el mismo sujeto ya demandante, las medidas positivas son determinantes para acudir a la raíz del fenómeno. Aquí cabrían las ya referidas discriminaciones inversas en favor de colectivos históricamente marginados (mujeres, negros, etc...). Estas medidas deberán aplicarse con prudencia. No hay que olvidar que en determinados supuestos pueden revolverse contra el mismo colectivo ya discriminado aumentando, por ejemplo, el odio racista. En esta línea, y con respecto al sexo, el Tribunal Constitucional en Sentencia 229/92 de 14 de diciembre, ha establecido claramente la necesidad de calibrar si las medidas pueden ser actual o potencialmente lesivas de los derechos e intereses de la mujer. Asimismo, deberán vertebrarse como instrumentos de carácter temporal, hasta que la situación se equilibre, y su mantenimiento debería sostenerse a partir de estudios de carácter empírico sobre sus consecuencias¹⁰¹.

Con respecto a la actividad judicial, se trata no sólo de insistir en la independencia de este poder en la aplicación de leyes no discriminatorias, sino de destacar la importancia de que, en todas las instancias, se realice una interpretación del Derecho dinámica y progresiva en este punto, de acuerdo con la verdadera naturaleza social y unilateral del fenómeno. Así se manifiesta, por ejemplo, la SSTC 20/94, de 27 de enero. A falta de una concreción general del artículo 14 II por parte

99. El texto se puede encontrar en PECES-BARBA, G., y Otros, *Derecho positivo de los Derechos humanos*, Debate, Madrid, 1987, p. 345.

100. Vid. DE LUCAS, J., *Europa: ¿convivir con la diferencia?*, op. cit., p. 95.

101. RUIZ MÍGUEL, A., «Discriminación Inversa e Igualdad», en VALCÁRCEL, A., (comp.), *El Concepto de Igualdad*, op. cit., pp. 84-85.

del legislador, será necesaria la especificación de las consecuencias de este principio a partir de la interpretación de las normas particulares que puedan tener relación con él. Todo ello de acuerdo con el artículo 5.1 de la LOPJ, que atribuye a los Tribunales la función de interpretar y aplicar Leyes y Reglamentos «según los preceptos constitucionales». Esta labor, por otro lado, no es tangencial, por cuanto que es claro que los cambios en un sistema jurídico no se producen, tan sólo, a través de intervenciones legislativas. Estos también tienen lugar de modo muy frecuente a partir de la reinterpretación de normas ya existentes, adecuándolas a una realidad social cambiante y a nuevas tendencias constitucionales.

Con respecto al Tribunal Constitucional merecen ser destacadas algunas medidas concretas que este órgano ha desarrollado y que pueden resultar positivas para la tutela antidiscriminatoria. Así, por ejemplo, la extensión del mandato de no discriminación a las relaciones entre particulares. Sin entrar en el tema relativo al reconocimiento de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares, lo cual nos alejaría de nuestro estudio, se trata de dejar constancia de que el TC ha entendido reiteradas veces que cuando un particular solicita protección estatal la denegación de tal protección implica por sí la realización de un acto discriminatorio por omisión del órgano público. En este sentido, por ejemplo, la Sentencia TC 177/1988, de 10 de octubre sostiene que:

«Ciertamente el artículo 53.1 del Texto constitucional tan sólo establece de manera expresa que los derechos fundamentales vinculan a los poderes públicos, pero ello no implica una exclusión absoluta de otros posibles destinatarios, dado que, como señala la STC 18/1984 (FJ 6) “en un Estado Social de Derecho no puede sostenerse con carácter general que el titular de tales derechos no lo sea en la vida social”. De aquí que este Tribunal haya reconocido que los actos privados puedan lesionar los derechos fundamentales y que en estos supuestos los interesados puedan acceder a la vía de amparo si no obtienen la debida protección de los Jueces y Tribunales a los que el ordenamiento encomienda la tutela general de los mismos. Las relaciones entre particulares, si bien con ciertas matizaciones, no quedan, pues, excluidas del ámbito de aplicación del principio de igualdad, y la autonomía de las partes ha de respetar tanto el principio constitucional de no discriminación como aquellas reglas, de rango constitucional u ordinario, de las que se derive la necesidad de igualdad de trato. No cabe olvidar que el artículo 1.1 CE propugna entre los valores superiores del ordenamiento jurídico la igualdad, y que el 9.2 encomienda a todos los poderes

públicos promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas»¹⁰².

Ello es importante, por cuanto que, como he señalado con anterioridad, el fenómeno discriminatorio en muchas ocasiones es generado directamente por los particulares. Y en este punto es interesante destacar, en relación a los actos discriminatorios realizados por personas que no poseen más poder que el propio discriminado (ej. compañeros de trabajo), que en estos casos la responsabilidad debe desplazarse, en gran parte hacia aquél que, desde una posición superior, puede controlar y erradicar las conductas discriminatorias y no lo hace. Ello es claro en el ámbito de una empresa. La persona que posee los medios para poder detener y eliminar esas conductas será responsable por omisión si se limita a contemplarlas¹⁰³. Y es que, como destacamos anteriormente, el fenómeno de la discriminación tiene una dimensión radicalmente objetiva. Gracias a los esfuerzos reflejados en los textos internacionales, cada vez se ha puesto más de manifiesto que lo fundamental en la discriminación es el resultado, de tal modo que la responsabilidad en muchos casos no requerirá el elemento intencional¹⁰⁴.

Siguiendo con las medidas concretas de tutela antidiscriminatoria adoptadas por el TC, en el marco procedimental merece destacarse la relativa a la distribución de la carga de la prueba. Dado que la discriminación es una figura de prueba extremadamente difícil, este sistema puede operar, como señaló el TC en su Sentencia de 23 de noviembre de 1981 como «un principio de justicia». Como señalan Rodríguez Piñero y Fernández López, no se trata de gravar la defensa del demandado, sino de intentar aliviar o descargar el esfuerzo probatorio del demandante, dada la dificultad que habitualmente conlleva. De acuerdo con esta sentencia, cuando una de las partes alega la existencia de una discriminación, corresponderá a la otra demostrar la concurrencia de una justificación razonable de su conducta, sin propósito discriminatorio, invirtiéndose así la carga de la prueba. Sin embargo, hay que señalar que esta radical doctrina es difícil de encontrar en sentencias posteriores. Así, por ejemplo, no se hace uso de ella en las Sentencias TC 94/84, de 16 de octubre (FJ 1 a 3), 38/86, de 21 de marzo (FJ 2), 81/82 de 21 de diciembre, 98/83 de 15 de noviembre, entre otras. Siguiendo a Pérez del Río y otros, este razonamiento podría en la actualidad enunciarse de un modo más matizado sosteniendo, como establece la Sentencia 34/84 de, 9 de marzo, que la desviación de la carga de

102. Asimismo la STC 55/83, de 22 de junio, FJ 5 (BOE de 15 de julio).

103. PÉREZ DEL RÍO, T.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, F.; DEL REY GUANTER, S., *Discriminación e igualdad en la negociación colectiva*, op. cit., p. 20.

104. PÉREZ DEL RÍO, T.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, F.; DEL REY GUANTER, S.; *Discriminación e igualdad en la negociación colectiva*, op. cit., p. 20.

la prueba consistirá en que al trabajador le corresponderá «probar que está en juego el factor que determina la igualdad y que el principio que la consagra ha sido vulnerado, y en tal supuesto... es cuando el empresario deberá destruir la presunción probando que existe una causa justificadora suficiente». Por ello, el trabajador no está liberado de probar la verosimilitud de la denuncia de discriminación, ya que deberá aportar indicios que la hagan creíble, correspondiendo al operario destruir la prueba manifestando las razones que le han conducido a obrar de ese modo. Este sistema no debe entenderse como un modelo cerrado. De lo que se trata es de que el juez despliegue todos los mecanismos que le permitan llegar a descubrir realmente si ha existido discriminación ¹⁰⁵. Así, por ejemplo, en la STC 7/93, de 18 de enero, se ha reiterado esta doctrina al establecerse que:

«... cuando se invoque por el trabajador que un despido es discriminatorio o lesivo de cualquier derecho fundamental, aportando para ello indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción en favor del alegato discriminatorio, incumbe al empresario la prueba de la existencia de un motivo razonable del despido (SSTC 38/1981, 55/1983, 104/1987, 135/1990 y 21/1992). No se impone al empresario que pruebe la no discriminación o la no lesión del derecho fundamental, sino que acredite la existencia de los hechos motivadores de la decisión extintiva, así como su entidad desde el punto de vista de la medida disciplinaria» ¹⁰⁶.

En otro plano, merece destacarse que sobre el poder ejecutivo recae la responsabilidad de elaborar políticas globales en materia de discriminación que intenten promocionar a los colectivos históricamente segregados. En el ámbito económico, cultural y social estas medidas tendrán un fuerte apoyo en el artículo 9.2 CE. Es cierto que, como destaca De Lucas, la desigualdad económica y la miseria son lastres que imposibilitan, en muchos casos, el acceso a la democracia y a los derechos ¹⁰⁷. Pero entiendo, a diferencia de Montoya, que estos factores no deben considerarse como centro y raíz de la discriminación ¹⁰⁸. Tanto

105. PÉREZ DEL RÍO, T.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, F.; DEL REY GUANTER, S., *Discriminación e igualdad en la negociación colectiva*, op. cit., p. 92.

106. Asimismo STC 266/93, de 20 de septiembre; 293/93, de 18 de octubre.

107. DE LUCAS, J., *El desafío de las fronteras*, Temas de hoy, Madrid, 1994, pp. 25 y ss.

108. MONTOYA, M.A., *Las claves del racismo contemporáneo*, Prodhufi, Madrid, 1994, p. 38 y 120. Vid. asimismo sobre este punto PRIETO SANCHÍS, L., «Igualdad y minorías», op. cit., p. 8.

la desigualdad económica, como la cultural o la jurídico-política, más que causas de discriminación serían datos externos y consecuencias normativas de la crisis más profunda que implica el fenómeno discriminatorio¹⁰⁹. Estas desigualdades podrían operar a su vez potenciando la discriminación, a modo de círculo vicioso, pero el fenómeno discriminatorio, propiamente dicho, no tendría su raíz en ellas, ya que, como he señalado anteriormente, se trataría fundamentalmente de una construcción social. Aún así, y tratándolas como consecuencias que ayudan a perpetuar la discriminación, no deben ser olvidadas las medidas económicas, culturales, educativas, etc... Por ello, en el ámbito económico parece importante realizar un esfuerzo por satisfacer necesidades que, de hecho, operan como factores que estimulan la discriminación. Siguiendo a Peces Barba esta satisfacción debería configurarse como un derecho subjetivo que generara un deber correlativo general, normalmente en los poderes públicos¹¹⁰.

También las políticas de educación serán fundamentales para afrontar el problema de la discriminación. Así, por ejemplo, el esfuerzo por formar a las jóvenes generaciones en la valoración positiva de la diferencia, entendiéndola como riqueza, y ello de un modo muy claro con respecto al factor de la raza. No hay que olvidar, por otro lado, la gran influencia que sobre la población ejercen los medios de comunicación. Una profunda reflexión sobre la incidencia de sus mensajes sobre la sociedad debería conducir a fomentar el espíritu cívico, el pluralismo y el reconocimiento de la diferencia, extremando el cuidado por no enfocar el tema como si de un problema de tolerancia se tratara. La diversidad debe ser aceptada en un sentido positivo, de acuerdo con su riqueza original, y por ello plasmarse en el reconocimiento de derechos. También puede resultar constructivo el fomento de debates en los que se discuta el problema, creando una sensibilidad social que, por ejemplo, con respecto a minorías discriminadas, pueda plasmarse en asociaciones anti-discriminación¹¹¹.

b) Por último, entrando en el ámbito de actuación de los particulares, ya se ha señalado la importancia que sus actuaciones revisten en el conjunto del fenómeno global discriminatorio. Pero interesa destacar, siguiendo a De Lucas, el importante papel que debe tener la solidaridad en la lucha contra la discriminación. Este valor, que podemos entender implícito en nuestra Constitución, siguiendo a este autor, «añadiría a la igualdad algunos interesantes matices, por ejemplo, en lo

109. DE LUCAS, J., *El desafío de las fronteras*, Temas de hoy, Madrid, 1994, p. 184 con respecto al racismo.

110. PECES-BARBA, G., *Curso de Derechos Fundamentales (I), Teoría general*, Eudema, 1991, p. 249.

111. *Vid.* en este sentido MONTOYA, M.A., *Las claves del racismo contemporáneo*, *op. cit.*, p. 78.

relativo a la protección de las minorías y de sectores marginados de la población como emigrantes (art. 42), disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos (art. 49), o la llamada tercera edad»¹¹². La solidaridad debe servir de complemento adecuado a los cauces antes señalados, así como vía de superación de las insuficiencias que actualmente presente el Estado Social. El principio de solidaridad pondrá en cuestión la visión liberal, por otro lado, de plena vigencia en la actualidad, según la cual los deberes positivos hacia los demás son algo extraño y de carácter excepcional cuya realización requiere una justificación muy fuerte¹¹³. La solidaridad supone que las responsabilidades positivas no deben ser sólo asumidas por el Estado Social. También los individuos poseen responsabilidad por omisión, abiertamente en contra del perjuicio de que no debemos nada a nadie.

112. DE LUCAS, J., *El Concepto de Solidaridad*, México, Fontamara, 1993, p. 33.
* Vid. asimismo DE LUCAS, J., VIDAL, E., «Los principios básicos de la Constitución (II): El Título I», en *Estudios sobre la Constitución Española de 1978*, Universidad de Valencia, 1980, p. 50 y ss.; VIDAL, E., «La Solidaridad», *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo X, Madrid, 1993.

113. GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, J., «Notas para la elaboración de un concepto de solidaridad como principio político», en *Sistema*, 1991, p. 123 y ss. Vid. asimismo mi trabajo «Aproximación a los derechos económicos, sociales y culturales», en *Libro Homenaje a Manuel Broseta*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.