

Autor

Rodríguez Meléndez, Roberto Enrique

Título

UNA INTRODUCCIÓN AL ART. 3 DE LA CONSTITUCIÓN: ASPECTOS GENERALES SOBRE EL DERECHO A LA IGUALDAD.

Categoría

Constitucional

Contenido

“...Si todos fueran blancos, heterosexuales, cristianos, sin discapacidades, adultos, etc., y todos tuvieran las mismas oportunidades económicas bastaría establecer una lista de derechos de todos estos seres...”

Es el reconocimiento de la diversidad entre los individuos el que lleva al establecimiento de que se debe gozar de estos derechos sin distinciones por raza, edad, sexo, religión o cualquier otra distinción...”

(Alda Facio. “ De que igualdad se trata”).

“...Igualdad, es término normativo: no quiere decir que los diferentes, deben ser respetados y tratados como iguales; y que, siendo ésta una norma, no basta enunciarla, sino que es necesario observarla y sancionarla. Diferencia, es término descriptivo: quiere decir que de hecho, entre las personas hay diferencias, que la identidad de cada persona está dada, precisamente por sus diferencias, y que son sus diferencias las que deben ser tuteladas, respetadas y garantizadas en obsequio al principio de igualdad...”

(Luigi Ferrajoli. “Derechos y garantías”)

1. - Introducción. 2. - Las facetas de la igualdad. 3. - Pautas para acercarnos a una idea de igualdad constitucionalmente viable. 4. - Las transformaciones del concepto de igualdad. 5. Los nuevos horizontes de la igualdad: a) Acción positiva y discriminación inversa; b) Igualdad en las relaciones entre particulares.

1. Introducción.

La igualdad adquiere descripción normativa en el artículo 3 de la Constitución estableciendo un principio general según el cual: “todas las personas son iguales ante la ley”.

Pero también la Constitución efectúa en el resto de su normatividad algunas concreciones frente aspectos relativos a la igualdad, tales como el 32 Inc. 2 Cn., referente a la igualdad jurídica de los cónyuges; el art. 36 Cn. sobre la igualdad de los hijos frente a sus padres independientemente de su origen dentro o fuera del matrimonio; el art. 38 Cn ordinal 1 Cn, respecto al principio de igual remuneración frente igualdad de trabajo, e inclusive el artículo 58 Cn. que establece un principio de no discriminación en el acceso a la educación por parte de los establecimientos educativos.

La norma constitucional además establece criterios o categorías específicos por los cuales no pueden establecerse diferenciaciones en la ley o en su aplicación. De ello se colige que esta implícito en la idea de igualdad, la necesidad de determinar qué ha de considerarse como igual. Se necesita entonces una pauta de evaluación del criterio con el cual se forman distintas categorías o se individualizan situaciones o personas que serán consideradas como iguales. De ahí que se destaque el carácter referencial del derecho a la igualdad, en el sentido de que aquél que lo invoque es obligado a hacer una comparación frente aquello que apriorísticamente el legislador, el Juez o la Administración considera igual o desigual, en su contra.

Su efectiva vigencia y su mayor problemática radica en definitiva en el criterio o pauta que se utilice para determinar las categorías a las que se aplicará la igualdad. De ahí que para hablar sobre «igualdad en la ley» debamos comenzar teniendo en cuenta dos aspectos: 1) la exigencia formal de igualdad que la da la ley, y 2) el criterio material que se ha aplicado en la ley para la determinación de las categorías.

Tomemos entonces para acercarnos al primer aspecto, la Constitución y su artículo 3 que expresa que «todas las personas son iguales ante la ley», frase desprovista de un significado preciso, como la generalidad de las normas constitucionales, y que nosotros cuando estudiamos en las escuelas de Derecho, generalmente nos lo explicaron bajo el aforismo de «Tratamiento igual entre iguales y tratamiento desigual entre desiguales»¹.

La Ley potenciará el desarrollo de la igualdad (exigencia formal) a través de esta idea, pero el problema surge generalmente a la hora de determinar lo que se entiende que merece un tratamiento igual, frente a lo que consideramos desigual, y por tanto, objeto de un tratamiento distinto (criterio material)².

Una primera regla pudiera señalarse, sería partir de la idea de que no puede haber restricciones o diferenciaciones por los motivos enumerados en la Constitución, (es decir, «no podrán establecerse restricciones, discriminaciones o desigualdades que se basen en diferencias de nacionalidad, raza, sexo o religión»);

Pero la verdad:

1. ésta, es una enumeración puramente demostrativa y no excluye otros casos, como afirma la misma exposición de motivos de la Constitución del 50 y,

2. como bien sabemos existen diferentes tratamientos en la legislación nacional en materia de nacionales y extranjeros³, e incluso simplemente por razones de sexo⁴.

De ahí que esta aproximación resulte insuficiente, por lo que tendremos que recurrir a otros mecanismos para entender la idea de «igualdad ante la ley».

2. - Las facetas de la igualdad

La igualdad surge como una reivindicación fundamental de los revolucionarios liberales, hasta el punto que, llegó a quedar inscrita en el lema del Estado surgido de la Revolución Francesa. Se trataba, sin embargo, de una igualdad formal: es decir, una identidad de posición de los destinatarios de la norma, como una equiparación de situaciones frente a los efectos y alcances de la ley.

Se trataba sobre todo de igualar los efectos de la ley en relación con sus destinatarios, con independencia del contenido concreto de la norma. De esta suerte, igualdad ante la ley, tenía más que ver con los efectos de la ley, que con la igualdad de los ciudadanos, pues en realidad lo que se trataba era de garantizar el alcance general de la ley⁵.

Por eso sostiene Alexy⁶, que «igualdad ante la ley», ha sido durante largo tiempo interpretada exclusivamente en el sentido de un mandato de igualdad en la aplicación del Derecho. Así pues, por definición, el mandato de igualdad en la aplicación del Derecho, puede vincular solo a los órganos que aplican el Derecho, pero no al legislador.

No obstante, este primario concepto de la igualdad, ha experimentado notables transformaciones que han implicado la superación de ese igualitarismo ante la ley, distinguiéndose a sus destinatarios según caracteres que implicaban tratar desigualmente a quienes eran desiguales. La igualdad no requerirá ya tratar a todos los individuos de una misma manera, sino a todos los iguales de una misma manera.

El concepto de igualdad entonces en su moderna proyección se ha habituado al tratamiento diferenciado, en tanto, se sostiene que éste es indispensable para conseguir un trato igualitario. O siguiendo a Norberto Bobbio, «El proceso de la justicia es un proceso de diversificación de lo diverso, o de unificación de lo idéntico»⁷.

Este desarrollo de la igualdad ha sido retomado ya por la Sala de lo Constitucional: «es evidente que el mandato constitucional no significa que el legislador tiene que colocar a todas las personas en las mismas posiciones jurídicas, ni que todas presenten las mismas cualidades o se encuentren en las mismas situaciones fácticas. Pretender tal igualdad sólo provocaría la aparición de disparates jurídicos, pues la riqueza de la diversidad humana no puede ser reducida a una sola categoría, hay límites naturales que lo imposibilitan. Por lo tanto, el principio general de igualdad que vincula al legislador no puede exigir que todos los sujetos jurídicos deban ser tratados exactamente de la misma manera ni tampoco que todos deban ser iguales en todos los aspectos. Ante la imposibilidad de la igualdad universal, la técnica más recurrida -quizá por su amplitud- para dar contenido al principio de igualdad es la fórmula helénica de tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual...». (Inconstitucionalidad 15-96 sobre la Ley de Emergencia).

Esta transformación del concepto de "Igualdad ante la ley", implicará el establecimiento de diversas cualidades o facetas de la igualdad que -siguiendo al profesor Peces-Barba Martínez⁸-, se encuentran comprendidas dentro de dicho término, mereciendo ser destacadas y diferenciadas a continuación:

a) Como generalización: expresa la superación del privilegio otorgado a un sector de ciudadanos y la construcción de las normas jurídicas como dirigidas a un abstracto homo iuridicos.

En cuanto a la jurisdicción en razón de este principio, las comisiones y tribunales que juzgaban a las personas en virtud de ciertas prerrogativas son abolidas en el Estado liberal de Derecho, razón por la cual, la Constitución prohíbe el fuero atractivo en su art. 1909.

De este principio también se deriva la prohibición de leyes especiales o singulares, ya que el ordenamiento jurídico no puede regular, sin justificación adecuada, situaciones semejantes o iguales a través de normas especiales que vulneren la aplicación general de la ley¹⁰.

b) La igualdad como valor: una dimensión que pretende crear ámbitos de certeza y de saber a que atenerse, y que para algunos esta directamente vinculada a la seguridad jurídica¹¹.

Consecuencia directa de esta faceta de la igualdad será su configuración como límite frente la actuación de los órganos del Estado, en tanto la igualdad informa a todo el ordenamiento jurídico, debiendo tomarse en consideración por aquellos encargados de aplicarlo. La igualdad vendría pues, a ser no sólo un derecho subjetivo de los ciudadanos, sino también un valor constitucionalmente protegido.

La regla de la igualdad como valor implica entonces no solo una protección frente al legislador (impidiendo que este pueda configurar discriminaciones en la norma), sino también frente a los operadores jurídicos que aplican la norma, por lo cual, tanto los órganos que ejercen una función administrativa, como una función jurisdiccional están obligados a la aplicación directa de la igualdad reconocida en la Constitución.

A este respecto ha dicho la Sala de lo Constitucional en el fallo 15-96. "Como se sugiere del texto mismo, la fórmula constitucional contempla tanto un mandato en la aplicación de la ley -por parte de las autoridades administrativas y judiciales- como un mandato de igualdad en la formulación de la ley, regla que vincula al legislador».

Vale la pena mencionar que en el caso que se ignorase el mandato constitucional de igualdad, las autoridades estatales incurrirían en responsabilidades civiles, administrativas e inclusive penales, en su caso¹².

c) Como derecho subjetivo. Que puede ser invocado ante la Administración, la jurisdicción ordinaria y en su caso, frente a la jurisdicción constitucional.

Se trata, sin embargo, como señala la doctrina de un derecho relacional, ya que es difícil concebirlo como un derecho autónomo, esto es así porque la específica naturaleza de la igualdad ante la ley exige que su transgresión se proyecte sobre un determinado campo material: no se violenta la igualdad en abstracto, sino en

relación con algún objeto o bien constitucional específico.

De este carácter de la igualdad como derecho subjetivo se confirma su vez de que la igualdad es también una obligación constitucionalmente impuesta a los órganos del Estado, que consiste en tratar de igual forma a cuantos se encuentran en iguales situaciones de hecho. Especial concreción de esta regla es la justificación de la aplicación del precedente judicial. Es decir, el presupuesto según el cual un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales.

Respecto a la aplicación de la igualdad por los tribunales, se señala que sus resoluciones deben ser las mismas ante presupuestos de hecho idénticos. Desde esta faceta, la igualdad mantiene el carácter de derecho subjetivo, pero lo proyecta como obligación frente los poderes públicos. Pero debe tomarse en cuenta que el derecho de igualdad no podría operar nunca como impedimento del cumplimiento de principios que definen el ejercicio mismo de la función jurisdiccional, especialmente el de independencia judicial.

El Tribunal Constitucional Español ha sentado algunas bases para enfrentar los problemas que puedan suscitarse entre igualdad e independencia judicial, extrayendo algunas reglas generales en aquellos supuestos en que la actuación jurisdiccional puede ser constitutiva de una violación al principio de igualdad por inaplicación de precedentes establecidos:

Debe existir una identidad de supuestos de hecho, para que sea aplicable el precedente. De lo contrario, no habría posibilidad de vulnerar el derecho a la igualdad.

Que al órgano jurisdiccional al que se le imputa la violación del derecho de igualdad, sea el mismo que dictó una resolución distinta como precedente, no siendo admisible la equiparación si emana de órganos diferentes y,

Aún cuando sea el mismo Tribunal, no habrá vulneración si justifica su cambio jurisprudencial (Motivación)¹³.

Valga la necesaria aclaración que aquí nos estamos refiriendo al denominado precedente horizontal. En el sentido de hacer referencia a la obligación que tiene todo órgano jurisdiccional de resolver del mismo modo los casos sustancialmente iguales. «En otras palabras se entenderá por precedente la autovinculación de cada juez o tribunal a sus propias decisiones. Es el llamado autoprecedente, y que se fundamenta más que en stare decisis, en el principio de razonabilidad como fundamento para evitar que la discrecionalidad se convierta en arbitrariedad»¹⁴.

En todo caso es preciso advertir que el término «precedente», suele utilizarse para hacer alusión a la obligación existente en ciertos sistemas jurídicos de observar la doctrina establecida por los tribunales superiores. Se trata del llamado precedente vertical, propio de los sistemas de stare decisis, cuyo fundamento reposa en la exigencia de justicia uniforme -es decir, en el ideal del juez único que preside todo sistema jurisdiccional, que quiere garantizar la seguridad, la igualdad y la unidad del Ordenamiento- y que en el ámbito de la argumentación opera del mismo modo que las leyes: proponiendo una cierta solución normativa, para un determinado supuesto de hecho, solución normativa que por tanto, constituye el objeto de la argumentación¹⁵.

Respecto a la aplicación del precedente vertical y por consiguiente la aplicación del principio stare decisis podemos referirnos a lo que nuestra jurisdicción constitucional ha mencionado con insistencia: «...Dado nuestro sistema de control de la constitucionalidad de los actos normativos concretos producidos por los órganos del Estado y entes públicos en el ejercicio de sus potestades públicas, tenemos que según los arts. 149, 185 y 249 Cn., la defensa de la constitucionalidad corresponde, en nuestro ordenamiento jurídico, a todos los tribunales de la República, en razón del principio de interpretación conforme a la Constitución, esto es, que toda norma infraconstitucional debe obligatoriamente interpretarse de modo que el resultado sea conforme a la Constitución. Lo anterior debe entenderse que en caso de que una disposición ordinaria no admita razonablemente una interpretación coherente de la Constitución, todo juez está obligado a declarar la inaplicabilidad de aquella, ya que su rol no solamente se limita a una rama específica del derecho (...), sino que deben ser «guardianes de la Constitución», es decir, jueces de la Constitución.

Sin embargo, esa misma configuración del sistema de control que ha sido calificado como un sistema «difuso», obliga a que exista un ente jurisdiccional que emita la última palabra respecto de las pretensiones constitucionales deducidas ante los tribunales inferiores.

En nuestro país, dicho ente jurisdiccional encargado de pronunciar la «última palabra», es la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y de ese modo garantiza dos principios superiores de orden constitucional, los cuales son la igualdad ante la jurisdicción y la seguridad jurídica. El mecanismo por el cual este Tribunal garantiza estos principios, es el precedente constitucional, a través de la jurisprudencia de esta Sala, reforzada por el principio de *stare decisis*, que supone atribuir eficacia vinculante general a dicho precedente, respecto al fallo y a los fundamentos del mismo. El sistema del *stare decisis* convierte por tanto al sistema jurídico en un derecho del caso judicial concreto «(...)», siendo así que una realidad indiscutible es que la jurisprudencia de este Tribunal supremo vincula jurídicamente...»¹⁶.

d) Como igualdad de procedimiento o igualdad procesal, que supone la existencia de un mismo procedimiento para todos, de unas reglas previas e imparciales para resolver los conflictos, para llegar a la formación de la voluntad de los operadores jurídicos competentes para resolver, con independencia de las personas o de los intereses que estén en juego en cada caso.

En este aspecto, el desarrollo jurisprudencial por la Sala de lo Constitucional ha sido amplio, pero no bajo el artículo 3 de la Constitución, sino bajo el art. 11 de la misma¹⁷, en donde se ha destacado que: «...Los principios que informan al proceso, y entre ellos el principio de igualdad procesal, velan por el debido proceso legal; así este principio postula que en el proceso las partes deben conservar entre sí cierto equilibrio procesal sin permitir ventajas procesales a una en perjuicio de la otra; de esa manera si la ley concede a una de las partes aportar pruebas o interponer recursos, la misma oportunidad probatoria e impugnadora debe corresponder a la otra. Así también la razonabilidad en el plazo que la ley debe conceder al demandado para comparecer a ejercer su defensa, es consecuencia de este principio y, por ello, no dejan de tener razón aquellos que abogan por la exigencia de la notificación personal de la demanda a la parte reo salvo cuando fuere indeterminada, a efecto de que la computación del plazo para comparecer al tribunal en su defensa sea real y efectivo»¹⁸.

Especial énfasis se ha efectuado con relación al emplazamiento, en tanto ha sostenido la Sala que éste: «...tiene por objeto situar en el plano de igualdad jurídica a las partes para que hagan valer sus derechos. Para que las partes puedan ser oídas en sus respectivas pretensiones, defensa y excepciones, está establecido el sistema de los actos procesales de comunicación -entre los cuales se encuentra el emplazamiento-, mediante los cuales se les hace saber las resoluciones judiciales o los actos del procedimiento que produzcan determinada consecuencia. En este orden de ideas, el emplazamiento constituye, pues, un acto procesal esencial, en tanto permite la interacción entre el juez, el demandado y otros sujetos pasivos que intervienen en el proceso...»¹⁹.

e) Como igualdad de trato formal, que no supone simplemente el mantenimiento de la vieja regla de que «hay que tratar igualmente a los iguales, y desigualmente a los desiguales»²⁰, sino un planteamiento más complejo que comprende dos vertientes de la igualdad que podríamos llamar igualdad como equiparación frente a otra formulación denominada igualdad como diferenciación.

Igualdad de trato como equiparación.

Se expresa en el principio de no-discriminación, y afecta a aquellas condiciones de las personas que siendo distintas entre unas y otras, no se consideran relevantes -dichas condiciones- y no justifican por tanto, un trato desigual. Bajo este criterio no se puede tratar desigualmente a los desiguales.

Así, en los casos de diferencias por rasgos físicos, caracteres y cualidades de los seres humanos, la ley no puede establecer un trato discriminatorio por dichas cualidades. La pertenencia a una raza, a un sexo, a una religión, a una clase social no implica per se la posibilidad de ser diferenciados por el ordenamiento jurídico. De ahí que aquí la igualdad se manifieste, equiparando a las personas que se distinguen por esas condiciones y no diferenciando por las mismas razones. Es como anota Ferrajoli, «la indiferencia jurídica de la diferencia. Según esto, las diferencias no se valorizan, ni se desvalorizan, no se tutelan ni se reprimen, no se protegen ni se violan»²¹.

También la igualdad como equiparación implica el tratamiento dentro de una misma categoría a aquellos sujetos, ante los cuales no existe ninguna justificación razonable para un tratamiento diferenciado, tanto por la ley, como por los operadores jurídicos²².

Igualdad como diferenciación.

La ley puede crear diversos estratos o categorías diferenciadores, basándose por ejemplo en la edad, el patrimonio, el nivel académico, y en donde habrá que estudiar en cada caso la aplicación del principio de razonabilidad -junto con otras variables que mencionaré más adelante- para considerar la relevancia o irrelevancia de las condiciones dentro del ordenamiento jurídico y su justificación frente el art. 3 de la Constitución.

El problema será por supuesto, determinar cuando debe efectuarse razonablemente un tratamiento por diferenciación o por equiparación; lo que equivale a preguntarse: cuando debo de dar a través de la ley a los individuos un trato igual, por considerarlos dentro de una misma categoría, y cuando debo crear categorías distintas, para mantener la igualdad como trato diferenciador.

3. - Pautas para acercarnos a una idea de igualdad constitucionalmente viable.

La igualdad considerada en el art. 3 de la Constitución, es en principio la igualdad jurídica que no veta un tratamiento diferenciado, sino uno discriminatorio. «De ello se sigue que la igualdad constitucionalmente consagrada es la igualdad jurídica, igualdad ante la ley, que esa igualdad no se corresponde con la idea de igualdad real y que su alcance se circunscribe a que de iguales supuestos de hecho, deben derivarse idénticas consecuencias jurídicas, y que lo que la Constitución prohíbe, es la discriminación, no la diferenciación.»²³

Esta última distinción será en efecto, el problema medular de la «igualdad ante la ley», y el elemento fundamental a la hora de analizar los supuestos a la luz del art. 3 de la Constitución, ya que el mismo posibilita tratamientos diversos ante situaciones distintas, siempre y cuando no se discrimine. La separación entre discriminación y diferenciación en algunos casos no resulta evidente, haciéndose necesario la utilización de diversas pautas para la interpretación de la norma que ha creado una diferenciación justificada, a efecto de evitar desigualdades sospechosas de crear discriminaciones²⁴.

Acerquémonos entonces a estas pautas interpretativas que suelen utilizarse en los exámenes de constitucionalidad de normas que presentan diferenciaciones mantenidas o incorporadas en los ordenamientos jurídicos:

a) El establecimiento de las categorías debe ser razonable y proporcionado. La igualdad no es una regla rígida, - no es un derecho absoluto- ya que permite la creación de categorías diferenciadoras a través de la norma jurídica. Es la búsqueda de la ratio de la ley en cuanto a la diferenciación o equiparación efectuada por la norma²⁵.

Habrà lugar a que el legislador establezca discriminaciones legítimas. O como señala Ferrajoli, «no todas las desigualdades jurídicas son en efecto intolerables»²⁶. Se busca entonces a través de un análisis constitucional el establecer a través del principio de razonabilidad una separación entre «clasificaciones razonables» o «clasificaciones sospechosas o discriminatorias» en materia de igualdad²⁷.

La Constitución salvadoreña en su art. 246 al disponer que «Los principios, derechos y obligaciones establecidos por esta Constitución no pueden ser alterados por las leyes que regulen su ejercicio», podría ser interpretado como fuente u origen del principio de razonabilidad.

Este principio exigido en el contenido de la ley hace que lo que se ha denominado como debido proceso sustantivo o la debida razonabilidad de las leyes, se configure como uno de los aspectos del debido proceso legal.

La razonabilidad debe buscar una conexión con un interés jurídico relevante, ya que el establecimiento de una diferenciación de categorías por la ley no puede perseguir un interés particular o cualquiera, sino que se exige que proteja un interés constitucionalmente relevante, entendiendo por estos, aquellos que se encuentran amparados por la propia Constitución. Generalmente siguiendo una clasificación muy común, podemos distinguir

dos aspectos susceptibles de control de razonabilidad: la ponderación y la selección²⁸. Casi cualquier norma puede ser analizada en ambos aspectos.

Por ponderación de la ley, se ha comprendido, como la razonabilidad de los medios elegidos por el legislador. Un aspecto a analizar sería entonces, determinar si hay un vínculo entre la medida adoptada y el fin del legislador. Es un análisis de medios y fines.

Por selección, ese entiende el análisis del criterio por el cual el legislador afecta los derechos de algunas personas en forma distinta de los de otras.

Pero al fin y al cabo, dichos criterios se entremezclan haciéndose básicamente imposible su utilización por separado.

Lo que se destaca también como condición para que un trato desigual sea constitutivo de una diferenciación admisible, y no de una discriminación, es la desigualdad en los supuestos de hecho, que por ser diferentes admiten y requieren un trato diferente. Esto exige que quien alega la violación del principio de igualdad, debe de aportar lo que se denomina como *tertium comparationis*²⁹.

Cabe mencionar, que el análisis de razonabilidad puede variar de intensidad: podríamos situar en un extremo aquellos que afirman que un Juez nunca podría cuestionar una selección hecha por el legislador, sino que debe limitarse a insistir que esa selección sea aplicada en forma constante (es el clásico ejemplo de la doctrina de «separate but equal» del Derecho Norteamericano).

En el otro extremo, existe la posibilidad de afirmar que una discriminación siempre es injusta, no importan si existen o no razones para justificarla³⁰. (Así, es la crítica dirigida hacia la discriminación inversa, o bien de situaciones como en el Derecho salvadoreño efectuadas en materia de seguridad social y la posibilidad de escoger o no entre el servicio privado o el brindado por la Institución estatal).

Finalmente puede afirmarse también que prácticamente todas las definiciones de discriminación que se han propuesto, sobre todo en el contexto de convenciones internacionales incluyen alguna referencia abierta a la razonabilidad de tratos diferenciales, lo que parece indicar una imposibilidad de sistematizar nuestras intuiciones en esta área sobre la base de principios generales y coherentes³¹.

b) La finalidad: los poderes públicos no pueden establecer para los ciudadanos tratos diferentes de forma gratuita. Para que la diferencia este constitucionalmente justificada ha de tener una finalidad. Una finalidad constitucionalmente admisible o por lo menos no prohibida desde la Constitución.

c) Debe existir un nexo entre la diferenciación y la finalidad: la racionalidad. Es decir, la adecuación del medio con los fines perseguidos.

La norma no sólo debe estar justificada por el fin que persigue, sino que también tiene que ser el medio adecuado para la realización del fin que se propone (Proporcionalidad).

Llegados hasta aquí, resulta indudable afirmar que la razonabilidad, finalidad y racionalidad pueden ser sujetas de control constitucional. Averiguar cuándo hay situaciones equivalentes o disímiles, cuando discriminación arbitraria y, por tanto, lesión al art. 3 Cn., es una tarea que necesariamente recaerá en los intérpretes de la Constitución³².

Cabe preguntarse si hay un límite en la capacidad de un Organo Judicial en la revisión de la ley y si el Organo Legislativo poseerá zonas cuyo poder discrecional sea sumamente amplio, como por ejemplo cuando a consecuencia del cambio de un sistema de seguridad social prestado por el Estado a un sistema prestado a través de particulares, se crean diferenciaciones respecto a la posibilidad o imposibilidad de escoger entre uno u otro sistema, tomando como base o parámetro la edad³³, o cuando el legislador establece un tratamiento diferencial privilegiando el cobro de créditos concedidos por bancos, compañías aseguradoras, instituciones de crédito o sociedades y asociaciones cooperativas, frente a los créditos provenientes de otros sujetos³⁴; o bien

cuando el legislador establece el derecho al secreto profesional describiendo una tabla rasa de profesiones que ostentan dicha facultad, excluyendo algunas que podrían también razonablemente poseerlo³⁵; o frente a la diferenciación que es efectuada por parte de algunos reglamentos, entre aquellos candidatos que aspiran a ingresar en instituciones castrenses³⁶.

A este respecto ha señalado la Sala de lo Constitucional: «Como la mayoría de los derechos fundamentales, el derecho de igualdad no es un derecho absoluto, sino que corresponde al legislador determinar tanto el criterio de valoración como las condiciones del tratamiento normativo desigual. Sin embargo, en el sistema constitucional salvadoreño, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia está facultada para examinar si tal tratamiento desigual no es tal que implica la negación del principio de igualdad; pero, por otro lado, esta potestad judicial no puede significar la negación de la muy amplia libertad de configuración de que dispone el legislador en este ámbito, ya que corresponde a éste dotar de relevancia jurídica a cualquier diferencia fáctica que la realidad ofrezca. Lo anterior conduce a que la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, al examinar el tratamiento desigual consagrado en una disposición legal a la luz del principio de igualdad, no ha de determinar si se ha dictado la regulación más funcional, sino simplemente si la diferenciación carece de una razón suficiente que la justifique; ya que el examen de constitucionalidad no es un juicio de perfección, sino de respeto de límites».

Y respecto de este punto, en dicha sentencia se concluyó: «De lo dicho podemos concluir que lo que está constitucionalmente prohibido -en razón del derecho a la igualdad en la formulación de la ley- es el tratamiento desigual carente de razón suficiente, la diferenciación arbitraria; o, invirtiendo los términos, la Constitución salvadoreña prohíbe la diferenciación arbitraria, la que existe cuando no es posible encontrar para ella un motivo razonable, que surja de la naturaleza de la realidad o que, al menos, sea concretamente comprensible. Resumiendo los conceptos antes expuestos, es dable afirmar que en la Constitución salvadoreña el derecho de igualdad en la formulación de la ley debe entenderse, pues, como la exigencia de razonabilidad de la diferenciación». (Inc.15-96 sobre la Ley de Emergencia)³⁷.

Esto no significa otra cosa, que como apunta el Manual de Derecho Constitucional salvadoreño en materia de aplicación del derecho de igualdad, que la Sala de lo Constitucional recurre al argumento de la discrecionalidad del legislador, técnica conocida en el Derecho norteamericano con el nombre de auto-limitación judicial³⁸.

4.- Las transformaciones del concepto de igualdad.

Un dato innegable es el hecho de que los ciudadanos y los grupos sociales en general se hallan en una situación de desigualdad real. La ley los podría tratar de forma igual, pero no lo son en realidad. El Estado social de Derecho, que hizo su aparición en el contexto constitucional salvadoreño de 1950, supuso el establecimiento de obligaciones por parte del Estado para la promoción de condiciones que fomenten la igualdad real.

Una primera visión de la igualdad jurídica, es la idea de una igualdad formal «ante la ley»: «el Estado en esta postura no tiene que actuar para procurar erradicación de las desigualdades de hecho existentes en una sociedad, sino que debe aceptarlas tal como son, y precisamente respetarlas».

Una segunda visión será la defendida a través del Estado social: la igualdad demanda un actuar del Estado, para remover los obstáculos culturales, políticos o económicos que limitan de hecho la igualdad de los hombres (Igualdad material). Pero el tratamiento de la igualdad material no es un tema pacífico. Es señalada como fundamento de los derechos, y como signo distintivo de los logros conseguidos a través del denominado Estado Social de Derecho.

Con la prescripción de la igualdad formal se conviene que los hombres deben ser considerados como iguales, precisamente prescindiendo del hecho de que son distintos, es decir, de sus diferencias personales de género, raza, lengua, religión, opiniones políticas y similares. Con la afirmación de la igualdad sustancial o material se conviene, por el contrario, que aquellos deben ser hechos tan iguales como sea posible, y que por consiguiente, no se debe prescindir del hecho de que son social y económicamente desiguales.

Pero esta faceta de la igualdad, no esta sujeta únicamente a los mecanismos de evaluación de la igualdad que

antes hemos descrito (razonabilidad, finalidad, proporcionalidad, etc.) sino que entran en juego dimensiones sociales y económicas -como la escasez- que obligan a plantear el tema de los derechos desde un punto de vista de su eficacia, por la necesidad de medios económicos para su realización. En síntesis la idea de igualdad propugnada por el Estado Social de Derecho, supondría encontrar el criterio adecuado para que todos pudiesen llegar a iguales condiciones al ejercicio de la libertad.

Mecanismo para analizar la debida participación del Estado en el desarrollo de esta igualdad material parecen ser el concepto de la satisfacción de necesidades básicas. Al fin y al cabo la idea misma de derechos humanos proviene del sentido de defender y satisfacer lo que moralmente en un momento definido se señala como esencial para el desarrollo del hombre, como genero.

Algunos mecanismos para conseguir esta igualdad material ya están definidos y plasmados en la Constitución, como la cobertura de la educación básica y obligatoria, la seguridad social, el derecho a la salud, etc., derechos que no hay duda pueden ser susceptibles de control constitucional, aún cuando su desarrollo jurisprudencial es apenas existente en El Salvador.

Es imposible negar la dificultad de discutir los límites de intervención del Estado para hacer efectiva esta igualdad material. Recientemente en El Salvador, la pretensión por parte de un grupo de personas infectadas con el virus del SIDA ha señalado la necesidad, (quizá desde un punto de vista del Derecho a la salud, pero también puede enfocarse desde el punto de vista de la igualdad) de recibir cobertura en materia de tratamiento médico para aquellos aquejados con dicho mal; por parte del Instituto Salvadoreño del Seguro Social, igual que cualquier otro tratamiento. ¿Pero será dicha pretensión materialmente posible o constitucionalmente viable?.

Por otra parte, si podemos destacar que tanto la jurisdicción, como la legislación en general se han preocupado por llevar a ciertos ámbitos aspectos que han sido una conquista del Estado Social y Constitucional de Derecho:

a) el establecimiento de la eficacia del amparo (igualdad frente a la vulneración de un derecho constitucional) con independencia del sujeto que ha generado la violación constitucional en el ámbito del proceso de amparo. (Amparo frente particulares), y

b) la tutela reforzada para aquellos grupos que históricamente han sido tratados en forma discriminada o bajo sujeción (Proceso de concreción de los derechos humanos), lo cual ha implicado la creación de mecanismos de protección especializados en las relaciones entre particulares (piénsese en el problema de la violencia intra-familiar).

5. - Los nuevos horizontes de la igualdad.

El desafío de la igualdad en el Estado Constitucional salvadoreño, quizá este íntimamente vinculado con una revisión del concepto de igualdad que deseamos implementar, prestándole la debida atención de manera tan atenta a la cuestión de ¿Qué tipo de igualdad es la constitucionalmente protegible o protegida?.

La crítica esta enfocada hacia el examen de las situaciones de violación de derechos individuales que en algunos momentos los Estados llegan a avalar. Al parecer, se hace énfasis en defender los derechos tales como vida, integridad física, propiedad, etc., frente a agresiones concretas, pero la falta de una atención médica adecuada, las situaciones de indefensión por falta del deber de garantía del Estado, el analfabetismo germen de desigualdad de oportunidades, nos lleva considerar, si en éstos otros casos, no se estará también infringiendo la Constitución.

Pareciera que hacemos descansar la idea de violaciones a derechos fundamentales en la distinción entre acciones y omisiones. Omisiones que se agravan tal vez, frente a concepciones tales como la del Estado mínimo o la intervención mínima del Estado, para que este no interfiera en las reglas del juego de la economía en una sociedad. Como se ve, el desafío de la igualdad en un Estado Constitucional de Derecho, es la idea de un papel activo por parte del Estado para su consecución, en el que jugará un rol importante el Juez Constitucional³⁹.

Será la búsqueda de la procura de igualdad de oportunidades, lo cual ha dado lugar en el derecho estadounidense y europeo -entre otros mecanismos- a hablar: a) de la acción afirmativa, acción positiva o discriminación inversa con la finalidad de conseguir una igualdad de oportunidades especialmente frente a grupos desprotegidos o minorías, lo cual para algunos implicaría la adecuación de la Constitución a nuevos estadios de las sociedades contemporáneas y b) de la búsqueda de un rol más protagónico del Estado y de la Constitución en el libre juego de voluntades entre particulares, señalando la posibilidad de que en algunos supuestos, la Constitución sea también -y específicamente en materia de igualdad- un límite a las reglas de autonomía de la voluntad y libre determinación que suelen regir las relaciones entre particulares.

Acerquemos pues, a estas dos orientaciones⁴⁰.

a) Acción positiva y Discriminación inversa.

Se ha sostenido que la parte dogmática de las constituciones, tiene como función el servir de límite del poder, creando un amplio campo de libertad individual, signado por la regla contenida en el art. 8 de la Constitución (Cláusula de clausura del Ordenamiento le denominan algunos), según la cual «todo lo que no está prohibido está permitido». Este principio de libertad encuentra su reaseguro, en el reconocimiento a su vez de la garantía de igualdad. La libertad solo se goza en igualdad.

A principios de siglo irrumpe el constitucionalismo social instrumento de búsqueda del equilibrio entre libertad e igualdad. No reniega del constitucionalismo clásico, pero sí lo complementa, trazando el objetivo de una efectiva igualdad de oportunidades, poniendo acento en la “necesidad” como condicionante de la libertad, variando sustancialmente con ello el rol del Estado. De un papel pasivo -de no-intromisión- pasa a un rol activo, de acción.

Pero su obligación, su orientación y la instrumentalización para hacer efectivas estas nuevas premisas son objeto de una discusión interminable, que comienza trazando la idea de si resultan vulnerados los derechos constitucionales si el Estado niega o reduce este rol activo, así como también de cual es el papel del Organismo Judicial frente a estos supuestos.

En su afán de extinguir la llamada discriminación perversa -señala Sagüés- esto es la discriminación intolerable que crea sectores o clases relegados, surge la acción afirmativa o positiva, que postula medidas de protección a minorías bajo sujeción o discriminación⁴¹.

Muy relacionada a esta cuestión resurgirá con considerable fuerza en los últimos años la discriminación de la mujer⁴², lo que ha dado lugar a todo un movimiento no solo político, sino también intelectual, e incluso con proyecciones en el ámbito constitucional de carácter de género dirán algunos o bien feminista, para otros⁴³.

Directamente relacionado con estos movimientos y la instrumentalización de mecanismos jurídicos para su prevención y protección ha sido la discriminación inversa, es decir, el establecimiento de cuotas o cupos benignos, en el ámbito de la educación, la vivienda y el empleo. (En este último aspecto, por ejemplo se inclina Naciones Unidas, al preferir en algunos ámbitos la contratación femenina).

Este mecanismo parece hallar alguna justificación:

a) para lograr una suerte de reparación histórica frente actos de sujeción o discriminación contra ciertos grupos,

b) como mecanismos para la construcción de una sociedad más igualitaria en materia de oportunidades.

Sintetizando ambos podríamos decir, que se justifican bajo la idea de constituir sistemas de corrección de las prácticas cotidianas de discriminación negativa a grupos minoritarios, marginados o excluidos. Ejemplos de estas discriminaciones son variados, encontrándonos desde cuestiones relativas a oportunidades laborales a ciertos grupos (como mujeres, extranjeros, discapacitados) hasta cuestiones relativas a la desigualdad en materia de atención médica a sectores populares⁴⁴.

Debemos señalar que en todo caso podríamos diferenciar entre medidas de acción positiva de las cuestiones relacionadas con el concepto de discriminación inversa; ya que ambos conceptos engloban mecanismos diversos para la búsqueda real de la igualdad. Así, sostiene Rey Martínez, que las acciones positivas -específicamente

para la igualdad de las mujeres- no sólo constituyen una variable más del Estado social y su postulado general de «igualdad de oportunidades», sino también medidas especialmente exigidas por el constituyente o el legislador, pero que no se identifican con el establecimiento de cuotas especiales para el acceso de la mujer o grupos discriminados o excluidos en una sociedad.

Dichas acciones positivas consistirían más bien en tratar de remediar o integrar las desventajas que caracterizan a la mujer en el acceso a ciertos grupos de trabajo, a favorecer la carrera profesional de las mujeres en condiciones de igualdad con los hombres, e inclusive, a favorecer el equilibrio entre responsabilidades familiares y profesionales⁴⁵.

Un concepto distinto sería el de la discriminación positiva o inversa (algunos lo consideran una especie dentro del género de acciones positivas o afirmativas), esto es lo referente a la creación de sistemas de cuotas o métodos preferenciales para la escogitación de mujeres, generalmente en aspectos laborales. Mediante estas medidas se han establecidos reserva de mínimos de plazas (de trabajo, de puestos electorales, de ingreso en la Universidad, etc.), no existiendo hasta el momento ninguna regulación legal en El Salvador al respecto, salvo en el caso del Decreto N° 24746.

En todo caso debe anotarse, que el sistema de discriminación inversa, tiene generalmente un carácter excepcionalísimo; y es sujeto a mayores requisitos y límites para su inserción en los ordenamientos jurídicos, y a ello se debe añadir, que es un sistema abiertamente criticado por los efectos negativos que se sostiene, le acompañan.

Efectivamente, se han levantado dudas acerca de la admisibilidad de estas prácticas en el marco de una concepción liberal de una sociedad; dudas entre las cuales se destacan: a) que son medidas que siempre plantea un importante desacuerdo social, por su propio carácter polémico; b) que no tienen efectos igualitarios sino más bien generadores de mayor desigualdad (Irónicamente se ha escrito.... «¿Qué criterio redistributivo podría justificar la atribución de un puesto de trabajo a una mujer culta y rica, a expensas de un pobre que, además, ha tenido el infortunio de nacer hombre?»); c) Tienen un efecto contraproducente, porque precisamente logran como resultado el patentizar la desigualdad. Que haya mujeres de cuota, no parece ser el ideal de la igualdad de sexos, y a ello debemos añadir el denominado efecto «glass ceiling»; d) la posibilidad de crear un efecto expansivo en materia de cuotas privilegiadas; e) si realmente estas medidas benefician realmente a las personas perjudicadas; f) si quienes resultan perjudicados por la discriminación inversa fueron personas que se beneficiaron con la situación anterior; g) que no pueden imponerse cuotas privilegiadas basando en el argumento de la compensación histórica, ya que ello trae como dificultades derivadas de la identificación entre generaciones perjudicadas y favorecidas; y por la existencia de situaciones especiales -sobre todo en el ámbito privado- donde se ha generado una doctrina -sobre todo en el Derecho norteamericano- conocida como «disparate impact», etc.⁴⁷. Finalmente cabe agregar que diversos tribunales entre la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas han comenzado a cuestionar la aplicación en forma automática de cuotas laborales surgidas de la aplicación de normas que implicaban acciones afirmativas⁴⁸.

b)Igualdad en las relaciones entre particulares (Un comentario a la sentencia de amparo 40-98 de 24 de mayo de 1999).

Nuestra Constitución reconoce algunos aspectos específicos, en materia de igualdad entre particulares como: igualdad en materia laboral (art. 38 Ord. 1 Cn, lo cual ha sido desarrollado por los artículos 123 y 124 CT); la igualdad de los cónyuges (art. 32 Inc. 2° Cn.); la igualdad de los hijos (Art., 36 Inc 1 Cn);e inclusive la aplicación del principio de no-discriminación (y por tanto necesidad de tratamiento igualitario) en materia educativa (Art. 58 Cn.).

Sobre dichas concreciones constitucionales existe ya jurisprudencia que plantea la aplicación inmediata de las disposiciones constitucionales para proteger y garantizar dicho tratamiento igualitario⁴⁹. Pero no me referiré en éste último apartado a esa igualdad constitucional definida y asegurada, sino a una cuestión muy poco analizada en el país, y en la que merece también detenerse, me refiero a la ponderación y fijación de límites entre la autonomía de la voluntad y el derecho a la igualdad.

Definitivamente, las relaciones entre particulares, no quedan excluidas del ámbito de aplicación del principio de igualdad y la autonomía de las partes debe respetar el principio constitucional de no-discriminación. Ahora bien, debe tomarse en consideración que en el ámbito de las relaciones entre particulares, los derechos fundamentales y entre ellos el derecho a la igualdad, han de hacerse compatibles con otros valores y principios constitucionales, que tienen su último origen en la autonomía de la voluntad y que se manifiestan a través de los derechos y deberes que nacen de la relación creada por las partes o de la correspondiente situación jurídica⁵⁰.

En nuestro Derecho constitucional ha sido analizada la cuestión a partir de una reciente sentencia, emitida bajo la referencia 167-97, de 25 de mayo de 1999 y en la cual se ventila el problema de la renuncia anticipada del derecho de apelar y en la cual se señala que: «...debe dársele igualdad de oportunidades a cada una de las partes para el solo efecto de que puedan argüir o defender, en su caso, cada uno de los derechos que estima tutelables. Ejemplo claro de esto es la posibilidad jurídica de no solo permitirse a cualquiera de ellos sus alegatos en primera instancia, sino en cualquiera de ellas cuando exista la misma vinculación».

Mal sucedería entonces que una de las partes se viera imposibilitada de alegar o resistir la invocación de un derecho o la posibilidad de recurrir en caso de disconformidad. Peor sucedería si se inhibe a cualquiera de las partes de recurrir respecto de la decisión que le causa agravio, por el simple hecho de haberse renunciado anticipadamente, y sin estar vinculado aún al proceso que motivó tal resolución.

La conclusión no escapa al análisis judicial: la aplicación del art. 986 en su núm. 2° Prc., que señala: «La ley niega la apelación: 2) Cuando entre las partes hubo pacto de no apelar», es una disposición que está afectada de inconstitucionalidad debido a que su aplicación vulneraría el derecho a una igualdad procesal de las partes, violentando no el art. 3 Cn. y sino el 11 Cn. ya que la igualdad procesal según la jurisprudencia constitucional forma parte integrante del derecho de audiencia.

En efecto, nos encontramos aquí con uno de esos casos límite en donde ante la ponderación de dos bienes constitucionales debemos definir cual de ellos es el que constitucionalmente debe de quedar situado en un grado prevalente en este tipo de casos.

El Código Procesal de Procedimientos Civiles siguiendo su ideario liberal priorizaba la autonomía de la voluntad, dándole validez a aquellas renunciaciones del derecho de apelar efectuadas por acuerdo de voluntades entre las partes. El actual análisis constitucional ha ponderado en este conflicto de forma distinta aduciendo -entre otras justificaciones- una violación flagrante a la idea de igualdad procesal. Lastimosamente, la sentencia no profundiza en este conflicto de derechos constitucionales decantándose por señalar la afectación del contenido esencial del derecho de audiencia, un concepto abstracto, y con límites verdaderamente difíciles de definir. No podemos dejar de mencionar esta jurisprudencia tan importante con relación al tema desarrollado aquí, aún cuando hubiera sido interesante, que la Sala de lo Constitucional comenzase por perfilar uno de los temas más importantes en las sociedades contemporáneas y que hoy, por hoy tiene un escaso desarrollo jurisprudencial: me refiero a los límites a la autonomía de la voluntad.

1.- Esta fórmula clásica sigue siendo utilizada por la Sala de lo Constitucional de El Salvador, en la mayoría de pronunciamientos en los cuales ha tocado como fondo de las cuestiones debatidas, la igualdad, como veremos infra. Sus orígenes se identifican generalmente con el pensamiento helénico: "Por ejemplo parece que la Justicia consiste en igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justa, y lo es en efecto, y no para todos sino para los desiguales". Aristóteles, "La política", III, 9 (1280^a) y en "Ética a Nicómaco", Cap. V (1131^a). Tomado de Alexy, Robert; "Teoría de los derechos fundamentales", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993., p. 385.

2.- Con seguridad el ejemplo más patético de esta problemática constitucional sobre el ejercicio de este criterio material para efectuar diferenciaciones como mecanismo para mantener la igualdad (..Porque justamente para ello se hacen las diferenciaciones, no para generar desigualdades, sino para dar un tratamiento igualitario a categorías o situaciones distintas...), ha sido en relación con el reconocimiento de los derechos políticos de la mujer en El Salvador, ya que su conquista data de fechas aún recientes: el derecho al voto en 1950 y el derecho a ser elegible a cargos públicos hasta 1962

Esta marginación y discriminación política aún reciente hacia la mujer no es exclusiva de El Salvador. En Guatemala se concede

el derecho al voto hasta 1945, en Costa Rica en 1949, en Honduras y Nicaragua hasta 1955. Casaús, María Elena; García Girández, Teresa; "Identidad y participación de la mujer en América Central", en: América Latina Hoy n° 9. Revista de Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1994., p.52.

3.-La misma Constitución se encarga a su vez de hacer algunas diferenciaciones: así los extranjeros están sujetos a un régimen especial (Art. 100 Cn.), al principio de reciprocidad para poder adquirir bienes rústicos (Art. 109 Cn), o bien diferenciados frente los nacionales, en materia del ejercicio del comercio, industria o prestación de servicios en pequeño (Art. 115)

4.-Se me ocurría quizá la cuestión de la diferenciación por razones de sexo en materia de edades para el acceso a una pensión: la mujer (55 años) y el hombre (60 años), según el art. 104 de la Ley del Sistema de Ahorro para pensiones; o bien otro ejemplo que puede encontrarse dentro de la realidad salvadoreña es el establecimiento de requisitos diferenciados en materia de estatura entre hombres (se les exige 1.60 mts) y mujeres (se les exige 1.55 mts) para su ingreso como aspirantes a agentes policiales en la Academia Nacional de Seguridad Pública (ANSP).

5.- López Guerra, Luis; Espín, Eduardo; García Morillo, Joaquín; Pérez Tremps, Pablo; y Satrústegui, Miguel; "Derecho Constitucional", volumen 1, tirant lo blanch, Valencia, 1991. , p. 142.

6.- Alexy, Robert; "Teoría de los derechos fundamentales", ya citado., p. 382.

7.- Bobbio, Norberto; "Igualdad y dignidad en los hombres", en: "El tiempo de los derechos", editorial sistema, Madrid, 1991., p. 47.

8.- Peces-Barba Martínez, Gregorio; "Curso de Derechos fundamentales", Teoría General, coedición de BOE y Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1995., p. 284.

9.- "Aún cuando subsiste el fuero militar", como apuntan Bertrand Galindo, Francisco; Tinetti, José Albino; Kuri de Mendoza, Silvia Lizette; Orellana, María Elena; "Manual de Derecho constitucional", Tomo II, Talleres Gráficos UCA, San Salvador, 1992., p. 804.

10.-Un fallo relacionado directamente con este aspecto será el conocido bajo la referencia 317-97/318-97/410-97/412/97 ac- de 26 de agosto de 1998, sobre la aplicación a Roberto Mathies Regalado y Ana Carolina Mathies del denominado Decreto 46, en el que puntualmente la Sala en materia de Igualdad destacó: «...debemos de tener presente, en primer lugar, lo prescrito en el artículo 3 de la misma, que reza en su parte inicial que «Todas las personas son iguales ante la ley; y, en segundo lugar, la interpretación que esta Sala ha dado del mismo: la igualdad ante la ley se refiere, esencialmente, a que frente a supuestos de hechos iguales, las consecuencias deben ser las mismas, evitando toda desigualdad arbitraria fuera del marco legal.»

En perspectiva con lo anterior, se vislumbra que el tantas veces aludido decreto legislativo 46 choca frontalmente con la Constitución de la República, puesto que se pretende que, frente a supuestos de hechos iguales -responsabilidades de los accionistas de sociedades anónimas-, los jueces ante quien se sigan las llamadas «diligencias de congelamiento de fondos», emitan consecuencias distintas a las que se establecerían en otros casos mercantiles derivados del mismo supuesto de hecho.

Es decir, que se pretende -y de hecho se ha concretizado en los casos materia de estudio- que los accionistas de las sociedades intervenidas tengan una responsabilidad superior a la que en otros casos -bajo el mismo supuesto: infracciones generativas de responsabilidad- correspondería, y ello vulnera el artículo 3 de nuestra Constitución y, por tanto, hace amparables los presentes procesos acumulados.

Y es que resulta obvio que no obstante encontrarnos frente a una situación jurídica igual -calidad de accionista dentro de una sociedad de capital-, la consecuencia jurídica prevista por dicho decreto legislativo 46, en lo referente a las responsabilidades por obligaciones de las sociedades, es completa y objetivamente distinta, específicamente superior, por lo que haberse aplicado de esa manera por las autoridades demandadas es inconstitucional, por violar la igualdad ante la ley, debiendo de ampararse a los demandantes por estos motivos y por los señalados en los párrafos precedentes, y en ese sentido hay que pronunciarse en el fallo...".

11.-Además de ser un derecho, se sostiene que la igualdad es un principio informador de los derechos fundamentales. La igualdad como criterio de desarrollo aparece también en forma implícita en todas aquellas disposiciones constitucionales en las cuales se usa la palabra "todos", "todo habitante", "todos los salvadoreños", "todos los ciudadanos", etc. Bertrand Galindo, Francisco; Tinetti, José Albino; Kuri de Mendoza, Silvia Lizette; Orellana, María Elena; "Manual de Derecho constitucional...", ya citado., p. 796.

12.- Nuestro Código Penal vigente establece en su art. 292: "El funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública, que por razón de nacionalidad, raza, sexo, religión, o por cualquier otra condición de una persona, le denegare cualquiera de los derechos individuales reconocidos por la Constitución de la República, será sancionado con prisión de uno a tres años e inhabilitación especial del cargo o empleo por igual tiempo".

13.-Rubio Llorente, Francisco; "Derechos fundamentales y principios constitucionales", (Doctrina jurisprudencial), Ariel Derecho, Barcelona, 1995., p. 122-127.

14.-Gascón Abellan; Marina; "Igualdad y respecto al precedente", ya citado., p. 217-218. Quizá un ejemplo de la más reciente jurisprudencia constitucional podría ser el cambio de criterio surgido en materia de amparo, respecto al alcance del derecho a la

estabilidad laboral por parte de aquellos individuos vinculados con el Estado, por medio de relación contractual.

En un primer momento, la Sala de lo Constitucional que la estabilidad laboral podría extenderse más allá de la vigencia del contrato, dependiendo sustancialmente de la naturaleza del vínculo y del tipo de actividad realizada por el empleado público (Amparo 34-m-95 de 11/12/97). En la actualidad, la Sala ha expresado abiertamente un cambio de rumbo en la sentencia del proceso de amparo bajo número 85-98 de 6 de julio de 1999, aduciendo que el derecho a la estabilidad laboral para los empleados o funcionarios bajo régimen contractual sólo es operativo durante la vigencia del contrato.

Considero particularmente que el problema que suscita dicho cambio, no es con relación a la facultad de modificar su propia jurisprudencial, sino a la motivación, ya que la Sala ha omitido cualquier justificación respecto a por qué se dicta dicho cambio, por qué ya no es funcional la anterior jurisprudencia, y finalmente por qué es más idónea esta nueva argumentación. En síntesis para la Sala de lo Constitucional, -según el fallo aludido- cambiar de criterio jurisprudencial, se justifica simplemente con mencionar que hay cambio, sin fundamentar o motivar dicho cambio.

15.-Gascón Abellan, Marina; "Igualdad y respecto al precedente", en: Derechos y Libertades # 2, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Coedición Universidad Carlos III y BOE, Madrid, 1994., p.212.

16.-Este es el efecto nomotético de las Sentencias de la Sala de lo Constitucional, consecuencia ineludible -nos recuerda la Sala- del valor normativo de la Constitución y de la configuración de una jurisdicción constitucional (Habeas Corpus 7-Q-96 de 20/09/96).

17.-La Sala de lo Constitucional siguiendo de cerca al Tribunal Constitucional Español señala que la igualdad de las partes en un proceso se integra no en el artículo 3 de la Constitución sino, en el artículo 11, así como en España el Tribunal constitucional ha integrado la igualdad no en el art. 14 CE, sino en el 24 CE.

18.-Amparo 3-H-93 de 29/05/95.

19.-Amparo 20-S.94 de 5/07/96

21 Ferrajoli, Luigi; "Derechos y garantías. La Ley del más débil", editorial Trotta, 1ª edición en Español, Madrid, 1999., p. 74

20.-Bobbio nos hablará también de la insuficiencia de esta regla: "Decir que las relaciones humanas debe ser aplicado el principio de igualdad significa poco, sino se especifican al menos dos aspectos: 1. ¿Igualdad en qué?; 2. ¿Igualdad entre quienes?.

El principio de igualdad, en el que se sintetiza la idea de justicia formal, en el sentido tradicional de la palabra, dice pura y simplemente que deben ser tratados de igual modo aquellos que pertenezcan a la misma categoría. Pero, ¿con qué criterio deben ser establecidas las categorías? ¿Cuántas deben ser las categorías? ¿Cómo de grandes?. Es obvio que las respuestas a estas preguntas no se encuentran en el principio de igualdad, sino en los llamados criterios o principios de justicia, como: A cada quien según su mérito; A cada uno según su necesidad; A cada uno según su rango..." Bobbio, Norberto; "Igualdad y dignidad en los hombres", en: "El tiempo de los derechos...", ya citado., p. 45.

22.-Véase el siguiente ejemplo a través de la interpretación esbozada en la sentencia 40-G-95 de veintitrés de diciembre de 1996 de la Sala de lo Contencioso Administrativo: "...En este sentido, debe tenerse en cuenta que nuestra Constitución consagra entre los derechos fundamentales, el derecho a la igualdad, determinando en el artículo 3 que «Todas las personas son iguales ante la ley...»

El denominado derecho a la igualdad, implica que todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias deben tener igual tratamiento, es decir, debe existir un trato uniforme ante situaciones similares.

Teniendo como base este imperativo constitucional, esta Sala estima que todos los estudiantes de Medicina, independientemente de la Universidad a que pertenezca su Escuela, -que detentando tal calidad se encuentran en situación similar- tienen por igual derecho a hacer sus prácticas, sin que exista razón justificativa por la cual, tal derecho se considere exclusivo de los estudiantes de Medicina de la Universidad de El Salvador, ya que una interpretación contraria implicaría un trato desigual que contravendría el relacionado derecho a la igualdad.

Recapitulando, si bien el comentado artículo 3 del Reglamento Para los Estudiantes de Medicina (Externos e Internos) establece que el practicante interno será estudiante matriculado en el internado rotatorio de estudios de la Facultad de Medicina de la Universidad de El Salvador, este Tribunal considera que tal disposición no puede interpretarse en el sentido que, tales plazas sólo deben ser ocupadas por estudiantes de la Universidad de El Salvador, en síntesis, por las siguientes razones:

1. El Reglamento en mención tiene como objetivo regular la situación de los estudiantes de Medicina que tuvieren la calidad de externos e internos en los Establecimientos de Salud del Estado;
2. A la fecha en que se dictó dicho Reglamento, únicamente tenían la calidad de estudiantes de esa carrera los alumnos de la Universidad de El Salvador, pues únicamente dicho Centro contaba con esa Facultad de Estudios;
3. Hoy día, existen diversos Centros Universitarios Privados que cuentan con Facultades de Medicina, y por ende estudiantes que requieren realizar tales prácticas;
4. De conformidad al principio de igualdad recogido por nuestra Constitución, el derecho a realizar prácticas de esta naturaleza en Centros de Salud del Estado, no puede ser exclusivo de un sector, por lo cual en la interpretación de la disposición en

comento -realizada de conformidad a la Carta Magna- se impone llegar a la conclusión que no puede existir exclusividad de los estudiantes de Medicina de la Universidad de El Salvador para ocupar las plazas de practicantes internos en los Centros de Salud Estatales. Se reitera que una interpretación contraria implicaría desconocer uno de los principios que inspiran a todo nuestro ordenamiento jurídico, cual es la igualdad....”.

23.-López Guerra, Luis; y otros, “Derecho constitucional...”, ya citado., p. 146.

24.-“Discriminación es, por tanto, una diferencia de tratamiento no justificada ni razonable y solo esa conducta esta constitucionalmente vetada; cabe, sin embargo, realizar diferenciaciones cuando tengan una base objetiva y razonable.”. Idem.

“Desde el Derecho internacional se ha realizado un gran esfuerzo en materia de configurar el concepto de discriminación, - concibiéndolo en palabras de Lucía Ruano- como una situación de marginación sistemática, histórica y profundamente arraigada, que incide negativamente sobre la situación social de determinados colectivos debida a causas relacionadas con opciones legítimas en todo ser humano, o al hecho de concurrir rasgos inseparables de la persona, sobre cuya permanencia ésta no tiene apenas posibilidad de elección, ni puede modificar a su voluntad. El sexo, raza u origen social son por eso rasgos típicos de discriminación”.

También se suele aludir para identificar un trato discriminatorio a que tiene como característica una naturaleza eminentemente colectiva en cuanto a sus efectos; se es objeto de discriminación por pertenecer a un colectivo determinado y por recibir por ello un tratamiento peyorativo. Ruano, Lucía; “Acciones positivas y discriminación positiva”, en: Actualidad Jurídica Aranzadi (Revista semanal) n° 227, editorial Aranzadi S.A, Madrid, 1995., p. 1-2.

25.-“No basta que la ley mande o prohíba -nos dice el Dr. Mario Solano- es necesario que su mandato sea conforme a la razón. Es decir, que sea justo”. Solano Ramírez, Mario Antonio; “Estado y Constitución”, publicación de Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 1998., p. 99.

26.-A ello añade “Lo son solamente aquellas que obstaculizan la vida, las libertades, la supervivencia y el desarrollo de las demás personas; y la identificación del límite, cualitativo y cuantitativo, más allá del cual son por eso intolerables es una de las cuestiones más difíciles de la filosofía jurídica y política”. Ferrajoli, Luigi; “Derecho y razón. Teoría del garantismo penal”, Trotta editorial, segunda edición, Madrid, 1997., p. 906-907.

Señalemos como un ejemplo de una diferenciación tolerada aquella que se basa en el mérito y la idoneidad en materia de admisión en los cargos públicos, es decir, el derecho que tiene toda persona a ser admitida sin otra consideración que la idoneidad, aun cuando debe destacarse que es constitucionalmente admisible el establecimiento de requisitos para el ejercicio idóneo de un cargo. El art. 16 de la Constitución Argentina indica que los habitantes son iguales ante la ley “y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad”. Esta regla tan importante como poco practicada, enlaza dos ingredientes vitales para una democracia bien entendida: igualdad y mérito.

La regla constitucional es clara: no todos son iguales para acceder a los puestos públicos; debe preferirse a los más idóneos. A su vez, los no idóneos no deben ser designados en tales cargos. Con acierto, se incluye en el concepto idoneidad la exigencia de cubrir ciertos requisitos: idoneidad física, técnica y ética. De ahí que la ley pueda establecer diversas condiciones para ingresar en los empleos públicos, siempre que ellas por su propia naturaleza no creen un privilegio.

27.-Esta es una forma clásica de abordar el estudio del derecho a la igualdad, quizá bastante desarrollado en el Derecho constitucional norteamericano, a partir del artículo de Joseph Tussman y Jacobus Tenbroek; “The Equal Protection of the Laws”, en: California Law Review, vol. XXXVII, núm 3, p. 341 y ss.

28 Linares, Juan Francisco; “Razonabilidad de las leyes. El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Nacional”, Astrea, Segunda Edición, Buenos Aires, 1970., p. 114-118.

29 En efecto, corresponde a quien afirma haber sido tratado desigualmente suministrar un término comparativo que permita llegar a la conclusión de que ha sido tratado injustificadamente desigual que otros, y por ende ha sido discriminado.

30 Miller, Jonathan M.; Gelli, María Angélica; Cayuso, Susana; “Constitución y Derechos Humanos”, Tomo 2, Astrea editorial, Buenos Aires, 1991., p. 1530.

31 Nino no puede dejar de efectuar un intento de sistematización de aspectos relativos a consideraciones que pueden efectuarse para diferenciar entre discriminaciones legítimas y proscritas: a) respecto de las precondiciones de participación igual en el proceso democrático; b) necesidad de promover la autonomía de las personas...”. Cfr. Nino, Carlos Santiago; “Fundamentos de Derecho constitucional”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992., p. 420.

32.-Así por ejemplo cuando la Cámara de Familia de la Sección del Centro señala que “El expresar que la madre es la que mejor puede educar a su hijo, no debe aplicarse como una norma inmutables, porque afirmar lo anterior sin prueba equivale a violar el principio de igualdad”. Sentencia 6-97 de dieciocho de noviembre de 1997, lo que hace es confirmar la necesidad de un tratamiento igualitario cuando no existan causas o razones para generar un tratamiento distinto o desigual.

33.-Art. 184 Ley del Sistema de Ahorro para pensiones.

34.-Me refiero al inciso final del art. 136 del Código de Trabajo que textualmente dice: “Cuando las entidades mencionadas en el inciso primero (Bancos y demás instituciones arriba señaladas), promovieren acciones judiciales para el pago forzoso de

obligaciones mutuas contraídas por trabajadores, no tendrá aplicación lo dispuesto en el art. 133 (este artículo establece la inembargabilidad del salario mínimo) pudiéndose trabar embargo hasta en el veinte por ciento del salario ordinario, cualquiera que sea la cuantía de éste”.

35.-Este podría ser el caso del art. 187 del Código Procesal Penal vigente, si consideramos que la enumeración efectuada en dicho artículo es taxativa. Podríamos considerar que puede existir una vulneración a lo que ha sido denominado como “derecho al secreto profesional”, ya que no encontramos en la enumeración formulada por la ley, profesiones que podría justificarse su incorporación: tal es el caso de los psicólogos y los periodistas.

36.-Tal es el caso del art. 79 del Reglamento Orgánico de la Escuela de Aviación Militar, en el que se establece “que en igualdad de condiciones entre los aspirantes, serán preferidos para el ingreso: a) los hijos de militares muertos en servicios, b) los hijos de pilotos militares en servicio activo o en situación de retiro; c) la clase y tropa de la Fuerza Armada y d) los hijos de militares” (D.E. de 23 de noviembre de 1987). Similar disposición contiene el Reglamento Orgánico de la Escuela Militar “Capitán General Gerardo Barrios”, en su art. 22. (D.E. de 26 de enero de 1970).

37.-Estas anotaciones las efectuaba la Sala respecto a la necesaria diferenciación entre la aplicación de la Ley Penal y la aplicación de ley especial a menores enfatizando: “la perspectiva del derecho general de igualdad en los supuestos que la ley secundaria establece una diferenciación, es posible aplicar-básicamente- los mismos criterios cuando la ley no establece una diferenciación que, conforme a la normativa constitucional, debe prescribirse. Así, específicamente el art. 35 inc. 2º Cn. constituye un supuesto especial de igualdad por diferenciación, es decir, el constituyente, en razón de una diferencia natural que advierte en un sector de la población, determina que éste debe ser tratado legalmente distinto....” (Inc. 15-96).

38.-Bertrand Galindo, Francisco y otros; “Manual de Derecho constitucional...”, ya citado., P.811.

39.-Cfr. Nino, Carlos Santiago; “Fundamentos de Derecho constitucional...”, ya citado., p. 186-194.

40.-Obviamente estas no son las únicas y exclusivas transformaciones que se efectuarán dentro del actual Estado Constitucional de Derecho, con relación a la aplicación del principio de igualdad. Y del mismo concepto de Constitución. Pero ambas considero, merecen especial atención en el desarrollo actual del Derecho Constitucional Salvadoreño. De ahí que las mencione en forma brevísima en el presente trabajo.

41.-Sagüés, Néstor Pedro; “Elementos de Derecho constitucional”, tomo 2, editorial Astrea, Buenos Aires, 1997., p. 446.

42.-Ya la Convención de Naciones Unidas sobre Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, aprobada el 18 de diciembre de 1979, excluye únicamente del concepto de discriminación dos tipos de medidas: “las medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer” (art. 4.1), así como las de protección de la maternidad (Art. 4.2); es decir, por un lado medidas de acción positiva y, por otro lado, el un supuesto de diferenciación jurídica entre hombre y mujer que parte de un hecho concreto: la maternidad.

43.-Véase al respecto: Durán y Lalaguna, Paloma; “Los límites del Derecho”, editorial Comares, Granada, 1996., p. 21 y ss.

Una situación bastante polémica y que ha sido recientemente analizado a la luz de una posible discriminación de la mujer constitucionalmente tolerada, es el caso del art. 38 ord 10º Cn., que en su inciso segundo señala “Se prohíbe el trabajo a los menores de dieciocho años y a las mujeres en labores insalubres o peligrosas”.

Para algunos (as), dicha disposición constitucional ubica a la mujer en una situación comparativa difícil de sostener, al compararla, con menores incapaces, por lo que ha comenzado a sugerirse la posibilidad de su reforma.

44.-Magendzo K. Abraham; “Discriminación negativa: una práctica social cotidiana y una tarea para la educación en derechos humanos”, en: Instituto Interamericano de Derechos Humanos (Editor); Serie “Estudios Básicos de Derechos Humanos” Tomo III, San José, 197??., p. 185-209. Véase también: Fernández López, María Fernanda; “Igualdad y no discriminación por razón de sexo: Planteamiento constitucional” en: Aparicio, Joaquín, y Baylos, Antonio; “Autoridad y democracia en la empresa”, editorial Trotta, Madrid, 1992, p. 95 y ss.

45.-Cfr. Rey Martínez, Fernando; “La discriminación positiva de mujeres. (Comentario a propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad de 17 de Octubre de 1995, asunto Kalanke), en: Revista Española de Derecho Constitucional nº 47, (mayo-agosto), 1996., p. 323-324.

46.-“Art. 1.- Todo patrono privado privado tiene la obligación de contratar por cada cincuenta trabajadores que tenga a su servicio, a una persona con limitaciones físicas que esté apta para desempeñar el puesto, y que su rendimiento sea satisfactorio.

Igual obligación tendrán tanto el Estado en lo que respecta a las empresas estatales, como a las instituciones oficiales autónomas y el Instituto Salvadoreño del Seguro Social.

Para determinar la proporción de trabajadores en las empresas estatales y en las instituciones oficiales autónomas referidas, se tomará en cuenta a todos los obreros y empleados de las mismas.

Las personas contratadas de acuerdo con lo dispuesto en este artículo, tendrán todos los derechos y obligaciones que conforme al Código de Trabajo corresponden a cualquier trabajador”. Esta normativa nacional, establece efectivamente una discriminación positiva o inversa a favor de personas discapacitadas, y fue sancionado durante el periodo presidencial del Presidente José

Napoleón Duarte, a los seis días del mes de noviembre de 1984, aunque no puede negarse que su aplicación sea deficiente, debido en parte, al poco desarrollo que se hace al respecto.

47.-Cfr. Aini, M "Azioni positive e principio de egualianza" en: Giurisprudenza Costituzionale, fascículo 1, Milán, 1992., p. 590 y ss. y Rey Martínez, Fernando; "Discriminación positiva de mujeres...", ya citado., p. 329-330.

48.-Dice el Tribunal de Luxemburgo: párrafo 16. "...una norma nacional que establece que, en una promoción, las mujeres que tienen la misma capacitación que sus competidores masculinos gozan automáticamente de preferencia en los sectores en que estén infra-representadas, entraña una discriminación por razón de sexo". Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de Octubre de 1995.

49 Como ejemplificación pueden mostrarse algunos de los múltiples pronunciamiento sobre igualdad de los hijos efectuados en sede constitucional:

"Consecuentemente con lo anterior, el Estado debe velar por el cumplimiento de esa función e intervenir, en interés superior del hijo, en los casos que corran peligro los derechos del mismo, cuando los padres se extralimitan en el ejercicio de la autoridad. Con base en la nueva filosofía y concepción de la autoridad parental y en los principios de igualdad de los hijos y del binomio hombre-mujer, la normativa proyectada asigna a ambos padres la misma función, que deberá ejercerla conjuntamente y de común acuerdo.» En tal sentido tal y como reza el inciso 1º del Art. 207 C.F. «El ejercicio de la autoridad parental corresponde al padre y a la madre conjuntamente o a uno sólo de ellos cuando falte el otro.» Dicha institución es un desarrollo del Capítulo II «Derechos Sociales», Sección Primera «Familia» de la constitución vigente." (Habeas corpus 21-A-95 de 14/12/95).

"Dicho artículo 36 Cn. se basa en el principio de la igualdad de derechos entre los hijos frente a los padres,. Principio que a su vez deriva del primordial derecho a la igualdad enunciada en el artículo 3 de la Constitución; y siendo consecuentes con los valores que nuestra Constitución persigue, tal disposición debe interpretarse como una norma que tiene por finalidad equiparar las facultades o derechos de los hijos sin distinción alguna, los cuales pueden exigirse a sus padres, sin ninguna clase de privilegios, y sin ninguna distinción entre tales derechos, pues se comprenden todos los fundamentales para que el hijo tenga una vida digna; es decir tanto los ejercitables en vida del padre como por causa de muerte. Ahora bien, la segunda parte del inciso primero de la disposición analizada establece categóricamente y taxativamente la obligación de los padres de proveer a los hijos protección, asistencia, educación y seguridad; derechos que indudablemente son básicos para el bienestar del individuo, pero no lo es menos el derecho a heredar o a suceder el patrimonio del padre, puesto que dicho patrimonio puede seguir proporcionando esa protección y seguridad que la Constitución garantiza al hijo.

Consecuente con lo anterior, los artículos 988 numerales 1º y 2º del Código Civil; el primero, que establece el orden de prioridades en cuanto al derecho de suceder de los hijos, ubicando en un segundo plano a los hijos naturales y en grado de superioridad a los hijos legítimos; y el segundo, que consigna la regla de aplicación de tal prelación hereditaria; se encuentran en contraposición respecto de Artículo 36 de la Constitución ya que expresamente contradice el texto y el fundamento de tal precepto.

Con respecto a este último punto, cabe mencionar que dentro del ámbito normativo pueden existir normas preconstitucionales, unas que pueden ajustarse a los preceptos que establezca la Constitución vigente, y otras que son contrarias a dichos preceptos, en este último caso la disposición contraria a una Constitución dictada con posterioridad, queda derogada por las normas de ésta, en lo que se oponga al nuevo texto de la Constitución, por ello, cualquier disposición que no se adecue a la normativa constitucional queda eliminada del ordenamiento jurídico vigente." (Amparo 1-C-94, de 29/09/95).

50.-Rubio Llorente, Francisco; "Derechos Fundamentales...", ya citado., p. 110.