

# De la igualdad constitucional (II Parte)

■ Salvador Héctor Soriano Rodríguez

## 7. Igualdad material

### 7.1. Concreciones generales

La igualdad material es otro momento evolutivo del concepto de igualdad y se deriva en complementos de la igualdad formal. La visión material supone la observación de hechos que las formalidades no solventan. Para Isidro Soriano, el tema de la igualdad desde el punto de vista sociológico puede relacionarse en el Informe Social de España (1975-1983), en el que el tema de la igualdad hace imposible una neutralidad: no bastan las proclamas formales. Las sensibilidades de nuestro tiempo perciben desigualdades en los niveles de riqueza, renta y poder, con especiales intensidades, divisiones sociales y asimetrías entre los diferentes sujetos actores de la vida económica, así como una estructura social de relaciones de dominación<sup>1</sup>.

Las preocupaciones identifican en el mundo, que entre los rascacielos de seguros, bancos y multinacionales, se generaliza la pobreza<sup>2</sup> y disminuye el empleo productivo. El aparente crecimiento económico esconde las mayores desigualdades, que demuestran que no está habiendo desarrollo, sino discriminación<sup>3</sup>. El crecimiento poblacional hace que, desde la igualdad, se analicen factores relacionados con el ingreso familiar y el número de hijos. Preocupa a nuestros países la marginación de las mujeres en el acceso a la educación y empleo. En la Conferencia Internacional sobre Población, celebrada en México, D. F., en 1984, se sostuvo que *el crecimiento poblacional* no es la causa primaria de los bajos niveles de vida y de las grandes desigualdades. Por el contrario, la causa tiene que buscarse en la naturaleza dual de las economías. No es un problema de números, sino de calidad de vida y bienestar material. La superpoblación es un

factor influyente, pero no principal en el subdesarrollo. Hay que tener presente que los problemas surgen de la concentración urbana producida por las migraciones del campo a la ciudad<sup>4</sup>.

A la igualdad formal se le ha criticado el ser muy abstracta y el ser una ficción jurídica, dada la imposibilidad de resolver cuestiones latentes en la sociedad. Por ello, fue necesario reflexionar sobre la igualdad material.

La igualdad material no es una negación del formalismo. Más bien, supone una adición necesaria para que ese formalismo se humanice y sea una realidad para cada ciudadano. La igualdad abstracta ante la ley ha negado el derecho y la garantía de la igualdad. Colocó, de manera ficticia, a todos los sujetos en una misma posición<sup>5</sup>. En definitiva, la igualdad jurídica de formas se traduce en una igualdad jurídica *de facto*, de tal manera que la prédica que reconoce la eliminación de privilegios, prerrogativas, potestades y sectarismos sea efectiva. Se pretende que la mención de la igualdad en las normas jurídicas no sea campo inútil, sino que dicho reconocimiento legislativo se agilice con aplicaciones efectivas.

## 7.2. Libertad promocional

Una perspectiva de la igualdad material puede encontrarse en el trabajo de Peces Barba. Su reflexión conecta la igualdad con la libertad promocional. La igualdad es concebida como un elemento facilitador de las vocaciones morales de los individuos. Además, afirma que los criterios de capacidad y mérito cumplen una función orientadora, pero que también es necesario satisfacer las necesidades básicas. Por ello, existe una especial preocupación por la seguridad social, educación, sanidad y vivienda<sup>6</sup>. Son, para este autor, derechos en los que no cabe regateo, y constituyen obligaciones, no sólo para los poderes públicos, sino también para los agentes principales de la economía del mercado. Por otra parte, deben ser aplicados racionalmente, de modo que se tomen preocupaciones por la generalización de demandas. A Peces Barba le preocupa, finalmente, dejar claro que éstas son necesidades objetivas, producto de una deliberación racional<sup>7</sup>.

## 7.3. Criterios de efectividad

Un elemento importante en la concepción de la igualdad material es el intento de hacerla efectiva. Los criterios esenciales de esta igualdad deben estar en la senda del respeto a los valores constitucionales, que cumplan con la igualdad formal, que impliquen un bienestar generalizado y que remuevan obstáculos y promuevan soluciones a los conflictos sociales. Deben tender a introducir conscientemente diferencias que corrijan situaciones desiguales de hecho, sin que sus soluciones sean artificiosas o arbitrarias<sup>8</sup>.

Cabe mencionar las concepciones que albergan la igualdad en las opiniones doctrinarias. Así, la igualdad se equipara la justicia material, en el sentido que ambas se adecuan a la diversidad, o que observan la desigualdad en cada diferencia.

La jurisprudencia argentina observa la igualdad como prohibición para establecer privilegios en iguales circunstancias. Como virtud promocional, la igualdad encierra la protección de la movilidad social y de las poblaciones marginadas. En esta línea, más que una formalidad, es un deber de los poderes públicos de carácter material o sustancial. Es una exigencia para la remoción de obstáculos de tipo social y económico<sup>9</sup>. Las consecuencias inmediatas de esta concepción son las obligaciones de acción positiva y la dispensa de tratos desiguales entre personas o grupos. “El nuevo diseño constitucional —afirma el jurista argentino Óscar Raúl Puccinelli— nos conduce a una situación, en verdad, más satisfactoria, porque le adjudica al Congreso algo más que una mera facultad, al establecer que le corresponde legislar y promover medidas de acción positiva. De esta manera, a partir de la determinación concreta de una conducta debida y de un obligado, al menos, respecto de la comunidad, se logra que concurren los requisitos mínimos para sostener la existencia de una obligación constitucional<sup>10</sup>”.

En la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo Económico celebrado en El Cairo, Egipto, el 15 de septiembre de 1994, los gobiernos participantes coincidieron en torno a la necesidad de invertir en el ser humano y en comprometerse para alcanzar la igualdad de derechos de la mujer. La mujer debe tomar un papel más activo para reducir el crecimiento demográfico y lograr un desarrollo durable. La educación de las niñas es un factor clave. Para resolver los problemas de la población, debe enfrentarse la pobreza. Deben aplicarse programas para respetar los diferentes valores religiosos y éticos. Los editorialistas de la Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas” proponen, frente a este fenómeno, programas educacionales de persuasión para que se tengan familias más pequeñas. Los medios formales se depositan en las escuelas, la educación de adultos, los medios de comunicación social. Entre todos estos actores se deben hacer esfuerzos que eleven el estatus económico y social de la mujer. Los esfuerzos deben encaminarse también para eliminar las diferencias de oportunidades entre la población rural y urbana. Esto nos recuerda que los programas de planificación familiar tienen poca utilidad sin motivar a las personas a que tengan familias reducidas<sup>11</sup>.

## **8. Clasificación de las diferenciaciones**

### **8.1. Favorecimientos permitidos**

Para Puccinelli, la igualdad se concreta como prohibición de discriminar. Sin embargo, admite algunas discriminaciones: (a) *Discriminaciones favorables*, que permiten un tratamiento diferenciado para una persona o grupo. Pueden ser ordinarias, cuando los sujetos beneficiados no estén en posición desventajosa. Por ejemplo, la reserva de trabajo para discapacitados.

También pueden ser extraordinarias, cuando los sujetos beneficiados no están en posición desventajosa, y se les concede el beneficio por excepción. Calero señala el sentido de la extraordinariedad en las inmunidades de Diputados y Senadores, como garantías reforzadas en la libertad de expresión parlamentaria<sup>12</sup>. Esta garantía reforzada ha sido extendida por la Sala de los Constitucional para actos que, a pesar de ser inconstitucionales, no derivan en la responsabilidad civil para el legislador ordinario. La jurisprudencia nacional en la sentencia estimativa de amparo 44-C-96, del 4 de noviembre de 1997, en un caso de destitución inconstitucional, ordena el pago de los salarios desde la fecha de destitución a la fecha de sentencia, por ser el daño inmediatamente cuantificable. Reinstala al recurrente, pero excluye de la responsabilidad a los diputados, puesto que, al ser dictado el acto inconstitucional en sesión plenaria, y no ser un acto particular de algún legislador, no es posible atribuir a los diputados responsabilidad civil.

Puccinelli señala, además, (b) las *discriminaciones desfavorables*, que permiten determinar cargas para unas personas: se les priva de ciertos derechos o, simplemente, la situación jurídica pesa más para ellas y no para el resto de las personas. Por ejemplo, tenemos el requisito de hablar más de un idioma para el ingreso al cuerpo diplomático.

Finalmente, tenemos (c) las *discriminaciones prohibidas*. Puccinelli distingue entre las relativas y las absolutas. Las primeras, están en función de la raza, sexo, credo, ideologías y posición económicas. Las segundas, vedan las prerrogativas por sangre y nacimiento, títulos de nobleza o fueros personales<sup>13</sup>. Las condiciones personales han sido motivadas desde la igualdad por la jurisprudencia de algunos tribunales. El Tribunal Constitucional italiano estimó compatible el principio de igualdad, el otorgamiento de pensiones excepcionales a la hija de Mateotti y a la viuda de De Gasperi. Y el Tribunal Constitucional español invalidó la jubilación forzosa para superar problemas ocupacionales.

## 8.2. Igualación, acción positiva y protectora, y discriminación inversa

Las diferencias marcan otras distinciones que en las investigaciones de Gluck se denominan *medidas de igualación positiva*, *acciones positivas* y *acciones protectoras*. Las primeras, igualan a los ciudadanos individualmente considerados y representan el favorecimiento a desventajas individuales. Las segundas, materializan la igualdad de los colectivos, en razón de las desventajas sociales<sup>14</sup>. Las terceras, recogen ventajas bajo roles de inferioridad y favorecen medidas paternalistas<sup>15</sup>.

Las posiciones de Gluck insisten en la *diferenciación de las acciones positivas de las medidas de igualación*. Primero, por la identificación en cláusulas específicas de no discriminación. Este planteamiento podría traducirse en una intención constitucional que presume vertientes materiales existentes que necesitan ser eliminadas. Las *acciones positivas* no se refieren a situaciones individua-

les, sino a rasgos históricos de la sociedad que marginan a colectividades. La *igualación* descansa, en cambio, en fundamentos redistributivos que favorecen situaciones de inferioridad individual. Las acciones positivas justifican la nivelación por rasgos transparentes e inmodificables. Los colectivos incorporan pertenencias voluntarias que se infravaloran. La lista de rasgos que originan acciones positivas depende de cada país<sup>16</sup>.

Las *acciones positivas* se apoyan en normas específicas de la Constitución para superar la discriminación. Intentan superar la minusvaloración de ciertos colectivos con medidas estructuradas temporalmente, de tal manera que las estigmatizaciones se vean frenadas<sup>17</sup>. Sin embargo, hay situaciones de excepción a la temporalidad: los colectivos de minusválidos —que, sin el significado de la estigmatización no puede tener límites temporales. La justificación obedece a la incorporación social que debe integrar un grupo con desventajas naturales. La tutela de estos colectivos mezcla medidas de igualación y de acciones positivas<sup>18</sup>.

La complejidad de las acciones positivas determina que la especificación de los rasgos obedezcan a un interés primordial de especial peligrosidad en la discriminación —*compelling interest*—. Esa complejidad se complementa cumpliendo con una finalidad deseable constitucionalmente para superar el trato desigual. La constitucionalidad de las medidas deseadas está condicionada por un mandato de proporcionalidad debida —*narrowly tailored*—, moderación y ajustamiento que no perjudique directamente a terceros. Se identifica con la igualdad de oportunidades, la remoción de obstáculos y de daños directos a terceros<sup>19</sup>.

La *discriminación inversa* se traduce, en cambio, en daños directos a colectivos no beneficiados, formalizados, por lo general, en cuotas reservadas a colectivos discriminados. Por ejemplo: cuotas para puestos de trabajo, contratos de la administración, plazas universitarias y listas electorales. La discriminación inversa tiene modalidades básicas: las flexibles —objetivos— que racionaliza las consideraciones de igualación; y las rígidas —cuotas— que desproporcionan los efectos de provecho y daño, y por lo general se rechazan constitucionalmente<sup>20</sup>.

Una evaluación adicional de las acciones positivas es la que estima el origen público o privado. La flexibilidad de las medidas termina favoreciendo en la jurisprudencia española al empresario, no así a las discriminaciones que se efectúan en el sector público. El intento trata de hacer compatible la autonomía con la voluntad. En Estados Unidos se estimula con subvenciones, que atan, por medio de fondos estatales, las medidas de no-discriminación. Un criterio adicional es la localización de minorías en función de porcentajes, de tal manera que se aproximen cuotas representativas para dar empleos. Un llamado para la operativa judicial lo constituyen las obligaciones del demandante para probar la discriminación empresarial. Un punto de partida importante ha sido también el principio de buena fe del empresario<sup>21</sup>.

Las acciones positivas tratan de configurar respuestas específicas a colectivos problemáticos, sin acudir a esquemas ideológicos. Las respuestas son inducciones del nuevo esquema social en el que los colectivos factorizan la homogeneidad de una problemática estructural común. La problemática de la juventud que se sumerge en la inactividad laboral, carente de objetivos en los cuales integrarse, sin formación profesional y una marcada necesidad de viabilizar sus opiniones y voluntades. Las mujeres, colectivo que necesita de un equilibrio en la pareja y de fórmulas adecuadas de empleo y, en general, de políticas que funcionen, no sólo por su utilidad económica, sino por sus repercusiones sociales. Las minusvalías que satisfagan los axiomas de dignidad y contenido igualitario. Los niños y ancianos que alternen situaciones de cambio socioeconómico, predeterminadas por la solidaridad e interdependencia de los individuos y una sociedad asentada en el principio de igualdad<sup>22</sup>.

Nuestra sociedad, para Ivett Sánchez, encuentra a niños que, por lo general, carecen de afectividad, comportan actitudes de desganado, violencia sexual, maltrato, trabajo informal, dificultades para acceder a la escuela y altos niveles de delincuencia. Los ancianos, en cambio, se confinan a la mendicidad, a asilos inexistentes, a la calle como vivienda, a dormitorios públicos, o a lugares en los que, muchas veces, comportan un estorbo<sup>23</sup>. Sin embargo, no debemos olvidar los esfuerzos gubernamentales que, con sus precariedades presupuestarias, han creado institutos de protección o secretarías ejecutivos. Debe hacerse una especial consideración en los esfuerzos legislativos que, con una legislación de avanzada, sujeta a los menores a regímenes especiales de adaptación, deja de considerarlos delinquentes y asume la determinación menos estigmatizante de *menor infractor*; separa de la cárcel a los menores y la hace exclusiva para los adultos. Por otra parte, es relevante la atención que se procura a los menores cuando se los readecua en centros especiales de internamiento o readaptación.

Ha sido preponderante el papel de la moderna normativa familiar que reconoce derechos fundamentales a los menores<sup>24</sup> y a los ancianos. Por otra parte, la influencia de la normativa familiar y de protección del niño debe evaluarse positivamente. Se deben dedicar elogios imperecederos también para la jurisdicción de menores y de familia, en la que destacan la alta competencia y honestidad de sus jueces, y decisiones que han marcado un mejor futuro de niños y ancianos. Por experiencia personal, destaco la sensibilidad de estos jueces, y cómo han liberado a menores de un presente pernicioso y cómo han conseguido un mejor futuro para ellos. Los nombres y apellidos sobrarían. Sin embargo, imagine el lector la emoción de ver niños que, en la actualidad, se educan con tutores u hogares para la niñez, en que el buen ejemplo les proporciona un buen modelo de comportamiento.

Las respuestas de acciones positivas deben ser evaluadas también, desde la cultura de la pobreza en la sociedad nacional. Y ello sin que desdijamos a otros

grupos o colectivos. Ivett Sánchez (1994) opina que, para el caso de El Salvador, gran cantidad de individuos se debaten en condiciones de pobreza extrema y manifiestan carencias y privaciones inusitadas y degradantes. El entorno de estos grupos vulnerables demuestra índices altos de desnutrición, morbilidad, prostitución, ignorancia, falta de capacitación, actividad delictiva y drogadicción<sup>25</sup>. Sin embargo, algo positivo debe dejarse entrever en el informe económico de 1998, que rindió el gobierno. En ese informe de labores, destacan el éxito de haber disminuido la pobreza extrema. El logro se mide en promedios monetarios de ingresos, que ascienden a los seiscientos colones mensuales<sup>26</sup>.

## 9. Principales rasgos de discriminación

### 9.1. Raza y discriminación

Las raíces históricas de la discriminación han tenido célebres paráfrasis en la literatura. En ella se expresan remembranzas culturales que muestran la crueldad de determinadas concepciones históricas. Camilo José Cela, por ejemplo, en *Las amigas de Dorothy* cuenta que las protagonistas gustaban ver cómo morían los negros ahorcados, con el gusto armonioso que convierte el miedo en armonía, seguido de la puesta verde en el color de sus cuerpos<sup>27</sup>. Los negros que mueren y se han portado bien, saltan felices hasta llegar a la vía láctea, y cien siglos después vuelven a la vida como hombres blancos<sup>28</sup>. El Ku Klux Klan, que evita matar a los negros en formas que no sean ejemplares: no hay espectáculo en la muerte con veneno, sino al atarlos a la cola de un caballo al galope o a un parachoques que se lanza a toda velocidad, ahorcándolos, quemándolos, matándolos a patadas, a palos, a pedradas<sup>29</sup>. Se trata de una narrativa que pone la consideración sobre la discriminación racial. La historia tiene otras demostraciones de lo anterior con Adolfo Hitler, para quien la raza aria es superior, proclama que impuso un régimen tiránico riguroso, que llevó a la eliminación, expulsión y destrucción de más de seis millones de judíos<sup>30</sup>.

*Minorías*<sup>31</sup>. Merece un comentario especial el hecho de que la discriminación ilegítima, por motivos raciales, cobró auge a finales del siglo XIX y principios del XX. El centro de la problemática fue la distinción entre blancos y negros. En la actualidad, la discriminación evalúa sus prohibiciones para minorías raciales —algunas de ellas inmigrantes, otras, autóctonas—. Las minorías autóctonas han recibido atención de las organizaciones de derechos humanos y uno de los ejes de trabajo de éstas ha sido la protección de los indígenas<sup>32</sup>.

El racismo es un factor de discriminación ilegítima, de marcada permanencia en el siglo XX. Zaffaroni ha involucrado el racismo como paradigma de horriblos holocaustos con lógica genocida, basados sobre el presupuesto irracional de la jerarquización biológica de los seres humanos<sup>33</sup>. Merece un comentario lo que Peñate denomina *el apartheid guanaco*, que rechaza la cultura indígena y la ve

en términos peyorativos. Aunque el radicalismo de Peñate es demasiado fuerte para reproducirlo en una versión que intenta ser objetiva, nos parece de importancia resaltar las asimilaciones que se hacen del indio: un sujeto miserable, haragán, borracho, mentiroso, delincuente o ignorante<sup>34</sup>, lo cual en conductas de discriminación es bastante representativo y obligatorio hacer desaparecer. Para ello, se necesita una política estatal que promueva la identidad cultural. Semejante acción del Estado nunca ha existido<sup>35</sup>.

Queda añadir que el concepto de raza utiliza la igualdad para eliminar prejuicios irracionales en contra de minorías étnicas<sup>36</sup>. El Tribunal Constitucional español estima que las referencias de carácter étnico, aunque sean con finalidades meramente descriptivas, deben evitarse, pues estas referencias pueden prestarse a malos entendidos o a alentar prejuicios irracionales en nuestra sociedad<sup>37</sup>.

La etnia tradicionalmente ha sido confinada a padecer procesos inhumanos de degradación, marginación o discriminación. Indígenas y negros son generalmente menos utilizados en las tareas mejor remuneradas y sus salarios son miserables. Un factor importante que debe tomarse en cuenta, es la estructura cerrada de su círculo social, lo cual restringe un poco las posibilidades que les alejen de la marginación o movilidad social<sup>38</sup>. Sin embargo, desde la igualdad, la jurisprudencia ha hecho algunos pronunciamientos que tratan de discernir un mejor bienestar para estos grupos. Aunque algunas veces los beneficios se cierran con atención a razones superiores: seguridad, orden público y moralidades tradicionales. A continuación, enunciamos algunos casos relevantes.

*Japoneses y judíos, seguridad y servicio militar.* En el caso *Korematsu* (1944), la Suprema Corte de los Estados Unidos validó la reubicación de individuos de ascendencia japonesa lejos de las zonas costeras de ese país, por razones de seguridad nacional<sup>39</sup>. La Corte argentina estimó la excepción de servicio militar a un seminarista judaico, aunque la excepción no se extendía a todos los cultos<sup>40</sup>. En el sistema español, para eximirse del servicio militar, deben constatarse circunstancias objetivas: enfermedades, defectos físicos, residencia fuera de España, sostenimiento de familia, interés nacional o excedentes en el contingente<sup>41</sup>.

*Inmigración.* Las normas inglesa que prohibían la entrada a los *non-patrial* se evalúan en el caso *Abdulaziz, Cabales y Balkandali*. En la sentencia del Tribunal Europeo del 28 de marzo de 1985, se reclama contra medidas racistas de inmigración y de distinciones por el color. El Tribunal destaca que las normas eran generales y no contenían imperativos de discriminación por raza, color o religión. Además, considera que en el caso no hay discriminación por nacimiento, ya que hay justificación aceptable en el fin perseguido por la norma. Es una pretensión que evita una situación negativa de las mujeres que tienen vínculos estrechos con el Reino Unido y se ven obligadas a marcharse al extranjero por la relación con sus maridos.



El proceso migratorio nacional se vincula directamente con las políticas de Estados Unidos. La discriminación en este sentido nos permite hacer algunas consideraciones, según las reflexiones de Urquilla. Se sospecha de discriminación al margen de su política soberana, con la construcción de muros en la frontera con México, la Ley 187, la negación de servicios de salud y educación a familiares de inmigrantes ilegales, la propuesta de establecer el inglés como idioma nacional, la propuesta para negar la nacionalidad a los hijos de inmigrantes nacidos en territorio estadounidense y los crímenes de odio contra los latinos<sup>42</sup>. Zamora destaca el miedo a que ciudadanos norteamericanos sean aplastados por la ola extranjera; el consumo de beneficios sociales que pertenece a los contribuyentes norteamericanos y el influjo de los temores históricos de la población blanca<sup>43</sup>.

*Promoción de indígenas.* La Corte de Constitucionalidad de Guatemala, el 18 de mayo de 1995, en opinión consultiva solicitada por el Congreso previo a su aprobación, considera compatible con la Constitución el Convenio 169 de la OIT. Dicho texto normativo sólo puede conseguir consecuencias favorables, de respeto a la cultura, religión e identidad indígena. El Convenio se diseña para remover obstáculos que impidan el goce real y efectivo de los derechos humanos, para que los disfruten en el mismo grado de igualdad que el resto de la sociedad. El Convenio versa sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. Prescribe una aplicación flexible y conforme a los derechos fundamentales: el derecho a decidir sus prioridades: a conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que sean compatibles con el sistema jurídico nacional; el derecho a respetar los mecanismos de represión del delito con igual condición de compatibilidad; el derecho de propiedad y prohibición de los traslados de sus tierras sin su consentimiento; derecho al trabajo, formación profesional, seguridad y salud; y el deber de cooperación de los medios de comunicación. La enseñanza debe ser en la propia lengua. En nuestro país se considera patrimonio cultural las lenguas autóctonas. El artículo 62 Cn. obliga a que sean objeto de preservación, difusión y respeto.

*Pruebas de nacimiento para indígenas.* La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, consideró en una sentencia emitida el 21 de abril de 1993, que debe aplicarse a los indígenas el Convenio 169 de la OIT y desechar la exigencia que, para inscribirlos como costarricenses, sigan el trámite de naturalización de los extranjeros, si no tienen partida de nacimiento. No tiene importancia que la comunidad autóctona reconozca un territorio vital que no concuerda con las fronteras nacionales.

*Participación en leyes y proyectos que afectan a comunidades indígenas.* La Corte Suprema de Justicia de Venezuela, el 4 de marzo de 1997, consideró que debe consultarse a las comunidades indígenas sobre leyes que las afectan. Una actitud similar puede encontrarse en la sentencia del 3 de febrero de 1997, de la Corte Constitucional de Colombia, en la que se establece la necesaria participa-

ción indígena en proyectos que los afecten. Se cuestionaban exploraciones sísmicas para constatar yacimientos petroleros en resguardos indígenas.

## 9.2. Sexo e igualdad<sup>44</sup>

*Homosexualidad.* Sobre las consideraciones discriminatorias por razones sexuales, la jurisprudencia comparada se ha decantado de diferentes maneras. En el caso *Rees*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos avaló la prohibición de matrimonio entre personas del mismo sexo, aunque una de ellas se había sometido a cambios físicos<sup>45</sup>. En el caso *Dudgeon*, en Irlanda, se reclama contra leyes del siglo XIX, que castigaban la homosexualidad en grados delictuales de tentativa y consumación. La Comisión Europea de Derechos Humanos admite como violación la prohibición legal de actos homosexuales entre varones mayores de veintidós años, porque constituye una infracción contra el derecho a la privacidad. La sentencia del 22 de octubre de 1981 no entra a considerar el principio de igualdad porque la ley guarda silencio en la determinación de la edad por debajo de la cual la juventud debe gozar de protección penal. Corresponde al Estado determinar la edad.

*Delito de adulterio e investigación de paternidad.* El 7 de marzo de 1996, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala declaró inconstitucional la tipificación del adulterio como delito sólo para la mujer. No se encuentra justificación en la norma punitiva del orden familiar, ni del estado civil que desiguala las condiciones jurídicas de los cónyuges. La infidelidad de la mujer como figura delictiva debe ser expulsada del ordenamiento. En el caso *Rasmussen*, el Tribunal Europeo sentenció el 28 de diciembre de 1984 que la igualdad de los esposos o padres sigue vigente aún después de la disolución del matrimonio. Estima como algo no violatorio el que se establezcan plazos de caducidad para investigar la paternidad, mientras que para la mujer la investigación puede ejercerse en cualquier momento. Las situaciones no son análogas. Las diferencias justifican la seguridad jurídica y protección de los intereses del menor.

*Menores y matrimonio.* En el orden familiar, en 1995, la sentencia del 12 de mayo de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, considera inconstitucional la negación de celebrar matrimonio a menores de edad y núbiles. De la misma manera, el principio es extensivo para el divorcio<sup>46</sup>.

### 9.2.1. Situaciones directas y encubiertas

La casuística más importante que han seguido otras jurisprudencias —en este caso, la del Tribunal Constitucional español<sup>47</sup>— ha colocado la valoración de situaciones directas e indirectas de discriminación y su cobertura ha incidido en directivas para tribunales en la operativa de aplicación normativa. Se descubren así las sentencias 216/91, del 14 de noviembre, en el caso de las mujeres aviadoras; la sentencia 147/95, del 16 de octubre, en el caso ESK-CUIS<sup>48</sup>; y, por

último, encontramos un criterio de acción positiva en la sentencia 128/87, del 16 de julio, en el caso de las guarderías<sup>49</sup>.

### 9.2.1.1. El caso de las mujeres aviadoras

*Las situaciones históricas.* La primera sentencia española derivada del ámbito procesal constitucional vinculado a la autonomía orgánica emanada del Tribunal Constitucional es la 216/91, del 14 de noviembre, en el caso de las mujeres aviadoras. La sentencia proclama contraria a la Constitución la desigualdad de trato. Es un criterio que va a dejar sentada la exigencia a los poderes públicos de superar las desigualdades históricas, la adopción de actitudes positivas y diligentes para su corrección. La demandante solicita acceso a las pruebas selectivas de la Academia General del Aire. El Ministerio de Defensa deniega la solicitud, por la falta de desarrollo legislativo, impuesto por reserva de ley, para el establecimiento del grado de participación de la mujer en la Defensa Nacional. Por otra parte, existe una normativa que pospone el acceso de la mujer a determinadas pruebas de selección que permitan el acceso a determinados cuerpos y escalas militares.

### 9.2.1.2. Caso ESK/CUIS

*Profesión militar y modulaciones a la demora de la ley.* La sentencia aludida y clasificada en el orden 216/91, del 14 de noviembre, en el caso de mujeres aviadoras, establece un resultado discriminatorio para las mujeres en las vías de acceso a la profesión militar. Considera también la realidad de una normativa que, bajo planeamientos progresivos, manda la incorporación de las mujeres, lo cual ensambla el mantenimiento temporal de una discriminación. El contenido de igualdad constitucional niega las discriminaciones arbitrarias, y sustancialmente debe ser efectivo. El mandato debe ser modulado con acciones favorables para colectivos históricamente marginados, con un trato especial que suavice y compense la situación desigual en la sustancia. Por otra parte, la discriminación no rectificadas en un lapso de tiempo razonable califica la inconstitucionalidad de los actos que la mantenga. En la época de guerra, se permitieron en El Salvador batallones especiales de mujeres. En 1999, se permite que las mujeres accedan a la Escuela Militar.

*Secciones exclusivas y sutilezas discriminatorias.* La discriminación indirecta se valora en la segunda de las sentencias. Ésta se encuentra comentada en la banda jurisprudencial 147/95, del 16 de octubre, en el caso ESK/CUIS. Se reconoce que la diferencia discriminatoria, aunque no especificada para el sexo femenino, lo es, al acontecer vertientes sutiles, comunes y formalmente no desiguales, cuando encubren consecuencias perjudiciales para un grupo social. Un sindicato promueve la reclamación por la pertenencia exclusiva de mujeres a una sección de la empresa, en la que sus retribuciones son menores a una sección exclusiva de hombres.

*Valoraciones funcionales y esfuerzo.* Se pretende legitimar las diferencias salariales por la penosidad, esfuerzo físico y nocturnidad del trabajo masculino, en otro de los fundamentos jurídicos de la sentencia 147/95 del caso anterior. Tal criterio no es dominante en la valoración constitucional del mismo. Se insiste, concomitantemente, en que las diferencias funcionales demandan comparar el valor del trabajo realizado. La valoración de estos hechos se dirime por el carácter conforme o contrario a la prohibición constitucional de desigualdad. Se da, asimismo, una justificación constitucional que legitima el conocimiento de la jurisdicción constitucional, y con ello trata de evadir las posibles críticas de invasión competencial de los juzgadores inferiores. Se acepta que los criterios aplicados en la diferenciación de secciones no son neutrales, ni objetivos, ni transparentes. Por ello, el Tribunal Constitucional debe anular la situación discriminatoria.

*Tradicón y convenios colectivos.* En igual sentido, la sentencia constitucional a la que venimos aludiendo, desestima la alegación del rompimiento de pactos salariales vigentes pro más de una década. Ni el criterio de carácter convencional, ni la tradición deben influir en la permanencia de la discriminación. La sentencia hace extensiva la prohibición de discriminación. En materia salarial, debe regir el principio de un mismo valor de trabajo e igual retribución. Las diferencias salariales han de ser marcadas por la idoneidad o aptitud profesional.

### 9.2.1.3. El llamado *Caso de la guardería*

*Confirmación de retribución ventajosa de la mujer.* La tercera de las sentencias señalada en la compilación jurisprudencial del doctor Luis López Guerra, la 128/87, del 16 de julio, el llamado *caso de las guarderías*, confirma el tratamiento desfavorable para el género femenino, y desestima la queja del impetrante —del sexo masculino—. Diferencia el resultado favorecedor desde los supuestos de inferioridad, debilidad, posición secundaria en la sociedad, respecto de disposiciones transitorias que gestionan tradiciones y hábitos que se han arraigado, en desventaja de la mujer.

*Tratamiento favorable independiente del estado civil.* En el caso de las guarderías, la situación igualitaria se reclama por un ayudante técnico sanitario, bajo el argumento que no recibe un complemento salarial del que gozan las mujeres —cualquiera que sea su estado civil, pero condicionado a que tengan hijos menores de seis años—, en concepto de guardería<sup>50</sup>. La reclamación se desestima.

*Justificación de una retribución ventajosa para la mujer.* El Estado alega, a favor de su negativa, que la prestación es de concesión graciable no retributiva, y sujeta a discrecionalidad estatal. El Tribunal observa poco convincente la justificación. Más apropiado resulta el motivo del que deriva la obtención de mayores ingresos.

*Lógica normativa del favorecimiento femenino.* La prestación, en el caso de las guarderías, implica una gravitación que anexa derechos y obligaciones al

contrato de trabajo. Es, pues, un conjunto jurídico de relevancia económica. El principio absoluto de igualdad de trato no excluye las distinciones. Es una lógica que impera con mayor intensidad en las empresas públicas.

*Evasión del argumento tautológico de biología.* Por otra parte, el reclamante motiva una situación varonil idéntica a las mujeres. El Tribunal Constitucional deriva de la Cláusula General de Igualdad la prohibición por razón de sexo. Recarga la sentencia con las consideraciones que niegan las desventajas históricas —de las que ya referimos al lector—. Se agrega la validación desde la doctrina científica que ha situado a la mujer en planos de interioridad, específicamente, por el acceso al trabajo y promoción del mismo. Cerca están las alegaciones validadas constitucionalmente, que minusvaloran a la mujer por su corporeidad física y la vocación a tareas familiares. Adviene con sus razones constitucionales, en la retórica protectora de la mujer, la evidencia que los beneficios ventajosos no pueden fundarse en la condición de mujer por sí misma, o por el simple hecho biológico de ser mujer<sup>51</sup>.

*Favorecimiento temporal por necesidad social.* Los magistrados constitucionales españoles prolongan su fundamentación jurídica en la Convención para eliminar la discriminación femenina. Se ratifica la normativa internacional que obliga a los Estados a adoptar medidas especiales para frenar la desigualdad de las mujeres. Dichas medidas cesan cuando los objetivos se hayan alcanzado. Este factor jurisprudencial puede ser motivo de extensiones temporales amplias en las medidas que accionen la igualdad positiva de la mujer. Nuestra tradición social observa que las mujeres padecen de analfabetismo, falta de identidad, escasa libertad, sumisión, sus derechos humanos son pisoteados<sup>52</sup>.

*De la actividad hogareña femenina.* Conjointan el horizonte constitucional que profiere contactos valorativos con parámetros de ventaja por necesidad de cuidado y asistencia de los hijos. Entienden los magistrados la diversidad de tratamiento que concentra la justificación en que las esposas de los trabajadores pueden atender a los hijos. Marco de exclusividad hogareña de la mujer y excluyente de los varones, que resulta en una justificación inadmisibles por la Constitución.

*Puntualización laboral desventajosa de la mujer.* Lunar abismal es la diferencia jurisprudencial que se encuentra en la sentencia de este caso, la cual observa a la mujer a cargo de los hijos, en posición particularizada por la desventaja de acceder al empleo o mantenerlo si lo tiene<sup>53</sup>. El núcleo mayor de cargas corresponde a la mujer. Demostración estadística de sus consecuencias laborales es la tasa de la actividad laboral femenina, menor a otras categorías sociales. Resulta que las diferencias no se derivan sólo por el sexo, de las mujeres con hijos en corta edad, tampoco por obligaciones superiores. El centro objetivo de la justificación está en las dificultades de acceso laboral. Por tanto, está conforme a la norma fundamental la diferencia de trato en la retribución por concepto de guardería.

### 9.3. Cambio de sexo

Un caso paradigmático se guarda en la sentencia emitida el 23 de octubre de 1995 por la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional de Colombia. El proceso se dirige contra el médico y los padres que autorizaron la operación de cambio de sexo. El motivo se respaldaba en el cercenamiento del pene y testículos de un niño de seis meses por una perra. Se evalúa la tradición latina de paternalismo y la anglosajona que requiere la aceptación del usuario, la urgencia del tratamiento, el caso de la protección de menores —impacto actual y futuro—. La Sala estima la necesidad de autorización directa del paciente. Los niños no son propiedad de nadie. El sexo es un elemento inmodificable de la identidad, a menos que, la persona, debidamente informada, consienta en el cambio. Existe la libertad para decidir ser hombre por encima de las dificultades de su devenir. La mutilación o desfiguración no destruye en su totalidad la naturaleza del menor que, de paso, se rebeló. El optimismo médico violó la dignidad y dimensión ética del libre desarrollo de la personalidad.

La negativa de la Sala colombiana se respalda también en la ubicación del menor en un hogar sustituto. Sospecha de la realización de un experimento y evasión para la posibilidad de retractarse por parte de los padres. Se irrespeta, por tanto, la libertad de prescindir de los servicios médicos. Razón ejemplar es también el bienestar de la infancia, que no admite excepción, por ser asunto de interés general y fin del sistema jurídico. Los derechos de los niños prevalecen sobre los demás. Por último, la Sala ordena mantener en el registro civil el nombre de varón. Cumplido de una verdad natural y personal, que no presencia a un transexual, bisexual, hermafrodita o pseudohermafrodita.

### 9.4. Credo

#### 9.4.1. Tradición

La religión imprime normas y principios que, dependiendo de la penetración, influyen fuertemente sobre la conducta de los individuos. La religión, a veces, tiene efectos negativos, especialmente cuando enajena la actividad espontánea de la fantasía humana, cerebro y corazón del hombre, reacciones que suem a veces en extremos de desigualdad. Por ejemplo, a veces conduce a aceptar la pobreza como situación sobrenatural, conformidad, paciencia, hasta que Dios, por su infinita misericordia, decida sacarles de las penurias de su situación<sup>54</sup>. Sin embargo, las desigualdades que pueden crearse por consecuencias de la religión o relaciones con otras religiones tratan de corregirse con la juridicidad de la igualdad. Al respecto, apuntamos diferentes situaciones evaluadas por la jurisprudencia.

*Prerrogativas católicas.* La sentencia del Tribunal Constitucional español —340/93, del 16 de noviembre— considera que la violación de la igualdad

por la prerrogativa histórica del precepto que no obliga a la Iglesia Católica a justiciar que se tiene el pedir el desalojo a los potenciales ocupantes de un inmueble.

*Prácticas delictivas y financiamiento.* La jurisprudencia norteamericana, en 1879, en el caso *Reynolds contra los Estados Unidos*, asienta que la poligamia es un delito y no una práctica religiosa. La demanda fue ejercida por un mormón que reclama su derecho a matrimonios plurales. En 1940, en *Cantwell contra Connecticut*, restringe la tolerancia en la recaudación de fondos. Los extraños a la comunidad deben identificarse y mostrar la autoridad para la que actúan. Desde la legislación española, Sardina opina que las infracciones del ordenamiento jurídico no se destipifican por la condición del acto religioso. Ello trata de readecuar algunos mandatos religiosos ortodoxos, que podrían matar por cometer bestialismo, por comer morcilla o a la mujer que se acerca al templo durante su menstruación<sup>55</sup>.

*Comprensión del término "culto".* La definición de *culto* ha sido acomodada en la jurisprudencia de los Estados Unidos. De la creencia en un ser divino, en el caso *Davis contra Beason*, de 1980, en 1940 pasa a la admisibilidad de creencias sin fundamento teológico; sigue completando la definición en el derecho de mantener teorías burdamente herejes para los seguidores ortodoxos. A su vez, completa la comprensión del asunto el dictamen del caso *Torcaso contra Watkins*, que supone el derecho a profesar o no la creencia en una religión. Esta jurisprudencia rechaza lo narrado en los cuentos de Cela, en donde recuerda las razones para matar a los herejes —empezando por los protestantes— mediante la pena de muerte ejemplarizante<sup>56</sup>.

*Prestaciones y religión.* Una constante polémica es la vinculación de la religión con la objeción de conciencia en la prestación del servicio militar obligatorio. En este marco, la profesión de ciertas religiones exime de algunos deberes, pero a cambio de prestaciones sustitutivas<sup>57</sup>.

*Tratamientos médicos.* La polémica se pone de relieve en las transfusiones de sangre y en el derecho de los padres a que no se apliquen tratamientos a sus hijos. De ordinario, se incurre en el delito de deber de socorro, aunque a veces se ha despenalizado por la confesión religiosa<sup>58</sup>.

*Condiciones de trabajo.* El TC español ha señalado que el cambio de religión no es suficiente para que se modifiquen las cuestiones de trabajo<sup>59</sup>.

## 9.5. Principio de protección igual y desigual

*La doctrina de "State Action".* En el derecho estadounidense aparece la doctrina de *State Action*, marcando una evolución en la protección de los derechos fundamentales que amplía la tutela constitucional. En esencia, la doctrina mencionada marca la trascendencia en la protección de los derechos fundamen-

tales, cuando pasa de la visión tradicional, en que se debe proteger al individuo frente al poder del Estado, al dibujo de situaciones jurídicas en que se toma en cuenta la necesidad de proteger los derechos fundamentales ante la "ilegítima interferencia de los particulares". A partir de este punto, se amplía la protección frente a las violaciones de derechos constitucionales debido a las acciones privadas; se sobrepasa la tutela de los derechos constitucionales frente a limitaciones ilegítimas del gobierno y traduce la aplicación de la Constitución "dentro de las relaciones privadas en orden a mantener un mínimo estándar de conductas aplicable en toda la Unión"<sup>60</sup>.

Esa doctrina es importante para el principio de igualdad, puesto que previene la protección de los derechos fundamentales, no sólo frente a violaciones originadas en las instituciones gubernamentales, sino también para las acciones dañinas originadas en las relaciones entre particulares. "La discriminación «privada» puede causar y perpetuar desigualdades sociales «no justificadas razonablemente» y que al menos son tan perniciosas como las causadas por la actividad del Estado. Además, la concentración de riqueza y poder en manos privadas, a través de grandes corporaciones o asociaciones, posee el efecto de hacer que algunas actividades privadas, en no pocos casos, sean virtualmente indistinguibles de las estatales"<sup>61</sup>.

Rodríguez retoma algunos ejemplos de Cole, en que se intenta demostrar la necesidad de proteger a los derechos fundamentales, bajo el manto del principio de igualdad. En este sentido, la tutela es inevitable. En la situación en la que, al enterarse de que una de sus empleadas se ha provocado un aborto, el supermercado en que trabaja la despide; o cuando un centro comercial exige la salida de personas que difundan verbalmente y por escrito ideas religiosas, alegando la facultad inherente a su derecho de propiedad; o el caso en que una mujer alega discriminación por razón de su sexo en la selección y promoción de trabajadores de una empresa privada<sup>62</sup>.

*Persona y dignidad.* Otro desarrollo jurisprudencial del principio y derecho general de igualdad aparece en la sentencia de amparo 167-97 del 25 de mayo de 1999. La Sala de lo Constitucional manifiesta que "el principio de igualdad es un principio que emana de la naturaleza misma del hombre y tiene su fundamento en su identidad de origen y destino. Se presenta como una relación en virtud de la cual cabe reconocer a todos los hombres sus derechos fundamentales y su plena dignidad, evitando discriminaciones arbitrarias". En la sentencia 167-97 de la Sala de los Constitucional, se considera injusto el tratamiento igual de los desiguales y el trato desigual a los iguales. "El derecho de igualdad posee rango constitucional y está previsto en el artículo 3 de la Constitución. Tal artículo, atinada y escuetamente, prevé que se garantiza la igualdad de todas las personas ante la ley. El constituyente, con sabiduría, se apartó de otra declaración más amplia de igualdad. De haberlo hecho, hubiéramos caído en el margen de lo utópico".



## 9.6. La justificación objetiva y razonable

*Incentivos a la pesca.* Una sentencia cardinal en las providencias constitucionales salvadoreñas es la 14-98 del 23 de agosto de 1999. Se demanda la inconstitucionalidad de algunas disposiciones que reforman la Ley Especial para facilitar la cancelación de las deudas agrarias y agropecuaria. El reclamo manifiesta violación a la igualdad al excluir al sector pesquero, cuyos créditos exceden los cien mil colones; e incluir en los beneficios al sector pesquero artesanal cuyos créditos sean inferiores a los cien mil colones. La demanda circunscribe una discriminación arbitraria y hostil, que excluye al sector pesquero que sobrepasa la cantidad señalada. Los afectados serían los que recibieron créditos superiores a los cien mil colones para la pesa artesanal. Con la reforma, serían los que recibieron créditos para inversiones y capital de trabajo en forma individual si eran superiores a los cien mil colones y en forma colectiva si eran superiores a los quinientos mil colones. La Sala concluye que el artículo 8 de la ley impugnada viola el artículo 3 Cn. por establecer una diferenciación injustificada.

*Regla de enjuiciamiento.* El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la sentencia del 23 de julio de 1968, considera que la violación de igualdad, en diferencias de trato que inflingen una carga a algunos, para ser tal, no ha de estar justificada por el interés general, orden administrativo o financiero. Los móviles o filosofía no han de inspirar incompatibilidades con libertades y derechos protegidos. La conducción del examen de igualdad verifica si los motivos son razonables, los fines legítimos y los efectos justificados<sup>63</sup>.

*Lengua y acceso a centros escolares.* En la sentencia mencionada líneas arriba, el Tribunal Europeo hace diferentes estimaciones. La sentencia aborda cuatro cuestiones de importancia. Primero, no hay violación a la igualdad si las disposiciones legales que se impugnan para el Estado de Bélgica realizan la unidad lingüística, si descansa en el elemento objetivo que es la región y no se constata arbitrariedad al asegurar que los centros públicos dispensen la instrucción en la lengua de mejor título en la región. Segunda cuestión: no hay violación al retirar las subvenciones para las escuelas que dispensen la enseñanza en la lengua provista por la ley. Es una justificación que evita un aprovechamiento indebido de las subvenciones.

Una tercera cuestión es la prohibición de homologar certificaciones que no acrediten la enseñanza en la lengua provista por la ley. No hay violación, puesto que existe el deber de pasar un examen ante un tribunal central, lo cual no obstaculiza ni priva al alumno del fruto de sus estudios. La cuarta cuestión evalúa la prohibición de acceder a escuelas de lengua francesa por razón de la residencia de sus padres. Considera el Tribunal que la regla no se impone en interés de los centros escolares. Sin embargo, no respeta la proporcionalidad de medios y fines. Por ello, concluye que el derecho de acceso a centros escolares no está asegurado justificadamente<sup>64</sup>.

*Exclusiones sindicales.* El Tribunal Europeo estima que no hay transgresión, al no incluirse en las consultas obligatorias del Ministerio del Interior al Sindicato Nacional de Policías Belgas, no se deduce que se haya pretendido privilegiar a las grandes centrales sindicales —sentencia del 27 de octubre de 1975—. Tampoco se reconoce infracción por la reclamación del Sindicato Sueco de conductores de locomotoras, por negarse la Oficina Nacional de Negociaciones Colectivas a firmar con ellos Convenios Colectivos. No se deducen fines abusivos del Estado sueco, según la sentencia del 6 de febrero de 1976<sup>65</sup>.

### 9.7. Sobre el juicio de igualdad: La comparación

La relatividad de la igualdad hace que Rubio y Llorente afirme que sólo puede ser negada o afirmada con relación a un *término de comparación*. Se integran en este sentido un conjunto de elementos absolutamente homogéneos, que obligan a tomar en cuenta un rasgo —sexo—, varios —sexo, edad, estatura, instrucción—. La afirmación de la igualdad en la comparación significa la identidad para algunos, más bien, debe considerarse la dualidad como rasgo de discernimiento entre las situaciones comparadas<sup>66</sup>.

*Incentivos a la pesca.* Consideración especial es la que realiza la Sala de lo Constitucional en el proceso de inconstitucionalidad 14-98 del 23 de agosto de 1999. Estima que si persiste la inconstitucionalidad a pesar de que el legislador introdujo reformas, la Sala se encuentra habilitada para seguir conociendo del asunto. La referencia que la igualdad formal no basta, sino que debe completarse con una igualdad material de contenido. La determinación de la igualdad es un juicio triádico: igualdad relativa, fáctica y relativa a alguna de las propiedades que se comparan. El juicio de igualdad obliga a recurrir a un término de comparación —*tertium comparationis*<sup>67</sup>—; lo cual coloca al juzgador en la facultad no arbitraria para elegir el criterio de valoración. Es la realización metodológica de la igualdad valorativa, que relaciona igualdades fácticas o parciales; y, como igualdad valorativa, relaciona un determinado tratamiento con determinadas consecuencias jurídicas. El legislador, cuando formula la ley, debe cumplir con la exigencia de una razonable diferencia. La sentencia estima violatorio que se beneficie al sector pesquero con deudas menores a los cien mil colones y no se haga nada para los que tienen deudas mayores a dicha cantidad.

*Instrucción religiosa y sexual.* Para la aplicación de la igualdad, el requisito de previa situación comparable ha sido evaluado por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos. La sentencia del 7 de abril de 1976 analiza la diferencia que concede la legislación danesa, en el sentido de que los padres pueden permitir que sus hijos no asistan a cursos de instrucción religiosa en las escuelas públicas, pero no extiende dicha responsabilidad para las materias de educación sexual. La sentencia sostiene que los hechos comparados son diferentes. La primera difunde doctrinas y conocimiento, mientras que la segunda inculca sólo conocimientos.

*Publicaciones, asistencia legal gratuita, aplicación de la ley y divorcio.* La sentencia del 26 de abril de 1979 hace que el Tribunal Europeo analice la prohibición de publicar un artículo sobre la talidomida, para procurar un juicio imparcial. Rechaza la violación, puesto que los deberes y responsabilidades de la prensa son esencialmente diferentes —caso *Sunday Times*—. En la sentencia del 23 de noviembre de 1983, una abogada belga aduce discriminación, al ser nombrada de oficio y no recibir honorarios, mientras que los jueces sí son remunerados. Se rechaza la violación, dado que los elementos expuestos relacionan situaciones diferentes —caso *Van der Mussele*—<sup>68</sup>. En el caso *Handside*, La sentencia del 7 de diciembre de 1976 considera que no hay violación cuando la ley se aplica correctamente y de manera diferente en otro lugar. No se ha probado la existencia de situaciones análogas en materia de publicaciones y espectáculo pornográficos. En el caso *Johnston*, la sentencia del 18 de diciembre de 1986 estima que no hay situación análoga en el hecho de que en Irlanda no se permita el divorcio y que algunos ciudadanos viajen al extranjero para poderse divorciar. El diferente lugar de domicilio rompe con la situación análoga<sup>69</sup>.

En materia de libertad de expresión, las señales incidentales no forman parte del derecho de autor ni rompen con el principio de igualdad para la Corte Constitucional de Colombia, en la sentencia del 22 de febrero de 1996. Por otra parte, se plantea un igual sacrificio en la difusión de las ideas, lo cual no permite elevar costes al difundir ideas políticas o religiosas. En Uruguay se prohíbe la detención provisional por el delito de imprenta. La Suprema Corte de Uruguay, en la sentencia del 23 de octubre de 1996, sostiene que no hay privilegio excesivo para los periodistas. En Panamá, las dispensas a periodistas extranjeros no son inconstitucionales, aunque es necesario que acrediten su calidad. Se justifican mayores exigencias a los nacionales por la condición de tránsito y precariedad de situación de los periodistas extranjeros. La Corte Suprema de Justicia de Panamá, el 7 de octubre de 1983, considera inconstitucionales varias regulaciones respecto de las que se alega afectación de la libertad de expresión, en tanto prescribe requisitos para el ejercicio del periodismo. Es inconstitucional restringir la extensión del ejercicio del periodista, corrector de estilo, columnistas, editorialistas y fotógrafos de prensa. Estima que se incurre en el vicio de negar a personas sobradamente idóneas el ejercicio periodístico, como los profesores de español, sin embargo, no lo afirma para el titulador y diagramador. La Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, por sentencia del 22 de agosto de 1989, declara que no se discrimina a los periodistas al controlarse a estos por instituciones públicas, ya que estas no tienen potestades jurisdiccionales<sup>70</sup>.

*Reglas de sujeción especial.* El Tribunal Europeo, en la sentencia del 8 de junio de 1976, señala que las características especiales de las Fuerzas Armadas producen imperativos diferentes a la vida civil. Las sanciones disciplinarias se aplican de manera diferente a un civil que a un militar. Sin embargo, debe observarse la naturaleza, la duración, los efectos y modalidades de ejecución de la

sanción. Las reglas jurídicas no pueden minar la disciplina militar. Las peculiaridades de los derechos y obligaciones militares hacen que no se considere violatoria la persecución de los demandantes, por difundir escritos a favor de la eliminación de la disciplina militar.<sup>71</sup>

## NOTAS

1. Isidro Soriano Soriano, *Consideraciones sobre la constitución española y la desigualdad social*, en *XI Jornadas de estudio*, pág. 211 y ss.
2. La pobreza, según lo define la CEPAL, se mide en cuanto a la desnutrición, infraconsumo, niveles educativos bajos o inexistentes, condiciones precarias de habitabilidad y de salubridad, inserción inestable en la estructura productiva, deslento y poca integración social. Cfr. Sonia Ivett Sánchez, *Visión alternativa para interpretar el fenómeno de la pobreza*, en *Realidad*, N° 37, enero-febrero de 1994, p. 841 y ss.
3. Cfr. Francisco Javier Ibisate S.J., *Cumbre mundial de desarrollo social de 1995. La pobreza, el desempleo y la integración social*, en *Realidad*, N° 42, noviembre-diciembre de 1995, p. 841 y ss.
4. *Crecimiento poblacional y desarrollo económico*, editorial publicado en *Realidad*, N° 42, p. 835 y ss.
5. El espejismo de la igualdad formal puede encontrarse en los comentarios de Galindo y Tinetti, en Francisco Bertrand Galindo, Albino Tinetti y otros, *Manual de Derecho Constitucional*, Tomo II, p. 796.
6. Arranz deviene, a partir del principio de igualdad, en una justificación de la intervención estatal con cierta intensidad. La enseñanza mínima, la creación de universidades, el sistema de sanidad en que figura una alta inspección y las coordinaciones penitenciarias. Cfr. Gregorio Arranz Pumar, *El principio de igualdad y las comunidades autónomas según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, en *XI Jornadas de estudio*, pág. 232 y ss. Se pueden encontrar detalles valorativos de importancia sobre la vivienda en el trabajo de Jesús García Valcárcel, *Principio de igualdad y derecho fundamental que otorga el artículo 47 de la Constitución a todos los españoles para gozar de una vivienda digna y adecuada*, en *XI Jornadas de estudio*, pág. 509 y ss. El autor que recomendamos analiza la problemática desde puntos de vista históricos, la doctrina eclesial, los problemas de especulación, precios, capacidad adquisitiva, fiscalización, financiamientos, inflación, trámites, tributos y las garantías y abusos para el comprador.
7. Peces Barba et al., *Op. cit.*, p. 341 y ss.
8. Bertrand Galindo et al., *Op. cit.*, p. 806.
9. Un estudio de importancia que antecede a nuestras privatizaciones en materia de pensiones se encuentra en *Sistema de pensiones en América Latina y el Caribe. Diagnóstico y alternativas de reforma*. Volumen 3: El Salvador, Honduras, Jamaica, Paraguay y Trinidad y Tobago. Andras Uthoff y Raquel Szalachman (eds.). Proyecto Regional de Políticas Financieras para el Desarrollo. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)
10. Óscar Raúl Puccinelli, *Derechos humanos y Sida*. P. 231 y ss.
11. *Crecimiento poblacional y desarrollo económico*, en *Realidad* N° 42, noviembre-diciembre de 1994, pp. 835 y ss.

12. Francisco Granados Calero, *Diputados y senadores: Su igualdad ante la ley*, en *XI Jornadas de estudio*, volumen I, p. 333 y ss.
13. Puccinelli, *Op. cit.*, p. 234 y ss. En esta compilación, puede consultarse también a Ángela Figueruelo Burrieza, *Prerrogativas bancarias y quiebras del principio de igualdad*, pp. 495 y ss.
14. David Giménez Gluck, *Una manifestación polémica del principio de igualdad. Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*. Tirant Lo Blanc, Valencia, I edición, 1999, pp. 64 y ss.
15. *Ibidem*, p. 84. Las acciones protectoras se encuentran en normas convencionales que dan el derecho de retiro anticipado a los auxiliares de vuelo mayores de 35 años y menores de 40, con negación para los varones. El STC español 207/87 de 22 de diciembre. Sardina destaca otras consideraciones del TC, en cuanto las funciones laborales de los auxiliares de vuelo exigen una presencia atractiva. El TC español ha evolucionado en este tema, desde la declaración de inconstitucionalidad de medidas favorecedoras del trabajo femenino, hasta que en 1986 acepta la discriminación por factor de sexo. Cfr. Juan Antonio Sardina Páramo, *Algunas reflexiones sobre la igualdad ante la ley como razonamiento aporético*, en *XI Jornadas de estudio*, p. 200 y ss.
16. Giménez Gluck, *Op. cit.*, p. 64.
17. *Ibidem*, p. 67
18. *Ídem*
19. *Ibidem*, p. 75
20. *Ibidem*, p. 82
21. *Ibidem*, p. 89
22. Ángel Sánchez Blanco, *El principio de cohesión económica y social versus el principio de igualdad*, en *XI Jornadas*, Volumen I, p. 159 y ss.
23. Sonia Ivett Sánchez, *Visión alternativa para interpretar el fenómeno de la pobreza*, p. 52
24. El lector puede ampliar la perspectiva positiva de la nueva normativa en Emma Dinorah Bonilla de Avelar, *En defensa del marco jurídico en la transformación del régimen de menores infractores en El Salvador*, publicado en *Divulgación jurídica*, Unidad Técnica Ejecutora, San Salvador, Año IV, número 3, junio de 1997.
25. Sánchez, *Op. cit.*, p. 52.
26. Los críticos del informe preguntan si dicha cantidad guarda suficiencia en el poder adquisitivo y la cobertura de necesidades básicas.
27. Camilo José Cela, *La madera de boj*, Espasa Calpe, Madrid, I edición, 1999, p. 21.
28. *Ídem*, p. 153.
29. *Ídem*, p. 158.
30. Helio Juan Zarini, *Op. cit.*, p. 389.
31. Se pueden encontrar comentarios especiales en el trabajo de Eugenio Ull Pont, *Principio de igualdad y respeto a las minorías*, en *XI Jornadas...*, pp. 615 y ss.
32. Sobre ello, puede consultarse a Rodolfo Stavenhagen, *Las organizaciones indígenas: Actores emergentes en América Latina*, en *Presente y futuro de los derechos humanos. Ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez*, Instituto de Derechos Humanos, IIDH, 1998, pp. 407 y ss.
33. Puede consultarse a Eugenio Raúl Zaffaroni, *El racismo como estructura discriminatoria contra los derechos humanos*, *Ídem*, pp. 433 y ss.
34. A los indígenas se les llama, peyorativamente, *indios, tontos útiles, desconfiados, rezagados, herméticos, obligados a emitir el voto*. Sánchez, *Op. cit.*, p. 53.

35. Remitimos al trabajo de Óscar Martínez Peñate, *El Salvador: Democracia y autoritarismo*, p. 27 y ss.
36. Sardina Páramo, *Op. cit.*, p. 199 y ss.
37. *Ídem*.
38. Sánchez, *Op. cit.*, p. 43.
39. Puccinelli, *Op. cit.*, p. 237 y ss.
40. *Ídem*, p. 238 y ss.
41. José Esteban Martínez Jiménez y Ángel Manuel Moreno Molina: *Principio constitucional de igualdad y no prestación del servicio militar*, en *Xi Jornadas...*, p. 635.
42. Eduardo Urquilla, *La protección de los inmigrantes*, en *Revista de derechos humanos*, año 4, número 4, febrero de 1997. Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, San Salvador, p. 10.
43. Rubén Zamora, *Los inmigrantes ilegales: Los parias del siglo XXI*, en *Ídem*, p. 41.
44. Un trabajo importante sobre la discriminación sexual está en el ensayo de Alda Facio, *Cuando el género suena, cambios trae*, ILANUD, Costa Rica, I Edición, 1996. Se recomienda su lectura, dados los enfoques que condicionan a la mujer en posiciones desventajosas. Es también importante para comprender definiciones discriminatorias, la importancia del lenguaje, las perspectivas de género y la conciencia que debe adquirirse jurídicamente. También es recomendable leer el trabajo de Yadira Calvo, *Las líneas torcidas del derecho*, ILANUD, Costa Rica, 1996. En él pueden hallarse enfoques penales sobre las involuciones del derecho y las protecciones dudosas.
45. Puccinelli, *Op. cit.*, p. 237 y ss.
46. La jurisprudencia latina puede encontrarse en *Iudicium et vita*, IIDH, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, diciembre de 1996, número 4.
47. Sardina Páramo, *Op. cit.*, p. 199 y ss.
48. Siglas del sindicato Ezker Sindakalaren Kordinakundea, Coordinadora Unitaria de Izquierda Sindical.
49. Sobre las sentencias más importantes en el tema de la igualdad, remitimos a Luis López Guerra, *Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, p. 349 y ss.
50. La crítica desquiciada para esta sentencia hace confesar la inutilidad o irracionalidad cuando las mujeres casadas trabajan, dejan a los niños solos o al cuidado de familiares o el marido los cuida. Sardina Páramo, *Op. cit.*, p. 199 y ss.
51. Algunos entredichos de este argumento tautológico se ubican en los casos de las *malas madres*. Las teorías antropológicas conllevan, *por parte de algunos*, las predisposiciones dudosas para proteger el feto. Los anticonceptivos y el aborto voluntario hacen dudar del deso innato de protección en las madres. Aunque restan a estos sucesos las circunstancias sociales, por ejemplo, en la India, en donde las familias pobres difícilmente soportan una hija por el hecho de intentar conseguir la dote que permita encontrar un buen marido; o en China, en donde el hijo único aumenta el infanticidio. A pesar de ello, algunos señalamientos vuelven en contra del argumento del amor materno. He aquí algunos casos aislados que hacen repensar la teoría circular del amor de la madre. Por ejemplo, en Alemania, en 1863, la madre arroja al hijo al agua para que su amante vuelva, por el hecho de que a éste le gustaban los pájaros, y si el niño hubiera abierto la jaula de los canarios, su marido nunca hubiera oído el silbido de los canarios. Bélgica, 1995: La madre mata a su hija con golpes en la cabeza contra una pila, para demostrarle sumisión a su amante. En 1997, en Cataluña, España: Luego de sufrir un ataque de epilepsia, la madre asfixia al niño tapándole la

- boca y la nariz, porque el compañero se negaba a hacerse cargo del niño. Son pasiones que ocurren muy poco en las mujeres. Cfr. Carmen Posada, *Un veneno llamado amor. De pasiones, celos y muerte*. Temas de Hoy, Madrid, 1999, p. 138 y ss.
52. La caracterización de nuestras mujeres está en Sánchez, *Op. cit.*, p. 52. Sin embargo, el gobierno ha introducido normativas modernas para frenar dichos encajes violatorios, leyes contra la mujer y discriminación hacia ella. Los apuntes puntuales de la violencia intrafamiliar evalúan la situación de la mujer, en el que se estereotipa la culpabilidad: es maltratada *porque se deja*. La responsabilidad del equilibrio físico y emocional de la familia es de la madre; la paternidad es opción del hombre. En Carmen Elena Villacorta Zuluaga, *La violencia intrafamiliar, ¿un problema público o privado?* ECA N° 603, enero de 1999, pp. 110 y ss.
  53. Las consideraciones nacionales analizan las costumbres como subpatrones que determinan las conductas de ciudades enteras, como factores que alientan la reproducción de la pobreza. Por ejemplo, se desvaloriza el trabajo de la mujer, mientras que el hombre es el único que suple las necesidades de la casa. Cfr. Sánchez, *Op. cit.*, p. 44.
  54. *Ibidem*, p. 43.
  55. Sardina Páramo, *Op. cit.*, p. 202 y ss.
  56. Cela, *Op. cit.*, p. 143.
  57. Sardina Páramo, *Op. cit.*, p. 202 y ss.
  58. *Ídem*.
  59. *Ídem*.
  60. Roberto Rodríguez, *Particulares y derechos en el Derecho*, p. 176. Pueden verse también las referencias que hace Rodríguez sobre la doctrina de la *State Action*, en William M. Burke y David J. Reber, *State Action, Congressional Power and Creditor's rights. An essay on the Fourteenth Amendment*, en *Southern California Law Review*, Volume 46, number 4, 1973, p. 1032.
  61. Roberto Rodríguez, *Particulares y derechos en el Derecho*, p. 172.
  62. Los ejemplos son de Kevin Cole, *Federal and State "State Action". The Undercritical Embrace of a Hypercriticized Doctrine*, en *Georgia Law Review*, volume 24, 1990, p. 327, citados por Rodríguez, *Op. cit.*, p. 172.
  63. Francisco Fernández Segado, *El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, en *XI Jornadas...*, Volumen I, p. 790 y ss.
  64. *Ibidem*, p. 806 y ss.
  65. *Ibidem*, p. 810 y ss.
  66. *Ibidem*, p. 687.
  67. Los autores de alegatos de desigualdad que violan la Constitución, exigen comprobar que han sido tratados de maneras diferentes en situaciones idénticas. La falta de justificación en el tratamiento, toma el criterio de comparación de las situaciones de hecho. Este es el patrón hermenéutico para dilucidar la inconstitucionalidad de un trato discriminatorio. Luis López Guerra et al., *Op. cit.*, p. 166.
  68. La gratuidad de la justicia puede ampliarse en Juan José Torres Fernández, *El principio de igualdad y la justicia gratuita en la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, en *XI Jornadas...*, p. 1905 y ss.
  69. Fernández Segado, *Op. cit.*, p. 790 y ss.
  70. Pueden encontrarse algunas consideraciones hechas en España acerca de la libertad de expresión en J. L. del Hierro Aguazas, *El principio de igualdad en el derecho a comunicar información y el derecho de acceso*, en *XI Jornadas...*, p. 653 y ss.
  71. *Ibidem*, pp. 800 y ss.