



Igualdad JURÍDICA

Programa de Formación Inicial para Jueces
Escuela de Capacitación Judicial
Consejo Nacional de la Judicatura de El Salvador

“... 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 diferencia, 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”)

Diciembre de 2001

PLENO DEL CONSEJO

Presidenta

Licda. Silvia Lizette Kuri de Mendoza

Consejales Propietarios

Dra. Mirna Ruth Castaneda de Alvarez

Dr. Carlos Mauricio Molina Fonseca

Dr. René Mauricio Castillo Panameño

Dra. María Hortensia Cruz de López

Licda. Marta Alicia Aguirre de Pérez

Lic. José Ricardo Reyes Escoto

ESCUELA DE CAPACITACIÓN JUDICIAL

Dr. José Ernesto Criollo - Director

Licda. Berta Díaz Zelaya - Sub-Directora

AUTORES:

José Albino Tinetti
Héctor Salvador Soriano
Roberto Rodríguez Meléndez

UNIDAD DE PRODUCCIÓN BIBLIOGRÁFICA Y
DOCUMENTACIÓN

Jefe de la Unidad: Licda. Karen de Sermeño

Diseño: Licda. Patricia Martínez

Diagramación: Erika Ortiz

CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA

Final Calle Los Abetos No. 8 Colonia San Francisco, San Salvador

Tel. 245-2449, 245-2450 y 245-2451.

342.728 4

T588i

Tinetti, José Albino

Igualdad Jurídica / José Albino Tinetti, Roberto Rodríguez
Meléndez, Héctor Salvador Soriano Rodríguez. -- 1a. ed. -- San
Salvador, El Salv. : CNJ - ECJ, 2004.

108 p. ; 23 cm.

ISBN 99923-842-4-7

1. Derecho constitucional-El Salvador. 2. Igualdad ante la
ley-El Salvador. 3. Igualdad-Jurisdicción-El Salvador. I. Rodríguez
Meléndez, Roberto, coaut. II. Soriano Rodríguez, Héctor Salvador,
coaut. III. Título.

Contenido:

PRESENTACIÓN.

| | |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| OBJETIVOS OPERACIONALES | 1 |
| 1. UNA VISIÓN INTRODUCTORIA DE LA IGUALDAD EN EL ORDEN JURÍDICO . . . 3 | |
| 1.1. Desarrollo histórico de la igualdad en el Derecho | 3 |
| 1.2. Ubicación en la Constitución. Análisis preliminar | 5 |
| 2. LAS CUALIDADES O FACETAS DE LA IGUALDAD | 9 |
| 2.1. Igualdad ante la ley, en la ley y en la aplicación de la ley | 10 |
| 2.1.1. La igualdad ante la ley | 10 |
| 2.1.2. La igualdad en la ley. | 10 |
| 2.1.3. La igualdad en la aplicación de la ley | 11 |
| 2.2. Igualdad de trato formal | 12 |
| 2.2.1. Igualdad de trato como equiparación. | 12 |
| 2.2.2. Igualdad de trato como diferenciación | 12 |
| 2.2.3. La discriminación por indiferenciación | 13 |
| 2.3. La igualdad como generalización | 14 |
| 2.4. La igualdad como valor y como principio | 14 |
| 2.5. La igualdad como derecho | 17 |
| 3. PAUTAS PARA ACERCARNOS MÁS A UNA IDEA DE IGUALDAD CONSTITUCIONALMENTE VIABLE | 21 |
| 4. LA IGUALDAD EN LAS DIVERSAS ÁREAS ESPECIALIZADAS DEL DERECHO. | 29 |
| 4.1. Introducción | 29 |
| 4.2. En el Derecho Público | 29 |
| 4.3. En el Derecho Privado | 60 |
| 4.4. En el Derecho Social | 62 |
| 5. IGUALDAD Y JURISDICCIÓN | 67 |
| 5.1. La igualdad de las partes en el proceso | 67 |
| 5.2. La aplicación igualitaria de la ley en los tribunales de justicia: El precedente judicial | 67 |
| 5.3. Igualdad y control judicial | 69 |
| 6. TEMAS ACTUALES Y RELEVANTES SOBRE LA IGUALDAD | 73 |
| 6.1. De la igualdad formal a la igualdad real | 73 |
| 6.2. Igualdad y escasez | 75 |
| 6.3. Acción afirmativa o positiva y discriminación inversa | 75 |
| 6.4. La tutela de la igualdad en las relaciones entre particulares | 79 |
| 7. CASOS Y EJERCICIOS | 83 |

presentación

El presente libro fue utilizado como texto de apoyo para las lecciones que se impartieron en el curso sobre igualdad jurídica a los integrantes de la primera promoción del Programa de Formación Inicial para Jueces de la Escuela de Capacitación Judicial del Consejo Nacional de la Judicatura de El Salvador (2001-2003). En vista del valioso aporte académico que constituye para la comunidad jurídica el contenido de aquellas lecciones, se ha decidido ponerlo a disposición de un mayor número de operadores jurídicos. Es así que el Consejo Nacional de la Judicatura, con la colaboración del Reino de los Países Bajos y del Reino de Suecia, mediante el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), ofrece en esta oportunidad la presente obra.

La igualdad y no discriminación siempre han sido una de las aspiraciones de todo ser humano. Cuando un hombre o mujer se encuentra en iguales circunstancias o condiciones que otra persona no puede tratarse de manera distinta, pues es una premisa reconocida universalmente que todos los seres humanos somos iguales en cuanto tales. La igualdad es uno de los derechos fundamentales de todo individuo por su condición de persona humana.

A través de la historia, la interpretación y el enfoque de la igualdad ha ido evolucionando y cada día abarca más facetas en las cuales es imperativo su reconocimiento y aplicación. En el devenir del tiempo han ocurrido procesos, sucesos y movimientos encaminados a restablecer la igualdad entre los humanos cuando ésta ha sido –o tratado de ser– desconocida por los gobernantes de turno.

En la obra que hoy ofrecemos se aborda el tema de la igualdad desde el punto de vista del orden jurídico. Así, se habla de igualdad en la ley, ante la ley y en la aplicación de la ley. También se estudian las distintas facetas o cualidades de la igualdad, analizando ésta como un valor, como un principio y como un derecho. Por otra parte, la igualdad jurídica también implica una igualdad en las diversas áreas especializadas del Derecho. En razón de ello, la presente obra incluye un análisis de la igualdad en el Derecho Público, en el Derecho Privado y en el Derecho Social. Lógicamente, el estudio de la igualdad sustantiva debe ser completado con el estudio de la igualdad adjetiva o procesal. Es por eso que también contiene un capítulo especial para tratar lo relativo a la igualdad de las partes en el proceso, a la aplicación igualitaria de la ley y al control judicial desde la perspectiva de la igualdad. Otro de los temas importantes incluidos en el presente libro y que amerita destacarse por su actualidad y relevancia es el de la tutela de la igualdad en las relaciones entre particulares. Las nuevas tendencias interpretativas del principio de igualdad nos conducen a la conclusión que las relaciones interpersonales no pueden quedar excluidas del ámbito de aplicación de este importante principio. Es decir, que la autonomía de las partes en una relación determinada debe respetar ese gran principio universal de la no discriminación.

Entre las ventajas del libro “Igualdad Jurídica” está una continua relación a la jurisprudencia nacional y el análisis de este principio a la luz de

la Constitución de la República de El Salvador. La doctrina sobre la materia es acoplada en cada caso a nuestra realidad nacional, haciéndose -algunas veces- referencia y comparación con la jurisprudencia extranjera.

Con la publicación de este libro, el Consejo Nacional de la Judicatura pretende fomentar el espíritu investigativo de los profesionales que integran el Sector de Justicia, así como otros sectores vinculados a funcionamiento de ese importante servicio en la sociedad salvadoreña. A tal fin, en la presente obra se incluye un capítulo especial de casos y ejercicios, dentro de los que destacamos: la igualdad procesal, la igualdad tributaria, la igualdad de acceso a los cargos públicos, la discriminación por diferenciación, las categorías sospechosas de generar discriminación, la aplicación de la ley y la situación del consumidor.

Debe resaltarse especialmente que el texto de apoyo aquí publicado será muy útil en la formación de las futuras promociones del Programa de Formación Inicial para Jueces, contribuyendo a que los abogados que aspiren a ingresar a la Carrera Judicial, obtengan previamente una formación especializada para el ejercicio de la jurisdicción, desde las judicaturas de Paz.

El Consejo Nacional de la Judicatura tiene el agrado de ofrecer a los destinatarios de sus servicios esta nueva obra, que no dudamos servirá para incentivar el análisis, discusión y orientación de la práctica jurídica hacia el reconocimiento, aplicación y consagración del principio de igualdad, pilar fundamental de todo Estado de Derecho.

CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA

OBJETIVOS operacionales

1. Introducción

| DESEMPEÑO DEL CAPACITANDO QUE EVIDENCIA QUE ALCANZÓ EL OBJETIVO. | CONDICIONES QUE SE HAN PROPICIADO PARA QUE OCURRA TAL DESEMPEÑO | PATRÓN ACEPTABLE PARA QUE EL DESEMPEÑO SEA CONSIDERADO SATISFACTORIO |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Expresar dónde se encuentra la descripción normativa de la igualdad en la Constitución. | <ul style="list-style-type: none"> • Lectura de este material de apoyo. • Consultar la Constitución. | Identificación inmediata |
| Enunciar cuál es el principio general que establece el Art. 3 Cn. y explicarlo. | <ul style="list-style-type: none"> • Lectura de este material de apoyo. • Consultar la Constitución. | Enunciado completo y correcto y explicación de los tres componentes del principio. |
| Indicar en qué otras partes de la Constitución aparecen concreciones de la igualdad y describirlas. | <ul style="list-style-type: none"> • Lectura de este material de apoyo. • Consultar la Constitución. | Identificar y describir al menos 2 de los ejemplos contenidos en este material y ofrecer otro como aporte propio. |
| Identificar en disposiciones de la Constitución criterios o categorías por los cuales no pueden establecerse diferencias en la ley o en su aplicación. | <ul style="list-style-type: none"> • Lectura de este material de apoyo. • Consultar la Constitución. • Analizar en grupo de trabajo este tema. • Participar en la sesión en aula en la que se considere el mismo. | Identificar todos los criterios o categorías. |
| Explicar la frase siguiente: "está implícito en la idea de igualdad, la necesidad de considerar qué ha de considerarse como igual". | <ul style="list-style-type: none"> • Lectura de este material de apoyo. • Analizar en grupo de trabajo este tema. • Participar en la sesión en aula en la que se considere el mismo. | Explicación clara y adecuada. |

| | | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>Explicar por qué se dice que la igualdad tiene un carácter referencial e ilustrar la explicación con ejemplos.</p> | <ul style="list-style-type: none"> • Lectura de este material de apoyo. • Consultar la Constitución para localizar ejemplos. • Analizar el tema en grupo de trabajo. • Participar en la sesión en aula en la que se considere el tema. • Analizar jurisprudencia para localizar ejemplos. | <p>Explicación clara y adecuada y ofrecer 3 ejemplos uno de los cuales debe proceder de la jurisprudencia.</p> |
| <p>Enunciar y explicar cuáles son los aspectos que deben tenerse en cuenta para hablar sobre "igualdad ante la ley".</p> | <ul style="list-style-type: none"> • Lectura de este material de apoyo. • Consultar la Constitución. • Analizar el tema en grupo de trabajo. • Participar en la sesión en aula en la que se considere el mismo. | <p>Enunciar ambos aspectos y explicación clara y adecuada de cada uno de ellos.</p> |
| <ul style="list-style-type: none"> • Enunciar y explicar cuáles son los motivos por los cuáles el Art. 3 Cn. prohíbe que se establezcan restricciones. • Analizar y fundamentar si esa enumeración de motivos es taxativa o no lo es. • Analizar y fundamentar en qué tipo de derechos rige la prohibición. | <ul style="list-style-type: none"> • Lectura de este material de apoyo. • Consultar la Constitución y los antecedentes históricos del actual Art. 3 Cn. • Analizar el tema en grupo de trabajo. • Participar en la sesión en aula en la que se considere el tema. | <ul style="list-style-type: none"> • Enunciado completo y explicaciones claras y adecuadas. • Análisis y fundamentaciones completas, consistentes y persuasivas. |
| <p>Ofrecer ejemplos en los cuales la Constitución establece diferencias de trato en materia de derechos fundamentales y otros provenientes de la legislación ordinaria.</p> | <ul style="list-style-type: none"> • Lectura de este material de apoyo. • Consultar la Constitución para localizar ejemplos. • Analizar el tema en grupo de trabajo. • Participar en la sesión en aula en la que se considere el tema. | <ul style="list-style-type: none"> • Ofrecer 3 ejemplos en la Constitución. • Ofrecer 2 ejemplos de la legislación ordinaria. <p>En ambos casos debe presentarse un ejemplo que no aparezca en este documento.</p> |

1. UNA VISIÓN INTRODUCTORIA DE LA IGUALDAD EN EL ORDEN JURÍDICO.

1.1 Desarrollo histórico de la igualdad en el Derecho.

Cuadro N° 1: Transformación del concepto de igualdad.

| CONCEPTO | CARACTERÍSTICAS |
|--------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 1. Igualdad formal o ante la ley. | <ul style="list-style-type: none">· No se distingue a los destinatarios.· No se atiende al contenido concreto de la norma.· Tiene que ver más con los efectos de la ley, es decir, con su alcance general.· Vincula a quien aplica la ley, no a quien la genera. |
| 2. Igualdad como tratamiento diferenciado. | <ul style="list-style-type: none">· Tiene en cuenta las diferencias de los destinatarios.· Vincula a legisladores y aplicadores. |
| 3. Igualdad material. | <ul style="list-style-type: none">· También tiene en cuenta las diferencias de los destinatarios y vincula a legisladores y aplicadores.· Demanda un actuar del Estado para remover los obstáculos que limitan de hecho la igualdad de las personas. |

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 las personas, pues en realidad lo que se trataba era de garantizar el alcance general de la ley¹.

Por eso sostiene Alexy², que “igualdad ante la ley”, ha sido durante largo tiempo interpretada exclusivamente en el sentido de un mandato de

¹ López Guerra, Luis; Espín, Eduardo; García Morillo, Joaquín; Pérez Tremps, Pablo; y Satrustegui, Miguel; “Derecho Constitucional”, volumen 1, tirant lo blanch, Valencia, España, 1991, p.142.

² Alexy, Robert; “Teoría de los derechos fundamentales”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1993, p.382

igualdad en la aplicación del Derecho. Así pues, por definición, el mandato de igualdad en la aplicación del Derecho puede vincular sólo 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 implican tratar desigualmente a quienes son 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”³.

Ello implica considerar que el derecho de igualdad es entre otras cosas, el derecho a la diferencia. No que todos los individuos sean tratados iguales, sino al reconocimiento de la necesidad de tratarlos en ocasiones de forma distinta⁴.

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 aptitud- 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).

Además de la concepción formal de la igualdad, parece luego una segunda visión de la misma, la cual la entiende como el necesario desarrollo de una igualdad material.

La igualdad material puede ser entendida como un punto de partida, es decir, “como no-discriminación de ningún individuo en el ejercicio y desarrollo de sus aptitudes de cara a su participación en el proceso productivo”.

Siguiendo a Sartori podemos afirmar que la progresión histórica de la igualdad –o las igualdades (en plural)- puede sintetizarse en cuatro expresiones: i) igualdad jurídico-política, ii) igualdad social, iii) igualdad de oportunidades, iv) igualdad económica. La primera es la igualdad planteada por la ley, por

³ Bobbio, Norberto; “Igualdad y dignidad en los hombres”, en: “El tiempo de los derechos”, editorial sistema, Madrid, España, 1991, P.47

⁴ Cfr. Pérez Royo, Javier; “Curso de Derecho Constitucional”, 7 edición, Marcial Pons, Madrid, España, 2000, p.293.

iguales derechos y en definitiva por una libertad igual⁵.

Más adelante Sartori inclusive llega a afirmar que los principios que justifican las susodichas igualdades, pueden reescribirse del siguiente modo:

- a) A cada cual los mismos derechos legales y políticos, y por ello el poder legalizado de resistir al poder político.
- b) A cada uno el mismo status, y por ello el poder de resistir a la discriminación social.
- c) A cada uno las mismas oportunidades de acceso, y por lo tanto el poder de hacer que el mérito cuente.
- d) A cada uno un poder material inicial adecuado para conseguir los mismos talentos y posiciones que cualquier otro⁶.

1.2. Ubicación en la Constitución. Análisis preliminar.

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 Art. 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 del matrimonio o fuera de éste; el Art. 38 ordinal 1 Cn., respecto al principio de igual remuneración frente a la 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 está 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 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 radicarán 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 ante la ley” debamos comenzar teniendo en cuenta dos aspectos:

* La exigencia formal de igualdad, que la da la ley.

* El criterio material que se ha aplicado en la ley para la determinación de las categorías.

5 Es obvio que las libertades son, al mismo tiempo, igualdades, pero precisamente por ello es fácil que se nos escapen en el análisis de la igualdad. Por tanto, vamos a decirlo: libertad es “igual libertad”, la misma libertad para cada uno y para todos. Tomado de: Sartori, Giovanni; “Elementos de Teoría Política”, Alianza editorial, Madrid, España, 999, p. 101.

6 *Ibidem.*, p. 103.

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 explicaron bajo el aforismo de “Tratamiento igual entre iguales y tratamiento desigual entre desiguales”⁷.

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)⁸.

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:

* Ésta, es una enumeración puramente demostrativa y no excluye otros casos, como afirma la misma exposición de motivos de la Constitución de 1950⁹ y,

* Como bien sabemos existen diferentes tratamientos en la legislación nacional en materia de nacionales y extranjeros¹⁰, e incluso simplemente por razones de sexo¹¹.

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”.

7 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, Róbert; “Teoría de los derechos fundamentales”, ya citado, p. 385.

8 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. Casañas, María Elena; García Girández, Teresa: “Identidad y participación de la mujer en América Central”, en: América Latina Hoy Nº 9. Revista de Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma de Madrid, España, 1994, p. 52.

9 En ella, se expresó lo siguiente: “La enumeración que hace el inciso primero es puramente demostrativa, y no excluye otros casos. La regla es que no puede haber restricción por ningún motivo, en cuanto al goce de los derechos civiles.” “Este mismo proyecto hace algunas excepciones a la regla general aquí consignada, en el Título del Régimen Económico. En efecto, la propiedad rural queda para los extranjeros limitada por la reciprocidad. Y en cuanto al pequeño comercio y a la pequeña industria, quedan reservados a salvadoreños hijos de padre o madre salvadoreño y a los centroamericanos por nacimiento. No puede haber otras excepciones, fuera de las que establezca el texto constitucional.” El Salvador. Unidad Técnica Ejecutora. “Las Constituciones de la República de El Salvador. 1824-1962”. 2ª Parte. Talleres Gráficos UCA, San Salvador, El Salvador, 1993. p. 693. Además de constatarse que la enumeración no es taxativa, la referida motivación de la disposición, evidencia que no se da a la expresión “derechos civiles” el sentido limitado que la hace sinónima de “derechos individuales”, pues los ejemplos utilizados para el caso de las restricciones, pertenecen a los derechos económicos. En conclusión, debe entenderse que la igualdad debe modular cualquier tipo de derecho: individual, político, social, económico o cultural.

10 La misma Constitución se encarga a su vez de hacer algunas diferenciaciones: así los extranjeros están sujetos a un régimen especial (Art. 100 Cn.) o bien diferenciados frente a los nacionales en materia del ejercicio del comercio, industria o prestación de servicios en pequeño (Art. 115 Cn.).

11 Por ejemplo, lo relativo a 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 artículo 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).

| DESEMPEÑO DEL CAPACITANDO QUE EVIDENCIA QUE ALCANZÓ EL OBJETIVO. | CONDICIONES QUE SE HAN PROPICIADO PARA QUE OCURRA TAL DESEMPEÑO | PATRÓN ACEPTABLE PARA QUE EL DESEMPEÑO SEA CONSIDERADO SATISFACTORIO |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Expresar dónde se encuentra la descripción normativa de la igualdad en la Constitución. | <ul style="list-style-type: none"> · Lectura de este material de apoyo. · Consultar la Constitución. | Identificación inmediata de la normativa de la igualdad en la Constitución. |
| Enunciar cuál es el principio general que establece el Art. 3 Cn. y explicarlo | <ul style="list-style-type: none"> · Lectura de este material de apoyo. · Consultar la Constitución. | Enunciado completo y explicación de los tres componentes del principio. |
| Indicar en qué otras partes de la Constitución aparecen concreciones de la igualdad y describirlas. | <ul style="list-style-type: none"> · Lectura de este material de apoyo. · Consultar la Constitución. | Identificar y describir al menos 2 de los ejemplos contenidos en este material y ofrecer otro como aporte propio. |
| Identificar en disposiciones de la Constitución criterios o categorías por los cuales no pueden establecerse diferencias en la ley o en su aplicación. | <ul style="list-style-type: none"> · Lectura de este material de apoyo. · Consultar la Constitución. · Análisis en grupo de trabajo de este tema. · Participación en la sesión en aula en la que se considere el mismo. | Identificar todos los criterios o categorías del principio de igualdad. |
| Explicar la frase siguiente: "está implícito en la idea de igualdad, la necesidad de considerar qué ha de considerarse como igual". | <ul style="list-style-type: none"> · Lectura de este material de apoyo. · Consultar la Constitución. · Análisis en grupo de trabajo de este tema. · Participación en la sesión en aula en la que se considere el mismo. | Explicación clara y adecuada del principio de igualdad. |

| | | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>Explicar por qué se dice que la igualdad tiene un carácter referencial e ilustrar la explicación con ejemplos.</p> | <ul style="list-style-type: none"> · Lectura de este material de apoyo. · Consulta a la Constitución para localizar ejemplos. · Análisis del tema en grupo de trabajo. · Participación en la sesión en aula en la que se considere el tema. · Análisis jurisprudencial para localizar ejemplos. | <p>Explicación clara y adecuada del principio de igualdad y ofrecer 3 ejemplos, uno de los cuales debe proceder de la jurisprudencia.</p> |
| <p>Enunciar y explicar cuáles son los aspectos que deben tenerse en cuenta para hablar sobre "igualdad ante la ley".</p> | <ul style="list-style-type: none"> · Lectura de este material de apoyo. · Consulta a la Constitución para localizar ejemplos. · Análisis del tema en grupo de trabajo. · Participación en la sesión en aula en la que se considere el tema. | <p>Enunciar los dos aspectos que deben tenerse en cuenta para hablar sobre "igualdad ante la ley", y explicarlos adecuadamente.</p> |
| <ul style="list-style-type: none"> · Enunciar y explicar cuáles son los motivos por los cuales el Art. 3 Cn. prohíbe que se establezcan restricciones. · Analizar y fundamentar si esa enumeración de motivos es taxativa o no. · Analizar y fundamentar en qué tipo de derechos rige la prohibición. | <ul style="list-style-type: none"> · Lectura de este material de apoyo. · Consulta a la Constitución y a los antecedentes históricos del actual Art. 3 Cn. · Análisis del tema en grupo de trabajo. · Participación en la sesión en aula en la que se considere el tema. | <ul style="list-style-type: none"> · Analizar y fundamentar los motivos por los cuales el Art. 3 Cn. prohíbe que se establezcan restricciones. |
| <p>Ofrecer ejemplos en los cuales la Cn. establece diferencias de trato en materia de derechos fundamentales y otros provenientes de la legislación ordinaria.</p> | <ul style="list-style-type: none"> · Lectura de este material de apoyo. · Consulta a la Constitución para localizar ejemplos. · Análisis del tema en grupo de trabajo. · Participación en la sesión en aula en la que se considere el tema. | <ul style="list-style-type: none"> · Ofrecer 3 ejemplos obtenidos de la Cn. · Ofrecer 2 ejemplos obtenidos de la legislación ordinaria <p>(En ambos casos debe presentarse un ejemplo que no aparezca en este documento.)</p> |

2.

LAS CUALIDADES O FACETAS DE LA IGUALDAD.

OBJETIVOS OPERACIONALES.

| DESEMPEÑO DEL CAPACITANDO QUE EVIDENCIA QUE ALCANZÓ EL OBJETIVO. | CONDICIONES QUE SE HAN PROPICIADO PARA QUE OCURRA TAL DESEMPEÑO | PATRÓN ACEPTABLE PARA QUE EL DESEMPEÑO SEA CONSIDERADO SATISFACTORIO |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Explicar qué se entiende por "igualdad formal" así como enunciar y explicar las características de la misma. | <ul style="list-style-type: none">· Lectura de este material de apoyo.· Análisis del tema en grupo de trabajo.· Participación en la sesión en aula en la que se considere el mismo. | <ul style="list-style-type: none">· Explicar clara y adecuadamente esta clase de igualdad.· Enunciar las características de la misma y explicar clara y adecuadamente cada una de ellas. |
| Explicar el concepto de igualdad como tratamiento diferenciado, así como enunciar y explicar sus características. | <ul style="list-style-type: none">· Lectura de este material de apoyo.· Análisis del tema en grupo de trabajo.· Participación en la sesión en aula en la que se considere el mismo.· Análisis de la jurisprudencia pertinente. | <ul style="list-style-type: none">· Explicar clara y adecuadamente esta clase de igualdad.· Enunciar las características de la misma y explicar clara y adecuadamente cada una de ellas. |

La transformación del concepto igualdad, implicará el establecimiento de diversas cualidades o facetas de la misma¹², que se encuentran comprendidas dentro de dicho término, mereciendo ser destacadas y diferenciadas a continuación:

³ Bobbio, Norberto; "Igualdad y dignidad en los hombres", en: "El tiempo de los derechos", editorial sistema, Madrid, España, 1991, P.47

Cuadro N° 2: Las cualidades o facetas de la igualdad.

| No. | LA IGUALDAD PUEDE SER ENTENDIDA COMO: |
|-----|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 1. | Igualdad ante la ley, en la ley y en la aplicación de la ley. |
| 2. | Igualdad de trato formal Igualdad de trato como equiparación Igualdad de trato como diferenciación. |
| 3. | Igualdad como generalización. |
| 4. | La igualdad como valor y como principio. |
| 5. | La igualdad como derecho. |

2.1. La igualdad ante la ley, en la ley y en la aplicación de la ley.

2.1.1. La igualdad ante la ley.

Tal como se ha relacionado, la concepción original de los revolucionarios liberales con relación a la igualdad, era la de una igualdad ante la ley.

Esa concepción requiere que la ley debe ser universal, general, abstracta y para algunos autores, duradera.

La misma proscribía o excluía las leyes singulares o personales, así como también las discriminatorias. La igualdad, en esta perspectiva, se rompe cuando se concede a alguien o a un grupo, algo que no se concede a los demás. Con ello se establece un privilegio. También se rompe, cuando no se otorga a una persona o a un grupo lo que se proporciona a las demás personas. En este caso se comete una discriminación.

La igualdad ante la ley constituye un límite formal a la actuación del legislador en cuanto al alcance de la ley. Trataba inicialmente de igualar dicho alcance o efectos en relación con sus destinatarios, con independencia de los contenidos de la ley y de las diferencias de tales destinatarios. Por eso el límite era formal.

Actualmente, el principio de igualdad ante la ley se postula expresándose que ella, en principio, debe ser universal, general y abstracta.

Es decir, que no es un principio absoluto, dado que puede ser roto cuando la ley singular o particular se encuentre objetiva y razonablemente justificada.

2.1.2. La igualdad en la ley.

Diversos autores sostienen que la igualdad no sólo debe ser un límite formal, sino material que debe afectar el contenido de la ley. De acuerdo a

esta característica o faceta de la igualdad se prescribe que la ley debe tratar a todas las personas por igual.

También en este caso el principio no se postula en forma absoluta. Es obvio que las personas y los grupos que ellas forman se hallan, en la realidad, en una situación de desigualdad. El Art. 3 de la Constitución expresa que “Todas las personas son iguales ante la ley”, pero en la vida real no lo son. Por ello, la misma Constitución prescribe un trato diferente por ejemplo para los trabajadores que procure el mejoramiento de sus condiciones de vida, para los enfermos que carezcan de recursos, etc.

Con lo anterior surge una aparente contradicción: por una parte la igualdad en la ley impone al legislador la obligación de tratar a todas las personas por igual; pero, en varias de sus disposiciones la Constitución le exige a él y a otros funcionarios públicos que hagan lo necesario para conseguir que quienes estén en una situación de inferioridad, puedan superarla y alcanzar una igualdad real.

2.1.3. La igualdad en la aplicación de la ley.

La igualdad implica no solo una protección frente al legislador (impidiendo que éste puede 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”.

La igualdad también impone un límite a la actuación de los poderes públicos que aplican la ley, porque estos son los que mayores posibilidades tienen de imponer un trato desigual a las personas, el cual puede ser discriminatorio.

En primer lugar a la Administración Pública se le prohíbe otorgar un trato desigual a quienes se encuentren en situaciones idénticas.

El principio de igualdad se proyecta también a los órganos jurisdiccionales.

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 caso¹³.

4 Cfr. Pérez Royo, Javier; “Curso de Derecho Constitucional”, 7 edición, Marcial Pons, Madrid, España, 2000, p.293.
5 Es obvio que las libertades son, al mismo tiempo, igualdades, pero precisamente por ello es fácil que se nos escapen en el análisis de la igualdad. Por tanto, vamos a decirlo: libertad es “igual libertad”, la misma libertad para cada uno y para todos. Tomado de: Sartori, Giovanni; “Elementos de Teoría Política”, Alianza editorial, Madrid,

2.2. Igualdad de trato formal.

Ella que no supone simplemente el mantenimiento de la vieja regla de que “hay que tratar igualmente a los iguales, y desigualmente a los desiguales”¹⁴, 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.

2.2.1. 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 diferenciado 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”¹⁵. 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 jurídicos¹⁶.

2.2.2. Igualdad de trato como diferenciación.

La ley puede crear diversos estratos o categorías diferenciadores,

España, 999, p. 101.

6 *Ibidem.*, p. 103.

7 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^b) y en “Ética a Nicómaco”, Cap. V (1131^a) Tomado de Alexy, Robert; “Teoría de los derechos fundamentales”, ya citado, p. 385.

8 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. Casaus, 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, España, 1994, p. 52.

9 En ella, se expresó lo siguiente: “La enumeración que hace el inciso primero es puramente demostrativa, y no excluye otros casos. La regla es que no puede haber restricción por ningún motivo, en cuanto al goce de los derechos civiles.” Este mismo proyecto hace algunas excepciones a la regla general aquí consignada, en el Título del Régimen Económico. En efecto, la propiedad rural queda para los extranjeros limitada por la reciprocidad. Y en cuanto al pequeño comercio y a la pequeña industria, quedan reservados a salvadoreños hijos de padre o madre salvadoreño y a los centroamericanos por nacimiento. No puede haber otras excepciones, fuera de las que establece el texto constitucional.” El Salvador. Unidad Técnica Ejecutora. “Las Constituciones de la República de El Salvador. 1824-1962”. 2ª Parte. Talleres Gráficos UCA, San Salvador, El Salvador, 1993, p. 693. Además de constatarse que la enumeración no es taxativa, la referida motivación de la disposición, evidencia que no se da a la expresión “derechos civiles” el sentido limitado que la hace sinónima de “derechos individuales”, pues los ejemplos utilizados para el caso de las restricciones, pertenecen a los derechos económicos. En conclusión, debe entenderse que la igualdad debe modular cualquier tipo de derecho: individual, político, social, económico o cultural.

10 La misma Constitución se encarga a su vez de hacer algunas diferenciaciones: así los extranjeros están sujetos a un régimen especial (Art. 100 Cn.) o bien diferenciados frente a los nacionales en materia del ejercicio del comercio, industria o prestación de servicios en pequeño (Art. 115 Cn.).

11 Por ejemplo, lo relativo a 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 artículo 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

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 se mencionarán 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.

2.2.3. La discriminación por indiferenciación.

De conformidad a esta faceta de la igualdad ella prohíbe no sólo dar un trato diverso a lo que es igual, sino también la igualdad en la diversidad, es decir, que dos supuestos diversos reciban un mismo tratamiento jurídico.

Cabe advertir que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español ha sostenido consistentemente que el artículo de la misma que consagra la igualdad¹⁷ no “garantiza el derecho a imponer o exigir diferencias de trato”.

Ha sostenido dicho Tribunal que el legislador puede, en acatamiento del principio de razonabilidad diferenciar entre supuestos distintos y hasta debe hacerlo, en obediencia a otros preceptos constitucionales, cuando su actividad se orienta a la adjudicación de prestaciones a particulares, pero que esta obligación del legislador es sólo relevante cuando se examina en abstracto la constitucionalidad de una ley, porque “no existe antes de ella, un derecho fundamental a la diferenciación normativa.”

Esta tesis jurisprudencial ha sido respaldada por la generalidad de la doctrina española, aunque existen criterios aislados¹⁸ de conformidad a los cuales, no hay que adoptar posiciones absolutas como la reseñada, porque “la práctica es más rica que la imaginación y puede perfectamente ofrecer casos que por su singularidad no pueden resolverse conforme a las reglas generales y reclaman una solución distinta.”¹⁹

En la jurisprudencia norteamericana, se reconoce que es una práctica discriminatoria la supra inclusiva (over inclusive), la cual se da cuando el legislador incluye a más personas que las similarmente situadas.

En nuestro caso, la redacción del Art. 3 de la Constitución es muy semejante a la disposición de la Constitución española que ha generado la jurisprudencia antes relacionada. Sin embargo, encontramos en la nuestra, disposiciones que consistentemente se orientan por el principio que no debe darse o imponerse igual trato a quienes se encuentran en situación diferente que la generalidad y ello no sólo en el supuesto de adjudicarse prestaciones

¹⁷ Se trata del siguiente: “Artículo 14.- Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”

¹⁸ Como ejemplo véase: Suay Rincón, José. “El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional” en: Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría. T. II De los Derechos y Deberes Fundamentales. Madrid: Civitas, España, 1991. pp. 868.

¹⁹ *Ibid.*

a los particulares, sino incluso en materia restrictiva de derechos o sancionatoria, cual sería el caso del inciso segundo del artículo 35 Cn.

Nuestro sistema no sólo permitiría intentar una pretensión de inconstitucionalidad porque una ley regula por igual situaciones diferentes, sino que los afectados podrían ejercitar una de amparo contra la misma si es autoaplicativa, o contra actos de aplicación de ella, si no lo es. Por otro lado, los jueces podrían inaplicarla de oficio o a requerimiento de parte.

2.3. La igualdad como generalización.

Esta concepción de la igualdad expresa la superación del privilegio otorgado a un sector de personas 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 del Derecho, razón por la cual, la Constitución prohíbe el fuero atractivo en su Art. 190²⁰.

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 ley²¹.

2.4. La igualdad como valor y como principio.

Con relación a la igualdad se da el mismo fenómeno que el que ocurre con otras nociones y es que aparecen consideradas por la doctrina o consagradas en la Constitución en forma de valores en unos casos, en forma de principios en otros, existiendo además normas específicas o reglas que se orientan por tales valores o que son concreciones de esos principios. Esta circunstancia mueve a cierta confusión, particularmente porque la distinción entre valores y principios se realiza desde diversos puntos de vista con relación a algunos

20 "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, El Salvador, 1992, p.804

21 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 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 encontramos 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...».

de los cuales todavía existe polémica²².

Para los efectos de este trabajo se hará referencia únicamente al ámbito de los valores, principios y normas específicas, casuísticas o "reglas" constitucionales.

Varios autores fundamentan esta división tripartita en su mayor o menor concreción. Los valores y los principios se enuncian mediante cláusulas o expresiones muy genéricas, indeterminadas o abstractas. Las reglas, en cambio, constituyen enunciaciones específicas en las cuales se describen supuestos de hecho, a los que se enlazan determinadas consecuencias jurídicas.

En contraste con aquellas, los enunciados de los valores no hacen referencia a los supuestos para su aplicación ni al ámbito de las consecuencias. En los textos constitucionales aparecen como finalidades que deben perseguir la propia Constitución, el resto del ordenamiento, el Estado, los poderes públicos, etc. Tal ocurre con la libertad y la justicia en el preámbulo de la Constitución de la República y con la justicia, la seguridad jurídica y el bien común en el artículo 1 de la misma.

Suele suceder que en los textos constitucionales no se haga mención expresa a un valor determinado, pero es palmario que el mismo es una de las finalidades u objetivos que se pretenden perseguir con diversas normas de la Constitución, o, resulta claro, que sistemáticamente varias de ellas están orientadas por un valor determinado. En muchas de las disposiciones de nuestra Constitución resulta claro que el valor que las orienta es la igualdad.

Además de esa dimensión orientadora y dinámica que la doctrina atribuye a los valores constitucionales -entre ellos a la igualdad- se dice que cuentan con otra fundamentadora del conjunto de instituciones y disposiciones constitucionales, así como de todo el ordenamiento jurídico. Ellos son el núcleo básico e informador del sistema jurídico político. Finalmente, tienen una dimensión crítica, pues como todo valor, sirven de parámetro o criterio estimativo, para analizar hechos o conductas. En nuestro caso concreto, esta dimensión nos permite establecer su valor o disvalor en la medida en que sean conformes o disconformes con la igualdad.

La igualdad considerada como un valor es una dimensión que pretende crear ámbitos de certeza y de saber a que atenerse, y que para algunos está directamente vinculada a la seguridad jurídica²³.

Consecuencia directa de esta faceta de la igualdad será su configuración como límite frente a la actuación de los órganos del Estado, en tanto la igualdad informa a todo el ordenamiento jurídico, debiendo tomarse en consideración por aquellos encargados tanto de crearlo como de aplicarlo.

22 Sobre el tema véase: Rodríguez Meléndez, Roberto Enrique. "El fundamento material de la Constitución: Una aproximación a la idea de valor, principio y norma constitucional" (particularmente el apartado "VI. Diferenciando entre valores, principios y reglas", pp. 174-177 En: "Teoría de la Constitución Salvadoreña". Anaya Barraza, Salvador Enrique et al. San Salvador: Órgano Judicial-Unión Europea. Proyecto para el Fortalecimiento de la Justicia y la Cultura Constitucional en la República de El Salvador, 2000. Tinetti, José Albino. "Los fundamentos del valor normativo de la Constitución." (especialmente el apartado "Distinción precisa entre la eficacia jurídica de los principios y de los valores constitucionales" pp. 225-231, en Revista de Ciencias Jurídicas. Año INº 2. Enero 1992. San Salvador: Centro de Investigación y Coordinación del Proyecto de Reforma Judicial, San Salvador, El Salvador. 23 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.

En suma, la igualdad vendría pues, a ser no sólo un derecho de las personas, sino también un valor constitucionalmente protegido.

La igualdad es considerada, como ya se dijo, no sólo como un derecho y un valor, sino como un principio. La distinción entre valores y principios se ha intentado utilizando diversos criterios, ninguno de los cuales ha alcanzado hasta ahora común aceptación.

Uno de ellos es el que se basa en el diferente grado de concreción. De las tres categorías analizadas (valores, principios y reglas), los valores son los más abstractos, genéricos e indeterminados.

En una perspectiva más específica, se ha expresado que los valores se limitan a expresar fines. Su enunciado jurídico se agota en la declaración de tales fines y carecen de estructura jurídica interna. En cambio los principios, aunque también son abstractos, sí cuentan con una estructura jurídica interna que alberga en germen un cierto número determinable de reglas. Por ello se ha afirmado que los principios son fórmulas de Derecho fuertemente condensadas.

Claramente se puede constatar tanto la diferencia de concreción, como la presencia o ausencia de estructura jurídica interna al comparar las siguientes formulaciones:

La del Art. 1 de la Constitución española en la que se postula que dicho Estado “propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.”

La que aparece en la primera parte del primer inciso del artículo 3 de nuestra Constitución: “Todas las personas son iguales ante la ley.”

En la primera la igualdad aparece únicamente como una orientación genérica de la más alta jerarquía, que se debe defender o amparar por el Estado. En cambio en la segunda, que consagra un principio, como se ha constatado en lo que lleva el desarrollo de este trabajo y se ampliará en lo que sigue, están implícitas una serie de reglas.

Dicho principio, como sostiene la doctrina, viene a ser un criterio de desarrollo de los derechos fundamentales, él debe modularlos y constituir una condición básica para su ejercicio.

Aun cuando exista la diferencia señalada entre valores y principios, debe tenerse en cuenta que no son categorías inconexas, ya que el principio de igualdad explícita, específica o concreta en un mayor grado el valor igualdad. Éste es una meta-norma con relación al principio y una norma de tercer grado respecto de las reglas o disposiciones específicas como el Art. 32 Cn. que proclama la igualdad jurídica de los cónyuges o las disposiciones del Código de Familia que constituyen concreciones de esta igualdad.

2.5. La igualdad como derecho.

Como hemos anticipado, la igualdad es también concebida como un derecho 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 trasgresión 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 se confirma a su vez 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.

OBJETIVOS OPERACIONALES.

| DESEMPEÑO DEL CAPACITANDO QUE EVIDENCIA QUE ALCANZÓ EL OBJETIVO. | CONDICIONES QUE SE HAN PROPICIADO PARA QUE OCURRA TAL DESEMPEÑO | PATRÓN ACEPTABLE PARA QUE EL DESEMPEÑO SEA CONSIDERADO SATISFACTORIO |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Explicar en qué consiste la igualdad entendida como generalización y ofrecer ejemplos de prohibiciones o medidas para conseguirla. | <ul style="list-style-type: none"> · Lectura de este material de apoyo. · Análisis de la Constitución para identificar ejemplos · Análisis del tema en grupo de trabajo. · Participar en la sesión en aula en la que se considere el tema. · Analizar la jurisprudencia pertinente. | <ul style="list-style-type: none"> · Explicar esta faceta de la igualdad. · Ofrecer 2 ejemplos de medidas para conseguirla. |
| Explicar qué significa que la igualdad es un valor constitucional y ofrecer ejemplos para ilustrar la explicación. | <ul style="list-style-type: none"> · Lectura de este material de apoyo. · Análisis del tema en grupo de trabajo. · Participar en la sesión en aula en la que se considere el tema. · Analizar la jurisprudencia pertinente. | <ul style="list-style-type: none"> · Explicar e ilustrar con ejemplos pertinentes esta faceta de la igualdad. |

| | | |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>Explicar qué significa que la igualdad es un derecho subjetivo. La explicación debe comprender:</p> <ul style="list-style-type: none"> · La concepción del derecho subjetivo y especialmente la identificación de las características que deben estar presentes para que exista un verdadero derecho público subjetivo. · El análisis del carácter relacional de la igualdad. La descripción de la correlativa obligación de tal derecho. | <ul style="list-style-type: none"> · Lectura de este material de apoyo. · Análisis del tema en grupo de trabajo. · Participar en la sesión en aula en la que se considere el tema. | <ul style="list-style-type: none"> · Explicar en que consiste la igualdad como derecho subjetivo. · Incluir todos los componentes establecidos. |
| <ul style="list-style-type: none"> · Analizar la aplicación de la igualdad por los tribunales. La explicación debe comprender: · Identificar cuál es la regla que debe aplicarse. La relación entre igualdad e independencia judicial. · El análisis de las bases y de las reglas generales para determinar si los tribunales han violado o no el principio de igualdad. · La condición para que un tribunal cambie su jurisprudencia. La distinción entre "precedente horizontal" y "precedente vertical". · El análisis crítico de alguna jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional que le ha atribuido fuerza vinculante a su propia | <ul style="list-style-type: none"> · Lectura de este material de apoyo. · Análisis del tema en grupo de trabajo. · Participar en la sesión en aula en la que se considere el tema. · Análisis jurisprudencial pertinente. | <ul style="list-style-type: none"> · Análisis comprensivo de todos los componentes establecidos. · Identificación de violaciones a la igualdad al presentarse casos concretos. |

| | | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <ul style="list-style-type: none"> · Enunciar y explicar cuáles son los motivos por los cuáles el Art. 3 Cn. prohíbe que se establezcan restricciones. · Analizar y fundamentar si esa enumeración de motivos es taxativa o no lo es. · Analizar y fundamentar en qué tipo de derechos rige la prohibición. | <ul style="list-style-type: none"> · Lectura de este material de apoyo. · Análisis del tema en grupo de trabajo. · Participar en la sesión en aula en la que se considere el tema. · Análisis jurisprudencial pertinente. | <ul style="list-style-type: none"> · Explicar los motivos por los cuales el Art. 3 Cn. prohíbe que se establezcan restricciones e ilustrar con ejemplos |
| <p>Explicar de manera general la igualdad de trato formal y enunciar los aspectos que deben especificarse para dar sentido a la regla de tratar igualmente a los iguales y desigualmente a los desiguales, así como las respuestas correctas a las preguntas que deben formularse previamente.</p> | <ul style="list-style-type: none"> · Lectura de este material de apoyo. · Análisis del tema en grupo de trabajo. · Participar en la sesión en aula en la que se considere el tema. | <ul style="list-style-type: none"> · Explicar la igualdad de trato formal. |
| <p>Exponer qué es la igualdad de trato como equiparación e ilustrar la exposición con ejemplos.</p> | <ul style="list-style-type: none"> · Lectura de este material de apoyo. · Análisis del tema en grupo de trabajo. · Participar en la sesión en aula en la que se considere el tema. · Análisis jurisprudencial pertinente. | <ul style="list-style-type: none"> · Explicar qué es la igualdad de trato como equiparación y ofrecer ejemplos pertinentes. |
| <p>Exponer qué es la igualdad de trato como diferenciación e ilustrar la exposición con ejemplos.</p> | <ul style="list-style-type: none"> · Lectura de este material de apoyo. · Análisis del tema en grupo de trabajo. · Participar en la sesión en aula en la que se considere el tema. | <ul style="list-style-type: none"> · Explicar qué es la igualdad de trato como diferenciación y ofrecer ejemplos pertinentes. |

3. PAUTAS PARA ACERCARNOS MÁS A UNA IDEA DE IGUALDAD CONSTITUCIONALMENTE VIABLE.

Sea cual sea el abanico de “igualdades” que podamos esbozar, es necesario individualizar las pautas y criterios mediante las cuales se establecen. Seamos claros: en concreto no se da nunca la igualdad en todo. La pregunta sigue siendo: ¿Igualdad con respecto a qué características?, ¿Iguales en qué?. Los seres humanos difieren entre ellos en salud, longevidad, belleza, inteligencia, talento, atracción, gustos, preferencias, además de muchas otras cosas.

Si especificáramos estas categorías generales, llegaríamos sin dificultad a centenares de características; aún cuando no especificamos nada, cuando usamos “igualdad” en singular, incluso entonces nos fijamos relativamente en pocas diferencias: aquellas que se perciben, en determinados periodos históricos como relevantes, evidentemente injustas, e implícitamente remediables.

Por ejemplo, las diferencias de belleza son indudablemente injustas; y son ya, al menos en parte, remediables; pero no han sido declaradas relevantes en el plano de las políticas igualitarias. Pero supongamos que una cierta diferencia en una determinada característica se perciba como injusta y remediable. ¿Cómo procederemos para eliminarla?, depende de los criterios de igualdad.

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.”²⁴.

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

17 Se trata del siguiente: “Artículo 14.- Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación

discriminaciones²⁵.

Cuadro Nº 3. Pautas para establecer si una diferenciación es constitucionalmente justificada.

| PAUTA | ENUNCIADO |
|---------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Primera | El establecimiento de las categorías debe ser razonable y proporcionado. |
| Segunda | La diferenciación debe contar con una finalidad constitucionalmente admisible o al menos no prohibida por la Constitución. |
| Tercera | La diferenciación (medio) debe ser adecuada para conseguir el fin que se persigue. |

Otra clasificación podría ser la siguiente:

CRITERIOS:

Lo mismo para todos, es decir, participaciones (beneficios u obligaciones) iguales para todos.

Lo mismo para los mismos, es decir, participaciones (beneficios u obligaciones) iguales para los iguales, y desiguales para los desiguales, según los sub-criterios siguientes:

- b.1) Igualdad proporcional y razonada.
- b.2) Participaciones desiguales a las diferencias relevantes..
- b.3) A cada uno en razón de su mérito.
- b.4) A cada uno en razón de su necesidad²⁶.

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

alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social."

18 Como ejemplo véase: Suay Rincón, José. "El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional" en: Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría. T. II De los Derechos y Deberes Fundamentales. Madrid: Civitas, España, 1991. pp. 868.

19 Ibid.

20 "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, El Salvador, 1992, p.804

21 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 tener presente, en primer lugar, lo prescrito en el artículo 3 de la misma, que reza en su parte inicial que «Todas las

equiparación efectuada por la norma²⁷.

Habrà lugar a que el legislador establezca discriminaciones legítimas. O como señala Ferrajoli, "no todas las desigualdades jurídicas son en efecto intolerables"²⁸. Se busca entonces a través de un análisis constitucional el establecer por medio del principio de razonabilidad una separación entre "clasificaciones razonables" o "clasificaciones sospechosas o discriminatorias" en materia de igualdad²⁹.

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 tales, aquéllos 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 selección³⁰. 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, se 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.

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 encontramos 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...".

22 Sobre el tema véase: Rodríguez Meléndez, Roberto Enrique. "El fundamento material de la Constitución: Una aproximación a la idea de valor, principio y norma constitucional" (particularmente el apartado "VI. Diferenciando entre valores, principios y reglas", pp. 174-177 En: "Teoría de la Constitución Salvadoreña". Anaya Barraza, Salvador Enrique et al. San Salvador: Órgano Judicial-Unión Europea. Proyecto para el Fortalecimiento de la Justicia y la Cultura Constitucional en la República de El Salvador, 2000. Tinetti, José Albino. "Los fundamentos del valor normativo de la Constitución." (especialmente el apartado "Distinción precisa entre la eficacia jurídica de los principios y de

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 aportar lo que se denomina como *tertium comparationis*³¹.

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 justificarla³². (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 coherentes³³.

b) La finalidad: los poderes públicos no pueden establecer para las personas tratos diferentes de forma gratuita. Debe realizarse un análisis de la finalidad que se persigue para establecer o practicar un trato diferenciado.

Si el fin hacia el que las diferencias de trato se orientan es ilegítimo o irrelevante constitucionalmente, o simplemente no existe, aquellas serían inadmisibles por arbitrarias. Lo que debe constatarse es si las diferencias de trato, sea por una norma, general o individualizada, por actos de aplicación de ella, o por cualquier tipo de acto, tienen una finalidad constitucionalmente tutelada, expresa o tácitamente, o por lo menos no prohibida desde la Constitución, es decir que lo mínimo a exigirse es que sean constitucionalmente lícitas.

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

los valores constitucionales” pp. 225-231, en Revista de Ciencias Jurídicas. Año I N° 2. Enero 1992. San Salvador: Centro de Investigación y Coordinación del Proyecto de Reforma Judicial, San Salvador, El Salvador. 23 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.
24 López Guerra, Luis; y otros, “Derecho constitucional...”, ya citado., Pág. 146.

razonabilidad, finalidad y racionalidad pueden ser sujetas de control constitucional. Averiguar cuándo hay situaciones equivalentes o disímiles, cuándo discriminación arbitraria y, por tanto, lesión al Art. 3 Cn., es una tarea que necesariamente recaerá en los intérpretes de la Constitución³⁴.

Cabe preguntarse si hay un límite en la capacidad de un Órgano Judicial en la revisión de la ley y si el Órgano 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 edad³⁵ 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 sujetos³⁶; 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 poseerlo³⁷; o frente a la diferenciación que es efectuada por parte de algunos reglamentos, entre aquellos candidatos que aspiran a ingresar en instituciones castrenses³⁸.

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

25 “Discriminación es, por tanto, una diferencia de tratamiento no justificada ni razonable y sólo esa conducta está 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, -conciéndolo 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) No.227, Editorial Aranzadi S.A., Madrid, España, 1995, p.1-2.

26 Sartori, Giovanni; “Elementos de teoría política...”, ya citado, 105.

27 “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”, publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, El Salvador, 1998, p.99.

28 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, España, 1997, p. 906-907. Señalemos como un

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)³⁹.

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 judicial⁴⁰.

OBJETIVOS OPERACIONALES.

| DESEMPEÑO DEL CAPACITANDO QUE EVIDENCIA QUE ALCANZÓ EL OBJETIVO. | CONDICIONES QUE SE HAN PROPICIADO PARA QUE OCURRA TAL DESEMPEÑO | PATRÓN ACEPTABLE PARA QUE EL DESEMPEÑO SEA CONSIDERADO SATISFACTORIO |
|------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------|
| Distinguir diferenciación de discriminación. | <ul style="list-style-type: none"> · Lectura de este material de apoyo. · Análisis del tema en grupo de trabajo. · Participación en la sesión en aula en la que se considere el tema. · Análisis jurisprudencial pertinente. | · Formular una distinción clara de ambos conceptos. |

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

| | | |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>Explicar la pauta según la cual el establecimiento de las categorías debe ser <i>r a z o n a b l e</i> y proporcionado debiendo <i>c o m p r e n d e r</i> la explicación:El análisis de la llamada debida razonabilidad de las leyes incluyéndose la consideración de su asidero en nuestra Cn.La explicación de lo que significa el <i>t e r t i u m c o m p a r a t i o n i s</i>, ilustrándola con ejemplos.</p> | <ul style="list-style-type: none"> · Lectura de este material de apoyo. · Análisis del tema en grupo de trabajo. · Participación en la sesión en aula en la que se considere el tema. · Análisis jurisprudencial pertinente. | <ul style="list-style-type: none"> · Explicar la pauta según la cual el establecimiento de las categorías debe ser <i>r a z o n a b l e</i> y proporcionado, e ilustrar con ejemplos. |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

4. LA IGUALDAD EN LAS DIVERSAS ÁREAS ESPECIALIZADAS DEL DERECHO.

4.1.- Introducción.

Hasta ahora hemos analizado las ideas de valor, principio y derecho, con relación a la igualdad, a partir de una visión general e introductoria, pero para completarse ésta, amerita desarrollar los efectos que la igualdad jurídica irradia a cada una de las áreas especializadas del Derecho. En este sentido, reafirmamos la idea que la igualdad constitucionalmente reconocida extiende sus efectos a los diversos planos del ordenamiento jurídico.

Con la finalidad de brindar cierto orden y sistematicidad a este apartado, vamos a retomar la clásica división de derecho público/privado/social, con el objetivo de realizar una breve aproximación, con relación a la acción de la igualdad, en cada esfera, cuya enumeración no pretende exhaustividad, sino simplemente ejemplificación.

4.2. En el Derecho Público.

La vigencia del derecho de igualdad tiene la virtualidad de aspirar a eliminar la arbitrariedad en la actividad de los Órganos del Estado, proporcionando en su calidad de derecho constitucional subjetivo, no sólo una directriz general para la Administración (carácter principal), sino que representa también la posición jurídico subjetiva del particular frente al Estado⁴¹.

Este principio fija para el Estado, una modalidad general de actuación, al imponerle el deber constitucional que cuando actúe lo haga sin discriminar ni privilegiar, por lo que la Administración en la toma de decisiones que le atañe tendría que obedecer a un mandato general de imparcialidad, objetividad y razonabilidad, constituyendo dichos parámetros como barreras contra la desigualdad injustificada, el abuso y la arbitrariedad.

La amplitud en la aplicación dentro de la Administración del derecho y principio de igualdad impide un análisis especializado en este trabajo. Sin embargo, como mera ejemplificación retomamos los siguientes aspectos:

Igualdad y acceso a la función pública.

El presente tema tiene como objetivo examinar el grado de apertura y acceso igualitario a los diversos cargos y plazas, existentes dentro de los Órganos estatales.

El Órgano Judicial ha sido en este sentido duramente criticado, con relación a la transparencia y el acceso igualitario al ejercicio de la función jurisdiccional. No obstante, en la actualidad diversas iniciativas y procesos tienden a perfilarse como unos mecanismos para mejorar el acceso igualitario

⁴¹ Se trata del siguiente: "Artículo 14.- Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o

y transparente a dicha función. Obviamente el ejemplo más simbólico es el Programa de Formación Inicial para Jueces, desarrollado dentro de la Escuela de Capacitación Judicial de El Salvador.

En todo caso, el proceso de selección por medio de convocatoria pública y mediante el desarrollo de diversos mecanismos que garanticen su transparencia no es la regla general. En este sentido, los cargos administrativos y hacia el interior de Corte Suprema de Justicia, no poseen dichos caracteres. Inclusive el nombramiento de los colaboradores jurídicos de las diversas Salas dentro de C.S.J carece de ese carácter transparente y público, lo cual podría haber generado una sistemática práctica de violaciones al derecho de acceso igualitario dentro de dicha institución del Estado.

Estos comentarios son aplicables en buena medida –e inclusive con mayor intensidad- a los otros órganos fundamentales del Estado (evidentemente no nos referimos aquí a los cargos de elección popular, sino a los de Administración).

La cuestión no es exclusivamente un problema normativo: existen diversas leyes o normas en general, que establecen o tratan de garantizar mecanismos de acceso a la función pública transparentes e igualitarios, como la Ley del Servicio Civil, la Ley de Presupuestos, la Ley de la Carrera Docente y la Ley de la Carrera Judicial.

Muchas de estas garantías resultan poco operativas o ineficaces, debido a que las mismas se encuentran esbozadas dentro de marcos normativos que no definen procesos adecuados que provean de una estructura apropiada para su defensa y aplicación.

En síntesis podemos afirmar que al hablar de igualdad en el acceso a la función pública, es que ésta sólo puede ser garantizada mediante una adecuada organización en la selección del personal.

Más importante es quizá también, que antes de determinar qué candidato se adapta a las necesidades de la Administración, se establezca una definición y diagnóstico preciso de dichas necesidades, lo que a su vez refuerce los criterios objetivos de mérito y capacidad. Esto implica la huida de un exclusivo o único criterio definitivo de acceso, y la aceptación de la necesaria ponderación de diversos aspectos que deben ser definidos en el perfil funcional de cada institución⁴².

Igualdad y Derecho Tributario.

El Art. 3 de la Constitución, relacionándolo con la materia tributaria, implica de forma general que la autoridad tributaria ha de tener en cuenta que los administrados que se encuentren en situaciones tributarias iguales deben ser tratados igualmente, sin privilegio ni favor. Esto supone, bajo el clásico aforismo griego sobre la igualdad que: “en las mismas condiciones el trato tributario ha de ser igual, y que a diferentes condiciones el trato deberá ser

social.”

¹⁸Como ejemplo véase: Suay Rincón, José. “El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional” en: Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría. T. II de los Derechos y Deberes Fundamentales. Madrid: Cívitas, España, 1991. pp. 868.

diferente, si bien la diferencia ha de ser no sólo en términos cualitativos, de modo que se reciba, incluso un tratamiento fiscal distinto frente la aplicación de otras categorías tributarias”.

De lo antes afirmado podría inferirse las siguientes consecuencias:

* Que la igualdad ante la ley en materia tributaria entiende que todos los ciudadanos deben pagar los mismos impuestos, y por tanto, la igualdad debe estar mediatizada por el criterio de capacidad. Esto quiere decir que, sólo deberán trascender al campo tributario, discriminaciones que provengan de diferencias en aquellos índices o circunstancias reveladoras de la capacidad económica. La igualdad en la capacidad deberá conducir a la igualdad en el gravamen; por otra parte, también afirma el carácter enormemente restrictivo que ha de seguirse en el reconocimiento de todo tipo de beneficios fiscales (exenciones incluidas).

* El principio de igualdad en materia tributaria ha de entenderse en el sentido que, deben ser tratados de la misma manera los contribuyentes que se encuentren en la misma situación. Por ello se considera que la sustitución de la igualdad proporcional por un criterio de imposición progresiva, constituyen una verdadera manifestación del principio de igualdad. Los principios que han llevado a favorecer a determinados sectores como los pequeños propietarios, los artesanos, etc., y a penalizar a las grandes sociedades mercantiles no implican una violación de la igualdad, sino una aplicación progresiva del principio de igualdad.

El principio de igualdad supone la ausencia, como antes se ha señalado de cualquier privilegio económico o social.

Desarrollando estas premisas, podríamos afirmar que se produciría una situación fiscal de privilegio o desigualdad, cuando una persona soportase menor carga fiscal que otra que se encontrase en las mismas condiciones. Esto podría ser consecuencia de diferencias en la mayoría de los elementos de la relación jurídica tributaria.

Sintetizando, quizá podríamos seguir a Martín Queralt y Lozano Serrano, para quienes el principio de igualdad en el ámbito tributario conlleva:

* El respeto de la capacidad económica de cada individuo, de forma que situaciones económicamente iguales deben ser tratadas de la misma manera;

* Que el principio de igualdad no veda cualquier desigualdad, sino sólo aquella que pueda reputarse como discriminatoria, por carecer de proporción y razonabilidad (justificación); que dicho principio no sólo exige la igualdad ante la ley, sino en la aplicación de la misma; que debe de interpretarse en conexión con las exigencias derivadas de otros principios constitucionales; y,

*Que la igualdad en el marco del sistema tributario debe de complementarse con la igualdad en el ordenamiento del gasto público, lo que se traduce en la necesidad de tratar y asignar equitativamente los recursos

públicos⁴³.

Igualdad y Derecho Penal.

La igualdad en la formulación de la ley penal supone que las leyes que definen delitos, penas y procedimientos, sean las mismas para todas aquellas personas cuyos hechos hayan de ser conocidos por los tribunales, constituyéndose como un trato diferenciado en la historia de los delitos y las penas, por ejemplo, la inaplicación de las leyes penales por razones personales –status quo–, por fueros especiales y por tribunales en regímenes de excepción.

En este sentido la igualdad supone una limitación al poder normativo penal del Estado, pues no es posible la creación de leyes que no sean generales. Sin embargo, tampoco supone la aplicación de la igualdad en el Derecho Penal, el otorgamiento de un trato uniforme.

En este sentido, resulta justificado que la ley penal pueda contemplar conductas que sólo sean punibles para un número de personas, e inclusive para una sola, si sólo ellas pueden causar un perjuicio concreto a la comunidad o a las libertades de los individuos; ejemplos son las calidades de funcionario público, jueces, empleados, agentes de autoridad, etc⁴⁴.

La doctrina suele considerar como excepciones a la aplicación de la igualdad o, en su caso, por lo menos como un tratamiento no generalizado (excepciones al principio de generalidad) a las inmunidades, a las inviolabilidades, a los fueros parlamentarios y de otros funcionarios, aún cuando también la doctrina se ha encargado de señalar que “hay funciones cuyo cierto desempeño requiere, por razón de la función y no de la persona, que el Estado renuncie a hacer efectivo su derecho a exigir la imposición de una pena”⁴⁵.

Ahora bien, estudiadas en el ámbito de la aplicación de la ley penal o en el de la punibilidad, las inviolabilidades e inmunidades, con independencia de su naturaleza formal (causas de justificación, de inimputabilidad, de exclusión de la pena, etc.) no se justificarían si no se respondiera a razones de orden público e interés general, objetivables, proporcionales y razonables. Tradicionalmente ello no ha sido cuestionado alegándose fundamentos de Derecho Internacional (en el caso de inmunidades diplomáticas) o de Derecho político (la estabilidad constitucional en juego), para justificar sin más tales situaciones privilegiadas, a veces peligrosamente extendidas en el ámbito de la responsabilidad civil⁴⁶.

En todo caso, cabe mencionarse, que los privilegios no constituyen ni pueden ser interpretados en igual sentido que los derechos, por lo que deben ser aplicados restrictivamente.

19Ibid.

20 “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, El Salvador, 1992, p.804

21 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 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

Otro aspecto de la igualdad ante la formulación de la ley penal ha sido puesto de relieve desde Beccaria, quien señaló que “las penas deben ser las mismas tanto para el primero como para el último de los ciudadanos” (De los delitos y las penas XXI), superando así la constitución de fueros⁴⁷.

Actualmente han sido cuestionados por la posible trasgresión que conllevarían al derecho de igualdad la formulación de algunos tipos penales, donde la especialización del tipo por razón del sujeto puede implicar un privilegio o una situación de desequilibrio procesal infundado.

Un caso muy particular es el relatado en el informe 22/94 (Verbitsky vrs. Argentina) de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El problema se circunscribía, entre otras cuestiones, a la validez del tipo penal de desacato –que también se encuentra definido en nuestra normativa penal en el Art. 339 Pn- en relación con la eficacia de la igualdad en materia penal.

Verbitsky fue un periodista que publicó un artículo polémico sobre un Ministro de Justicia argentino. A raíz del mismo, el Ministro inició una acción privada de “injuria” en contra del periodista. Sin embargo, la Jueza competente consideró que la “ofensa” excedía a la persona, y agraviaba al Ministro con motivo del ejercicio de su función. En función de ello, invocando el principio de *iura novit curia*, la jueza convirtió la acción privada, en una acción pública de desacato.

El 10 de junio de 1992 Americas Wacht y otros *amicus curiae* enviaron una nota al tribunal, entre ellos diversos constitucionalistas y penalistas, que concluyeron que el tipo penal de “desacato” era violatorio al Pacto de San José, entre otros aspectos por vulneración del derecho de igualdad.

El conflicto finalizó ante la Comisión Interamericana el 4 de julio de 1993, que recibió una nota del gobierno argentino, en la que se relaciona la derogatoria del tipo penal de “Desacato”, por ser contrario, entre otros derechos, al de la igualdad, reconocido en sede nacional e internacional”.

Tomando en cuenta el ilustrativo ejemplo anterior, podemos afirmar que el Derecho penal efectúa en ocasiones, determinadas diferenciaciones que gozan de una justificación determinada, la cual debe ser analizada con mucho detenimiento, así como:

* La diferenciación entre delitos de instancia pública y privada y, en algunas ocasiones, la creación de categorías intermedias.

* El establecimiento de penas y medidas de seguridad.

* La utilización en ocasiones híbrida del Derecho penal de Hecho y el Derecho penal de autor.

Recientemente en El Salvador, la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos presentó ante la Sala de lo Constitucional (en el mes de diciembre de 2004), una demanda de inconstitucionalidad por la vigencia de la ley “anti maras”, una ley de carácter temporal. A continuación te

ante la ley se refiere, esencialmente, a que frente a supuestos de hechos iguales, las consecuencias deben ser las

presentamos los argumentos esgrimidos por la Procuraduría, y bajo los cuales estimaba la inconstitucionalidad de la ley anti maras, por considerarla contraria al principio y derecho de igualdad, para tu comentario y reflexión:

“IV. 3 La discriminación y los Derechos Humanos C) VIOLACIÓN DEL DERECHO Y PRINCIPIO DE IGUALDAD CONTENIDO EN EL ARTS. 3 Y 11 DE LA CONSTITUCIÓN IGUALDAD SUSTANTIVA E IGUALDAD PROCESAL), ASÍ COMO DE LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD DE LAS LEYES (Art. 246 Cn) (POR EL CONTENIDO DISPUESTO EN EL ART. 3 INCISO SEGUNDO y 1 DE LA LEY ANTI MARAS.

Premisa:

Toda diferenciación establecida por la ley debe basarse en criterios razonables y objetivos. El pertenecer a una mara o pandilla no se constituye como una razón objetiva y razonable para establecer un proceso especial de juzgamiento por las faltas cometidas por miembros de dichas organizaciones. Por consiguiente, el establecimiento de dos procesos diferentes para el juzgamiento de un mismo hecho (faltas penales), haciéndose depender el proceso a utilizar de la pertenencia o no a una “mara” es una trasgresión a la igualdad sustantiva y procesal reconocida en nuestra Constitución.

El artículo 3 de la Ley Anti Maras establece lo siguiente:

GENERALIDAD

“Art. 3.- Los delitos contemplados en esta ley les será aplicado el proceso común. Las faltas contempladas en esta ley y las contempladas en el Código Penal, que sean cometidas por miembros de maras o pandillas siempre serán procesadas conforme al procedimiento establecido en esta ley”.

La igualdad constitucional, como antes he mencionado, no prohíbe al legislador que diferencie, lo que prohíbe es que diferencie de una manera no objetiva, no razonable y no proporcionada. De ahí señala Javier Pérez Royo en su Manual de Derecho Constitucional, que el contenido de la igualdad no sea otro que la prohibición de la discriminación.

Para que las diferenciaciones normativas puedan considerarse no discriminatorias, resulta indispensable que exista una razón objetiva y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, cuya exigencia debe aplicarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada.

Ello es especialmente protegido en el Derecho Penal, donde la tutela del Derecho y el principio de igualdad en la formulación de la ley penal supone que las leyes que definen delitos, penas y procedimientos, sean las mismas para todas aquellas personas cuyos hechos hayan de ser conocidos por los tribunales, constituyéndose como un trato diferenciado en la historia de los delitos y las penas, por ejemplo, la inaplicación de las leyes penales por razones personales –status quo-, por fueros especiales y por tribunales en regímenes de excepción.

En este sentido, la igualdad supone una limitación al poder normativo penal del Estado, pues no es posible la creación de leyes que no sean generales.

Sin embargo, tampoco supone la aplicación de la igualdad en el Derecho Penal, el otorgamiento de un trato uniforme.

Por ello, resulta justificado que la ley penal pueda contemplar conductas que sólo sean punibles para un número de personas, e inclusive para una sola, si solo ellas pueden causar un perjuicio concreto a la comunidad o a las libertades de los individuos. Ejemplos son las calidades de funcionario público, jueces, empleados, agentes de autoridad, etc. (Carbonell Mateu, Juan Carlos; "Derecho penal: concepto y principios constitucionales". Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 103, 180 y ss.), tal como lo hace nuestro Código Penal, en cuanto a la creación de delitos dentro de cuyo "tipo penal" se incluye al funcionario o empleado al que podría ser aplicado dicho "tipo".

Por su parte, el Código Procesal Penal, también establece diferentes "procesos" y "alternativas" sobre la base de la gravedad de los bienes jurídicos lesionados, posibilitando la aplicación de beneficios procesales en el caso del cometimiento de ciertos delitos (excarcelación) o bien la aplicación de privilegios –como la libertad condicional–.

Sin embargo, ese trato diferenciado resulta justificado y objetivable cuando hablamos del ejercicio de funciones o cargos, o cuando nos referimos a aspectos procesales diferenciados sobre la base de aspectos objetivos (lesión de bienes jurídicos de menor jerarquía).

En el caso del Art. 3 inciso segundo de la Ley Anti Maras, se establece una diferenciación en cuanto al proceso por el que serán juzgadas las faltas penales cometidas dentro de la República. Dice la Ley Anti Maras, que si "las faltas contempladas en esta ley y las contempladas en el Código Penal son cometidas por miembros de maras o pandillas, se aplicará el proceso establecido en la Ley Anti Maras; de lo contrario, se aplicará el proceso común."

Honorable Sala, lo que toca considerar es si dicha clasificación o diferenciación es justificada y razonable. El parámetro definidor sobre el proceso por el que será juzgada una persona por el cometimiento de una falta es su pertenencia o no a una mara.

Dicho parámetro es, como ya ha sido reiterado, de carácter ambiguo y además de la ambigüedad, se suma el carácter estigmatizante del mismo. El ser juzgado mediante uno u otro procedimiento no es antojadizo, ni puede pender del arbitrio absoluto del legislador.

Nuestro Código Penal establece claras diferenciaciones entre un juicio por faltas y un juicio o procesamiento por el cometimiento de un delito. Hay una clara diferencia objetiva Honorable Sala: la jerarquía del bien jurídico lesionado. Pero... ¿Se lesiona acaso un bien jurídico distinto que posibilita la aplicación de dos procesos distintos según nos encontremos frente a un sujeto calificado como miembro de una asociación ilícita denominada "mara" frente a otra que no lo es, para establecer de forma objetiva y razonable dos procesos distintos para el juzgamiento de faltas?

Evidentemente, toda reclamación fundada en una desigualdad que se considera irrazonable o discriminatoria requiere la comparación de dos situaciones fácticas. Una de dichas situaciones resulta más desfavorable que aquella que se sostiene es más beneficiosa para otras personas, y que se

denuncia como atentatoria al principio de igualdad. Por ello se sostiene que la igualdad posee un marcado carácter referencial.

En este sentido, el Tribunal Constitucional español ha señalado que la carga de la alegación de la legitimidad del *tertium comparationis* pesa sobre la parte que se acoge o que justifica el tratamiento diferenciado; generalmente, pero no necesariamente, el Estado. En igual sentido se pronuncia la jurisprudencia de la Honorable Sala de lo Constitucional al manifestar que “La igualdad designa un concepto relacional, no una cualidad de las personas, por lo que aquella ha de referirse necesariamente a uno o varios rasgos o calidades, lo que obliga a recurrir, a un término de comparación –comúnmente denominado *tertium comparationis*- y éste no viene impuesto por la naturaleza de las realidades que se comparan, sino su determinación es una decisión libre, aunque no arbitraria de quien elige el criterio de valoración; en consecuencia, se ha dicho 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, es decir, la diferenciación arbitraria, que existe cuando no es posible encontrar para ello un motivo razonable, que surja de la naturaleza de la realidad o que al menos, sea concretamente comprensible, concluyendo 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”. (Sentencias de inconstitucionalidad de 20/VII/1999. Ref. 5-99 y de 22/X/1999. Ref 3-93, tomado de: René Eduardo Hernández Valiente (Coord.); “Líneas y criterios jurisprudenciales de la Sala de lo Constitucional”, Centro de Jurisprudencia, Corte Suprema de Justicia, San Salvador, enero de 2000, p. 153.

Este término de comparación ha de ser una situación concreta, no siendo válidas las remisiones genéricas a la legislación o hacia conceptos jurídicos indeterminados. La situación concreta que identifico, Honorable Sala, es la existencia de dos procesos judiciales para el juzgamiento de faltas penales, uno común o general definido en el Código Procesal Penal, y otro en la Ley Anti Maras; aplicándose este último sólo a las personas a las que se considere bajo los conceptos jurídicos imprecisos, como perteneciente a una asociación ilícita, denominada “mara”, tal como lo estipula su Art. 3.

Tal situación es evidentemente desventajosa para aquellas personas a las que se les aplicase el proceso definido en la Ley Anti Maras. A manera de ejemplo podemos mencionar simplemente que el artículo 33 de la Ley Anti Maras establece que la sanción del juez de paz sólo admite revisión. No es posible que mientras todos los procesos instruidos bajo el Código Penal, que incluyen la sanción por delitos todavía más graves, incluyan recursos y que este procedimiento no lo haga. Una de las características del debido proceso es la posibilidad de poder recurrir de la resolución, particularmente cuando ésta sea contraria al imputado. Dicha potestad no puede ser eliminada de forma antojadiza por el Ejecutivo, pues con ello se vulneran los derechos consagrados en la Constitución.

Tomando en cuenta lo anterior sostengo que no puede juzgarse de manera distinta, mediante un proceso especial y temporalmente definido, un mismo hecho punible, aún cuando sea una falta, a una persona que ha sido considerada como “marero”, con relación a otra persona que no es considerada como tal, y a quien puede juzgarse mediante un proceso distinto definido en el Código Procesal Penal, pues ello vulnera el principio iusfundamental de la

igualdad, en tanto y en cuanto ello vulnera la igualdad de armas procesales (Art. 11 CN), como en el tratamiento de la igualdad sustantiva. Igualdad para los iguales, trato diferenciado para los diferentes, siempre y cuando dicha diferenciación sea objetivable y razonable, lo cual como ha quedado de manifiesto por medio de las argumentaciones anteriores, no resulta ser así en el presente caso (Art. 3 CN).

Sobre la vulneración de la igualdad procesal debo manifestar que la conexión existente entre la igualdad definida en el Art. 3 de la Constitución y la igualdad procesal incorporada en el complejo derecho de audiencia, contemplado en el Art. 11 Cn., supone la necesidad de establecer parámetros diferenciadores (cuando sea el caso) entre la materia propiamente sustantiva y la procesal.

La igualdad procesal está indisolublemente unida al principio de contradicción, ya que sobre la base de la relación de ambos contenidos procesales se desarrollan funciones complementarias en el seno del proceso. Esto se debe a que pueden ser entendidas ambas categorías como subespecies del derecho de audiencia, razón por la cual se ven unidas por la finalidad que poseen todas aquellas subespecies contenidas en el Art. 11 Cn., que imponen la obligación procesal de evitar desequilibrios entre las partes, o limitaciones al derecho de defensa, o en la posibilidad de ejercer adecuadamente la acusación, que puedan dichas situaciones en última instancia generar a alguna de las partes una situación de indefensión.

La igualdad procesal representa una categoría definida constitucionalmente y, por consiguiente, vincula a todos los órganos del Estado, incluido el legislador, quien al regular normativamente los diversos tipos de procesos no podría introducir normas que supongan olvido o vulneración de aquella.

Aunado a lo anterior, como acontece con el principio de contradicción, también el de igualdad, al constituir un principio estructural del proceso, ha de estar presente en todas sus instancias hasta la obtención de una resolución definitiva y firme. (Cfr. Materiales del Curso “Igualdad Jurídica”, Escuela de Capacitación Judicial de El Salvador, diciembre de 2001).

Por los argumentos expuestos, considero que el Art. 3 de la Ley Anti Maras, es contrario a la Constitución de la República de El Salvador, por violentar el principio de igualdad contenido en el Art. 3 y 11 de la Constitución de la República.

En cuanto a los criterios objetivos y razonables para establecer la posibilidad de ser juzgado de forma diferente y que para el legislador lo constituyen básicamente según dispone el Art. 3 inciso segundo de la Ley Anti Maras que consiste en:

“Las faltas contempladas en esta ley y las contempladas en el Código Penal, que sean cometidas por miembros de maras o pandillas siempre serán procesadas conforme al procedimiento establecido en esta ley”.

Qué nos hace ser parte de una “mara”, Honorable Sala? Reunirnos habitualmente en grupo, como señala el Art. 1 de la Ley Anti Maras; señalar un territorio definido; tener símbolos de identificación comunes; marcarnos

el cuerpo con tatuajes, etc. En conexión con lo antes expresado, considero que ¿Estos son los criterios objetivos y razonables aceptados por nuestra Constitución para crear dos procesos distintos para el juzgamiento de las faltas penales cometidas por un individuo?.

No, Honorable Sala de lo Constitucional. Los parámetros del principio de razonabilidad y proporcionalidad para considerar que no se reúnen los criterios de necesidad, idoneidad y razonabilidad en strictu sensu. Y tampoco son objetivos dichos parámetros, pues no descansan ni tienen relación con el fin de la pena, ni con los bienes jurídicos lesionados, ni con el objetivo último del Derecho Penal: la readaptación del delincuente.

Como se ha señalado en publicaciones del Consejo Nacional de la Judicatura y su Escuela de Capacitación Judicial, “El llamado principio de razonabilidad, proporcionalidad o prohibición de exceso, aunque no se mencione expresamente en la Constitución de la República, tiene asidero en la misma, como pasamos a demostrarlo y la Sala de lo Constitucional ya lo está utilizando como parámetro de constitucionalidad. Esta falta de regulación expresa de este principio en la Ley Suprema también ocurre en otros países y, sin embargo, él ha tenido una fecunda aplicación en la jurisprudencia constitucional y determinada por ésta, en la ordinaria, por considerarse que es inherente al Estado de Derecho y a la esencia de los derechos fundamentales.”. (República de El Salvador. Consejo Nacional de la Judicatura/Escuela de Capacitación Judicial; “Ensayos n° 1. Tres temas fundamentales sobre la fase inicial del Proceso Penal”, San Salvador, 1999, p. 155-156).

“Basado en dicha jurisprudencia Ernesto Pedraz Penalva expresa que la proporcionalidad “aparece como aquella exigencia insita en el Estado de Derecho en cuanto tal que impone la protección del individuo contra intervenciones estatales innecesarias o excesivas que gravan al ciudadano más de lo que es indispensable para la protección de los intereses públicos. La doctrina acepta sin excepciones que uno de los imperativos consustanciales al Estado de Derecho es la imposición, es la imposición a éste del ejercicio moderado de su poder” (...) (Op.cit).

Nuestra Sala de lo Constitucional ha demostrado que la Constitución de la República contiene preceptos que configuran, los elementos esenciales de un Estado de Derecho, por lo cual toda jurisprudencia y doctrina que infiere el principio de proporcionalidad de este tipo de Estado, es adaptable a nuestro caso”. (Op.cit).

Honorable Sala, para que una sanción como la pena de arresto, multa o trabajo para la comunidad, que es una restricción a los derechos fundamentales legalizada, resulte legitimada para resolver conflictos sociales, tiene que probarse que esa restricción a los derechos fundamentales es un mal necesario (función represiva) porque permite desarrollar la autonomía de los ciudadanos en el despliegue de sus derechos fundamentales o seguridad ciudadana (función garantista). Ésto es, en otras palabras, que sean más importantes (cuantitativa y cualitativamente) los espacios de libertad que otorga (seguridad ciudadana), que los que restringe (penas, delitos y faltas).

En primer lugar, resulta indispensable la determinación del parámetro sobre el cual descansará o se efectuará el análisis de razonabilidad o proporcionalidad. Tales supuestos son la utilización del ius puniendi en la Ley

Anti Maras, que no descansa ni tienen relación con el fin de la pena, ni con los bienes jurídicos lesionados, ni con el objetivo último del Derecho Penal: la readaptación del delincuente. Defino así dicho parámetro u objeto de análisis de la proporcionalidad.

En segundo lugar, considero que habría que someter el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, como un mal que es, a los principios que la doctrina ha sostenido que regulan aquélla y que se identifican con los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad que las leyes deben tener a la luz de la Constitución:

* Que el perjuicio que se procura evitar sea mayor que el que se causa (juicio de razonabilidad o proporcionalidad strictu sensu).

* Que la pena sea efectiva para evitar esos perjuicios (juicio de adecuación)

* Que sea necesaria, en el sentido que no haya una medida más económica en términos de daño social que sea igualmente efectiva (juicio de necesidad).

1.- Que el perjuicio que se procura evitar sea mayor que el que se causa.

Este subprincipio conocido con el nombre de proporcionalidad en sentido estricto, establece que la “importancia de la intervención en el derecho fundamental debe estar justificada por la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa”.

“Esta definición significa que las ventajas que se obtienen mediante la intervención legislativa en el derecho fundamental, deben compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad en general. Se trata de una comparación entre la importancia de la intervención en el derecho fundamental y la importancia de la realización del fin legislativo, con el objetivo de fundamentar una relación de precedencia, entre aquel derecho y este fin”. Carlos Bernal Pulido; “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”, (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, p. 759).

En este sentido, el Derecho Penal se legitimaría por su capacidad para reducir al mínimo posible el grado de violencia que se genera en la sociedad. Esto se traduciría, en la idoneidad del Derecho Penal para reducir los delitos y reducir las soluciones violentas a los delitos -por ejemplo, la venganza privada-.

Para ello el Derecho Penal, tendría que procurar eliminar la violencia informal o extra-penal y la suya propia -aumentando la protección de los derechos y las garantías dentro de los procesos-. Esto último, significa hacer entrar dentro de la teoría del delito los principios humanistas y garantistas que tienen como base la dignidad humana, en tanto fundamento del Estado Democrático de Derecho. En el ámbito de fines del Derecho Penal, esta exigencia se traduce en hacer efectiva la “máxima eficacia preventiva con el mínimo sacrificio de la libertad individual”, llegando de esa manera, al preciado equilibrio entre seguridad y libertad, prevención y garantía.

Para la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, el perjuicio que se pretende evitar, no es de tal envergadura que permita razonablemente crear una norma que estigmatice a los ciudadanos, basándose fundamentalmente en una apreciación de Derecho Penal de autor.

Si bien es cierto, que no es fácil establecer una relación razonable, es indicado suponer que toda medida debe implicar un coste proporcionado a sus beneficios. Por tanto, a mayores beneficios, mayor podría ser el grado de restricción de los derechos.

No obstante, consideramos que los beneficios de la Ley Anti Maras no se corresponden con la gravedad de las sanciones que implica, puesto que éstas permiten la aplicación de la pena de arresto hasta un máximo de ciento ochenta días, imposibilitando el otorgamiento de beneficios penales como la libertad condicional, que es aplicable sólo a las penas por delitos, siendo por tanto, mayor el perjuicio que causa, que el beneficio obtenido, que no es más que la estigmatización del “marero”, sujeto peligroso por definición legal, como ya antes he manifestado.

Como ha señalado Markus González Beifuss, es posible considerar que dentro de esta variable del principio de proporcionalidad pueda identificarse “los efectos negativos que genera la norma desde la perspectiva de valores constitucionales” o bien al criterio de la “entidad del delito y de la pena”.

Dichos criterios resulta útiles para el análisis de la proporcionalidad de la entidad de los delitos y las penas definidas por la Ley Anti Maras, en tanto, por una parte configura delitos que donde no se tutelan bienes jurídicos, y por otra parte, establece penas, cuando lo que permite definir nuestra Constitución, caso del Derecho de Defensa Social, es el establecimiento de medidas de seguridad, violentando así el equilibrio entre beneficios y ventajas, frente perjuicios y lesiones a valores constitucionales en juego. (Cfr. Markus González Beifuss; “El principio de proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, Thompson, Aranzadi, Madrid, 2003, p. 79).

Este requisito tampoco lo reúne el Art. 3 de la Ley Anti Maras, pues el establecimiento de dos procesos distintos para el juzgamiento de faltas, lo único que genera es la estigmatización de aquellos que son juzgados bajo ese proceso especial. Además y en clara trasgresión del Art. 3 Cn, el procesamiento por dos vías distintas lo que genera es el ejercicio de un mayor grado de violencia en el proceso definido como “especial” de la Ley Anti Maras, en tanto que los beneficios aplicables al proceso común a delitos de gravedad –como es el caso de la libertad condicional- no son per se aplicables a los hechos o faltas juzgados por la ley especial.

2.- Que sea eficaz para evitar esos perjuicios (juicio de adecuación).

Este criterio denominado como subprincipio de idoneidad o adecuación, establece que toda intervención en los derechos fundamentales, debe ser adecuada para la obtención de un fin constitucionalmente legítimo.

Según esta definición, nos dice Carlos Bernal Pulido, el subprincipio de idoneidad impone dos exigencias a toda medida de intervención de los derechos fundamentales: en primer lugar que tenga un fin constitucionalmente legítimo, y en segundo término que sea idónea para favorecer su atención.

(Carlos Bernal Pulido; “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, p. 687).

Honorable Sala, uno de los cuestionamientos más importantes hechos al sistema penal, es que las penas como el arresto y la multa no han servido en su efecto intimidatorio para evitar la comisión de delitos, ni de manera especial -evitar la reincidencia.

La presunta ineficacia del sistema penal en cuanto a sus efectos preventivo-generales se centra entonces, en los desviados no-socializados para los cuales la pena no intimida y, por tanto resulta ineficaz. Para estos, hay que decir que es necesario incidir en otros medios de control social más idóneos que la pena. Para estos sujetos, no socializados, la amenaza penal no puede motivarles a inhibirles en su comportamiento, puesto que el mismo deriva de su propia situación social, por lo que la pena no puede cumplir ninguna función de prevención general.

Honorable Sala, el problema de las maras es un problema social, con consecuencias nefastas para la seguridad ciudadana y frente al auge de delincuencia. Pero la pertenencia a una mara, no tiene y no puede ser limitado por una norma penal, puesto que esa asociación o vinculación entre individuos es una consecuencia de un proceso social.

En otras palabras, hay que dejar sentado algo que parece bastante evidente: una regulación iusfundamental que carezca de fines constitucionales es inconstitucional. Los fines según puede comprenderse del considerando III de la Ley, es responder mediante un “instrumento punitivo” frente a los niveles actuales de violencia asociados a grupos delincuenciales conocidos como maras o pandillas. De esta forma, Honorable Sala se determina la necesidad de esta ley especial y temporal.

No obstante, el fin de las normas penales y sus sanciones ya está previamente definido por la Constitución, Honorable Sala, y se encuentra en el inc 3° del Art. 27 de la Constitución. La gravedad del sistema sancionatorio de esta ley especial, no sólo atenta contra lo establecido en dicho artículo, sino que permite establecer la pena de “arresto” por el cometimiento de faltas penales, siendo dicha pena no un disuasorio en el caso de las maras, porque como hemos mencionado, el problema de las maras, Honorable Sala, es un problema social. Por ello, considero, que las sanciones como el “arresto” no pueden ser una política eficaz frente a este fenómeno social.

Este criterio de valoración del Principio de Proporcionalidad Honorable Sala, atiende a la existencia de una relación medios-fines. Para el legislador el problema de las maras se enfrenta mediante una ley penal especial y temporal, cuando el problema de las pandillas no es ni temporal ni especial en las sociedades contemporáneas y mucho menos, un supuesto que deba ser exclusivamente atacado mediante legislación que penaliza la mera participación en una pandilla o mara. Por ello la Ley Anti Maras, violenta también este criterio de proporcionalidad

En lo que respecta a lo dispuesto en el inciso segundo del Art. 3 de la Ley Anti Maras, el juzgamiento en forma diferenciada de las faltas, mediante el establecimiento de dos procesos no redundan en eficacia alguna, sino solamente

en distinción, “separación” o discriminación. El proceso especial definido por la Ley Anti Maras, para el juzgamiento de las faltas, no es un mecanismo idóneo para lograr un fin constitucionalmente definido, ni para reaccionar eficazmente contra la delincuencia surgida de grupos o individuos que atenten contra bienes jurídicos determinados desde dichos grupos, por el contrario, el establecimiento de dos procesos diferenciados no tiene como base ningún objetivo constitucionalmente válido, pues no persigue ni la readaptación, ni un tratamiento especializado que tenga como parámetro la idoneidad de la diferencia para su establecimiento, sino simplemente su gravosidad, sobre la base de distinguir a las personas pertenecientes a una asociación ilícita denominada “mara” de las personas que no forman parte de dichos grupos, permitiendo sin ningún elemento constitucionalmente válido el establecimiento de dicha diferenciación.

3.- Que sea necesaria en tanto sea la medida que produce menos daño social.

Este aspecto conecta con el primero. Solamente cuando sea necesaria la intervención penal, esta es legítima, y en tanto y en cuanto razonable y de forma proporcional sea el medio más idóneo para asegurar la seguridad con la menor restricción a los derechos fundamentales posible.

Lo que se encuentra bajo este parámetro de control no es más que la necesidad de la medida objeto de control y la imposibilidad o ausencia de alternativas más moderadas –o menos gravosas, para la consecución, con igual eficacia de la finalidad perseguida.

De hecho, se sostiene que “de acuerdo con el subprincipio de necesidad, toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquellas que revisten, por lo menos, la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el fin propuesto” (...). Este subprincipio, también es conocido bajo otras denominaciones, como “indispensabilidad”, “subprincipio del medio más benigno” o “subprincipio de la intervención más restringida”. (Carlos Bernal Pulido; “El principio de proporcionalidad...”, ya citado, p. 734.

Estos objetivos se vinculan con lo que ha sido denominado desde la doctrina como minimalismo y garantismo en materia penal, esgrimido entre otros por Ferrajoli y Baratta (Ferrajoli; “El Derecho penal mínimo” en Poder y Control n° 0, 1986., p. 36 y A. Baratta; “Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la Ley penal”, en Nuevo Foro Penal N 34, 1986).

Bajo ese lineamiento, sólo son legítimas las penas –e inculpaciones– que son necesarias, por lo que la legitimidad del sistema penal se fundamenta en la reducción de los mecanismos punitivos del Estado al “mínimo necesario”.

Mediante este juicio, se examina si la medida adoptada por el legislador es la menos restrictiva de las normas iusfundamentales de entre otras igualmente eficaces (Cfr. Juan Cianciardo; “El conflictivismo en los derechos humanos”, eunsa, Pamplona, 2000, p. 339). Se exige por tanto, la adopción de la alternativa menos gravosa o restrictiva de los derechos. Honorable Sala, la adopción de la alternativa menos gravosa como reacción al fenómeno de las “maras” podría ser el Derecho Penal, pero aquél Derecho Penal general y aplicable según nuestros Códigos Penal y Procesal Penal vigentes. La alternativa del “arresto”

hasta por un máximo de ciento ochenta días es una alternativa sumamente restrictiva del derecho a la libertad personal, y que violenta el juicio de necesidad de la norma con relación a la capacidad punitiva del Estado, en relación con el cometimiento de faltas, sobre todo si se tiene en cuenta la inexistencia de bienes jurídicos protegidos en disposiciones que tipifican faltas en la Ley Anti Maras, como es el caso del Art. 6, 18 y 29 de la misma, a lo cual ya hice relación anteriormente, por lo que no profundizaré al respecto. Asimismo, el establecimiento de un proceso especial para el juzgamiento de faltas cometidas por personas a las que se considera vinculadas con una asociación ilícita denominada “mara”, no es la alternativa menos gravosa. Dicha alternativa es la contemplada en el Código Procesal Penal en el que se establece un procedimiento común y general para el juzgamiento de faltas, no encontrándose ninguna justificación para el establecimiento de un proceso especial, al que hace referencia el inciso segundo del Art. 3 de la Ley Anti Maras.

Por otra parte, Honorable Sala de lo Constitucional, si bien es cierto que es el ámbito penal donde se ha alegado de forma reiterada que el diseño de la política criminal corresponde en exclusiva al legislador, y que por lo tanto la proporcionalidad de las penas es fruto de un complejo juicio de oportunidad que no viene definido constitucionalmente de forma precisa e inequívoca, es indispensable concluir de la mano de la doctrina y el Derecho Constitucional comparado que este requisito se vulnera en supuestos en que se produce un “patente derroche inútil de coacción”, y que aparece de la mano de la utilización arbitraria del Derecho Penal. (Cfr. Markus González Beilfuss; “El principio de proporcionalidad en la Jurisprudencia Constitucional”, Thompson Aranzadi, Madrid, 1003, p. 73).

En este sentido Honorable Sala, será acaso la “violencia” o “la peligrosidad” quizá el parámetro subjetivo para juzgar de forma diferente las faltas cometidas por un sujeto que sea “marero” frente a uno que no lo sea. Pero estoy segura, Honorable Sala, que compartirás mi consideración, respecto que la violencia no es un parámetro objetivo para establecer diferenciaciones respecto al proceso por el cual una persona deba ser juzgada, ni para establecer penas o sanciones bajo un régimen de defensa social en el que sólo cabe aplicar medidas de seguridad conforme al Art. 13 inc fine de la Constitución salvadoreña.

No puede la Ley Anti Maras, Honorable Sala, establecer dos procesos diferentes, y en los que se definen mecanismos distintos para garantizar los derechos del imputado para el juzgamiento de faltas, sobre todo si en uno de ellos –como es el caso de la Ley Anti Maras-, se establece como consecuencia una menor garantía de los derechos de los imputados, y ello violenta el Art. 3 CN.

A este respecto ha señalado la Sala de lo Constitucional en la Sentencia de Inconstitucionalidad Ref. Inc.15-96/acum sobre la Ley de Emergencia: “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”.

En dicha sentencia se estableció: “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”.

Además, es ampliamente reconocido que una faceta del principio de igualdad, Honorable Sala, es aquel que considera la existencia de una necesaria igualdad de procedimiento o igualdad procesal, que supone la vigencia de un mismo proceso para todos los individuos que recaen en una misma situación normada por el Derecho, 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 misma, 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”.

La igualdad procesal de las partes en un proceso es un componente de lo que ha sido denominado por la doctrina y la jurisprudencia como debido proceso legal, tutela judicial efectiva, o como en nuestro caso, derecho de audiencia, por lo que, más que hablar con propiedad de una vinculación al Art. 3 de la Constitución (igualdad sustantiva), lo que estamos aquí relacionando podría ser considerado como una subespecie de los contenidos definidos por la Constitución salvadoreña en el Art. 11 Cn.

Por todo lo antes expresado, considero que es contrario a la Constitución lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 3 de la Ley Anti Maras, afectando el principio de igualdad material (Art. 3 de la Constitución) y la igualdad procesal (Art. 11 de la Constitución) así como los principios de razonabilidad y proporcionalidad a los que debe sujetarse toda regulación de los derechos fundamentales (Art. 246 Cn).

IV.4. Los Derechos Humanos de los niños y las niñas
D) VIOLACIÓN AL ART. 3 RELACIONADO CON EL ART. 35 INCISO SEGUNDO DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR POR EL CONTENIDO DE LOS ARTS. 2 Y 45 DE LA LEY

ANTI MARAS.

Premisa:

La Constitución y la jurisprudencia constitucional emanada por la Honorable Sala de lo Constitucional señalan de forma taxativa que los regímenes penales aplicables a un adulto y a un menor de edad, deben ser distintos, ya que el menor se encuentra sujeto a un régimen especial, y por siguiente “diferente o distinto” del tratamiento penal al que está sometido un adulto. Esta es una diferenciación objetiva, razonable y proporcionada establecida en el Art. 35 inc° 2° de la Constitución de la República de El Salvador que no puede ser pasada por alto por la Ley.

El artículo 3 de nuestra Constitución, señala que son iguales todas las personas ante la ley, contemplando un mandato constitucional aplicable a autoridades legislativas, administrativas y judiciales.

Como señaló la Honorable Sala de lo Constitucional en la sentencia de inconstitucionalidad 15/96/16-96/17-96/19-96/20-96/21-96/23-96(acum.) “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, habiendo límites naturales que lo imposibilitan. Por 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 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, ha sido la fórmula clásica “tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales”.

En reiterada jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional se ha enfatizado que: “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 el 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 éste ámbito. Lo anterior conduce a que la Sala de lo Constitucional al examinar el tratamiento desigual consagrado en una disposición legal, a la luz del principio de igualdad, no ha de dictar si se ha determinado la regulación más funcional, sino simplemente si la diferenciación carece de significado o razón suficiente que la justifique”.

Resumiendo lo antes expuesto podemos colegir, entonces, que es dable afirmar que en la Constitución salvadoreña el derecho de igualdad en la formulación de la ley debe entenderse como exigencia de la razonabilidad de la diferenciación. En este sentido la misma normativa constitucional prescribe un supuesto especial de igualdad por diferenciación definido en su Art. 35 inc 2° Cn en el que se establece: “la conducta antisocial de los menores

que constituya delito o falta estará sujeta a un régimen jurídico especial”.

En el mismo sentido del razonamiento de la Honorable Sala de lo Constitucional, antes transcrito, se han pronunciado diversas instancias internacionales de protección de los derechos humanos. Así, para el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), el goce en condiciones de igualdad de los derechos y libertades no significa identidad de trato en toda circunstancia, de tal manera que no toda diferenciación de trato constituirá una discriminación, si los criterios para tal diferenciación son razonables y objetivos y lo que se persigue es lograr un propósito legítimo en virtud del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (Comité de Derechos Humanos: No Discriminación. Observación General No. 18. 37º Período de Sesiones (1989). Párr. 13. En Recopilación de las Observaciones Generales y Recomendaciones Generales adoptadas por Órganos creados en virtud de Tratados de Derechos Humanos. HRI/GEN/1/Rev.5 de 26 de abril de 2001).

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación de inferioridad. No es admisible, por tanto, crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza. (Corte Interamericana de Derechos Humanos: Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 28.).

Sin embargo, no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana (Ib. Párrafo 55). Existen ciertas desigualdades de hecho que pueden traducirse, legítimamente, en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que esto contrarie la idea de justicia y trato igualitario. Más aún, tales distinciones pueden ser un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran. (Corte Interamericana de Derechos Humanos: Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 46.).

La Corte Europea de Derechos Humanos, basándose en los principios deducidos de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos, también advirtió que sólo es discriminatoria una distinción de trato proveniente del aparato Estatal cuando “carece de justificación objetiva y razonable” (European Court of Human Rights: Case of Willis v. The United Kingdom, Judgment of 11 June, 2002, par. 39; Case of Wessels-Bergervoet v. The Netherlands, Judgment of 4th June, 2002, par. 42; Case of Petrovic v. Austria, Judgment of 27th of March, 1998, Reports 1998-II, par. 30; Case "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" v. Belgium, Judgment of 23rd July 1968, Series A 1968, p 34.).

Podemos decir entonces, de la mano de Javier Pérez Royo (“Curso

de Derecho Constitucional”, Marcial Pons, séptima edición, 2000, p. 311) que “la igualdad constitucional no prohíbe que el legislador diferencie...sino que lo que prohíbe es que se diferencie de una manera no objetiva, no razonable y no proporcionada”.

En el caso de los menores y el régimen jurídico al que deben de estar sometidos, la diferenciación en cuanto al tratamiento penal diferenciado y especial, no sólo descansa en razones objetivas, razonables y proporcionadas sino en el reconocimiento expreso que la Constitución salvadoreña hace de lo antes mencionado a partir del Art. 35 inc. 2° Cn.

Siguiendo el análisis de la disposición anterior, tal parece -y ese ha sido también el sentido que el Constituyente y la Honorable Sala de lo Constitucional ha brindado a dicha disposición-, que la conducta antisocial de los menores debe estar sometida por mandato constitucional a un régimen especial, lo que no puede significar más que está constitucionalmente prohibido prescribir el mismo régimen penal y procesal penal para menores que para mayores de edad, siendo exigible el diferente tratamiento jurídico de menores, en aspectos procesales y sustantivos, entre menores y mayores de edad.

La Sala de lo Constitucional ya se ha pronunciado al respecto declarando la inconstitucionalidad de disposiciones normativas que sujetaban a personas menores de dieciocho años de edad al mismo régimen penal de adultos, en los siguientes términos:

“El constituyente ha establecido que la conducta antisocial de los menores está sometida a un régimen especial, lo que no puede significar otra cosa que constitucionalmente está prohibido prescribir el mismo régimen sancionatorio para menores que para mayores de edad.

Esta sala no está autorizada a precisar las específicas diferencias entre tales regímenes, ya que ello es parte de la libertad del legislador secundario en la configuración del ordenamiento jurídico, pero lo que sí es constitucionalmente exigible es el diferente tratamiento jurídico, en los aspectos sancionatorios, entre menores y mayores de edad.

La misma ubicación del régimen sancionatorio de los menores, hace evidente que el constituyente ha insistido a tal grado en la diferenciación de regímenes que vuelve factible que constitucionalmente no sea posible hablar de un derecho penal aplicable a menores, sino un derecho de menores que debe presentar sus propias características y principios. En este punto es importante lo expuesto por Trejo Escobar, quien sostiene que el intento legislativo realizado por la Ley del Menor Infractor –cuyo fundamento filosófico radica en la doctrina de la protección integral del menor–, tiene como ‘principios rectores los siguientes: la protección integral del menor, el interés superior, el respeto de los derechos humanos, la formación integral y la reinserción a la sociedad como a la familia’.

De la lectura del inciso primero del artículo 22 de la Ley Transitoria de Emergencia contra la Delincuencia y el Crimen Organizado, aparece que el legislador secundario sujeta a los menores de edad a las mismas disposiciones penales a que están sujetas las personas mayores de edad, circunstancia que resulta contradictoria con lo establecido en la normativa constitucional, resultando violatoria de los artículos 3 y 35 inc. 2° Cn, y así debe declararse

en el fallo correspondiente a esta sentencia”. (Sentencia de inconstitucionalidad de artículos 2 inciso 2º y 4º, 4, 6, 12, 14 inciso 1º, 15 y 22 de la Ley Transitoria de Emergencia contra la delincuencia y el crimen organizado. Publicaciones Especiales No. 23. San Salvador, El Salvador. Corte Suprema de Justicia, 1997, página 140).

Nuestro régimen constitucional ha comprendido que, si bien las personas menores de dieciocho años poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos, además poseen derechos específicos derivados de su condición de inmadurez y vulnerabilidad, y requieren una protección particular que garantice el ejercicio de todos sus derechos dentro y frente a la familia, la sociedad y el Estado. Este régimen especial previsto por nuestra Constitución se debe establecer con singular fuerza en la regulación de los procedimientos judiciales o administrativos en los que se discutan los derechos y deberes de los niños, niñas y adolescentes pues, como ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

“Es evidente que las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto. Si se sostuviera otra cosa se desconocería la realidad y se omitiría la adopción de medidas especiales para la protección de los niños, con grave perjuicio para estos mismos. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento”. (Corte Interamericana de Derechos Humanos: Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Op. cit., párr. 96).

Este razonamiento aplicable a las personas menores de dieciocho años ha sido derivado de la perspectiva general de la Corte Interamericana respecto de las medidas destinadas a disminuir los factores de desigualdad real de las personas sometidas a proceso en situación de vulnerabilidad:

“Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas”. (Corte Interamericana de Derechos Humanos: El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 119).

Este trato diferenciado –contemplado por el régimen jurídico especial previsto en nuestra Constitución y por disposiciones como el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y prácticamente por toda la Convención sobre los Derechos del Niño– debe imponerse con mayor razón en las regulaciones normativas relativas a la delincuencia juvenil. Los niños y jóvenes en conflicto con la ley deben estar sometidos a un régimen diferente del de los adultos, adecuado a su edad y condición jurídica, con el fin de

favorecer su reforma y readaptación social. La Convención sobre los Derechos del Niño contempla en su artículo 40.3 como obligación expresa de los Estados Partes el “establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes”, lo cual constituye, ni más ni menos, el contenido normativo, orgánico y procesal del régimen jurídico especial previsto por nuestra Constitución a la “conducta antisocial de los menores”. Todo ello significa que el Estado de El Salvador y sus órganos e instituciones, por obligación constitucional y en cumplimiento de los convenios internacionales de derechos humanos, debe asegurarse que ningún niño, niña o adolescente sea tratado como un adulto, independientemente de las circunstancias o la gravedad de la ofensa penal que haya cometido. (Cfr. Committee on the Rights of the Child: Concluding observations: United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, párr. 62).

Por su parte, el artículo 2 inciso primero y segundo de la Ley Anti Maras dispone:

Art.2.- La presente ley se aplicará a todas las personas mayores de doce años de edad, que cometan delitos o faltas contempladas en esta ley o en el Código Penal, que en lo sucesivo podrán denominarse como conductas, dentro del territorio nacional.

Los infractores de doce a dieciocho años de edad miembros de maras o pandillas gozarán de trato y procedimiento especial determinados en esta ley.

Estas normas sujetan a los menores de edad a las mismas disposiciones penales a que están sometidas las personas mayores de edad dentro de la Ley Anti Maras con lo cual, como ya hemos argumentado supra, se violentan los artículos 3 y 35 inciso 2º de la Constitución.

El inciso 3º del artículo 2 de la ley impugnada reza:

“Cuando un menor comprendido entre las edades de doce a dieciocho años de edad, cometa delitos o faltas contempladas en esta ley o en el Código Penal y la Fiscalía General de la República advierta que posee discernimiento de adulto, solicitará al Juez de Menores que evalúe esta situación; si el juez de menores considera que está en capacidad de discernir la ilicitud de las conductas e infracciones cometidas como un adulto lo declarará como adulto habilitado y se le aplicará la legislación pertinente”.

La figura de la habilitación de edad prevista en este inciso también produce el juzgamiento de niños, niñas y adolescentes como adultos, lo cual está prohibido expresamente por la Constitución, como ya hemos expresado. Aunado a lo anterior, Honorable Sala, la figura de la habilitación de edad para equiparar los menores con los adultos como ya hemos afirmado desde la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos es una antigua institución del derecho civil que termina violentando el régimen especial en materia penal para menores de dieciocho años previsto en nuestra Constitución y en la Convención sobre los Derechos del Niño. La posibilidad que un menor de doce años deba responder penalmente como un adulto, no sólo es desproporcionado e irrazonable, sino que absurdo y totalmente atentatorio a

la dignidad de los niños y las niñas, como manifiesto infra.

Cuando la Ley Anti Maras establece en el Art. 2 inc. 3° que un menor de edad, sea juzgado como adulto, bajo la “teoría del discernimiento”, dicha situación genera una manifiesta vulneración al Art. 35 inc 2° CN., y el Art. 3 de la Constitución de la República por violación al derecho de igualdad y la necesidad de establecer un régimen sancionatorio distinto entre menores de edad y mayores de edad.

Esto significa que la Ley Anti Maras en la regulación que efectúa sobre el ámbito de aplicación recae en una inconstitucionalidad manifiesta, en tanto que el tratamiento especial a que hace referencia la Constitución no es simplemente la regulación de las figuras delictivas en una ley denominada por la Asamblea Legislativa como “especial”, sino que se brinde diferente tratamiento a menores y mayores de edad tanto en lo relacionado con el proceso a que se encuentren sujetos, como a las sanciones de las que pueden ser acreedores, lo cual vulnera el contenido definido en el Art. 3 y en el Art. 35 inc 2° de la Constitución de El Salvador.

Lo que establece el Art. 2 en sus incisos 1, 2 y 3 de la Ley Anti Maras, es una evidente trasgresión a lo establecido en el Art., 35 inc 2° Cn., lo cual violenta abiertamente el texto constitucional, pues para ello no se encuentra facultado el legislador, al no hacerse expresa “excepción” de dicha posibilidad en el texto constitucional, y siendo esta una restricción a los derechos del niño, la Constitución debe interpretarse restrictivamente y ello conlleva impedir la utilización de este tipo de mecanismos que subvierten el contenido y la garantía expresada tanto en el Art. 35 inc. 2° como en el Art. 3 de la Constitución de la República.

Finalmente debe señalarse que un elemento esencial del régimen jurídico especial aplicable a la “conducta antisocial de los menores que constituya delito o falta” es el establecimiento de una edad penal mínima, es decir, una edad bajo la cual se considera que el niño o niña es absolutamente inimputable. El artículo 40.3 inciso a) de la Convención sobre los Derechos del Niño obliga a los Estados Partes a definir una edad mínima en la cual se presume que el niño no puede infringir la legislación penal o criminal, obligación cuya garantía y cumplimiento se encuentra en manos de todas las autoridades estatales en el marco de sus respectivas competencias.

El establecimiento de una edad mínima y de franjas de edades en las que se determina una especie de “responsabilidad atenuada”, no debe tener por base “el dudoso criterio de la capacidad de discernimiento” (Escandizo, Gabriel y Eroles, Carlos, Intervención con adolescentes en conflicto con la ley, en Políticas Públicas de Infancia, Espacio Editorial, Buenos Aires, 2002, pág. 124), sino más bien el de la ubicación de los períodos del desarrollo de las personas dentro de los cuales los procedimientos y los tratamientos a que deban someterse quienes entran en conflicto con la ley, deben adecuarse a las condiciones propias de personas aún en formación, a las que se les debe garantizar por todos los medios que concluyan exitosamente dicho proceso.

Si bien la Sala de lo Constitucional ha sostenido que “no está autorizada a precisar las específicas diferencias” entre los regímenes penales de menores y de adultos, “ya que ello es parte de la libertad del legislador secundario en la configuración del ordenamiento jurídico” (Sentencia de inconstitucionalidad

de artículos 2 inciso 2º y 4º, 4, 6, 12, 14 inciso 1º, 15 y 22 de la Ley Transitoria de Emergencia contra la delincuencia y el crimen organizado), también ha sostenido que las normas secundarias que restrinjan o tengan algún efecto en los derechos constitucionales deben responder fundamentalmente a los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

Ya que nuestra Constitución no ha establecido expresamente una edad penal mínima, se vuelve necesario analizar si la edad penal mínima establecida en una ley o incluso si una ley resulta en la derogación del principio del *doli incapax* – con la consecuente afectación sensible de los derechos y libertades de los niños y niñas de más corta edad – es proporcional y razonable desde la perspectiva constitucional para los fines que persigue. En relación a estos principios, la Honorable Sala de lo Constitucional se ha pronunciado en los siguientes términos:

Como elementos que configuran al principio de proporcionalidad se han señalado: la idoneidad de los medios empleados – en el sentido que la duración o intensidad de los mismos deben ser los exigidos por la finalidad que se pretende alcanzar; la necesidad de tales medios –en el sentido que se debe elegir la medida menos lesiva para los derechos fundamentales, es decir, la que permita alcanzar la finalidad perseguida con el menor sacrificio de los derechos e intereses del afectado– ; y la ponderación de intereses, a fin de determinar la existencia de una relación razonable o proporcionada de la medida con la importancia del bien jurídico que se persigue proteger. El principio de razonabilidad no se reduce al ámbito de aplicación de la ley – lo cual corresponde al órgano judicial –, sino que parte desde la formulación de la norma, función que – en virtud del principio de legalidad – le corresponde al órgano legislativo o a cualquier ente con competencia normativa. (Sentencia de inconstitucionalidad Ref. 23 – 98 del 06/IX/1999. Corte Suprema de Justicia. Centro de Jurisprudencia: “Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Constitucional” San Salvador, 2000, páginas 169 – 170).

El Comité de Derechos Humanos de la ONU ha sostenido que no se debería establecer una edad irracionalmente corta a los efectos de asumir una responsabilidad penal (Comité de Derechos Humanos: Artículo 24 (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Observación General No. 17. 35º Período de Sesiones (1989). Párr. 4. En Recopilación de las Observaciones Generales y Recomendaciones Generales adoptadas por Organos creados en virtud de Tratados de Derechos Humanos. Op. cit.), en tanto que el Comité de Derechos del Niño de la ONU ha expresado su particular preocupación ante normas que integran una edad penal mínima sumamente corta o que han derogado el principio del *doli incapax*, por lo cual ha reiterado la conveniencia de fijar una edad mínima lo más alta posible (Cfr, *inter alia*, las observaciones finales del Comité de Derechos del Niño a los informes de Australia, Bangladesh, Barbados, Belice, Chipre, Ghana, Jordania, Kuwait, Líbano, Myanmar, Namibia, Nigeria y Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, en <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf>).

Asimismo, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia a Menores (conocidas como “Reglas de Beijing”) disponen que no deberá fijarse a una edad penal demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan la madurez emocional, mental e intelectual de niños, niñas y adolescentes. (Adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 40/33, de 29 de noviembre de 1985.

Disposición 4).

Y es que, como ha afirmado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “la imputabilidad, desde la perspectiva penal –vinculada a la realización de conductas típicas y punibles y a las correspondientes consecuencias sancionatorias– es la capacidad de culpabilidad de un sujeto. Si éste carece de ella, no es posible formular en su contra el juicio de reproche que se dirigiría, en cambio, a quien es imputable. La imputabilidad queda excluida cuando la persona carece de capacidad de entender la naturaleza de su acción u omisión y/o de conducirse conforme a esa comprensión. Se suele aceptar que carecen de esa capacidad los menores de cierta edad. Se trata de una valoración legal genérica, que no examina las condiciones específicas de los menores, casuísticamente, sino que los excluye de plano del ámbito de la justicia penal”. (Corte Interamericana de Derechos Humanos: Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Op. cit., párr. 105).

La reducción de la edad penal mínima a límites sumamente bajos o, peor aún, la derogatoria absoluta de una edad penal mínima –por más que se rodee de procedimientos para establecer el discernimiento de los menores sobre la ilicitud de los actos–, abre las puertas a la aplicación absurda y desproporcionada de la legislación penal en contra de niños y niñas de la más corta edad, eliminando los límites al ius puniendi en uno de los presupuestos materiales más básicos de la punibilidad y suprimiendo las posibilidades de prevenir actos de arbitrariedad y abuso del poder penal del Estado, con lo cual se viola el principio de legalidad y el derecho a la seguridad jurídica previstos constitucionalmente.

Especial gravedad reviste el inciso último del artículo 2 de la Ley Anti Maras al disponer:

“Los menores de doce años que sean sorprendidos en la comisión de alguno de los hechos punibles descritos en esta ley o en el Código Penal, que pertenezcan a maras o pandillas y que después de ser evaluado por el Juez de Menores respectivo, concluya que está en capacidad de discernir la ilicitud de su conducta, se le aplicará el proceso aquí descrito para los menores de edad”.

Esta disposición es particularmente inconstitucional, pues contiene la derogación absoluta del doli incapax. La habilitación de edad de menores de doce años para responder penalmente sin una edad penal mínima es contraria a los principios de proporcionalidad y razonabilidad exigidos por nuestra Constitución para la afectación de los derechos y libertades fundamentales en los términos reconocidos por la Sala de lo Constitucional, además de abrir las puertas para aplicarles el mismo régimen sancionatorio de los adultos.

Dejar de lado el régimen jurídico especial para niños y adolescentes significa desconocer el sistema de justicia y educación en responsabilidad que impone la Convención sobre los Derechos del Niño a los jóvenes infractores.

De hecho, en nuestra legislación en la Ley del Menor Infractor, se ha intentado establecer un sistema de responsabilidad penal atenuada para los adolescentes de doce a diecisiete años que son acusados de cometer delitos, lo cual no significa que no exista una respuesta penal desde el Estado, frente a la delincuencia generada por jóvenes, sino que responde a un sistema de

garantías que se le otorga a una persona en formación.

Asimismo, debo mencionar que existen dentro del sistema de Naciones Unidas las denominadas “Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su resolución 45/112 de 14 de diciembre de 1990, donde se enfatiza que debe tenerse presente:

Lit f) La conciencia de que, según la opinión predominante de los expertos, calificar a un joven de “extraviado”, “delincuente” o “predelincente”, a menudo contribuye a que los jóvenes desarrollen pautas permanentes de comportamiento indeseable.”

Honorable Sala, este es un aspecto, donde la Ley Anti Maras, regula en contra no sólo de las argumentaciones y fundamentos constitucionales antes expuestos, sino del sentir y de la experiencia de los operadores jurídicos vinculados con el Derecho Penal Juvenil.

A este respecto merece la pena destacarse que: “Como ha sido destacado en más de una ocasión, la justicia juvenil no es sólo un asunto legal. Para comprender y caracterizar su justa dimensión es necesario recordar que existe una relación entre el fenómeno social de la delincuencia juvenil y la respuesta legal”.

“Detrás de las legislaciones penales, sean éstas de adultos o de niñas y niños, existe una concepción sobre el problema del delito, del delincuente y de la pena. La mayoría de ellas, responden a una concepción del delito que explica el fenómeno de forma individual. El cambio en la legislación penal para jóvenes infractores más que resultado de un asunto procesal es consecuencia de un cambio en la explicación del fenómeno delictivo.”.

“El sistema de la justicia juvenil no puede analizarse de forma aislada a las diferentes teorías que desde la psicología, la sociología, la antropología y otras disciplinas sociales y humanas que han abordado la explicación de la conducta delictiva de las y los niños, desde aquellas que consideraron al joven en conflicto con la ley como un enfermo, hasta las que lo consideran como resultado de una problemática social”.

“Los estudios de la conducta delictiva cometida por niñas y niños señalan que se trata de un fenómeno de naturaleza multicausal. (...) Evidentemente, una explicación diferente del delito conlleva un Derecho Penal diferente, un sistema procesal distinto, una organización y estructura novedosa así como unas respuestas, programas y medidas diferentes”.

“La concepción del delito y del delincuente que contiene la Ley del Menor Infractor es completamente distinta a la establecida para la legislación penal tradicional, pues involucra a la familia, la comunidad y al Estado en la génesis y erradicación del problema e identifica a operadores y operadoras como actores sociales”. (A.A.V.V.; “Justicia penal juvenil salvadoreña. –La experiencia desde los operadores-“, imprenta criterio, San Salvador, 2001, p. 160 y ss).

Por lo antes expresado consideramos que lo dispuesto en el Art. 2 incisos 1, 2, 3 y 4 de la Ley Anti Maras es contrario al derecho de igualdad

relacionado con el establecimiento de un régimen jurídico especial para los delitos y faltas cometidos por menores- Arts. 3 y 35 inc 2° de la Constitución- así como a los principios de razonabilidad y proporcionalidad de las leyes a los que se encuentra supeditada toda regulación normativa según lo dispuesto en el Art. 246 de la Constitución de la República de El Salvador.

Como consecuencia de la prohibición constitucional de aplicar a niños, niñas y adolescentes el mismo régimen sancionatorio de adultos también es contrario a la norma constitucional el artículo 45 de la Ley Anti Maras.

El artículo 45 de la Ley Anti Maras establece:

MODIFICACIONES.

Art. 45.- Los menores de dieciocho años de edad, al momento de la consumación de alguna de las faltas a las aquí (sic) descritas o en el Código Penal, se les aplicarán el proceso establecido en esta misma ley con las siguientes modificaciones:

- * Cuando un menor sea capturado inmediatamente se avisará a sus padres, tutores o responsables, quienes lo podrán acompañar en todo momento.

- * El menor por ningún motivo podrá ser recluido con personas adultas.

- * El mismo deberá ser puesto a la orden del juez en un plazo máximo de diecisiete horas.

- * En aquellas jurisdicciones en las cuales exista Juzgados de Menores, estos serán los competentes para procesar y sentenciar; quienes estarán obligados a aplicar la presente ley.

- * En el proceso podrá intervenir el padre, tutor o responsable del menor, con los derechos y limitantes que establece la Ley del Menor Infractor.

- * En estos casos será obligatoria la presencia del abogado defensor, si se carece de recursos económicos el Juez les asignará uno en los términos del Art. 38 de esta misma ley.

- * La sanción de arresto deberá cumplirse en los centros de detención de menores.

- * La sanción de multa obliga a los padres, tutores o responsables al pago de la misma.

- * El cumplimiento de la sanción será supervisado por el Juez de Ejecución de Medidas al Menor.

- * El proceso de revisión será conocido por la Cámara de Menores respectiva.

- * En el procedimiento de habilitación de adulto será competente el juez de menores de la jurisdicción donde se cometió el hecho.

- * La resolución de la habilitación de edad admitirá el recurso de revisión”.

Del contenido del artículo, puede desprenderse algunas garantías que favorecen el tratamiento a los menores de dieciocho años de edad frente al adulto, como es el caso que se aplique el proceso establecido en la ley con algunas modificaciones, como la prohibición de reclusión con personas adultas, la intervención de padres, tutores o responsables del menor o el cumplimiento de la sanción de arresto en centros de detención de menores. Sin embargo, todas estas modificaciones no representan una diferenciación objetiva y proporcionada con el proceso aplicable a personas mayores de edad ni se corresponden con los principios y objetivos del régimen especial de menores previsto constitucionalmente para garantizar la protección particular de sus

derechos y libertades fundamentales. En consecuencia, también el artículo 45 de la Ley Anti Maras contraría los artículos 3, 35 inciso 2º y 246 de la Constitución de la República, bajo los mismos argumentos tratados en este apartado.”

Luego que reflexiones sobre los anteriores argumentos, te sugerimos que examines la decisión brindada por la Honorable Sala de lo Constitucional de Corte Suprema de Justicia, que durante el primer trimestre del año 2004 declaró la inconstitucionalidad de diversos artículos de la Ley “Anti Maras” por considerarlos contrarios al texto normativo de la Constitución.

Igualdad y Derecho Procesal.

Afirma el profesor Gimeno Sendra, que el principio de contradicción ha de verse complementado con el principio de igualdad en la actuación procesal, porque no es suficiente que exista contradicción en el proceso, sino que para que ésta sea efectiva, se hace necesario también que ambas partes procesales cuenten con los mismos medios ante el tribunal correspondiente para exponer sus argumentaciones.

Sin embargo, cabe además hacer algunas apreciaciones específicas sobre la igualdad en el proceso o igualdad procesal:

La igualdad procesal de las partes en un proceso es un componente de lo que ha sido denominado por la doctrina y la jurisprudencia como debido proceso legal, tutela judicial efectiva, o como en nuestro caso, derecho de audiencia, por lo que, más que hablar con propiedad de una vinculación al Art. 3 de la Constitución (igualdad sustantiva), lo que estamos aquí relacionando podría ser considerado como una subespecie de los contenidos definidos por la Constitución salvadoreña en el Art. 11 Cn.

La conexión existente entre la igualdad definida en el Art. 3 de la Constitución y la igualdad procesal incorporada en el complejo derecho de audiencia, contemplado en el Art. 11 Cn., supone la necesidad de establecer parámetros diferenciadores (cuando sea el caso) entre la materia propiamente sustantiva y la procesal.

La igualdad procesal está indisolublemente unida al principio de contradicción, ya que sobre la base de la relación de ambos contenidos procesales, se desarrollan funciones complementarias en el seno del proceso. Esto se debe a que pueden ser entendidas ambas categorías, como subespecies del derecho de audiencia, razón por la cual se ven unidas por la finalidad, que poseen todas aquellas subespecies, contenidas en el Art. 11 Cn., que impone la obligación procesal de evitar desequilibrios entre las partes, o limitaciones al derecho de defensa, o en la posibilidad de ejercer adecuadamente la acusación, que puedan dichas situaciones en última instancia generar a alguna de las partes una situación de indefensión.

La igualdad procesal, representa una categoría definida constitucionalmente y, por consiguiente, vincula a todos los órganos del Estado, incluido el legislador, quien al regular normativamente los diversos tipos de procesos no podría introducir normas que supongan olvido o vulneración de aquélla.

Como ocurre con el resto de los principios y derechos fundamentales, la igualdad procesal no es un derecho o principio absoluto. De ello se colige que, ésta no implica un tratamiento uniforme e idéntico en los distintos tipos de procesos.

Así como acontece con el principio de contradicción, también el de igualdad, al constituir un principio estructural del proceso, ha de estar presente en todas sus instancias, hasta la obtención de una resolución definitiva y firme.

Sin embargo, la igualdad procesal, no quiere decir identidad de oportunidades para las partes, ya que en algunas ocasiones y en determinadas áreas específicas del Derecho, pueden encontrarse diferencias muy sensibles.

De forma ejemplificativa, podría decirse que en el Derecho Procesal Penal, las posiciones de quien es procesado y quien es víctima cuentan con diferencias sensibles, habiendo zonas en las cuales efectivamente impera la igualdad y otras en las que cada una de dichas partes posee un status diferente.

En este sentido se ha pronunciado Ruiz Vadillo, para quien dentro de dichas situaciones que ameritan un trato diferenciado se pueden enumerar las siguientes:

Lo relativo al derecho a la disposición de la información sobre el delito, el cual le corresponde al imputado, pero no así de forma amplia al acusador, ya que el imputado y su defensa, pueden guardar sus armas y argumentos, mientras el acusador debe exteriorizarlas.

El imputado se encuentra protegido en el sentido de existir prohibición de obligarlo a declarar contra sí mismo, es decir, tiene derecho a no confesar su culpabilidad; mientras que el acusador tiene la obligación de exteriorizar los conocimientos sobre el hecho en su totalidad. En fin, el derecho a la última palabra, por parte del imputado o su defensa.

A lo que sí tienen derecho ambas partes, es a un juez ordinario predeterminado por la ley, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para el cargo o descargo y a controlar la producción de la prueba que ofrezca la contraparte.

Asimismo, en materia procesal penal se puede afirmar que las partes no disponen del objeto del proceso, puesto que lo que actúa es el ius puniendi, sobre el cual las partes no tienen poder dispositivo.

En el ámbito del Derecho Procesal Civil, también las partes se encuentran en el plano de igualdad. Dicho plano se concretiza entre otros aspectos, en la aportación de prueba, de tal modo que la distribución de la carga de ella sea objetiva.

Esa igualdad se traduce en que la distribución del peso o carga de la prueba no influye en la situación particular de las partes, en cuanto una de ellas pudiere pretender mayor credibilidad derivada de su honorabilidad, cargo, oficio o fama. –Algunas reminiscencias de un sistema que permitía esta diferenciación en el trato aún pueden observarse en nuestro viejo Código de

Procedimientos Civiles-

Tampoco influye la diversa dificultad de probar que exista para una parte, respecto de la otra, o por obra de circunstancias personales, en que cada una se encuentre. El Juez ha de imponer el peso de la prueba, por consideraciones objetivas, excluyendo factores como los indicados.

Como adelantamos algunas disposiciones, que debieran analizarse bajo este principio fundamental, pudiesen ser:

Art. 323 Prc.

“Si el número de los testigos fuere igual por ambas partes, el Juez atenderá los dichos de aquellos que, a su parecer, digan la verdad o se acerquen más a ella, siempre que sean de mejor fama. Si fueren iguales en razón de las circunstancias de sus personas y dichos, absolverá al demandado”.

Art. 294 Prc.

“Son incapaces para ser testigos en todo género de causas:1°) Los dementes, los sordomudos y los ciegos.”

Art. 303 Prc.

“En todo caso irá a recibir las declaraciones de los Gobernadores departamentales, Jefes Militares de Coronel arriba con mando, Jefes de Hacienda, Jueces de Primera Instancia, personas de setenta años, viudas honestas y señoras de distinción, sean casadas o solteras. Fuera de los casos expresados en el artículo anterior y en el presente, no está el Juez obligado a pasar a la casa del testigo”.

Las cargas procesales.

Tradicionalmente los procesalistas han venido formulando la distinción entre las cargas de alegación y las de prueba, aunque ambas estén estrechamente vinculadas y son la lógica consecuencia de solicitar la aplicación de una norma jurídica.

La primera, es decir, la carga de la alegación, implica que el que pide la efectividad de la norma que le es favorable, debe manifestar que se han producido los hechos que constituyen el supuesto fáctico de ésta.

La carga de la prueba, por su parte, exige demostrar la veracidad de tales hechos, de modo que el que tiene la carga de la alegación soporta normalmente la prueba. He ahí la estrecha relación entre ambos conceptos.

Junto con estas categorías, desde el Derecho Constitucional se ha ido introduciendo en la mayoría de los ordenamientos una tercera carga procesal: la carga de fundamentar, que en el caso que nos atañe, sobre el motivo de un trato igual o desigual, que pueda sin esa justificación, resultar discriminatorio.

A continuación, se mencionarán una serie de reglas sobre la carga de la fundamentación de la prueba y de la alegación, que han sido desarrolladas por el Derecho Constitucional europeo, con una clara referencia a su tratamiento por parte del Derecho Constitucional español, especialmente⁴⁸:

48 En esta parte, casi de forma íntegra hemos retomado lo expuesto por Manuel Goded Miranda; “Igualdad ante la Ley y carga procesal”, en: AA.VV.: “El principio de igualdad en la Constitución española...”, ya citado, p. 1803-1818.

La carga de fundamentación en supuestos de violación de la igualdad constitucional.

La igualdad consagrada constitucionalmente no impide la existencia de disciplinas normativas diferentes, siempre que los supuestos de hecho que se normen sean asimismo diferentes. Dicha diferenciación debe ser objetivamente fundamentada por el órgano que la introduzca.

Cuando existe agravio por violación al derecho de igualdad jurídica, compete a quienes sostengan la legitimidad constitucional de la diferenciación o del trato igualitario, ofrecer el mencionado fundamento con objeto que pueda ser susceptible de análisis judicial.

La carga antes mencionada se torna aún más rigurosa cuando nos encontramos frente a una diferenciación que afecta cualquiera de los supuestos enumerados en el Art. 3 de la Constitución.

Si los fundamentos jurídicos ofrecidos por los defensores de la legitimidad constitucional de la diferencia se presentan todos ante un tribunal como insuficientes para proporcionar la adecuada cobertura a la diversidad de trato jurídico, hay que llegar a la conclusión que ésta carece de fundamento y debe por consiguiente desaparecer.

Carga de la alegación en supuestos de violación de la igualdad constitucional.

Toda reclamación fundada en una desigualdad que se considera irrazonable o discriminatoria, requiere la comparación de dos situaciones fácticas; la que sin justa causa resulta desfavorable y aquella que se sostiene es más beneficiosa para otras personas y que se denuncia como atentatoria al principio de igualdad (por ello se sostiene que la igualdad posee un marcado carácter referencial).

En este sentido, el Tribunal Constitucional español ha señalado que la carga de la alegación de la legitimidad del *tertium comparationis*, pesa sobre la parte que se acoge o que justifica el tratamiento diferenciado (generalmente, pero no necesariamente, el Estado).

Este término de comparación ha de ser una situación concreta, no siendo válidas las remisiones genéricas a la legislación o hacia conceptos jurídicos indeterminados.

Carga de la prueba: regla general.

Ha quedado indicado anteriormente que la carga de la prueba ha de tener excepcional o nula incidencia en los litigios promovidos sobre desigualdades que nacen de las normas. Su campo propio de utilización es el de las desigualdades surgidas en la aplicación de las normas.

En este sentido, la parte que afirma la existencia de una desigualdad discriminatoria debe probarla, puesto que constituye el presupuesto de hecho para que, por imperativo del Art. 3 Cn, dicho acto sea declarado contrario al ordenamiento constitucional.

El principio es por tanto, el que con carácter general preside la carga de la prueba: la parte que alega unos hechos, prepuesto de su aplicación de la norma favorable, soporta la carga de demostrar su veracidad.

No obstante, es posible también en el seno del Derecho constitucional y con relación a la igualdad, considerar la posibilidad de la inversión de la carga de la prueba.

Mediante esta figura, se construye una excepción a la regla general de la carga probatoria. En lugar de hacer pesar el onus probandi sobre el litigante a quien normalmente debiera corresponder, se atribuye a la parte contraria. En realidad se constituye como dicha inversión una presunción iuris tantum, en beneficio del favorecido por la inversión de la carga de probar.

En materia constitucional, para el caso, muchos conflictos laborales, pese a que en materias como el amparo rige la regla general sobre el onus probandi, se viene aceptando cada vez con mayor fuerza, que en supuestos muy específicos –generalmente, en aquellos casos donde se ventilan supuestos ya regulados por otras áreas del Derecho, como en el laboral o en familia- es posible que los tribunales constitucionales inviertan la carga de la prueba.

A manera de ejemplo, el Tribunal Constitucional español ha aplicado este principio a casos muy concretos: los despidos laborales en cuyos antecedentes de hecho existe algún elemento que permita tacharlos de discriminatorios. En estos casos la prueba que el despido obedeció efectivamente a un motivo inconstitucional no corresponde al trabajador, sobre el que debiera pesar atendiendo la regla general, sino sobre el patrono, quien debe demostrar que el despido tiene una causa legal ajena a todo propósito discriminatorio.

De esta forma, en casos como despidos en mujeres en embarazo, o por razones de inclinación sexual, se ha invertido la carga probatoria en sede constitucional. Otros supuestos desarrollados en el ámbito del Derecho constitucional comparado, sobre la inversión de la carga probatoria, son aquellos referidos a la aportación de pruebas en casos de discriminación o trato diferenciado entre hombres y mujeres, así como en materia de igualdad remuneratoria dentro de una empresa.

Igualdad y Derecho Electoral.

“La estructura de la igualdad en la formación del Derecho Electoral tiene como resultado la aplicación del principio de igualdad ante la ley. La noción de igualdad ante la ley supone un reconocimiento de la identidad del estatuto jurídico de todos los ciudadanos, lo que implica la paridad de trato en la formulación de la ley y en su aplicación. A su vez, la igualdad se traduce en una serie de manifestaciones.

Dentro de ellas, se considera que la igualdad electoral exige la igualdad poblacional. Partiendo de que la igualdad del sufragio exige que en la traducción de los votos para la obtención de los escaños parlamentarios, éstos posean el mismo peso y de que el tamaño de las circunscripciones electorales –entendido tamaño como número de representantes que corresponden a cada circunscripción electoral- debe responder, en todo momento, a la distribución poblacional en el territorio nacional, puede afirmarse que la igualdad del sufragio, se logra cuando cada escaño representa la misma cantidad de habitantes en todo el

territorio electoral.

En este sentido es indudable que existe una conexión entre el número de escaños a asignar y la igualdad del voto. Así, la distribución del tamaño de las circunscripciones electorales puede afectar positiva o negativamente el sufragio igualitario. En perspectiva con lo anterior, el legislador al distribuir la magnitud de las circunscripciones electorales debe, en la medida de lo posible, utilizar proporciones de habitantes lo más constante posible a efecto de salvaguardar el carácter igualitario del sufragio.

En este contexto, es evidente que el legislador secundario, en la distribución de los distritos electorales, no dispone de libertad de configuración, para garantizar ponderadamente tanto la igualdad del sufragio como el principio de representación proporcional –sin sacrificar uno en aras del otro– debe estructurar las circunscripciones electorales mediante la utilización de cifras más o menos homogéneas de habitantes⁴⁹.

4.3. En el Derecho Privado.

Igualdad y Derecho Civil.

La adecuación a la igualdad constitucional por parte de normas incluidas dentro de nuestra normativa de Derecho Privado, ha dado lugar a muchos cambios normativos y giros interpretativos.

Muchos de ellos ya no son motivo de sorpresa: las que equiparan al hombre y mujer dentro del matrimonio, así como las vinculadas al Derecho Sucesorio, en relación con la igualdad de los hijos independientemente de su origen matrimonial o extra-matrimonial.

No obstante, quizá uno de los aspectos menos desarrollados y que resultan ser de una gran complejidad, son los relacionados con uno de los principios básicos del Derecho Privado: la autonomía de la voluntad. Ésta se sostiene ha sido en nuestra realidad una de aquellas áreas de difícil permeabilidad de la igualdad jurídica.

Esta difícil permeabilidad se ajusta a una razón histórica: en el Derecho Público la relación jurídica se establece entre el Estado y la persona. En cuanto a tal relación se partió de la idea que las potestades del Estado lo colocan en una relación de supra-subordinación; por otra parte, en el Derecho Privado, las dos partes se hallan en una relación dentro de la ley, contando cada individuo con una esfera jurídica propia, donde puede dar a los demás el trato horizontal que le permita el principio de autonomía de la voluntad.

El tema no es pacífico: hay quienes sostienen que en este trato horizontal entre individuos, prevalece la libertad –autonomía de la voluntad, identificada en el principio del Art. 8 de la Cn- sobre la igualdad, por lo que cabe una separación manifiesta entre lo público y lo privado, ya que de lo contrario, peligraría la seguridad jurídica y se destruiría el sistema de libre contratación, convirtiendo a la libertad en una función social que las constituciones liberales no establecen. Los únicos límites los determinaría el

⁴⁹ Tomado íntegramente de: Sentencia de Inconstitucionalidad Ref., 28-2002 de la Sala de lo Constitucional de ocho de abril de dos mil tres, p. 13 y 14.

Código Civil.

Otros, mantienen una tesis diametralmente opuesta a la anterior: el Art. 3 de la Constitución, se podría oponer frente a los particulares en aspectos vinculados con el ejercicio de la autonomía de la voluntad porque el Derecho Privado está permeado por los principios y valores constitucionales y no es ajeno a la tutela de los derechos fundamentales, incluida la igualdad.

Desde la jurisdicción constitucional, la tutela nos muestra que el Derecho salvadoreño ha optado por una posición intermedia, es decir, es posible la protección de la igualdad o de otro derecho constitucional dentro de las relaciones entre particulares, cuando exista una posición de supra-subordinación entre los mismos, que vuelva nugatoria, la voluntad de uno de ellos. Esta parece ser la respuesta brindada desde el proceso de amparo salvadoreño que ha aceptado el amparo frente particulares, aun cuando ha sido en casos muy específicos.

Sin embargo, la respuesta es insuficiente y ambigua ya que no penetra en el fondo de la cuestión de las relaciones entre particulares y de la limitación de la autonomía de la voluntad. Por otra parte, deja abierta la posibilidad de aquellas discriminaciones entre particulares sólo por el hecho que no exista una clara situación de supra-subordinación, lo cual resulta difícil de definir.

Una de las subespecies de la autonomía de la voluntad dentro del Derecho Privado, es la libertad o autonomía contractual la cual presupone que los contratantes se sitúen uno frente a otro, como siendo titulares de iguales derechos, poniéndose de acuerdo libremente sobre la conclusión y el contenido del contrato; pero tal principio se sostiene⁵⁰ pierde valor cuando esa libertad falta a uno de los contratantes.

Aquí la igualdad juega como principio rector de las relaciones contractuales, pudiendo constituirse como el eje rector de fallos judiciales que se vean obligados a mantener, entre otros aspectos, el equilibrio de las prestaciones⁵¹. Así para Nipperdey, la violación más grave al principio de igualdad ha de producirse en aquellos supuestos en los que “en nombre de la libertad contractual, se sabotea la libertad contractual”, reputándose a ese respecto escasos los límites legales expresamente definidos: infracción contra las buenas costumbres, prohibido por la ley, de orden público, etc.; o bien insuficientes o todavía no necesariamente determinados e individualizados como para resultar útiles para neutralizar el abuso⁵², por lo que cabe el desarrollo de un papel proactivo por parte del juzgador, sobre todo frente a la aplicación absoluta del *pacta sunt servanda*.

Esta aplicación de la igualdad en las relaciones contractuales, sobre todo en lo que se refiere al equilibrio de las prestaciones y contraprestaciones, tiene un especial significado en determinado tipo de contratos como los convenidos con prestaciones correspectivas, en los que es necesaria la correspondencia o la equivalencia, como en los casos de los contratos bilaterales y sinalagmáticos. En correspondencia con dicho equilibrio entre quienes llevan a realizar este tipo de contratos se sostiene la imposibilidad de exigir más de

50 Rezzonico, Juan Carlos: "Contratos con cláusulas predispuestas. Condiciones negociales generales", Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1987, p. 242.

51 *Ibidem*, p. 117.

52 *Ibidem*, p. 292.

lo que se recibe, lo cual ya ha sido representado inclusive, dentro de los esquemas clásicos del Derecho Civil a partir de la máxima *in contractibus natura aequalitatem imperat*.

Sin duda que el Derecho Contractual tiene un notable antecedente en materia de equivalencia de las prestaciones en el Código Civil francés, y que ha sido retomado por nuestra legislación civil.

En algunas ocasiones, esa limitación afecta esencialmente al principio de libertad contractual, situando o generando para las partes un acuerdo con condiciones desiguales, perdiendo el interesado casi completamente su autonomía negocial, y en cierta medida, se incapacita y por ello se convierte en dócil instrumento económico del otro. Nos referimos acá a los denominados contratos mordaza, de sujeción o leoninos. Uno de esos ejemplos, nos dice Hedemann, es el contrato de explotación usuraria, o siguiendo a Larenz, aquellos que “frecuentemente los tribunales declaran nulos en todo o en alguna de sus cláusulas, en razón de que tienen por objeto una desmedida limitación de la libertad personal o económica, de la libertad de ejercicio profesional o de la actividad artística”⁵³.

De lo anterior se colige que, requisitos esenciales de las obligaciones tales como el consentimiento, se encuentran directamente relacionados con el principio y derecho de igualdad. En este sentido, cuando las partes se encuentran de origen en situaciones desiguales –podríamos inclusive hablar de supra-subordinación- el consentimiento formal de las partes no basta para su perfeccionamiento.

También debe destacarse que la igualdad contractual no se puede identificar con la situación equilibrada de las prestaciones en el momento de celebrar el contrato, sino que más bien, debe procurarse establecer una adecuada relación entre la igualdad dentro del objeto del contrato, como respecto de los sujetos de la relación, lo cual puede variar según el contexto espacial y temporal.

En este sentido, un contrato originariamente paritario puede por cambios en el desenvolvimiento de la vida del deudor o por contingencias exclusivamente inherentes a él, resultarle insoportablemente opresivo. Sin embargo, señala Rezzonico, el cambio de las situaciones personales debe ser asumido en este caso por el contratante que se ve perjudicado por un acontecer que sólo se relaciona con sus circunstancias particularizadas.

El trastorno en la igualdad o equilibrio original puede ser determinado por factores externos, comunes a muchas personas, o generalizables como huelgas, inflación, catástrofes, etc., convirtiendo en muy dificultoso el cumplimiento de quien se ha obligado cuando esas perturbaciones no eran normalmente previsibles. En este caso, la situación es diversa de la descrita antes, debiéndose establecer legal o judicialmente los remedios idóneos.

4.4. En el Derecho Social.

La igualdad adquiere un papel especialmente relevante dentro del Derecho Laboral, en tanto, es en esta área jurídica donde se manifestará una

⁵³ *Ibidem*, p.243.

de las primeras crisis del concepto de igualdad formal, ya que las consecuencias sociales que produjo la aplicación de dicha concepción, originaron una propuesta social que fomentó una reacción del sistema jurídico para intervenir frente al abuso sobre el trabajador y establecer límites a la explotación.

En otras palabras, lo que deseamos enfatizar, consiste en expresar que el Derecho Laboral, responde a una visión distinta de la igualdad, tratando de encontrar un equilibrio entre la igualdad formal y la igualdad material.

El principio de igualdad entre los trabajadores no significa un mandato de pacificación y de igualitarismo, y precisamente esa es una de las características de la igualdad dentro del Derecho Laboral, ya que implica la existencia de instrumentos que permitan las diferenciaciones normativas, bajo la forma de clasificaciones profesionales, salariales, por sector, etc.

Ello significa que se admiten desigualdades pero no que éstas sean creadas arbitrariamente. El tratamiento diverso entre trabajadores requiere de una justificación razonada y proporcional, lo mismo que el trato igualitario entre trabajadores que se encuentren en sectores diferentes.

Se trata por tanto, nuevamente, de evitar desigualdades irrazonables e injustificadas, con lo que la igualdad se resuelve en la exigencia de no diferenciar sin razón suficiente, entre situaciones de hecho equiparables.

En todo caso, el verdadero problema para valorar las exigencias del principio de igualdad de trato entre trabajadores consiste en determinar cuando las situaciones de los trabajadores son equiparables, y cuando sus similitudes deben de predominar sobre sus diferencias. Un factor importante a tener en cuenta es el empleador y la organización productiva para la que labora.

Un dilema complejo en nuestra legislación en este sentido es el resultante de la diferenciación establecida en el Art. 38 ord 10° inc. cuarto Cn: “Se prohíbe el trabajo a los menores de dieciocho años y a las mujeres en labores insalubres o peligrosas”.

El problema que se plantea en la norma constitucional es la diferenciación efectuada en la norma y que equipara a los menores de edad con las mujeres, frente a los hombres, lo que podría derivar a una abierta contradicción con el Art. 3 Cn.

Más completo que lo anterior, resulta el tema de la aplicación de la igualdad en el marco del contrato de trabajo, en tanto, en la fijación del tratamiento normativo producto de la autonomía de la voluntad, como sobre todo, en relación con el ejercicio de los poderes empresariales.

Cabría afirmar, que el contrato laboral es más “permeable” que otros contratos privados, en cuanto a la influencia y eficacia de los derechos fundamentales⁵⁴.

En este sentido, podemos decir que dos de los derechos de mayor

54 En el Derecho Constitucional europeo a esta eficacia de los derechos fundamentales se le conoce con la denominación de *Drittwirkung der Grundrechte*, dado el origen alemán de la figura que acepta la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, y que surgió justamente, dentro de las relaciones laborales en Alemania.

reconocimiento en el Derecho Laboral, como lo son la sindicación y la huelga, no serían tales, sino pudiesen ejercitarse frente a particulares. Ahora bien, también este efecto frente a terceros, es vinculante a todos los derechos fundamentales⁵⁵.

Dentro de la defensa de la igualdad puede considerarse por tanto la existencia de una reforzada tutela constitucional que expulsa la discriminación y trato desigualitario del Derecho Laboral.

También los instrumentos internacionales refuerzan esta tutela. Cabe citar a este respecto el Convenio 111 de la OIT sobre discriminación en el empleo y ocupación de 1948, en cuyo artículo 1,1 se presenta el concepto de discriminación laboral, definiéndola como: “cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”.

Este derecho a la no-discriminación es sumamente importante frente a la calificación de un despido como radicalmente nulo. Esto viene definido por el contenido normativo del Art. 5 del Convenio 158 de la OIT⁵⁶.

Sobre la base del artículo antes citado, puede hablarse de despido discriminatorio o despido por represalia del empresario, como respuesta ante el ejercicio del trabajador de su derecho a presentar reclamaciones, en situaciones tales como:

- * La afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales.
- * Ser candidato o representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad⁵⁷.
- * Presentar una queja o participar en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos.
- * La ausencia de trabajo durante la licencia de maternidad.
- * La raza, el color, el sexo, el estado civil, las responsabilidades familiares, la religión, las opiniones políticas, la ascendencia nacional o el origen social.

Notoriamente el problema que suele suscitarse consiste en que en la mayoría de las ocasiones, con la finalidad de crear una apariencia jurídica favorable, el empleador no invoca expresamente estas causales como motivo del despido, por lo que suele ser sumamente dificultoso el comprobar que el despido se ha debido a dichas causales. Ante tales situaciones la doctrina y el Derecho comparado suele acudir a figuras tales como el fraude de ley o la simulación de despido improcedente, basándose en hechos inexistentes para ocultar la verdadera causa de la destitución.

Por su parte, el Derecho Procesal Laboral, está directamente “permeado” por la igualdad, partiendo generalmente de la aceptación de la desigualdad de las partes procesales dentro de los procesos labores. De ahí

55 Rodríguez Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel; “Principio de igualdad y derecho al trabajo”, en: AA.VV.; “El principio de igualdad en la Constitución española...”, ya citado, p. 1084.

56Dicho Convenio no ha sido ratificado por El Salvador, aún cuando puede considerarse como orientador para la interpretación de la igualdad en las relaciones laborales.

57 Nuestra legislación incorpora medidas de protección para evitar este tipo de despidos. Art. 248 CT.

que figuras como la inversión de la carga de la prueba (inversión de la alegación, de la prueba en sí misma considerada y de la fundamentación), y el establecimiento de determinadas presunciones sean cuestiones ampliamente aceptadas dentro del Derecho Laboral.

5.

IGUALDAD Y JURISDICCIÓN.

5.1. La igualdad de las partes en el proceso.

Una faceta de la igualdad es la que la considera 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 misma⁵⁸, 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”⁵⁹.

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....”⁶⁰.

5.2. La aplicación igualitaria de la ley en los tribunales de justicia. El precedente.

Especial concreción de la igualdad en la aplicación del Derecho es la justificación de la vinculatoriedad del precedente judicial, es decir, el presupuesto según el cual un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente

58 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.

59 -Amparo 3-H-93 de 29/05/95.
60 -Amparo 20-S-94 de 5/07/96.

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 de 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, aun cuando sea el mismo Tribunal, no habrá vulneración si justifica su cambio jurisprudencial (Motivación)⁶¹.

Valga la necesaria aclaración que aquí nos estamos refiriendo el 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 auto-vinculación de cada juez o tribunal a sus propias decisiones. Es el llamado auto-precedente, y que se fundamente más que en el *stare decisis*, en el principio de razonabilidad como fundamento para evitar que la discrecionalidad se convierta en arbitrariedad”⁶².

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

61 Rubio Llorente, Francisco; “Derechos fundamentales y principios constitucionales”, (Doctrina jurisprudencial), Ariel Derecho, Barcelo, 1995, p. 122-127.

62 Gascón Abellán, Marina; “Igualdad y respeto al precedente”, ya citado, p. 217-218. Quizá un ejemplo de la más reciente jurisprudencia constitucional podría ser el cambio de criterios 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 la relación contractual. En un primer momento, la Sala de lo Constitucional expresó 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. Se considera que el problema que suscita dicho cambio, no es con relación a la facultad de modificar su propia jurisprudencia, 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.

una cierta solución normativa, para un determinado supuesto de hecho, solución normativa que por tanto, constituye el objeto de la argumentación⁶³.

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 constitucional 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...."⁶⁴.

5.3. Igualdad y control judicial⁶⁵.

Para los individuos, la ley suele ser considerada como el resultado de la voluntad libre del Órgano o Poder Legislativo y de la ejecución discrecional de dicha voluntad por el Poder u Órgano Ejecutivo. Hay leyes que no necesitan desarrollo reglamentario o actos de ejecución y para ellas la exigencia de neutralidad se agota en ellas mismas; pero hay otras que sí exigen desarrollo reglamentario y la ejecución administrativa correspondiente, por lo que la aplicación general e igualitaria de la ley debe darse también en este segundo

63 Gascón Abellán, Marina; "Igualdad y respeto al precedente", en: *Derechos y Libertades # 2*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Coedición Universidad Carlos III y BOE, Madrid, España, 1994., p. 212.

64 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 (Hábeas Corpus 7-Q-96 de 20/09/96).

65 Este apartado ha sido retomado casi íntegramente de: Pérez Royo, Javier; "Curso de Derecho Constitucional", ya citado, p. 317 y ss.

momento.

Es posible entonces, que una ley que aparezca como respetuosa del principio de igualdad, deje de serlo en el momento en que es ejecutada por el operador jurídico. Esto resultaría siempre contrario al principio de igualdad.

También, respecto del poder judicial la igualdad constitucional implica el respeto de un aspecto esencial: la imparcialidad. El juez, en este sentido –siguiendo a Pérez Royo- no puede ser neutral; tienen que dictar sentencia y tiene que acabar tomando partido, es decir, tiene que acabar decidiendo cual de las dos interpretaciones se adecua más al respeto de la Constitución.

Lo que la igualdad constitucional exige del Poder Judicial es que sea imparcial en la aplicación de la ley, es decir, no que no acabe tomando partido, sino que únicamente tome partido tras haber oído imparcialmente a las partes durante todo el proceso, hasta el momento mismo de dictar sentencia. Y que una vez que ha alcanzado una decisión, la motive, es decir, explique de manera razonada qué interpretación de la voluntad general es la que sirve de fundamento a la decisión que ha tomado.

Ahora bien, el ordenamiento jurídico es un todo unitario que no admite la existencia de lagunas y contradicciones. En el ordenamiento jurídico no puede faltar por ende de ninguna forma, una expresión de la voluntad general para dar respuesta a los problemas que puedan plantearse en una relación entre dos individuos, cualquiera que ésta sea.

Por otra parte, siendo los jueces muchos e independientes cada uno de ellos en el ejercicio de la función jurisdiccional, es evidente que la ley puede acabar siendo aplicada de manera diferente a los individuos por los distintos órganos jurisdiccionales. Esta posibilidad, sostiene Pérez Royo, no es eliminable a priori, pero si es corregible a posteriori, porque ello resulta incompatible con la igualdad constitucional. La neutralidad de la diferenciación legislativa tiene que ser preservada en la aplicación individualizada de la norma por el Poder Judicial. Como esto no puede hacerlo cada juez individualmente considerado, tiene que hacerlo el Poder Judicial, como poder del Estado.

Diversos instrumentos han sido diseñados para la defensa y desarrollo de la igualdad en este ámbito: el recurso de casación, la idea de la jurisprudencia constitucional como vinculante para el juez ordinario, en fin, aquellos que poseen una función nomofiláctica.

Por otra parte, y como apuntamos anteriormente, al hablar de precedente, la singularidad de la relación entre la igualdad y el juez va todavía más lejos. La definición del término de comparación como precedente suyo vincula al tercero que alega la desviación por parte del juez de dicho precedente como una vulneración de la igualdad constitucional, y que puede ser sujeta de control judicial; pero no vincula al propio juez que puede apartarse de su propio precedente siempre que justifique el cambio de criterio de manera objetiva y razonable. El cambio en la interpretación de las normas es legítimo, contemplado desde la perspectiva del principio de igualdad, siempre que sea razonado, razonable, consistente, esto es, mantenido, una vez que se adopta, con un mínimo de continuidad, requisitos todos que pueden resumirse en la exigencia de que el cambio no sea arbitrario. El cambio que significa sólo una

ruptura ocasional en la línea mantenida antes como después de la decisión divergente ha de ser tachado necesariamente de arbitrario, esto es, adoptado en atención de consideraciones o circunstancias que por no ser peculiares o características del caso en cuestión en relación con otros, no debieron ser tomadas en cuenta en aquél si no lo fueron en éstos.

6. TEMAS ACTUALES Y RELEVANTES SOBRE LA IGUALDAD.

El desafío de la igualdad en el Estado Constitucional salvadoreño, quizá esté 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 está 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 -gérmen de desigualdad de oportunidades-, nos llevan a considerar si en estos 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 Constitucional⁶⁶.

Se analizarán a continuación algunos temas relevantes que se insertan en el ámbito del desafío que contemporáneamente enfrenta nuestro Estado.

6.1. De la igualdad formal a la igualdad real.

Un dato innegable es el hecho que las personas 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 las personas (igualdad material). Pero el tratamiento de la igualdad material no es un tema

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

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 está 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 en el ejercicio de la libertad.

Mecanismo para analizar la debida participación del Estado en el desarrollo de esta igualdad material parece 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 género.

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 material posible o constitucionalmente viable?.

Por otra parte, sí 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:

* 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 a particulares), y

* 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).

OBJETIVOS OPERACIONALES.

| DESEMPEÑO DEL CAPACITANDO QUE EVIDENCIA QUE ALCANZÓ EL OBJETIVO. | CONDICIONES QUE SE HAN PROPICIADO PARA QUE OCURRA TAL DESEMPEÑO | PATRÓN ACEPTABLE PARA QUE EL DESEMPEÑO SEA CONSIDERADO SATISFACTORIO |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>Explicar en qué consiste la igualdad material, comprendiéndose en la explicación:</p> <ul style="list-style-type: none"> · El contraste de ella con la igualdad formal. · La descripción de lo que es el Estado Social de Derecho. · Ofrecer ejemplos de medidas previstas en la Constitución para conseguir la igualdad material. · Indicar qué otros mecanismos se toman en cuenta en este caso para evaluar la igualdad. · Analizar las dificultades prácticas relativas a los límites de la intervención estatal para hacer efectiva la igualdad material. · Ofrecer ejemplos de medidas legislativas y jurisdiccionales que desarrollan principios del Estado Social de Derecho. | <ul style="list-style-type: none"> · Lectura de este material de apoyo. · Consulta a la Constitución. · Análisis del tema en grupos de trabajo. · Participar en la sesión en la que se considere el tema. · Analizar la jurisprudencia pertinente. | <p>Explicación de todos los elementos establecidos e ilustración con ejemplos pertinentes.</p> |

6.2. Igualdad y escasez.

(Será tratado sobre la base de discusión en talleres o simulaciones)

6.3. Acción afirmativa o positiva y discriminación inversa.

La búsqueda de la procura de igualdad de oportunidades ha dado lugar en el Derecho estadounidense y europeo -entre otros mecanismos- a

referirse:

* A la acción afirmativa o acción positiva y a la 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

* A 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.

Acerquémonos pues, a estas dos orientaciones⁶⁷.

Acción afirmativa, acción positiva y discriminación inversa.

Se ha sostenido que la parte dogmática de las constituciones, tiene como función el servir de límite al 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 sólo 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 completa 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, la que comienza trazando la idea de si resultan vulnerados los derechos constitucionales cuando el Estado niega o reduce este rol activo, así como también de cual es el papel del Órgano 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 discriminación⁶⁸.

Muy relacionada a esta cuestión resurgirá con considerable fuerza en los últimos años la discriminación de la mujer⁶⁹, lo que ha dado lugar a

67 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 ambos considero, merecen especial atención en el desarrollo actual del Derecho Constitucional Salvadoreño. De ahí que las mencione en forma brevísima en el presente trabajo.

68 Sagüés, Néstor Pedro; “Elementos de Derecho Constitucional”, tomo 2, editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1997, p. 446.

69 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 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, un supuesto de diferenciación jurídica entre hombre y mujer que parte de un hecho concreto: la maternidad.

todo un movimiento no sólo político, sino también intelectual, e incluso con proyecciones en el ámbito constitucional de carácter de género, dirán algunos, o bien feminista para los otros⁷⁰.

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:

- * Para lograr una suerte de reparación histórica frente actos de sujeción o discriminación contra ciertos grupos, y
- * 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 populares⁷¹.

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 profesionales.

Un concepto distinto sería el de la discriminación positiva o inversa (algunos lo consideran una especie dentro del género de acciones positivas

⁷⁰ 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 analizada a la luz de una posible discriminación de la mujer constitucionalmente tolerada, es el caso del Art. 38 ord 10° Cn. de El Salvador, que en su inciso cuarto 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.

⁷¹ 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, Costa Rica, 19???, 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, España, 1992, p. 95 y ss.

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 ha establecido 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° 247.

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:

* Que son medidas que siempre plantean un importante desacuerdo social, por su propio carácter polémico;

* 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?);

* 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", (techo de cristal);

* La posibilidad de crear un efecto expansivo en materia de cuotas privilegiadas;

* Si realmente estas medidas benefician realmente a las personas perjudicadas;

* Si quienes resultan perjudicados por la discriminación inversa fueron personas que se beneficiaron con la situación anterior;

* Que no pueden imponerse cuotas privilegiadas basándose en el argumento de la compensación histórica, ya que ello trae 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.⁷².

Finalmente cabe agregar que diversos tribunales, entre ellos 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 afirmativas⁷³.

72 Cfr Anis, M "Azioni positive e principio de egualianza" en : Giurisprudenza Costituzionale, fascículo 1, Milán, Italia, 1992, p. 590 y ss. Y Rey Martínez, Fernando; "Discriminación positiva de mujeres...", ya citado, p. 329-330. 73 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.

6.4. La tutela de la igualdad en las relaciones entre particulares.

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 igualitario⁷⁴. Pero no se hará referencia en este 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 jurídica⁷⁵.

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

74 A guisa de ejemplo pueden mostrarse algunos de los múltiples pronunciamientos 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 el 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 deberán ejercerla conjuntamente y de común acuerdo. En tal sentido tal y como reza el inciso 1° 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 1° y 2° 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 relación hereditaria; se encuentran en contraposición respecto del 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 establece 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).

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

claro de esto es la posibilidad jurídica de no sólo 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., 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 cuál de ellos es el que constitucionalmente debe quedar situado en un grado prevalente en este tipo de casos.

El Código 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, aun 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.

OBJETIVOS OPERACIONALES.

| DESEMPEÑO DEL CAPACITANDO QUE EVIDENCIA QUE ALCANZÓ EL OBJETIVO. | CONDICIONES QUE SE HAN PROPICIADO PARA QUE OCURRA TAL DESEMPEÑO | PATRÓN ACEPTABLE PARA QUE EL DESEMPEÑO SEA CONSIDERADO SATISFACTORIO |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------|
| <p>Contrastar la situación de la igualdad con relación a: Los derechos individuales, y los derechos sociales, culturales y económicos.</p> | <ul style="list-style-type: none"> · Lectura de este material de apoyo. · Consultar la Constitución. · Analizar en grupo de trabajo este tema. · Participar en la sesión en aula en la que se considere el mismo. | <p>Comprender los elementos clave para realizar la comparación.</p> |
| <p>Describir y explicar de manera genérica qué mecanismos se han puesto en práctica para buscar la procura de igualdad de oportunidades.</p> | <ul style="list-style-type: none"> · Lectura de este material de apoyo. · Analizar en grupo de trabajo este tema. · Participar en la sesión en aula en la que se considere el mismo. | <p>Descripción y explicación de los mecanismos.</p> |
| <p>Analizar las consecuencias que resultan si el Estado niega o reduce el papel activo que le impone la Constitución para que determinadas personas o sectores tengan igualdad de oportunidades y cuál debe ser el papel del Órgano Judicial ante tales supuestos e ilustrar el análisis con ejemplos.</p> | <ul style="list-style-type: none"> · Lectura de este material de apoyo. · Consultar la Constitución. · Analizar en grupo de trabajo este tema. · Participar en la sesión en aula en la que se considere el mismo. | <p>Análisis del tema debidamente ilustrado con ejemplos.</p> |
| <p>Explicar en qué consiste la acción afirmativa o positiva e ilustrar la explicación con ejemplos.</p> | <ul style="list-style-type: none"> · Lectura de este material de apoyo. · Analizar en grupo de trabajo este tema. · Participar en la sesión en aula en la que se considere el mismo. | <p>Explicación del tema ilustrada con ejemplos pertinentes.</p> |

| | | |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>Explicar en qué consiste la discriminación inversa, indicar cómo se ha justificado este mecanismo e ilustrar la explicación con ejemplos</p> | <ul style="list-style-type: none"> · Lectura de este material de apoyo. · Analizar en grupo de trabajo este tema. · Participar en la sesión en aula en la que se considere el mismo. | <p>Explicación y descripción de las justificaciones. Proporcionar ejemplos pertinentes.</p> |
| <p>Diferenciar acción afirmativa o positiva de discriminación inversa.</p> | <ul style="list-style-type: none"> · Lectura de este material de apoyo. · Analizar en grupo de trabajo este tema. · Participar en la sesión en aula en la que se considere el mismo. | <p>Identificación y explicación de los aspectos diferenciales.</p> |
| <p>Analizar críticamente las objeciones que se han formulado a la discriminación inversa.</p> | <ul style="list-style-type: none"> · Lectura de este material de apoyo. · Analizar en grupo de trabajo este tema. · Participar en la sesión en aula en la que se considere el mismo. | <p>Análisis crítico de cada una de las objeciones.</p> |
| <p>Ofrecer y explicar ejemplos en nuestra Constitución en materia de igualdad entre particulares, así como identificar casos de esta naturaleza ante ejemplos que se le presenten.</p> | <ul style="list-style-type: none"> · Lectura de este material de apoyo. · Consultar la Constitución. · Analizar en grupo de trabajo este tema. · Analizar la jurisprudencia pertinente. · Participar en la sesión en aula en la que se considere el mismo. | <p>Ofrecimiento de ejemplos adecuados e identificación de casos.</p> |
| <p>Analizar la compatibilidad del derecho a la igualdad con otros derechos, principios y valores constitucionales, tales como la libertad de contratación y el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes.</p> | <ul style="list-style-type: none"> · Lectura de este material de apoyo. · Consultar la Constitución. · Analizar en grupo de trabajo este tema. · Participar en la sesión en aula en la que se considere el mismo. | <p>Análisis de dicha compatibilidad.</p> |

CASOS Y EJERCICIOS

ACOTACIONES IMPORTANTES REFERENTES A UN TRATAMIENTO IGUALITARIO.

ÍNDICE

| | |
|----------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1) IGUALDAD PROCESAL. | 85 |
| 2) LA DISCRIMINACIÓN EN NUEVOS ÁMBITOS JURÍDICOS. | 87 |
| 3) VIOLACIÓN DE LA IGUALDAD EN LA APLICACIÓN DE LA LEY. | 89 |
| 4) IGUALDAD TRIBUTARIA. | 90 |
| 5) IGUALDAD EN LA LEY. | 91 |
| 6) IGUALDAD DE ACCESO A LOS CARGOS PÚBLICOS. | 92 |
| 7) DISCRIMINACIÓN POR DIFERENCIACIÓN. | 93 |
| 8) CATEGORÍAS SOSPECHOSAS DE GENERAR DISCRIMINACIONES. | 95 |
| 9) IGUALDAD, PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD EN LA LEY. | 96 |
| 10) NUEVAS DIMENSIONES DEL DERECHO A LA IGUALDAD. | 97 |
| - Situaciones vinculadas con la igualdad y la protección del derecho a la salud. | |
| - Situaciones vinculadas con la acción afirmativa y la discriminación inversa. | |
| 11) APLICACIÓN DE LA LEY. | 100 |
| 12) LA SITUACIÓN DEL CONSUMIDOR. | 101 |

1) IGUALDAD PROCESAL.⁷⁶

Las partes se encuentran en un plano de igualdad dentro del Proceso.

Aportación de la Prueba (Onus Probandi).

Se dice que la carga probatoria, en aquellos procesos de Derecho Privado es objetiva.

La igualdad está presente también dentro de la aportación de pruebas al tribunal, la cual se traduce en que la distribución de peso de la prueba no influye la situación particular de las partes, en cuanto una de ellas pudiere pretender mayor credibilidad derivada de su honorabilidad, cargo oficio o mejor fama.

Asimismo implica dentro del proceso, igualdad de trato, no sólo para las partes, sino también para otros partícipes en el mismo. Tampoco podrían influir las diversas dificultades de probar que exista para una parte, respecto de la otra, sino al final el juez estará o habrá de atenerse al mérito de la prueba rendida.

Derecho de audiencia y derecho de igualdad.

“... el principio de contradicción está indisolublemente unido al de igualdad que consagra la Constitución, con proyección especial al proceso penal, pero también de aplicación a los demás procesos, teniendo por finalidad, al igual que todas las demás garantías que conforman el derecho en el que se integran (audiencia), el asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad entre las partes y de contradicción que imponen a los órganos judiciales el deber positivo de evitar desequilibrios entre la respectiva posición procesal de las partes o limitaciones en la defensa, que puedan inferir a algunas de ellas resultado de indefensión...”

Luego de leído lo antes expuesto el grupo debe discutir cada una de las preguntas que aparecen a continuación y formular una respuesta fundamentada. Si alguien disiente debe formular su propia respuesta, también fundamentada:

¿Cuál es la relación entre el Derecho de Audiencia y el Derecho de Igualdad?

Dónde considera usted que se encuentra protegida la igualdad de las partes dentro del proceso: ¿En el Artículo 3 de la Constitución o en el 11 de la misma?.

Algunos autores al hablar de igualdad procesal, lo vinculan con una actividad consistente en evitar generar situaciones de indefensión para las partes. En algunos procesos como el penal, se han eliminado las presunciones legales que tienden a generar una situación de desequilibrio entre las partes

⁷⁶ Cfr. Peñailillo Arévalo, Daniel, "La prueba en materia sustantiva civil" (Parte General), editorial jurídica de Chile, Santiago, 1989, p.46-47.

pero en otros ámbitos como el laboral no. ¿Será dicho tratamiento diferenciador discriminatorio?

La inversión de la carga de la prueba, es decir, cuando en lugar de hacer pesar la carga de la prueba a quien normalmente le corresponde, se atribuye a la parte contraria, ¿es sostenible a partir de la igualdad procesal de las partes?

2) LA DISCRIMINACIÓN EN LOS NUEVOS ÁMBITOS JURÍDICOS.

La discriminación del consumidor.

Como proyección del valor igualdad dentro del ordenamiento, aquel invade y conforma los nuevos ámbitos de normación jurídica: uno de ellos podría ser el ámbito de los derechos del consumidor.

Pareciera extraño tocar el tema de la discriminación del consumidor en aquellos casos donde en teoría la empresa estaría buscando un interés económico, con independencia del consumidor. Sin embargo, es patente la existencia de diferenciaciones aplicables en el sector comercial, algunas “justificadas y razonables” y otras que podrían entrar dentro de las prohibiciones comprendidas en el Art. 3 Cn.

Así, se han mencionado como causas justificadas que pueden permitir un tratamiento diferencial, la existencia de una mayor solvencia económica (ej. tratamiento bancario para el establecimiento de préstamos), la existencia de un mayor volumen de compra (ej. mayoristas frente minoristas), o la catalogación de cliente habitual (ej. descuentos por periodicidad en compras).

Sin embargo, también podrían apreciarse dentro de este ámbito diferenciaciones de dificultosa razonabilidad, por ejemplo, encontrarnos con sitios donde el acceso al mismo (generalmente sitios privados con acceso al público, centros comerciales, discotecas, restaurantes, etc.) cobra a unas personas y no a otras en función de criterios como raza.

Aplicación de tipo penal de discriminación: “Art. 292 Pn. El funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública, que por razón de nacionalidad, raza, sexo, religión, o 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”.

Luego de leer detenidamente el tipo penal sobre el tratamiento discriminatorio, el grupo debe discutir cada una de las preguntas que aparecen a continuación y formular una respuesta fundamentada. Si alguien disiente debe formular su propia respuesta, también fundamentada:

¿Existe un tratamiento discriminatorio entre particulares?, y en el caso como el señalado al principio de este ejercicio, ¿No tiene sanción alguna?, ¿Es entonces posible discriminar entre particulares?.

¿Cuál es la razonabilidad de la distinción entre funcionarios y particulares en dicho artículo?, o mejor dicho, ¿Qué justifica la no aparición dentro de este tipo penal como sujeto, a los particulares?.

Significa el artículo anterior, relacionado con el artículo 58, que si un director de una Escuela Pública niega el acceso a la misma porque el menor es fruto de una unión de hecho, el Director puede ser objeto de persecución penal; pero en el caso de una institución privada evidentemente el delito es atípico.

¿Cómo se garantiza el eficaz cumplimiento del Art. 58 de la Constitución entonces?, podríamos encontrar algunos órganos encargados como lo establece la Ley General de Educación y como ha sido asumido por la Sala de lo Contencioso Administrativo; ¿Pero qué justifica este tratamiento diferenciador?.

3) VIOLACIÓN DE LA IGUALDAD EN LA APLICACIÓN DE LA LEY.

Violación del derecho a la igualdad por sentencias contradictorias y falta de motivación.

“Para que pueda determinarse la desigualdad en la aplicación de la ley es necesaria la concurrencia de una serie de requisitos. En primer lugar, que las decisiones en contraste (...) hayan sido dictadas por el mismo órgano judicial; además que tales decisiones recaigan sobre casos o supuestos conflictivos esencialmente idénticos (...) y por último, que la decisión o solución innovadora se aparte de la doctrina anterior sin fundamentación que justifique el cambio de criterio (...), lo que en definitiva prohíbe el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley es que una resolución judicial responda de manera particular y aislada al concreto supuesto planteado en contradicción injustificada y arbitraria con criterios generales en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas”⁷⁷.

Utilización de sentencia sobre cambio de criterio sobre estabilidad laboral.

¿Le parece que atenta contra la igualdad el que existan casos similares o idénticos fallados en forma distinta?.

¿Dónde queda la independencia judicial en tal caso?.

Encuentra usted suficiente y adecuada la motivación establecida en la sentencia, ¿Cuáles son los requisitos principales que debe contener una sentencia para que la motivación sea suficiente y razonable, y que por consiguiente no exista violación al principio de igualdad tutelado en la Constitución?.

Considera razonables desde la perspectiva del derecho a la igualdad los argumentos señalados dentro de la sentencia. Razone su respuesta.

⁷⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional Español 42/93 de ocho de febrero. Tomado de: Publicaciones e las Cortes Generales nº 143, Madrid, España, marzo de 1993.

4) IGUALDAD TRIBUTARIA.

Aplicando el principio de igualdad ante la ley en el ámbito de las contribuciones resulta que la igualdad o equidad fiscal consiste en que a igual capacidad tributaria con respecto a la misma especie de riqueza, el impuesto ha de determinarse en las mismas circunstancias, igual para todos los contribuyentes. La existencia de desigualdades naturales justifica la creación de categorías de contribuyentes sujetos a tasas diferentes, siempre que cumplan las siguientes condiciones:

La clasificación debe excluir a toda discriminación arbitraria, hostil e injusta. Todos los contribuyentes ubicados en una misma categoría deben recibir el mismo tratamiento; el trato diferencial aplicado debe comportar una justa igualdad o razonabilidad, el trato diferencial debe respetar la uniformidad y la generalidad de la contribución, debe existir proporcionalidad de la contribución con relación a la capacidad tributaria del habitante.

Sentencia sobre la inconstitucionalidad de exención de pago de una tasa irrazonable en materia de utilización del suelo municipal para cableado y posteo telefónico. Aplicación de la igualdad en materia tributaria⁷⁸.

¿En esta sentencia se vinculan los conceptos de igualdad y proporcionalidad o son razonamientos separados?.

¿Podría bajo el concepto de discrecionalidad de la autoridad, establecer pagos o cánones manifiestamente diferenciados, bajo el criterio del lugar geográfico en donde se cobran?, es decir, por ejemplo una municipalidad cobra una tasa distinta a otra por el hecho de que una se cobra sobre la utilización de una propiedad en el interior de la República y la otra en el centro o la periferia. Razone su respuesta.

⁷⁸ Cfr. Linares Quintana, Segundo v., "Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional" tomo 4, Plus Ultra, Buenos Aires, Argentina, 1978, p.300.

5) IGUALDAD EN LA LEY.

Tipos penales.

Dice el Art. 201 Pn.: “El padre, adoptante o tutor de un menor de dieciocho años o de persona desvalida que deliberadamente omitiere prestar los medios indispensables de subsistencia a que estuviere obligado, mediando sentencia civil, definitiva ejecutoriada, convenio celebrado en la Procuraduría General de la República o fuera de ella, será sancionado con diez a treinta jornadas semanales de trabajo de utilidad pública”.

En la actualidad, los deberes de asistencia económica pueden ser asumidos por: el padre, la madre o ambos, por lo que podríamos luego de una lectura del Art. 201 Pn., considerar varias alternativas. Señale usted cuál es la más respetuosa del principio de igualdad.

El Art. 201 es inconstitucional, puesto que genera abiertamente una discriminación por razón de sexo: ¿Las mujeres no pueden incumplir sus deberes de asistencia económica? y por lo tanto todo juez de la República debe de inaplicarlo, por ser contrario a la Constitución.

El Art. 201 Pn. no es inconstitucional, pero sí implica, debido a la falta de coherencia lógica en la redacción del legislador, ser complementado por el intérprete del Derecho, y entender que donde se lee padre, implica -debido al reconocimiento de la igualdad de los deberes y derechos de los hijos frente a la pareja- entender que se hace referencia también a las mujeres.

El Art. 201 Pn. se tiene que entender tal como se lee, debido a que rompería el principio de legalidad (que es sumamente estricto en materia penal) cualquier interpretación que extendiera su aplicación a las mujeres. Y además, el legislador podría decidir libremente qué delitos pueden ser exclusivamente de ejecución masculina o femenina, pues ello es parte del principio de libertad de configuración del legislador.

6) IGUALDAD DE ACCESO A LOS CARGOS PÚBLICOS.

Supóngase que usted forma parte de un proceso de selección para una plaza dentro de la judicatura. En dicho proceso usted ha sido evaluado en diferentes aspectos, no sólo en el académico, y finalmente la Unidad de Evaluación tomando en cuenta criterios o aspectos tales como su experiencia, sus relaciones personales y vecinales, su moralidad, probidad, edad, sus calificaciones académicas, tales como títulos obtenidos, postgrados, etc., informa al Consejo Nacional de la Judicatura que usted es una persona apta para el cargo.

Como usted sabe, el Consejo colabora con la Corte Suprema de Justicia para proponer candidatas a cargos de jueces o magistrados, a través de la formación de ternas.

Suponga usted que en la terna de la cual forma parte, le es adjudicada la plaza a otra de las personas de la misma, usted desea saber cuál fue el criterio determinante por parte de la Corte, pero la oficina o unidad correspondiente en la Corte le niega todo tipo de información, y además la resolución que comunica el nombramiento no está motivado.

Entonces:

¿Es necesaria la información, comunicación o motivación de dichas decisiones, sobre la base que su omisión podría vulnerar directamente el derecho de la igualdad?. Razone su respuesta.

En el caso que la resolución estuviese motivada, pero dentro de la misma, la Corte señalará que el Consejo colabora, pero no vincula, y por tal motivo se ha nombrado a una persona ajena a la terna. ¿Se vulnera el derecho a la igualdad de trato en este caso?.

Ante una situación inesperada, un juez X, deja temporalmente su función, e inmediatamente la Corte Suprema de Justicia, nombra a un juez interino que no ha sido evaluado por el Consejo y que no ha recibido curso de capacitación alguno.

En estos casos “la urgente necesidad” de nombrar al funcionario, ¿impide la aplicación del criterio de igualdad, en el sentido que deben darse las condiciones para una igualdad de oportunidades para el ejercicio del cargo?.

7) DISCRIMINACIÓN POR DIFERENCIACIÓN.

Peticiones sobre la base de la necesidad de un trato diferenciado.

Generalmente se ha entendido que la discriminación implica que el Art. 3 Cn. no garantiza el derecho a imponer o exigir diferencias de trato. Este entendimiento de exclusión de un contenido que podría ser sujeto al análisis de la Constitución se basa en un dato fáctico: “la desigualdad obligada de todo lo diverso es contraria al elemental principio de generalidad e imposibilita la ordenación de las relaciones jurídicas”.

Eso sí, podemos señalar que: “Determinadas discriminaciones que gozan de una justificación objetiva y razonable no son contrarias al principio de igualdad procesal, en este sentido tenemos:

- a) La clasificación de los delitos en: de instancia privada y de instancia pública, o bien⁷⁹,
- b) La clasificación que determina lo que constituye un delito y lo diferencia de una falta.

Ejemplo: Señala el Art. 38 Cn en su ord 10^o inciso final, que: “Se prohíbe el trabajo a los menores de dieciocho años y a las mujeres en labores insalubres o peligrosas”...

Supóngase que un grupo que vela por los derechos de la mujer señala que dicha disposición no está acorde con el Art. 3 Cn debido a que se equipara a mujeres con incapaces, ya que la norma en referencia brinda un mismo tratamiento a aquellos que no tienen capacidad jurídica, como es el caso de lo menores de dieciocho años, con las mujeres.

Dicha organización alega que ello es producto de un resabio histórico, que imposibilita el acceso a las mujeres esta modalidad o clase de trabajo y que ello al final, se convierte en una discriminación “por no diferenciar entre incapaces y mujeres”.

¿Qué considera adecuado?:

- a) Que la afirmación antes señalada no tiene sustento jurídico alguno,
- b) Que efectivamente, la norma no es aplicable por generar una discriminación,
- c) Ninguna de las anteriores.

Razone su respuesta.

1. Con este ejemplo podemos plantear a su vez un pequeño problema: ¿Es posible señalar la inconstitucionalidad de una disposición constitucional por ser abierta o manifiestamente contradictoria con otra?. Razone su respuesta.

2. ¿Estaría usted de acuerdo con que las mujeres pudiesen realizar labores insalubres o peligrosas?.

79 Consejo General del Poder Judicial, “Cuadernos de Derecho Judicial” (La restricción de los derechos fundamentales en el proceso penal), tomo XXIX, Madrid, España, 1994, p.49.

3. ¿Por qué puede realizar una labor “peligrosa” el hombre y no la mujer?, acaso el hombre tiene mayor resistencia o frialdad frente al peligro.

4. Imagínese el siguiente supuesto:

Juana J. y Pedro P. se inscriben dentro de la lista de candidatos a optar por la plaza de “operador y recogedor de basuras” de la Alcaldía Municipal de San Salvador.

Juana J. tiene mayores cualidades para dicho puesto y gana la plaza. Pero, Pedro P., que quedó en segundo lugar, conociendo la disposición constitucional presenta una petición al Alcalde –que no se acordaba de la existencia del artículo en comento- y éste, vista la solicitud, aduciendo que todo funcionario al darse cuenta de un acto inconstitucional tiene que aplicar la Constitución, revoca el nombramiento o designación y deja en la plaza a Pedro P.

a) ¿Cree usted que sería un supuesto objeto del conocimiento del proceso de amparo, por violación al Art. 3 Cn?

b) Si usted fuese el asesor jurídico del Alcalde, ¿Qué le aconsejaría?

8) CATEGORÍAS SOSPECHOSAS DE GENERAR DISCRIMINACIONES.

Hay una serie de categorías contempladas en el Art. 3 Cn. que imposibilitan el establecimiento de restricciones sobre la base de las mismas. La Constitución habla de: nacionalidad, raza, sexo y religión.

No implica que sean las únicas protegidas por la Constitución, puesto que como lo señala el informe único de la Constitución, dicha enumeración no es de carácter taxativo.

Y tampoco implica la imposibilidad de utilizarlas por el legislador: la misma Constitución establece diferenciaciones de trato por sexo y por nacionalidad, por ejemplo.

Lo que implica el establecimiento de estas categorías es que a la hora de ser establecidas diferenciaciones sobre la base de las mismas, el legislador, y en su caso el juez, en el momento de considerar su razonabilidad, debe realizar un examen exhaustivo, puesto que su utilización convierte a dicho criterio diferenciador en sospechoso de generar discriminación.

Veamos:

1) Hace ya algún tiempo, se ha planteado una demanda de inconstitucionalidad relativa a la diferenciación por razones de edad que hace la ley para poder optar a la jubilación. El hombre puede jubilarse a los 60 años y la mujer a los 55.

- a) ¿Es esta diferenciación por razón de sexo, inconstitucional?,
- b) ¿Cuál es la razonabilidad de dicha diferenciación?,
- c) ¿Genera un trato discriminatorio?.

Razone sus respuestas.

2) Suponga usted que la Sala de lo Constitucional se pone de acuerdo para señalar que dicha diferenciación es contraria a la Constitución. ¿Cuál sería una solución idónea para el caso?:

- a) Subir el límite de edad para optar a la jubilación a las mujeres.
- b) Bajar el límite de edad para optar a la jubilación de los hombres.
- c) Establecer un término intermedio.
- d) Ninguna de las anteriores.

Fundamente sus respuestas.

3) ¿Conoce otras diferenciaciones sobre la base del sexo en El Salvador?, ¿Cuáles son?. ¿Considera que las mismas sí tienen asidero constitucional?.

9) IGUALDAD, RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD EN LA LEY.

La conversión de la multa en día-prisión.

Lea cuidadosamente el siguiente argumento "...Nuestra Constitución política prohíbe en forma expresa la prisión por deudas... No importa desde que punto de vista analicemos la figura de la conversión de multa a prisión, el resultado es siempre el mismo, la insolvencia del condenado le cuesta siempre su libertad personal.

VII. La conversión de multa en prisión, también viola el principio de igualdad constitucional, al exponer al condenado por contravención a estar recluido en peores condiciones que al sentenciado o indicado por delito. El contraventor no tiene acceso al beneficio de la libertad condicional o al indulto, pues éstos fueron concebidos únicamente para los condenados por delito; en consecuencia su tiempo en prisión lo cumple con menos oportunidades que las que el sistema le ofrece a quienes han cometido delito, situación que a todas luces resulta irracional, si consideramos que el contraventor no ha lesionado bienes jurídicos de importancia (...)

Indudablemente es inconstitucional que la pena sustitutiva, de diferente naturaleza a la pena sustituida, sea de mayor gravedad que ésta, atendiendo a razones ajenas a la culpabilidad del hecho, como lo son las condiciones patrimoniales del imputado...

En vista de los vicios constitucionales que presenta la conversión de la multa en prisión, debe ser declarada inconstitucional..."

Discusión sugerida:

1. ¿Le parece que realmente en el análisis de la aplicación de la pena de prisión a hechos constitutivos de falta entra a jugar un papel predominante el derecho a la igualdad?. Motive su respuesta.

2. ¿Le parece que juega un papel relevante la proporcionalidad y razonabilidad de las penas, más que el derecho a la igualdad?. Fundamente su respuesta.

3. ¿Le parece a usted que la conversión de las multas penales y administrativas en El Salvador por días de prisión es inconstitucional?. Razone su respuesta.

4. ¿Encuentra dentro del Derecho salvadoreño casos análogos a éste? ¿Podría aplicárseles el principio de igualdad o el principio de proporcionalidad? ¿De qué manera?.

5. ¿Considera que el fin perseguido por el Derecho Penal implica un valor superior a la libertad personal en juego en estos casos?. O más bien, ¿Posibilita la persecución de aquellos grupos menos favorecidos económicamente?.

10) NUEVAS DIMENSIONES DEL DERECHO A LA IGUALDAD.

Los alcances de la igualdad como derecho prestacional.

Comentario:

Una de las conquistas del Estado Social de Derecho es el establecimiento formal no sólo de una igualdad formal, sino la búsqueda de una igualdad material, lo que supone por lo menos la cobertura de los mínimos esenciales de existencia para los individuos, en la medida de las posibilidades del Estado.

Un caso paradigmático en la actualidad es el tratamiento de los enfermos contagiados con el Síndrome de Inmuno-deficiencia Adquirida (SIDA). Establezcamos dos ejemplos, no hipotéticos:

I. Los contagiados con el síndrome a través de una organización fundada para la defensa de sus derechos interponen una demanda de amparo ante la Sala de lo Constitucional, sobre la base de la negación de la atención y prestaciones de salud, por las cuales han cotizado al Instituto Salvadoreño del Seguro Social.

El ISSS a la hora de rendir informe a la Sala dentro del proceso señala que sí brinda atención a esta clase de enfermos, pero que la misma no puede ser especializada debido al alto costo que ella ocasiona.

Sin embargo, la Asociación pro defensa de los derechos de los enfermos de SIDA, señala como contra argumentación, que el ISSS, en determinados casos, posibilita inclusive la atención en el extranjero de determinados pacientes que si bien no están infectos con SIDA, si implican un desembolso manifiestamente superior al de una atención básica (pagándose dichas cuentas con fondos del ISSS), por lo que cabe señalar que no es la escasez de recursos aludida por el ISSS por lo que no se establecen vías para su atención individualizada y diferencial, sino la estigmatización de que es objeto quien padece esta enfermedad en la sociedad salvadoreña.

1. ¿Considera que se da un trato discriminatorio en este caso?. Explique su respuesta.

2. Hasta qué punto sería posible un trato diferenciado y especial en materia de asumir costos para el tratamiento de estas enfermedades.

3. Considera razonable el establecimiento de un tratamiento básico o normalizado en los casos de enfermos de SIDA. ¿Qué sería un tratamiento básico en medicina?.

4. ¿Podría sostenerse la discrecionalidad de dicho término, ya que en su oscuridad podría dar lugar a diversas interpretaciones que pueden generar tratamientos discriminatorios?. Por ejemplo: Imposibilita este tratamiento básico, la práctica de operaciones en las personas con estos padecimientos. ¿Existen otros pacientes que sólo reciban un tratamiento básico?.

II. En el Centro Penitenciario “la nueva actitud”, el Director ha recibido una petición apoyada por la mayoría de los reclusos: que se establezcan

medidas de aislamiento o separación de los enfermos de SIDA, con la finalidad de no expandir el contagio en el Centro Penitenciario, sobre la base del necesario cuidado y respeto del derecho a la salud de los reclusos “sanos”.

El Director recibe la petición con toda la buena voluntad de hacerla valer; pero se da cuenta que la misma, para que tuviese efectos reales, debería ser total, es decir, no sólo la separación de dormitorios, sino de los sitios de recreación y ocio, de trabajo interno, de sanitarios y duchas, etc.

Frente a esto, los enfermos de SIDA, señalan que una diferenciación de tal tipo sería discriminatoria e irrazonable, pues generaría dentro del penal una marginación del grupo, en tanto, ya no podrían ingresar a los talleres de trabajo, y no dispondrían del espacio interno adecuado para su debida readaptación.

En fin:

Usted es el asesor del señor Director, y entonces:

1. ¿Sería un trato discriminatorio prohibido por la Constitución el solicitado por los reclusos sanos?.

2. ¿Considera que este tipo de medidas pueden implementarse o no?.

3. En el caso que considere su implementación (supóngase como sucede en los hospitales, definiendo un pabellón para este tipo de enfermos), ¿Cuáles son los límites que deberían considerarse a la hora de imponer dicha medida?.

4. ¿Qué otras alternativas podría usted sugerirle al Director del Centro, que no fuesen estigmatizantes ni discriminatorias y que podrían implementarse dentro de los Centros Penales?.

5. Si se implementase dicha medida, ¿Considera usted que para la protección de los derechos de los infectados con el Síndrome, sería posible utilizar el denominado hábeas corpus correctivo, o en su caso, otro medio procesal idóneo?.

Discriminación inversa.

Comentario de caso hipotético:

Hace algún tiempo un partido político con representación legislativa propugnó dentro de su ideario político o proyecto a desarrollar la necesidad de mejorar la representación femenina dentro de la Asamblea Legislativa. En tal sentido, dicho partido se comprometió a que un 33% del total de diputados propuestos por el mismo fuesen mujeres.

No obstante, meses después, señaló que para ser garante del derecho a la igualdad establecido en la Constitución dicho nivel porcentual no podría ser mantenido, y que daría igualdad de oportunidades privilegiando el mérito y no el sexo. Como resultado de tal situación dicho partido político incluyó en la recién Asamblea Legislativa un 89% de diputados masculinos.

¿Considera que la política o programa del partido político era contrario a la norma constitucional al establecer una cuota de cupo femenino para los escaños asamblearios?, razone su respuesta. ¿Supone usted que las cuotas o las acciones a favor de un grupo históricamente discriminado o marginado de ciertos sectores de la sociedad permite la incorporación de cuotas o tratamientos diferenciales?, razone su respuesta.

Imagínese usted que se incorporase la siguiente disposición dentro de la Carrera Judicial o Administrativa.

“Art. XX. Debido a que el número de hombres que en la actualidad ostenta cargos dentro de la organización, en materia del proceso de selección, en aquellos casos de encontrarse a personas con similares condiciones académicas y personales adecuadas para optar por el cargo, se preferirá aquellas de sexo femenino”.

¿Considera atentatoria a la cláusula de igualdad establecida en el Art. 3 de la Constitución?

Supóngase la aplicación de la siguiente política para fomentar la incorporación de la mujer en el mercado de trabajo:

“Art. CC. Los empleadores en materias relacionadas con _____, _____ y _____; áreas en las cuales se ha mostrado un nivel mínimo de participación femenina, se considerará prioritario el establecimiento de medidas tales como exenciones fiscales, hasta un _%, a aquellas empresas que contraten mayoritariamente personal femenino”.

¿Considera que es posible incluir este tipo de disposiciones dentro del ordenamiento, sin atentar contra el derecho a la igualdad?

Conoce usted si en el Derecho comparado existen disposiciones similares a éstas, cítelas y analícelas críticamente.

¿Cuál es en el fondo la finalidad de la denominada discriminación inversa y de la acción afirmativa?, ¿Podrían debido a su finalidad tener asidero en nuestra Constitución?. Comente su respuesta.

11) APLICACIÓN DE LA LEY.

Nota: Lea cuidadosamente la sentencia que se anexa a continuación. Una vez efectuada dicha lectura y bajo ayuda de su coordinador se conformarán pequeños grupos de discusión, con la finalidad de contestar el siguiente cuestionario.

¿Tertium comparationis?, usted ya sabe en qué consiste dicho concepto. ¿Cuál es el tertium comparationis en el fallo judicial en comento?

Se ha señalado que el derecho a la igualdad es un derecho referencial, es decir, debe existir un sujeto en idénticas condiciones esenciales que usted, para que pueda ser aplicable el análisis igualitario. ¿Cuál es el hecho referencial que se toma en cuenta para elaborar el criterio de igualdad en la sentencia?.

Tanto la posición de la Jueza Primero de Menores como de la Cámara desarrolla los fundamentos del criterio de igualdad, pero los análisis llegan a conclusiones totalmente contrapuestas, ¿Por qué?.

¿Cuál considera usted que es el análisis más cercano al respeto del Derecho Constitucional de igualdad?, ¿El del Juez de Menores o el elaborado por la Cámara?. Fundamente su respuesta.

Imagínese que le formularan el siguiente cuestionamiento relativo al análisis de la sentencia: ¿Pueden o no pueden aplicarse supletoriamente las instituciones del Derecho Procesal Penal al Derecho de Menores en aquello que le favorezca al imputado?. ¿Qué respondería usted?. Razone su respuesta.

12) LA SITUACIÓN DEL CONSUMIDOR.

Hechos:

Usted recibe la visita de su amigo de infancia Pedro Lagos, quien le solicita que le asesore sobre la siguiente situación: él es dueño de una empresa situada en Colonia Venecia, pasaje Cerdeña No. 107, jurisdicción de la ciudad de Soyapango. La misma se dedica a consultorías en materia informática y presta servicios adicionales, tales como desarrollo de programas, migración de datos entre diversos sistemas, etc. Que para protección del numeroso equipo que utiliza, tiene instalado en el inmueble un sistema de aire acondicionado central. Que por estar integralmente informatizada en su empresa sólo laboran él, una digitadora y un programador. Que en un predio colindante con el de su establecimiento, situado al rumbo poniente de éste, existe un negocio de venta de jugos denominado “Levántate Lázaro”, cuya especialidad principal son los jugos de naranja con huevo, el agua de coco, la cual viene en diversas presentaciones, tales como el coco loco, el coco hawaiano que se adorna con piña y flores; además de venderse diversas clases de jugos naturales de piña, papaya, sandía, de caña, etc. Que el negocio es visitado por numerosos clientes no sólo de la localidad sino de San Salvador y otros sitios aledaños.

Que la empresa de Pedro Lagos experimenta un elevado consumo de kilowats por hora, en cambio el consumo de energía eléctrica de “Levántate Lázaro” es infimo, ya que funciona de 9:00 a.m. a 5:00 p.m. en un rancho típico sin paredes por lo cual no necesita luz artificial y el hielo que utiliza lo compra por quintales donde un pariente.

Que la empresa de Pedro Lagos genera una exigua cantidad de desechos sólidos (basura) dado que trabaja casi exclusivamente con soporte informático. Su lema es “cero papel”. En cambio la generación diaria de desechos sólidos de “Levántate Lázaro” es impresionante, particularmente las estopas de coco, bagazo y cáscara de las cañas, naranjas, papayas, mameyes, etc.; a tal grado que cuenta con 5 barriles grandes para depositar la basura que recoge la municipalidad los días martes, jueves y sábados, agregando que los días martes no dan abasto y deben utilizarse numerosas cajas de cartón adicionales. Que como la tasa mensual por tratamiento y disposición final de desechos sólidos, establecida mediante reforma a la ordenanza reguladora de las tasas y servicios municipales de la ciudad de Soyapango establece el cargo no por la cantidad o peso de desechos tratados y dispuestos, sino por el número de kilowats consumidos, Pedro Lagos tiene que pagar 300.00 a la alcaldía municipal con fundamento en dicha tasa, mientras que el propietario de “Levántate Lázaro” sólo debe pagar 70.00 mensuales.

Su amigo Pedro Lagos le manifiesta que aunque él no es abogado intuye que lo relatado no es justo ni lógico.

Le pregunta si existe una manera jurídica de remediar dicha situación. Que si la hay le diga cuál es. Que si existen varias le explique los pros y contras de cada una ellas y que le recomiende cuál usar.

Que en caso de ser escogida una de ellas le redacte un escrito, sea para que Pedro Lagos lo presente personalmente o que se formalice un poder para que usted ejerza por él la pretensión correspondiente.

Que sus honorarios se los paga mediante servicios informáticos.

Actividades a realizar:

Los participantes en el grupo de trabajo deben leer y analizar los “hechos” precedentes y el decreto de la alcaldía municipal de Soyapango que se les proporciona con el mismo.

Los participantes en el grupo de trabajo, luego del respectivo análisis y discusión, deberán contestar por escrito las preguntas de Pedro Lagos. Deben consignarse las opiniones disidentes, debidamente fundamentadas.

En el caso que el grupo considere que puede usarse un medio impugnativo, deberá redactarse la demanda, para lo cual queda a su discreción organizarse en la forma que les parezca más conveniente. Deberán indicar si debe agotarse previamente una vía previa y en caso positivo indicarla y dar por supuesto para redactar la demanda, que la misma se agotó infructuosamente.

Cada grupo de trabajo deberá designar un representante para que haga una relación breve ante todos los participantes en el curso, de las respuestas dadas a Pedro Lagos y de las demandas elaboradas. A partir de la primera exposición, las restantes se concretarán a consignar nuevos aportes o puntos de vista diversos de la o las precedentes y se evitarán las reiteraciones. Luego de ello, todos los participantes tendrán oportunidad de formular preguntas, observaciones y nuevos aportes.