

CURSO DE ACTUALIZACIÓN

NUEVAS TENDENCIAS DOCTRINARIAS Y
JURISPRUDENCIALES DEL DERECHO
CONSTITUCIONAL.
Análisis casuísticos

EL DERECHO A LA
IGUALDAD



I. INTRODUCCIÓN

La idea de igualdad remite a la noción de relación entre mínimamente dos entes, entre los cuales se predica precisamente su igualdad.

Señala Ignacio Ara que la caracterización de la igualdad resulta, en cualquier caso, insuficiente si no se acompaña de la indicación del aspecto de los entes puestos en relación en que viene éstos considerados como iguales: no basta, en efecto, exponer que dos entidades son iguales, sino que hay que completar la indicación matizando en qué son iguales, en qué aspecto o en qué aspectos se predica la igualdad de tales entidades, lo que no excluye, desde luego, al menos en principio, que se pueda predicar de todos y cada uno de los aspectos mismos⁽¹⁾.

(1) ARA PINILLA, Ignacio. *Reflexiones sobre el significado del principio constitucional de igualdad.*

Más allá de ello subyace la idea que el derecho de igualdad debe tomar por objetivo inmediato la asignación de iguales derechos ante iguales circunstancias, pero además la necesidad de impulsar el derecho de igualdad como un programa de acción a emprender por parte del Estado y los particulares dirigido a eliminar las desigualdades o la igualdad de oportunidades como un punto de partida.

Así, podemos apreciar que esta necesidad de afirmación de igualdad en la asignación de derechos se encuentra presente en textos jurídicos como la Declaración de los Derechos del Hombre y de Ciudadano de 1789, el cual señala en su artículo primero que “[l]os hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos”, criterio que se reitera en la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 1º que enuncia que “[l]os seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.”

Sobre la base de esta noción de igualdad en la asignación de derechos, podemos afirmar que el Tribunal Constitucional peruano sostiene que la “igualdad es un principio-derecho que instala a las personas, situadas en idéntica condición, en un plano de equivalencia. Ello involucra una conformidad o identidad por coincidencia de naturaleza, circunstancia, calidad, cantidad o forma, de modo tal que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a una persona de los derechos que se conceden a otra, en paridad sincrónica o por concurrencia de razones”⁽²⁾.

No obstante, el paso siguiente es avanzar de una igualdad formal, una igualdad en la ley o en el texto jurídico, a una igualdad material, en la que no sólo seamos igualmente titulares de los derechos, sino que tengamos iguales oportunidades de ejercitar dichos derechos contenidos o reconocidos por la ley.

(2) Fundamento jurídico 2 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0018-2003-AI/TC.

A continuación haremos un breve desarrollo del derecho fundamental a la igualdad, el cual es considerado a su vez como un principio esencial a todo Estado Democrático y Constitucional de Derecho, para posteriormente revisar algunas particularidades con relación a su aplicación, así como la resolución de conflictos al tiempo de analizar si alguna intervención en la igualdad resulta legítima y constitucionalmente válida a la luz del criterio establecido por el Tribunal Constitucional.

II. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA IGUALDAD

La proclamación del derecho a la igualdad está contenida en el artículo 2º inciso 2 de la Constitución Política que establece lo siguiente:

“Artículo 2º.- Toda persona tiene derecho:

(...)

2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.”

De acuerdo a la doctrina jurídica, como la expuesta por Francisco Eguiguren, al definir el contenido del principio de igualdad en relación con la ley se debe considerar dos componentes:

“1) La igualdad de la ley o en la ley, que impone un límite constitucional a la actuación del legislador, en la medida que éste no podrá aprobar leyes cuyo contenido contravenga el principio de igualdad de trato al que tienen derecho todas las personas.

2) La igualdad en la aplicación de la ley, que impone una obligación a todos los órganos públicos por la cual éstos no pueden aplicar la ley de una manera distinta a personas que se encuentren en casos o situaciones similares.”⁽³⁾ (subrayado nuestro)

(3) ECUJUREN PRAELI, Francisco. Estudios Constitucionales. Lima. ARA, 2002. Págs. 95 - 118.

Sin perjuicio de ello, la Carta Política tolera un trato diferenciado en que podría incurrir el Estado en determinadas circunstancias, el mismo que es mencionado en el artículo 103°. En este orden de ideas el mencionado artículo constitucional con respecto a la igualdad en la ley establece:

“Artículo 103°.- Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de personas.

Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo.

La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad.

La Constitución no ampara el abuso del derecho.” (subrayado nuestro)

El Tribunal Constitucional Peruano⁽⁴⁾ da luces acerca de la interpretación del artículo 103° constitucional a manera de jurisprudencia de carácter vinculante cuando en los fundamentos 10° y 11° de la sentencia recaída sobre el expediente N° 0001-2003-AI/TC establece lo siguiente:

“Leyes especiales y diferencia de las personas

10. El artículo 103° de la Constitución, de otro lado, proscribiera la posibilidad de que se expidan leyes especiales “por razón de la diferencia de las personas”. El principio interpretativo constitucional de “concordancia práctica” exige analizar esta disposición a la luz del inciso 2) del artículo 2° de la propia

(4) Así también lo ha establecido en la sentencia recaída en el Expediente N° 010-2002-AI/TC cuando en su fundamento 211° señala:

“En ese contexto, y recordando una doctrina consolidada por este Tribunal Constitucional, debe señalarse que el principio de igualdad no garantiza que siempre y en todos los casos deba tratarse por igual a todos, sino que las diferencias que el legislador eventualmente pueda introducir, obedezcan a razones objetivas y razonables. Es decir, no está prohibido que el legislador realice tratamientos diferenciados. Lo que sí está prohibido es que dicha diferenciación en el trato sea arbitraria, ya sea por no poseer un elemento objetivo que la justifique o una justificación razonable que la respalde (...).”

Carta Fundamental, que establece el derecho a la igualdad ante la ley.

11. El principio de igualdad en el Estado constitucional exige del legislador una vinculación negativa o abstencionista y otra positiva o interventora. La vinculación negativa está referida a la ya consolidada jurisprudencia de este Colegiado respecto de la exigencia de “tratar igual a los que son iguales” y “distinto a los que son distintos”, de forma tal que la ley, como regla general, tenga una vocación necesaria por la generalidad y la abstracción, quedando proscrita la posibilidad de que el Estado, a través del legislador, pueda ser generador de factores discriminatorios de cualquier índole (...).” (subrayado nuestro)

Acorde con ello, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas define discriminación como:

“... toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.” (5) (subrayado nuestro)

Tal como apreciamos, la naturaleza de una disposición discriminatoria radica en una distinción que genere como resultado un perjuicio que consista en el menoscabo en el ejercicio regular de un derecho fundamental.

(5) Observación general N° 18 - No Discriminación (37° período de sesiones, 1989) citado en: Comisión Andina de Juristas. Protección de los Derechos Humanos. Lima, julio 1997. Págs. 276-277. Fundamento jurídico 2 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0018-2003-AI/TC.

La STC 59/1985 del 18 de julio del Tribunal Constitucional español señala: "El principio de igualdad de los españoles ante la ley que consagra el artículo 14° de la Constitución ha sido considerado por este Tribunal como límite al propio legislador, que no puede establecer desigualdades cuando las diferencias de trato carezcan de una justificación objetiva y razonable (...)." Dicho Tribunal ha interpretado que el derecho de igualdad prohíbe la discriminación, o sea que la desigualdad de tratamiento legal sólo es injustificada cuando no tenga una justificación objetiva y razonable. En igual sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre este principio al interpretar el artículo 14° del Convenio de Roma estableciendo que una diferencia de trato vulnera el Principio de Igualdad cuando carece de justificación objetiva y razonable, lo que también implica la aceptación de diferenciaciones cuando éstas sean legítimas.

En consecuencia, el Principio-Derecho de Igualdad de Trato no prohíbe al legislador contemplar la necesidad o la conveniencia de diferenciar situaciones distintas y darles un tratamiento diverso, porque la esencia de la igualdad consiste, no en impedir diferenciaciones, sino en evitar que éstas carezcan de justificación objetivamente razonable y se respete una proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida.

Habiendo presentado algunas consideraciones iniciales con relación al derecho de igualdad, a continuación, revisaremos el concepto del derecho fundamental a la igualdad a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano.

III. LA CONCEPTUALIZACIÓN DE LA IGUALDAD

El Tribunal Constitucional peruano ha tenido oportunidad de analizar y pronunciarse in extenso acerca de este principio – derecho a la igualdad. Entre los pronunciamientos más relevantes podemos mencionar la sentencia recaída en el Expediente N° 0018-2003-AI/TC, proceso de inconstitucionalidad promovido por cinco

mil setenta y siete ciudadanos contra el artículo 1° de la Ley N.° 27633, modificatoria de la Ley N.° 27143.

Esta sentencia tiene la virtud de reagrupar y resumir los criterios y desarrollo jurisprudencial formado por el referido órgano colegiado en otras sentencias emitidas por éste, como es el caso de las ejecutorias expedidas en la acción de amparo presentada por la Cámara Peruana de la Construcción vs. Ministerio de Trabajo y Promoción Social (Exp. N.° 0261-2003-AA/TC) y en la acción de inconstitucionalidad interpuesta por Marcelino Tineo Sulca y más de cinco mil ciudadanos (Exp. N.° 010-2002-AI/TC).

Así, en primer término el Tribunal Constitucional señala en el fundamento jurídico 2 de la sentencia recaída en el Expediente N° 0018-2003-AI/TC que la noción de igualdad comprende lo que él califica como dos planos convergentes, es decir, como principio y como derecho:

- En el primero, la noción de igualdad se constituye como un principio rector de la organización y actuación del Estado Social y Democrático de Derecho.
- En el segundo, la noción de igualdad se erige propiamente como un derecho fundamental de la persona.

Así, como principio rector de la organización y actuación del Estado Social y Democrático de Derecho señala el Tribunal que "implica un postulado o proposición con sentido y proyección normativa o deontológica que, como tal, constituye parte del núcleo del sistema constitucional de fundamento democrático(6)."

Además, el Tribunal Constitucional ha señalado en la sentencia recaída en el Expediente N° 0261-2003-AA/TC que la igualdad como principio se constituye de diversas formas. Así, el referido órgano colegiado señala lo siguiente:

(6) Fundamento jurídico 3.1. de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0261-2003-AA/TC.

“En puridad, el principio de igualdad se constituye simultáneamente de la manera siguiente: a) como un límite para la actuación normativa, administrativa y jurisdiccional de los poderes públicos; b) mecanismo de reacción jurídica frente al hipotético uso arbitrario del poder; c) como un impedimento para el establecimiento de situaciones basadas en criterios prohibidos (discriminación atentatoria a la dignidad de la persona); y d) como una expresión de demanda al Estado para que proceda a remover los obstáculos políticos, sociales, económicos o culturales que restringen de hecho la igualdad entre los hombres⁽⁷⁾.”

De otro lado, la noción de igualdad como derecho fundamental, implica “el reconocimiento de la existencia de una facultad o atribución conformante del patrimonio jurídico de la persona, derivada de su naturaleza, que consiste en ser tratada igual que los demás en hechos, situaciones o acontecimientos coincidentes; por ende, deviene en el derecho subjetivo de obtener un trato igual y de evitar los privilegios y las desigualdades arbitrarias⁽⁸⁾.”

En buena cuenta, la igualdad se configura como un derecho fundamental de la persona a no sufrir discriminación jurídica alguna; esto es, a no ser tratada de manera dispar respecto a quienes se encuentren en una misma situación, salvo que exista una justificación objetiva y razonable de esa desemejanza de trato.

Asimismo, el Tribunal Constitucional señala que la noción de igualdad implica no sólo un deber de no hacer o de abstención por parte del Estado, sino además un derecho subjetivo:

“(…) [la noción de] igualdad implica lo siguiente:

- a) La abstención de toda acción legislativa o jurisdiccional tendiente a la diferenciación arbitraria, injustificable y no razonable, y

(7) *Ibidem*.
(8) *Ibidem*.

- b) La existencia de un derecho subjetivo destinado a obtener un trato igual, en función de hechos, situaciones y relaciones homólogos⁽⁹⁾.”

Además, el Tribunal Constitucional en dicha sentencia, apunta correctamente que el derecho a la igualdad no es un derecho autónomo, sino un derecho relacional, pues siempre la igualdad se predica con relación a un derecho, atribución o facultad dada por el ordenamiento jurídico. Ahí subyace la naturaleza jurídica del derecho fundamental a la igualdad.

En este sentido, el derecho a la igualdad se hace vehículo o instrumento para alcanzar la efectividad en el disfrute de los demás derechos reconocidos por nuestro ordenamiento. Así, el citado órgano colegiado afirma que “[d]icho carácter relacional sólo opera vinculativamente para asegurar el goce, real, efectivo y pleno del plexo de derechos que la Constitución y las leyes reconocen y garantizan⁽¹⁰⁾.”

IV. IGUALDAD NATURAL E IGUALDAD POLÍTICA

¿Tienen los extranjeros iguales derechos que los nacionales? Al respecto, señala Javier Pérez Royo que la igualdad constitucional no es un concepto universal, aunque su base sea la concepción de la igualdad humana que sí tiene carácter universal⁽¹¹⁾.

Así, señala el referido autor que la igualdad que se predica de la población del Estado es una igualdad política, territorialmente limitada. No es una igualdad humana. Por tanto, todos los hombres son iguales por naturaleza, pero políticamente sólo lo son los ciudadanos del Estado⁽¹²⁾.

(9) *Ibidem*.
(10) *Ibidem*.

(11) PEREZ ROYO, Javier. *La definición de los derechos como fundamentales*. Curso de Derecho Constitucional. 7ma. Edición. Madrid: Marcial Pons S.A., 2000.
(12) PEREZ ROYO, Javier. *Op. Cit.* Pág. 269.

Esta división entre igualdad natural y la igualdad política es la que hace que nacionales y extranjeros no sean titulares de derechos en las mismas condiciones.

Por ello, el citado autor concluye que el principio de igualdad que se reconoce y garantiza en todas las constituciones es de aplicación en toda su extensión e intensidad a los ciudadanos del Estado, pero no a los que no lo son, "dicho en otras palabras: determinado trato diferenciador que, entre ciudadanos del Estado, sería considerado discriminatorio y por tanto anticonstitucional, puede ser considerado un trato diferenciador legítimo cuando el destinatario del mismo es un extranjero"⁽¹³⁾.

Los ciudadanos son, pues titulares de todos los derechos constitucionales sin excepción. Los extranjeros por el contrario, no lo son. Lo serán en todo caso, de aquellos derechos naturales indiscutibles, como pueden ser el derecho a la vida, a la libertad personal, a la intimidad, etc. Y pueden serlo de los demás en función de la decisión que haya toma da en caso el constituyente y, por tanto, más en unos países y menos en otros.

Así por ejemplo, en el caso peruano, la Constitución establece una serie de derechos para los nacionales⁽¹⁴⁾ a diferencia de los extranjeros:

- Por ejemplo, la Constitución contempla la posibilidad de que un nacional tenga derecho a usar su idioma propio ante cualquier autoridad mediante un intérprete, a diferencia de los extranjeros que sólo podrán usar su idioma propio ante una autoridad cual sean citados por ella. Así, el precepto constitucional establece lo siguiente:

(13) *Ibidem*.

(14) Al respecto, la Constitución Política establece claramente a quienes se le considera peruanos:

Artículo 57.- Son peruanos por nacimiento los nacidos en el territorio de la República. También lo son los nacidos en el exterior de padre o madre peruanos, inscritos en el registro correspondiente durante su minoría de edad. Son asimismo peruanos los que adquieren la nacionalidad por naturalización o por opción, siempre que tengan residencia en el Perú."

"Constitución Política

Artículo 2º.- (...)

19. (...)

Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete. Los extranjeros tienen este mismo derecho cuando son citados por cualquier autoridad." (énfasis nuestro)

- Asimismo, la Constitución ordena en ciertos casos, como parte de los requisitos generales para gozar del derecho de sufragio en el sentido pasivo, es decir, ser elegido, la nacionalidad peruana. Por esta razón, un extranjero tampoco podrá reclamar el goce del derecho de sufragio ni pasivo, ni activo en los casos de la elección de Congresistas y del Presidente de la República:

"Constitución Política

Artículo 90º.-

(...)

Para ser elegido congresista se requiere ser peruano de nacimiento, haber cumplido veinticinco años y gozar del derecho de sufragio." (énfasis nuestro)

"Constitución Política

Artículo 110º.-

(...)

Para ser elegido Presidente de la República se requiere ser peruano por nacimiento, tener más de treinta y cinco años de edad al momento de la postulación y gozar del derecho de sufragio." (énfasis nuestro)

- Del mismo modo, con relación con el derecho de acceso a cargos públicos, los peruanos o nacionales tendrán la

posibilidad de gozar de tal derecho en determinados casos, a diferencia de los extranjeros, según lo ordena la Constitución para los casos de los nombramientos de Ministro de Estado o de Magistrado de la Corte Suprema:

“Constitución Política

Artículo 124°.- Para ser ministro de Estado, se requiere ser peruano por nacimiento, ciudadano en ejercicio y haber cumplido veinticinco años de edad. Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional pueden ser ministros.” (énfasis nuestro)

“Constitución Política

Artículo 147°.- Para ser Magistrado de la Corte Suprema se requiere:

1. Ser peruano de nacimiento.
2. Ser ciudadano en ejercicio.
3. Ser mayor de cuarenta y cinco años.
4. Haber sido magistrado de la Corte Superior o Fiscal Superior durante diez años, o haber ejercido la abogacía o la cátedra universitaria en materia jurídica durante quince años.” (énfasis nuestro)

- Por otro lado, con relación al ejercicio del derecho de propiedad, éste contiene más límites para los extranjeros que para los nacionales, pues “dentro de 50 km. de las fronteras, los extranjeros no podrán ni adquirir en propiedad o en posesión, ni por ningún otro título, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía, ni en forma directa o indirecta, sea individualmente o en sociedad, ya que de lo contrario perderán dicho beneficio a favor del Estado. Así la Constitución establece lo siguiente:

“Artículo 71°.- En cuanto a la propiedad, los extranjeros, sean personas naturales o jurídicas, están en la misma condición que los peruanos, sin que, en caso alguno, puedan invocar excepción ni protección diplomática.

Sin embargo, **dentro de cincuenta kilómetros de las fronteras, los extranjeros no pueden adquirir ni poseer, por título alguno, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente ni en sociedad, bajo pena de perder, en beneficio del Estado, el derecho así adquirido.** Se exceptúa el caso de necesidad pública expresamente declarada por decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros conforme a ley.” (énfasis nuestro)

De esta forma, hemos podido apreciar ciertas diferencias que nos permiten comprobar que son cuestiones distintas la igualdad natural y la igualdad política. Naturalmente el sustento para este trato diferente dado a los nacionales con relación a los extranjeros responde a suficientes motivos objetivos y razonables, sea por la naturaleza de los cargos a postular o a ser nombrados (en los casos de los artículos 90°, 110°, 124° y 147° de la Constitución), a la seguridad nacional y a la integridad de su territorio que se puede poner en riesgo con relación al ejercicio del derecho de propiedad por parte de un extranjero (en el caso del artículo 71° de la Constitución), o al hecho de que son idiomas oficiales el castellano y, en las zonas donde predominen, también lo son el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes, según la ley, tal como señala la constitución (en el caso del artículo 2° inciso 19 de la Constitución).

De esta manera se entiende que estas intervenciones en la igualdad se encuentran plenamente justificadas. Pero qué sucede cuando surge la duda de si el legislador ha intervenido infraccionando el derecho fundamental a la igualdad. ¿Cómo podemos verificar o descartar que esto se ha producido? Esto es lo que precisamente veremos a continuación.

V. EL TEST DE IGUALDAD SEGÚN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En diversas sentencias de procesos de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional peruano ha realizado un análisis para verificar si la norma objeto de control constituye una infracción de la igualdad.

En tal sentido, resulta importante realizar un test de igualdad respecto a la disposición cuestionada. En esa línea, el Tribunal Constitucional ha sostenido:

“[...] en el plano de la igualdad en la ley, cabe aplicar el respectivo test de igualdad sobre la actuación del legislador que requiere de la verificación de su legitimidad. Toda vez que si bien el legislador puede, en base a sus atribuciones constitucionales, establecer un trato diferente ante situaciones que sean diferentes, debe también tomar en consideración si la medida dictada resulta razonable y proporcional con el fin que se pretende obtener.”⁽¹¹⁵⁾ (énfasis nuestro)

En este orden de ideas, respecto al test de igualdad, el Tribunal Constitucional ha señalado que contiene los siguientes pasos:

1. Determinación del tratamiento legislativo diferente: la intervención en la prohibición de discriminación.
2. Determinación de la “intensidad” de la intervención en la igualdad.
3. Determinación de la finalidad del tratamiento diferente (objetivo y fin).
4. Examen de idoneidad.
5. Examen de necesidad.

(15) Fundamento jurídico 71 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0023-2005-P1/TC.

6. Examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación⁽¹¹⁶⁾.”

Lo que corresponde ahora, es revisar con cierto detenimiento cada uno de los pasos establecidos por el Tribunal Constitucional para el análisis de una presunta infracción a la igualdad.

5.1. La Intervención en la igualdad

El Tribunal Constitucional ha señalado que la intervención en la igualdad consiste en la introducción de un trato diferenciado a los destinatarios de la norma que, en cuanto medio, está orientada a la consecución de un fin⁽¹¹⁷⁾.

En una oportunidad posterior, precisó que este tratamiento diferenciado constituye el medio por cual el legislador pretende alcanzar una finalidad. Esto implica determinar por separado dos aspectos: *los destinatarios de la norma y el tratamiento diferente*⁽¹¹⁸⁾.

Respecto a este primer paso, también se ha señalado que “el juicio de igualdad se identifica con la necesidad de determinar la semejanza o diferencia entre las situaciones jurídicas que se comparan”⁽¹¹⁹⁾.

A mayor abundamiento el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 0045-2004-P1/TC ha establecido lo siguiente:

“La intervención consiste en una restricción o limitación de derechos subjetivos orientada a la consecución de un fin del poder público. En tanto supone una relación finalista, la intervención del legislador aparece como

(16) Fundamento jurídico 2 de la sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente N° 0045-2004-P1/TC. En la misma línea, encontramos el Fl. 323 de la sentencia emitida en el Expediente N° 0003-2005-P1/TC.

(17) Fundamento jurídico 2.3 de la sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente N° 0045-2004-P1/TC.

(18) Fundamento jurídico 66 de la sentencia del Tribunal Constitucional emitida en los Expedientes acumulados números 0025 y 0026-2005-P1/TC.

(19) Fundamento jurídico 130 de la sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente N° 0004-2006-P1/TC.

opción legislativa, un medio del que aquél se sirve para la obtención de un fin. La intervención en la igualdad consiste en la introducción de un trato diferenciado a los destinatarios de la norma que, en cuanto medio, está orientada a la consecución de un fin y que, prima facie, aparece como contraria a la prohibición de discriminación⁽²⁰⁾.”

Una vez identificada la introducción del trato diferenciado o intervención en la igualdad, es necesario medir la intensidad de ésta, que es lo que analizaremos a continuación.

5.2. Intensidad de la intervención

Este paso en el test de igualdad es de suma importancia y será un aspecto a tener en consideración al momento de efectuar los exámenes de necesidad y de proporcionalidad.

Al respecto el Tribunal Constitucional en la citada sentencia recaída en el Expediente N° 0045-2004-PITC ha establecido lo siguiente

“La relevancia de la determinación de la intensidad de la intervención en la igualdad radica en que se trata de una variable a ser empleada en el análisis del principio de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. En efecto, por una parte, en el análisis del subprincipio de necesidad se ha de proceder a una comparación entre las intensidades de la intervención del medio adoptado por el legislador y del medio hipotético para, según ello, examinar si este último es de menor intensidad o no respecto al primero. Por otra parte, en el examen de

(20) Fundamento jurídico 34 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0045-2004-PITC y publicada el 14 de abril de 2006 en el Diario Oficial El Peruano.

ponderación o proporcionalidad en sentido estricto, la intensidad de la intervención en la igualdad constituye una variable que ha de compararse con la intensidad o grado de realización u optimización del fin constitucional⁽²¹⁾.”

Ahora bien, que diferentes niveles de intensidad puede registrar la intervención en la igualdad según el Tribunal Constitucional. Al respecto, el citado órgano colegiado señala lo siguiente:

“La intervención en el principio de igualdad puede presentar diferentes grados o intensidades. Ello puede conceptualmente representarse en una escala de tres niveles:

1. Intensidad grave.
2. Intensidad media.
3. Intensidad leve.⁽²²⁾”

En este orden de ideas, la intervención de intensidad grave se da “(...) cuando la discriminación se sustenta en alguno de los motivos proscritos por la propia Constitución (artículo 2°, inciso 2: origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho fundamental (v.gr. derecho a la participación política) o un derecho constitucional⁽²³⁾.”

De otro lado, se configura una intervención de intensidad media “(...) cuando la discriminación se sustenta en alguno de los motivos proscritos por la propia Constitución

(21) Fundamento jurídico 36 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0045-2004-PITC y publicada el 14 de abril de 2006 en el Diario Oficial El Peruano.

(22) Fundamento jurídico 33 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0045-2004-PITC y publicada el 14 de abril de 2006 en el Diario Oficial El Peruano.

(23) Fundamento jurídico 35 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0045-2004-PITC y publicada el 14 de abril de 2006 en el Diario Oficial El Peruano.

(artículo 2º, inciso 2: origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o el de un interés legítimo⁽²⁴⁾”

Finalmente, se configura una intervención de intensidad leve“(…) cuando la discriminación se sustenta en motivos distintos a los proscritos por la propia Constitución y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o el de un interés legítimo⁽²⁵⁾”

Una vez que hemos identificado el tratamiento diferente y la intensidad de éste, corresponde determinar si este tratamiento conserva una finalidad legítima constitucionalmente, lo cual analizaremos seguidamente.

5.3. Finalidad del tratamiento diferente

Con relación a este paso del test, debemos tener presente que “la intervención del legislador aparece como opción legislativa, un medio del que aquél se sirve para la obtención de un fin.”⁽²⁶⁾ Sobre el particular, el Tribunal Constitucional sostiene lo siguiente:

“La finalidad del tratamiento diferente. El fin del tratamiento diferenciado comprende dos aspectos que deben ser distinguidos: objetivo y fin. El objetivo es el estado de cosas o situación jurídica que el legislador pretende conformar a través del tratamiento diferenciado. La finalidad o fin viene a ser el derecho,

principio o bien jurídico cuya realización u optimización se logra con la conformación del objetivo. La finalidad justifica normativamente la legitimidad del objetivo del tratamiento diferenciado.”⁽²⁷⁾

Si se ha identificado la finalidad del tratamiento diferente lo que corresponde ahora es evaluar si la medida adoptada por la norma, es decir la intervención en la igualdad es idóneo para la consecución de dicha finalidad constitucional, lo que se conoce como examen de idoneidad.

5.4. Examen de idoneidad

En esta oportunidad, “el análisis consistirá en examinar si el tratamiento diferenciado adoptado por el legislador conduce a la consecución de un fin constitucional. En caso de que el tratamiento diferenciado no sea idóneo, será inconstitucional”⁽²⁸⁾.

A mayor abundamiento, señala el Tribunal Constitucional que “[l]a idoneidad consiste en la relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención legislativa, y el fin propuesto por el legislador. Se trata del análisis de una *relación medio-fin*. Tratándose del análisis de una intervención en la prohibición de discriminación, el análisis consistirá en examinar si el tratamiento diferenciado adoptado por el legislador conduce a la consecución de un fin constitucional. En caso de que el tratamiento diferenciado no sea idóneo, será inconstitucional. En el examen de

(24) *Ibidem*.

(25) *Ibidem*.

(26) Fundamento jurídico 2.3 de la sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente N° 0045-2004-P1/TC.

(27) Fundamento jurídico 2.6 de la sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente N° 0045-2004-P1/TC. En el mismo sentido encontramos las sentencias emitidas en los Expedientes números 0003-2005-P1/TC (F.J. 327) y los acumulados 0025 y 0026-2005-P1/TC (F.J. 74).

(28) Fundamento jurídico 2.7 de la sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente N° 0045-2004-P1/TC. En el mismo sentido encontramos el F.J. 314 de la sentencia emitida en el Expediente N° 0003-2005-P1/TC.

idoneidad, el análisis del vínculo de causalidad tiene dos fases: (1) el de la relación entre la intervención en la igualdad –medio- y el objetivo, y (2) el de la relación entre *objetivo y finalidad* de la intervención⁽²⁹⁾.”

No obstante, no sólo resultará suficiente que la medida adoptada por la norma resulte idónea para la consecución de la finalidad del tratamiento diferente, sino que además deberá resultar ser la menos gravosa con relación al derecho a la igualdad, lo que se conoce como el examen de necesidad.

5.5. Examen de necesidad

Respecto a este examen, el Tribunal Constitucional señala lo siguiente:

“En el examen de necesidad se compara dos medios idóneos. El optado por el legislador -la intervención en la igualdad- y el o los hipotéticos alternativos. Por esta razón, si el primero estuviera ausente, debido a que no habría superado el examen de idoneidad, el test de necesidad no tendrá lugar.”⁽³⁰⁾ (énfasis nuestro)

Bajo este test se analiza si existen medios alternativos al optado por el legislador que sean menos gravosos en comparación con la medida o lo que es mejor que no lo sean. En este sentido, este examen implica una comparación entre medios: el establecido por el legislador con relación a uno o varios medios hipotéticos que hubiera podido adoptar para lograr la misma finalidad constitucional. Ello implica que los medios hipotéticos alternativos sean igualmente idóneos.

(29) Fundamento jurídico 38 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0045-2004-P1/TC y publicada el 14 de abril de 2006 en el Diario Oficial El Peruano.

(30) Fundamento jurídico 2.8 de la sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente N° 0045-2004-P1/TC.



Sobre el particular el Tribunal Constitucional sostiene lo siguiente:

“(…) el presupuesto de este examen es que se esté ante un medio idóneo, puesto que si el trato diferenciado examinado no lo fuera, no habría la posibilidad conceptual de efectuar tal comparación entre medios. En el examen de necesidad se compara dos medios idóneos. El optado por el legislador -la intervención en la igualdad- y el o los hipotéticos alternativos. Por esta razón, si el primero estuviera ausente, debido a que no habría superado el examen de idoneidad, el test de necesidad no tendrá lugar”⁽³¹⁾.”

Ahora bien, los aspectos que se analizan en el examen de necesidad, conforme al criterio del referido órgano colegiado se resuelven de la siguiente manera:

“El examen según el principio de necesidad importa el análisis de dos aspectos: (1) la detección de si hay medios hipotéticos alternativos idóneos y (2) la determinación de, (2.1) si tales medios -idóneos- no intervienen en la prohibición de discriminación, o, (2.2) si, interviniéndolo, tal intervención reviste *menor intensidad*. El análisis de los medios alternativos se efectúa con relación al *objetivo* del trato diferenciado, no con respecto a su finalidad. El medio alternativo hipotético debe ser idóneo para la consecución del objetivo del trato diferenciado”⁽³²⁾.

En consecuencia, si del análisis resulta que (1) existe al menos un medio hipotético igualmente idóneo que (2.1) no interviene en la prohibición de discriminación o que

(31) Fundamento jurídico 39 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0045-2004-P1/TC y publicada el 14 de abril de 2006 en el Diario Oficial El Peruano.

(32) *Ibidem*.

(2.2), interviniendo, tal intervención es de menor intensidad que la adoptada por el legislador, entonces, la ley habrá infringido el principio-derecho de igualdad y será inconstitucional.”

Una vez superado el examen de necesidad por parte de la medida adoptada por el legislador, corresponderá determinar si dicho tratamiento resulta proporcional de acuerdo con el siguiente paso del test que detallamos a continuación.

5.6. El examen de proporcionalidad

En este paso del test “la intensidad de la intervención en la igualdad constituye una variable que ha de compararse con la intensidad o grado de realización u optimización del fin constitucional.”⁽³³⁾ Respecto al examen de proporcionalidad, el Tribunal Constitucional ha explicado lo siguiente:

“**Proporcionalidad en sentido estricto.** La proporcionalidad en sentido estricto o ponderación (Abwägung), proyectada al análisis del trato diferenciado, consistirá en una **comparación entre el grado de realización u optimización del fin constitucional y la intensidad de la intervención en la igualdad.** La comparación de estas dos variables ha de efectuarse según la denominada ley de ponderación [ALEXY]. Conforme a ésta:

‘Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro’.

(...)

la ley de ponderación al análisis de la intervención de la igualdad, la ley de ponderación sería enunciada en los siguientes términos:

‘Cuanto mayor es el grado de afectación -intervención- al principio de igualdad, tanto mayor ha de ser el grado de optimización o realización del fin constitucional’.

Se establece aquí una intervención directamente proporcional según la cual: **cuanto mayor es la intensidad de la intervención o afectación de la igualdad, tanto mayor ha de ser el grado de realización u optimización del fin constitucional.** Si esta relación se cumple, entonces, la intervención en la igualdad habrá superado el examen de la ponderación y no será inconstitucional. Por el contrario, en el supuesto de que la intensidad de la intervención en la igualdad sea mayor al grado de realización u optimización constitucional, entonces, la intervención en la igualdad será justificada y será inconstitucional.”⁽³⁴⁾ (énfasis añadido)

En este sentido, los elementos que se tienen en cuenta en el examen de proporcionalidad en sentido estricto serían: i) la afectación –o no realización– de un principio y ii) la satisfacción –o realización– del otro. En el caso de la igualdad es ésta el principio afectado o intervenido, mientras que el principio, derecho o bien constitucional a cuya consecución se concentra el tratamiento diferenciado es el fin constitucional.

Por tanto, si un tratamiento diferente o intervención en la igualdad supera cada uno de estos pasos del test de igualdad, se habrá comprobado la legitimidad constitucional de la medida adoptada por el legislador.

(33) Fundamento jurídico 2.5 de la sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente N.º 0045-2004-PI/TC. En el mismo sentido encontramos el fundamento jurídico 14.3 de la sentencia emitida en el Expediente N.º 0004-2006-PI/TC.

(34) Fundamento jurídico 2.9 de la sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente N.º 0045-2004-PI/TC.

VI. TRATO DIFERENCIADO Y ACCIONES AFIRMATIVAS PARA ALCANZAR LA PLENA VIGENCIA DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA IGUALDAD

El Tribunal Constitucional ha señalado además que el principio de igualdad constitucional exige del legislador, de un lado, una vinculación negativa o abstencionista y, del otro, una vinculación positiva o interventora (por ejemplo, así lo ha establecido en el proceso de inconstitucionalidad promovido por el Colegio de Notarios de Lima y otros contra los alcances de la Ley N.º 27755 – expedientes acumulados números 0001 y 0003-2003-AI/TC).

La vinculación negativa guarda relación con la exigencia de tratar igual a los que son “iguales” y “distinto” a los que son distintos, de forma tal que la legislación, tenga generalmente una vocación por la generalidad y la abstracción, por lo que quedaría proscrita la posibilidad que el legislador, pueda generar factores discriminatorios sean éstos de cualquier índole.

De otro lado, la vinculación positiva supone la obligación de revertir las condiciones de desigualdad o reponer las condiciones de igualdad de las que la realidad social pudiera estarse desvinculando, en perjuicio de las aspiraciones constitucionales. Por ello, a través de las denominadas “acciones positivas” se busca promover real y efectivamente la igualdad sustancial entre los individuos, que se caracteriza por una simetría de oportunidades para todas las personas.

Así, el Tribunal Constitucional señala lo siguiente:

“(…) no se considera como discriminaciones aquellas acciones legislativas que establezcan tratos diferenciados con el objeto de promover la igualdad real de oportunidades, a condición de que dicha acción afirmativa esté sujeta a la regla de temporalidad.

La acción afirmativa del Estado consiste en la adopción de medidas que remuevan los obstáculos que restringen, en la praxis, la plena vigencia del principio de igualdad⁽³⁵⁾.”

A continuación revisaremos el caso de las acciones afirmativas dispuestas para promover la igualdad sustancial a favor de las mujeres, el mismo que es discutido por el Tribunal Constitucional.

6.1. Trato diferenciado a favor de las mujeres

En consonancia con la necesidad o conveniencia de diferenciar situaciones distintas, así como darle un tratamiento diverso, resulta plenamente legítimo promover la igualdad sustancial o real entre los hombres y mujeres, de conformidad con lo dispuesto por la Constitución en sus artículos 2º inciso 2) y 103º y así poder afianzar el derecho a la igualdad de un grupo que históricamente se ha mantenido postergado o relegado como es el de las mujeres.

Sobre el particular, resulta pertinente resaltar el mandato de la “Convención Sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer”, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas por Resolución 34/180 el 18 de Diciembre de 1979 y suscrita por el Perú en la ciudad de New York el 23 de Julio de 1981 y aprobada por el Congreso de la República mediante Resolución Legislativa N° 23432, el cual ordena lo siguiente:

“Artículo 3.- Los Estados Partes tomarán en todas las esferas, y en particular en las esferas política, social, económica y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce

(35) Fundamento jurídico 2 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0018-2003-AI/TC.

de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre." (énfasis nuestro)

De esta manera, resulta plenamente legítimo y hasta se constituye en un deber primordial del Estado promover -mediante un trato diferenciado o "acción positiva" el derecho a la igualdad sustancial, real o material reclamada para las mujeres.

A mayor abundamiento, el Tribunal Constitucional, mediante jurisprudencia, ha reiterado la necesidad de que el Estado, en este caso a través del legislador, promueva el trato diferenciado en favor de determinados grupos sociales para otorgarles ventajas con el propósito de superar la desigualdad o inferioridad real en la que se hallan:

"62. Estas precisiones deben complementarse con el adecuado discernimiento entre dos categorías jurídico-constitucionales, a saber, **diferenciación y discriminación**. En principio, debe precisarse que la **diferenciación** está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; es decir, se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables. Por el contrario, cuando esa desigualdad de trato no sea ni razonable ni proporcional, estaremos frente a una **discriminación** y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable.

63. Por otro lado, debe tenerse en consideración que el Estado en algunas oportunidades promueve el trato diferenciado de un determinado grupo social, otorgándoles ventajas, incentivos o, en general, tratamientos más favorables. Esto es lo que en doctrina constitucional se conoce como "discriminación positiva o acción positiva -affirmative action-". La finalidad de esta acción afirmativa no es otra que compensar jurídicamente a grupos marginados económica, social o culturalmente; persigue, pues, que dichos grupos puedan superar la inferioridad real

en la que se encuentran con acciones concretas del Estado. (36) (...)" (énfasis con subrayado nuestro)

Asimismo, cabe señalar que el juez constitucional ha confirmado la legitimidad constitucional del fin de una "acción positiva" a favor de las mujeres en más de una ocasión. Tal es el caso de la sentencia recaída en el Expediente N° 0050-2004-AI/TC y otros acumulados, en donde se trata acerca de la relegada situación en la que se encuentra la mujer y la justificación de las acciones positivas en su favor:

"146. Análisis del rol de la mujer en la sociedad y justificación de acciones positivas en su favor

Si bien en años recientes ha existido un importante grado de incorporación de la mujer en tareas de orden social en las que nunca debió estar relegada (participación política, acceso a puestos laborales, oportunidades de educación, entre otras muchas), no puede considerarse que en la realidad peruana dicha tarea se encuentre consolidada. Buena parte de nuestra sociedad aún se nutre de patrones culturales patriarcales que relegan al colectivo femenino a un rol secundario, a pesar de encontrarse fuera de discusión sus idénticas capacidades en relación con el colectivo masculino para destacar en todo ámbito de la vida, sea político, social o económico. Los prejuicios y la idiosincracia de un número significativo de ciudadanos (conformado tanto por hombres como por mujeres) aún mantienen vigente la problemática de género en el país.

De ahí que el Tribunal Constitucional no pueda considerar inconstitucionales medidas que exigen algunos años menos de edad o de aportaciones a la mujer, para acceder a una pensión en un régimen previsional, o aquellas otras que establecen un sistema de cálculo relativamente más favorable a la mujer pensionista al momento de determinar el monto de su pensión.

(36) Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0048-2004-P1/TC.



Queda claro que dichas medidas se encuentran estrictamente orientadas, a través de disposiciones ponderadas, a favorecer al colectivo femenino, en el correcto entendido de que la realidad social aún impone concederles un mayor apoyo a efectos de asegurarles una vida acorde con el principio de dignidad (...). Consecuentemente se trata de una auténtica "acción positiva" en favor de la mujer."

Por ello, podemos afirmar que no toda desigualdad de tratamiento legal viola el principio de igualdad. No obstante, para establecer diferencias, tiene que existir suficiente justificación de ellas, que sean fundadas y razonables de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados. Por tanto, el principio de igualdad no prohíbe al legislador contemplar la necesidad o la conveniencia de diferenciar situaciones distintas y darles un tratamiento diverso, porque la esencia de la igualdad consiste, no en impedir diferenciaciones, sino en evitar que éstas carezcan de justificación objetivamente razonable y se respete una proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida.

VII. CONCLUSIONES

- El derecho de igualdad debe tomar por objetivo inmediato la asignación de iguales derechos ante iguales circunstancias, pero además la necesidad de impulsar el derecho de igualdad como un programa de acción a emprender por parte del Estado y los particulares dirigido a eliminar las desigualdades o la igualdad de oportunidades.
- En este sentido, es menester avanzar de una igualdad formal, una igualdad en la ley o en el texto jurídico, a una igualdad material, en la que no sólo seamos igualmente titulares de los derechos, sino que tengamos iguales oportunidades de ejercitar dichos derechos contenidos o reconocidos por la ley.



- La igualdad en la ley impone un límite constitucional al legislador por el cual no podrá aprobar leyes cuyo contenido afecte el principio de igualdad de trato al que tienen derecho todos los seres humanos.
- La igualdad en la aplicación de la ley, implica una obligación para todos los órganos públicos de manera que no pueden aplicar la ley de forma distinta a personas que se hallen en casos similares.
- La noción de igualdad comprende dos planos convergentes: en el primero, la noción de igualdad se constituye como un principio rector de la organización y actuación del Estado Social y Democrático de Derecho y en el segundo, la noción de igualdad se erige propiamente como un derecho fundamental de la persona.
- El Tribunal Constitucional apunta que el derecho a la igualdad no es un derecho autónomo, sino un derecho relacional, pues siempre la igualdad se predica con relación a un derecho, atribución o facultad dada por el ordenamiento jurídico.
- El Principio-Derecho de Igualdad de Trato no prohíbe al legislador contemplar la necesidad o la conveniencia de diferenciar situaciones distintas y darles un tratamiento diverso, porque la esencia de la igualdad consiste, no en impedir diferenciaciones, sino en evitar que éstas carezcan de justificación objetivamente razonable y se respete una proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida.
- En diversas sentencias de procesos de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional peruano ha realizado un análisis para verificar si la norma objeto de control constituye una infracción de la igualdad, y en tal sentido, resulta importante realizar un test de igualdad respecto a la disposición cuestionada.

- El principio de igualdad no prohíbe al legislador contemplar la necesidad o la conveniencia de diferenciar situaciones distintas y darles un tratamiento diverso, porque la esencia de la igualdad consiste, no en impedir diferenciaciones, sino en evitar que éstas carezcan de justificación objetivamente razonable y se respete una proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida.
- En este sentido, el Tribunal Constitucional considera que el Estado en algunas oportunidades promueve el trato diferenciado de un determinado grupo social, otorgándoles ventajas, incentivos o, en general, tratamientos más favorables. Esto es lo que en doctrina constitucional se conoce como discriminación positiva o acción positiva (affirmative action).
- La necesidad o conveniencia de diferenciar situaciones distintas, así como darle un tratamiento diverso, resulta plenamente legítimo promover la igualdad sustancial o real entre los seres humanos de conformidad con lo dispuesto por la Constitución en sus artículos 2º inciso 2) y 103º y así poder afianzar el derecho a la igualdad de grupos que históricamente se hayan mantenido postergados o relegados.
- Por tanto, no toda desigualdad de tratamiento legal viola el principio de igualdad.