

**REVISTA
DE
DERECHO PÚBLICO
No. 7-8**

**Enero/Diciembre
2008**

Asociación Costarricense de
Derecho Administrativo

CONTENIDOS

SUMARIO DEL NÚMERO 7 - 8

Enero - Diciembre 2008

I.- ESTUDIOS

JINESTA LOBO, E, Reforma del Derecho Administrativo codificado frente a la globalización y la sociedad del conocimiento: A 30 años de la promulgación de la LGAP	09
MÜLLER-GRUNE, Sven, La perspectiva alemana sobre el acceso a la Justicia en la vía contencioso-administrativa y el derecho a un proceso con todas las garantías	29
HIDALGO CUADRA, R. Problemas Probatorios del Procedimiento Administrativo Sancionador	39
CAJIAO, Ma.V., Límites y retos de la normativa de conservación marina en Costa Rica	51
ORTIZ ZAMORA, L. Concesión de obra con servicio público en Costa Rica	63
OROZCO SOLANO, V.E., Competencias del Tribunal Constitucional costarricense	81
MILANO SANCHEZ, A. La igualdad como derecho fundamental	99

II.- RECENSIONES Y NOTICIAS DE LIBROS

OROZCO SOLANO (Víctor), La fuerza normativa de la Constitución, San José, Investigaciones Jurídicas S.A., 2008, 339 pp.	111
TORREALBA NAVAS (Adrián), Derecho Tributario, Parte General Tomo I, Principios Generales y Derecho Tributario Material, San José, Editorial Jurídica Continental, 2009, 417 pp.	113

LA IGUALDAD COMO DERECHO FUNDAMENTAL

Aldo MILANO SÁNCHEZ¹

Sumario: INTRODUCCIÓN I.- LA IGUALDAD COMO VALOR, PRINCIPIO O DERECHO FUNDAMENTAL
1.- Antecedentes históricos. 2.- Como valor y Principio 3.- Como derecho fundamental II.- ¿TIENE OBJETO LA POLÉMICA? III.- CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente, se ha planteado en la doctrina la discusión en torno a la naturaleza jurídica de la igualdad. Se disputa si se trata de un valor y Principio jurídico o bien, si se trata de un derecho subjetivo. Por ello, en la primera parte del estudio se evaluará esta temática a efecto de establecer la distinción que se plantea en una y otra tesis (I).

Ahora bien, por muy amplia que sea esa discusión, es lo cierto que es preciso cuestionarse su utilidad práctica, a propósito de la acogida de la tesis dual de los derechos fundamentales, conforme a la cual, éstos son tanto derechos subjetivos, como normas objetivas con carácter de principio (II).

I. LA IGUALDAD COMO VALOR, PRINCIPIO O DERECHO FUNDAMENTAL

Antes de examinar en detalle los alcances de la polémica, es preciso evaluar los antecedentes históricos en que se basa la actual concepción de la igualdad jurídica, antecedentes que se remontan al Siglo XVIII, como se expondrá (1).

Luego de ello, se expondrá de modo muy breve la tesis que excluye que la igualdad sea un derecho fundamental (2), para luego estudiar la que si admite esa condición (3).

1. Antecedentes históricos

Como bien se ha señalado, el nacimiento de los derechos fundamentales se produce junto con el de las Constituciones², marcadas por la ideología propia del Estado liberal, en donde lo requerido era asegurar, en vista del absolutismo precedente, ámbitos de libertad al ciudadano. No en vano se atribuye a la Constitución, el papel de "ariete contra la estructura de poder del antiguo régimen"³.

Ese es, sin duda, el caso de la igualdad, que lejos de ser la excepción a esa regla, más bien representa una de sus más típicas manifestaciones.

Como lo ha señalado HABERLE, uno de los temas con que se asocia de ordinario a la Revolución Francesa, es "*la igualdad del ciudadano ante la Ley, igualdad de sufragio, igualdad impositiva en función de la riqueza*"⁴.

En efecto, se ha heredado de la Revolución Francesa, una serie de elementos estructurales y funciones del Estado constitucional con carácter determinante, dentro de los cuales se encuentra, sin duda, la igualdad⁵.

Y es que si se examina con detalle la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, en la

¹ El autor es Doctor en Derecho, posee un Diplomado de Estudios Avanzados en Derecho Constitucional. Es, además Director de la Revista.

² CRUZ VILLALÓN (Pedro), *Formación y Evolución de los Derechos Fundamentales*, Revista Española de Derecho Constitucional, No. 25, 1989, pág. 41.

³ LÓPEZ PINA (Antonio), GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ (Ignacio), *Elementos de Derecho Público*, Madrid: Marcial Pons, 2002, pág. 100.

⁴ HÄBERLE (Peter), *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, Madrid: Minima Trotta, 1998, pág. 39.

⁵ *Ibid.*, pág. 76.

cual se sintetiza la filosofía jurídica promovida por el movimiento revolucionario, podrá encontrarse no una, sino múltiples menciones a la igualdad.

La primera se hace desde el propio inicio de la Declaración, es decir, en su artículo primero, según el cual:

«Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune.»

Si como se sabe, el Ancien Régime se había fundado en una notoria desigualdad social, era impostergable la mención de la igualdad desde el propio inicio de la Declaración, introduciéndose, de ese modo, como un elemento constitutivo del orden social que inaugura la Declaración⁶.

Fue tan intenso el afán de los revolucionarios de introducir la igualdad como elemento constitutivo del orden social, que se plasmó en el texto en múltiples normas, sea para garantizar el acceso paritario de los ciudadanos a los empleos públicos –art.6- o bien, para entronizar el paritario reparto de las cargas públicas –art. 13-.

Ahora bien, tal y como se ha entendido con razón, la igualdad ha “experimentado una notable mutación”⁷.

En efecto, la recién aludida consideración de la igualdad en el texto de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, se relaciona con la llamada igualdad formal: todos los hombres son iguales ante la ley.

Como se ha explicado, en ese momento, la igualdad “se configuraba como una identidad de posición de los destinatarios de la ley, como una equiparación de situaciones frente a los efectos y alcance de la ley”⁸.

De ahí la afirmación del artículo 6 de la Declaración, según el cual, la ley “doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse”.

En un segundo momento, la igualdad adquiere otra connotación, la cual se relaciona con su vertiente material. De este modo, más allá de la igualdad ante la ley, se da el paso a la “igualdad dentro de la ley o en la ley”, introduciéndose de ese modo la regla del “tratamiento diferenciado” respecto a los destinatarios de la ley, la cual contrasta con la propia de la concepción formal de la igualdad, es decir, la regla del “tratamiento general e indeterminado”⁹.

Lo cierto, sin embargo, es que como bien explica en la doctrina DÍEZ-PICAZO, “en el constitucionalismo contemporáneo”, ambos sentidos “coexisten y se complementan mutuamente”¹⁰.

Pero la mutación ha ido aún más allá. Como lo plantea Jiménez Campo, “aunque la fórmula arquetípica permanezca -«todos los ciudadanos (o todos los hombres) son iguales ante la ley»- su contexto normativo se ha modificado, con frecuencia, mediante la inclusión de interdicciones concretas para la diferenciación en virtud de criterios específicos”¹¹.

Ha sido en ese contexto histórico, que surge la polémica en torno a la naturaleza normativa de la igualdad: se trata de un valor superior del Ordenamiento Jurídico? Es más bien un Principio Jurídico constitucional? O se trata de un derecho fundamental?

De seguido se entrará a evaluar esos tópicos.

2. Como valor y Principio

Dentro del Derecho constitucional comparado, cabe destacar el tratamiento que da la Constitución Española de 1978 a la igualdad. En efecto, como sucedió en el caso de la Declaración de Derechos

⁶ PRÉTOT (Xavier), Article 1, en *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*, Paris : Economica, pág. 69.

⁷ DÍEZ-PICAZO (Luis María), *Sistema de Derechos Fundamentales*, Madrid: Thomson-Civitas, 2005, pág. 192.

⁸ GARCÍA MORILLO (Joaquín), La cláusula general de igualdad, en *Derecho Constitucional*, Volumen I, Valencia: Tirant Lo Blanch, pág. 177.

⁹ Ibid., pág. 179.

¹⁰ DÍEZ-PICAZO (Luis María), op.cit., pág. 193.

¹¹ JIMÉNEZ CAMPO (Javier), *La igualdad jurídica como límite frente al legislador*, Revista Española de Derecho Constitucional No. 9, pág. 74.

del Hombre y del Ciudadano, la atención del Constituyente español a la igualdad, fue vasta, dando su primera evidencia el artículo 1.1. en donde se señala que España se constituye como *“un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”*.

Se trata de un planteamiento que no da pie a duda alguna. La CE enarbola la igualdad, ab initio, como un “valor superior de su ordenamiento jurídico”.

La especial atención dada a la igualdad, sin embargo, no termina ahí. Siempre dentro del mismo Título I de la Constitución, aunque ahora en su Capítulo Segundo, se vuelve a hacer referencia a la igualdad, si bien de un modo muy particular y que difiere con el caso de los derechos fundamentales y libertades públicas reguladas en la Sección 1ª de ese mismo Capítulo.

En efecto, a diferencia del tratamiento dado a derechos fundamentales como el de la vida y a la integridad física y moral, por ejemplo, en el caso de la igualdad, se optó por regularla mediante una norma que antecede el articulado de la Sección 1ª, lo cual ha dado lugar a comentarios doctrinales que tildan la especial importancia que de esa forma quiso dársele por parte del Constituyente originario.

Al decir de GARCÍA MORILLO, esa particular ubicación del artículo 14 de la CE, le confiere el carácter de *“frontispicio del «núcleo duro» de la parte dogmática de nuestra Constitución”*¹².

Para SUÁREZ PERTIERRA y AMÉRIGO, *“el sistema empleado”* por el Constituyente en el caso de la igualdad “es revelador”. Se refieren los autores al hecho de que, *“sin hacer referencia a su contenido, es preciso resaltar que se encuentra situado a manera de pórtico en el capítulo 2º de la Constitución, presidiendo las dos secciones en que se desarrolla su contenido y su dependencia de lo dispuesto en el artículo 1.1 del propio texto legal”*¹³.

De este modo, no es de extrañar que haya surgido una tendencia doctrinal que ve en la igualdad, más que un derecho subjetivo, un valor y un principio jurídico.

No resulta discutible que para el Constituyente español, la igualdad es uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico. Así resulta de la letra misma del artículo 1.1 de la CE que le otorga ese tratamiento.

Donde si se manifiesta una discusión, al menos a nivel doctrinal, es con respecto al carácter mediato o inmediato de los efectos jurídicos de ese postulado constitucional.

En efecto, es posible señalar que para algunos autores como JIMÉNEZ CAMPO, esa disposición *“por sí sola, carece de efectos jurídicos inmediatos, debiendo entenderse –y ahí reside su sentido y su importancia- más como pauta de legitimación del orden jurídico en su conjunto que como parámetro de legitimidad constitucional de los actos infraordenados”*. Para el autor, *la virtualidad jurídica inmediata queda reservada a las normas que aparecen a lo largo del articulado constitucional, normas “sobre las que «se proyecta con una eficacia trascendente» (STC 8/83, de 18 de febrero, ponente: Arozamena Sierra)”*¹⁴.

Para ZOCO ZABALA, por su parte, es preciso plantear algunos ajustes a la tesis de JIMÉNEZ CAMPO. Para esa autora, tanto los valores como los principios gozan de eficacia jurídica. De este modo, en el caso concreto de la igualdad, se plantea la tesis de que *“...se proyecta en la exigencia de trato igualitario que deriva del artículo 14 CE”*. En cuanto valor, se dice, *la igualdad “constituye el fundamento en la interpretación del ordenamiento jurídico, la guía para orientar la evolución de la Norma Constitucional, y el parámetro para delimitar la legitimidad de las diversas manifestaciones del sistema de legalidad”*¹⁵.

Por otra parte, son múltiples los autores que atribuyen a la igualdad, el carácter de principio.

En efecto, JIMÉNEZ CAMPO la califica como *“principio estructural del ordenamiento”*¹⁶, atribuyéndole

¹² GARCÍA MORILLO (Joaquín), op.cit., pág. 177.

¹³ SUÁREZ PERTIERRA (Gustavo) y AMÉRIGO (Fernando), Artículo 14 Igualdad ante la Ley, en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, dirigidos por Óscar ALZAGA VILLAAMIL, Madrid: EDERSA, 1997, pág. 256.

¹⁴ JIMÉNEZ CAMPO (Javier), op.cit., pág. 79.

¹⁵ ZOCO ZABALA (Cristina), *La igualdad en la aplicación de las normas y motivación de sentencias (artículos 14 y 24.1 CE)*, Barcelona: J.M.BOSCH EDITOR, 2003, pp.36-37.

¹⁶ JIMENEZ CAMPO (Javier), op.cit., pág. 76.

de ese modo, la capacidad de servir de parámetro de constitucionalidad al momento de examinar la conducta del legislador, así como del aplicador del Derecho.

RUBIO LLORENTE, por su parte, también atribuye a la igualdad la connotación de principio jurídico, el cual, dice, *“afirma a priori la existencia de una igualdad que el Derecho ha de respetar por principio”*¹⁷.

Sin embargo, quien quizás elabora más la tesis, excluyendo inclusive la naturaleza de derecho subjetivo de la igualdad, es ZOCO ZABALA.

Dos son las razones por las cuales estima la autora, que la igualdad es un principio jurídico.

En primer lugar, estima que la igualdad *“constituye un principio y no un derecho subjetivo, porque precisa delimitar respecto a qué objeto y frente a quién se tiene derecho a un trato igual”*¹⁸.

Una tesis similar había sido oportunamente planteada en ese sentido por DE OTTO, quien estima en cuanto a la igualdad, que *“...se trata de un principio configurador pero no constitutivo de relaciones jurídicas”*¹⁹.

La segunda razón aludida por ZOCO ZABALA, se refiere a una consideración puramente formal. Se trata de la ubicación del artículo 14 de la CE en el preámbulo de la Sección 1ª, Capítulo II, Título I.

Como se verá adelante, en realidad los dos argumentos en que la citada autora sustenta su tesis de que la igualdad es un principio y no un derecho subjetivo, no logran a mi juicio, excluir que también es un derecho subjetivo.

La necesidad de delimitar el objeto y encontrar un par de comparación para hacerla valer, lo único que denota es la naturaleza relacional de los derechos de igualdad, sin que por ello deba discutirse su condición de tal.

Por otra parte, la ubicación del artículo 14 no parece ser un argumento de peso para excluir su carácter de derecho fundamental, en tanto con posterioridad, mediante el artículo 53.2, el propio Constituyente erradicó toda duda, al incluirlo como uno de los derechos fundamentales amparables por parte del Tribunal Constitucional, mediante el proceso sumario ideado al efecto.

Todo esto, sin embargo, a propósito del carácter dual de los derechos fundamentales, no impide que se encuentre en esta garantía, también, un principio superior del ordenamiento, como lo son en general los derechos fundamentales, aspecto sobre el cual se ahondará más adelante.

3. Como derecho fundamental

Como se ha visto, la igualdad, sea como principio o ahora como derecho fundamental, es una de las más representativas conquistas de la Revolución Francesa, al grado que se le incluyó en el emblemático lema con que históricamente se identifica ese episodio de la Humanidad.

En la doctrina española, son múltiples los autores que atribuyen a la igualdad el carácter de derecho fundamental.

Para GARCÍA MORILLO, los artículos 14 y 53 de la CE *“configuran la igualdad, en primer lugar, no sólo como un principio, sino como un auténtico derecho subjetivo de los españoles que puede, por tanto, ser invocado ante los tribunales –y, en su caso, ante el Tribunal Constitucional- demandando su preservación y eventual restablecimiento”*²⁰.

Aludiendo a las mismas disposiciones, DíEZ-PICAZO encuentra que desde un punto de vista formal, *“no hay motivo alguno para negar que es de aplicación al art. 14 CE el máximo de garantías propias de los derechos fundamentales”*, apuntando además, una especial característica del derecho a la igualdad, a saber, que *“es muy dudoso”* que *“la igualdad ante la ley admitiera lógicamente algo así como un desarrollo legislativo global”*²¹, circunstancia que cabe relacionar con su carencia de autonomía como derecho fundamental.

¹⁷ RUBIO LLORENTE (Francisco), *La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Revista Española de Derecho Constitucional, No. 31, pág. 15.

¹⁸ ZOCO ZABALA (Cristina), op.cit., pág. 55.

¹⁹ DE OTTO (Ignacio), *Igualdad*, en Diccionario del Sistema Político Español, Madrid: Akal Editor, 1984, pág. 450.

²⁰ GARCÍA MORILLO (Joaquín), pág. 180.

²¹ DíEZ-PICAZO (Luis María), pág. 194.

Por su parte, para CRUZ VILLALÓN, la igualdad “a la vez que un principio informador del ordenamiento es un derecho, un derecho subjetivo, es decir, un derecho del que son titulares los ciudadanos: un auténtico derecho invocable y alegable ante los tribunales”²².

La misma tesis es defendida por SUÁREZ PERTIERRA y AMÉRIGO, para quienes de la igualdad, a la cual atribuyen el carácter de principio y valor que informa el Ordenamiento Jurídico, “deriva un derecho subjetivo para el ciudadano”²³.

Por otra lado, BAÑO LEÓN afirma el carácter de derecho público subjetivo de la igualdad, considerando lo dispuesto por los citados artículos 14 y 53.2 de la CE, normas de las cuales extrae como conclusión que “Nuestra Constitución, pues, ha establecido a la igualdad como derecho y ha reconocido la vía procesal para hacerlo efectivo”²⁴.

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha encontrado, también, que la igualdad es un derecho fundamental.

Así quedó en evidencia, en la STC 07/1983 del catorce de febrero de mil novecientos ochenta y tres, en la cual se identificó una lesión al “derecho fundamental contenido en el art. 14 de la Constitución, consistente en no ser discriminado por razón del sexo”.

Como puede verse, múltiples autores y hasta el propio Tribunal Constitucional, coinciden en atribuir a la igualdad el carácter de derecho fundamental, el cual, a mi juicio, es indiscutido, sin perjuicio de que también, dentro de su vis expansiva, quepa atribuirle el carácter normativo de principio informador del Ordenamiento Jurídico.

Aún más, creo en lo personal que no sólo existe un derecho fundamental a la igualdad. Me parece que así como existen derechos de defensa o prestacionales, existen también, derechos de igualdad.

Tal y como se ha visto, desde la propia Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, se ha concebido tradicionalmente no sólo un derecho fundamental, sino múltiples derechos de igualdad.

La Constitución Española presenta, como la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, diversas garantías fundamentales de igualdad, como es el caso del derecho a contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, mediante una sistema tributario inspirado en los principios de igualdad y progresividad –art.31.1- o bien, del derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica, regulado por el artículo 32.1.

Es válida, entonces, la tesis de ALONSO GARCÍA para quien cabe identificar una cláusula general de desigualdad –derecho general a la igualdad- contenida en el artículo 14 de la CE y cláusulas de desigualdades específicas como las recién referidas²⁵.

De hecho, en la doctrina alemana la tesis no está sujeta a disputa alguna. Tanto BOROWSKI²⁶ como ALEXY²⁷, se refieren sin asomo de duda alguna, a la categoría de los derechos de igualdad, cuya estructura analizan en los términos a que se aludirá adelante.

Aceptada esa tesis, cabe ahora intentar caracterizar el derecho fundamental a la igualdad.

Siguiendo a GARCÍA MORILLO, cabe destacar que se trata de un “derecho prototípicamente relacional”, dado que según su entendimiento, resulta difícil “concebir el derecho a la igualdad como un derecho autónomo”²⁸.

Para el TCE, en clara consonancia con esta última tesis, este derecho fundamental carece de autonomía propia. Así lo estableció en la STC 76/1983 del cinco de agosto de mil novecientos ochenta

²² CRUZ VILLALÓN (Pedro), El Principio de Igualdad y otros concepto afines, en *Jornadas sobre los Derechos Individuales en la Constitución Española: la doctrina del Tribunal Constitucional*, Sevilla, 1993, pp. 44-45.

²³ SUÁREZ PERTIERRA (Gustavo) y AMÉRIGO (Fernando), op.cit., pág. 257.

²⁴ BAÑO LEÓN (José María), La Igualdad como Derecho Público Subjetivo, *Revista de Administración Pública* No. 114, 1987, pág. 184.

²⁵ ALONSO GARCÍA (Enrique), *El Principio de Igualdad del artículo 14 de la Constitución Española*, *Revista de Administración Pública* Nos. 100-103, 1983.

²⁶ BOROWSKI (Martin), *La estructura de los derechos fundamentales*, traducción de Carlos BERNAL PULIDO, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, pág. 116.

²⁷ ALEXY (Robert), *Teoría de los Derechos Fundamentales*, traducción de Ernesto GARZÓN VALDÉS, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, pág. 381.

²⁸ Ibid.

y tres, en la cual se formuló el siguiente pronunciamiento al respecto:

“Tal exclusión, por otra parte, está justificada porque la igualdad reconocida en el art. 14 no constituye un derecho subjetivo autónomo, existente por sí mismo, pues su contenido viene establecido siempre respecto de relaciones jurídicas concretas. De aquí que pueda ser objeto de amparo en la medida en que se cuestione si tal derecho ha sido vulnerado en una concreta relación jurídica y, en cambio, no pueda ser objeto de una regulación o desarrollo normativo con carácter general”.

La misma posición fue luego mantenida en la STC 142/90 de 20 de setiembre.

Esa característica de la igualdad, ha hecho que autores como DE OTTO, nieguen a la igualdad el carácter de derecho fundamental.

Sin embargo, siguiendo a BAÑO LEÓN, ello no podría considerarse motivo suficiente para negar que la igualdad es un derecho subjetivo, pues según estima con razón, *“lo importante es descubrir si el reconocimiento de ese derecho confiere a su titular algo que no podría exigir de otra forma”*²⁹, tal y como en efecto sucede, según se comentará más adelante.

Sobre ese mismo tópico se refiere CRUZ VILLALÓN. Para ese autor, la igualdad es un derecho relacional o derivado, en tanto *“carece de un contenido sustantivo propio, pues se construye siempre a partir de una previa relación o posición jurídica dada, sobre la que debe proyectarse el mandato de igualdad”*³⁰.

La tesis ha sido también acogida por el Tribunal Constitucional, el cual, en la STC 07/1983, señaló al respecto, lo siguiente:

“(…) Por otra parte, es obvio que el derecho a no ser discriminado por razón del sexo no puede ser contemplado sólo en abstracto, sino en función de cada una de las situaciones jurídicas concretas en las que entre en juego, y por lo mismo, en conexión con los ámbitos normativos que regulen cada una de aquéllas, que en el caso que nos ocupa es el concerniente al contrato de trabajo. Bajo estas consideraciones hay que examinar cuándo nació, de dónde deriva y hasta cuándo está o ha estado viva la acción de las recurrentes para hacer valer en este caso su derecho fundamental a no ser discriminadas.”

Más tarde, idéntica tesis fue sostenida en la STC 216/91 de 14 de noviembre.

Ahora bien, en un afán por concretar el contenido de este derecho fundamental, CANO MATA formula la tesis conforme a la cual, el derecho subjetivo que cabe derivar de la igualdad, es el de *“obtener un trato análogo, lo que obliga a que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus situaciones jurídicas, abarcando también la igualdad en la aplicación de las normas, de manera que los poderes públicos no pueden, en casos sustancialmente iguales, modificar arbitrariamente el sentido de sus actos, por lo que el apartarse de los precedentes exige una fundamentación suficiente y razonada”*³¹.

Por su parte, para BAÑO LEÓN, el contenido del derecho a la igualdad, *“está constituido por el haz de facultades que al titular del derecho se le ofrece para conseguir el restablecimiento del mismo”*. Más en detalle, estima el mismo autor que, como derecho subjetivo fundamental, la igualdad *“encierra como contenido una situación jurídica de poder y otra de deber”*. De este modo, por un lado, *“obliga al Estado a abstenerse de utilizar o emplear criterios discriminatorios”* y por otro, *“faculta al individuo para exigir la equiparación en el trato”*³².

Estas consideraciones conducen a cuestionarse si el derecho a la igualdad debe ser calificado o no como un derecho de defensa o de protección, o bien, como un derecho de prestación, tema que ha ocupado su atención, como también la de la doctrina alemana.

En cuanto al contenido de este derecho fundamental, la tesis del TCE podría resumirse en lo señalado

²⁹ BAÑO LEÓN (José María), op. cit., pág. 182.

³⁰ CRUZ VILLALÓN (Pedro), El Principio de Igualdad y otros concepto afines, pág. 44.

³¹ CANO MATA (Antonio), *El Principio de Igualdad en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Madrid: EDERSA, 1983, pág. 8.

³² BAÑO LEÓN (José María), op. cit., pág. 188.

en la STC 103/1983 del 22 de noviembre³³. Se dijo en esa ocasión, lo siguiente:

“5. Como ha dicho con reiteración este Tribunal, el art. 14 de la Constitución, al consagrar el principio llamado de «igualdad ante la Ley», ha impuesto un límite a la potestad del legislador y ha otorgado un derecho subjetivo en los términos expresados en nuestra Sentencia 76/1983, de 5 de agosto (fundamento jurídico 2.A). Consiste el primero en que las normas legales no creen entre los ciudadanos situaciones desiguales o discriminatorias y consiste el segundo en el poder de poner en marcha los mecanismos jurídicos idóneos para restablecer la igualdad rota.”

Este pronunciamiento, para BAÑO LEÓN, delata la tesis del Tribunal de que la igualdad es un derecho de protección, de tal modo que *“cuando los poderes públicos imponen medidas discriminatorias a los ciudadanos, la Constitución les otorga derecho de protegerse contra esa discriminación”*³⁴.

En efecto, para dicho autor, siguiendo a SACHS, la igualdad calza en la categoría dogmática de los derechos de protección modal (modal Abwehrrechte), de modo que *“se configuran en la Constitución mediante el mandato al Estado de no actuar de una determinada forma”*³⁵.

La tesis, sin embargo, no es pacífica. Para BOROWSKI, esa categorización deja de lado que *“en un interesante espectro de casos, los derechos de igualdad garantizan derechos que pertenecen al status positivo”*, no así al status negativo, como sucedería de calificárseles como derechos de protección modal.

Para ese mismo autor, el más apropiado criterio de diferenciación de los derechos de igualdad, reside en el hecho de que para determinar si han sido violados, siempre deberá hacerse una *“comparación entre personas, grupos de personas o estados de cosas”*, lo cual no sucede en el caso de los derechos de defensa³⁶.

La misma tesis es expuesta por ALEXY, y según su dicho, por el Tribunal Constitucional Federal alemán.

Según señala el autor, *“Basta constatar que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal muestra que, por lo menos, hay algunos casos en los cuales la máxima de igualdad garantiza derechos que no son derechos del status negativo”*.

Postula de ese modo, que *“es insuficiente”* entender que la igualdad es un derecho del status negativo, para postular la tesis de que *“más bien, a esta disposición iusfundamental hay que adscribir un haz de derechos subjetivos de estructura sumamente diferente. Sólo este haz define el derecho fundamental del artículo 3, párrafo 1 como un todo”*³⁷.

En suma, como se había adelantado, cabe entender que no sólo existe un derecho fundamental a la igualdad, sino derechos fundamentales de igualdad.

Se trata de derechos subjetivos con una característica propia y diferenciada de los derechos de defensa o prestacionales, cuya más típica característica es su carácter relacional, no autónomo o derivado.

Resta por examinar, desde la óptica de la igualdad como derecho subjetivo, un aspecto de relevancia.

Se trata de determinar quiénes son los destinatarios de este haz de derechos subjetivos que cabe derivar de la igualdad.

DÍEZ-PICAZO ha puesto su atención en este tópico. Sostiene con razón, que la titularidad del derecho subjetivo corresponde a *“los «españoles»*, es decir, todas las personas físicas y jurídicas de nacionalidad española (STC 23/1989). No lo son, en cambio, los entes públicos (ATC 106/1988)³⁸.

De este modo, según expone el mismo autor, en el caso de los extranjeros, dado que el artículo 14 constitucional no prohíbe su desigualdad de trato, debe entenderse con sustento en el artículo 13.1 de

³³ En el mismo sentido, véanse las SSTC 104/1983 del 23 de noviembre y 142/1990 del 20 de setiembre.

³⁴ BAÑO LEÓN (José María), op.cit., pág. 186.

³⁵ Ibid., pág. 187.

³⁶ BOROWSKI (Martin), op.cit., pág. 117.

³⁷ ALEXY (Roberto), op.cit., pág. 418.

³⁸ DÍEZ-PICAZO (Luis María), *Sistema de Derechos Fundamentales*, Madrid: Thomson-Civitas, 2005, pág. 196.

la CE, que “no podrán sufrir discriminación respecto de aquellos derechos y deberes que les atribuyan las leyes o los tratados (STC 107/1984)”, si bien es claro que “una vez que se les atribuye un derecho o un deber, no cabe discriminación”³⁹.

En cuanto a la definición de quienes son los sujetos vinculados al derecho fundamental a la igualdad, el mismo autor es de la tesis de que lo están todos los poderes públicos, no así los particulares, en tanto “resultaría incompatible con la autonomía de la voluntad y, en definitiva, cercenaría la libertad en las relaciones privadas”⁴⁰. De este modo, admite tal vinculación solamente de modo excepcional y en los casos en que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional lo ha establecido.

Sobre el mismo tema se ha pronunciado GARCÍA MORILLO. Para este autor, en efecto, el derecho fundamental a la igualdad implica, como toda garantía de ese carácter, “un acotamiento de la actuación de los poderes públicos que éstos no pueden franquear”, de modo que “la igualdad se configura, también, como un límite a la actuación de los poderes públicos”⁴¹.

En lo que a los particulares se refiere, sostiene por su parte, que en tanto las relaciones de los particulares también están sujetas a la Constitución (art.9.1 CE), es preciso admitir que también son, entonces, destinatarios de los efectos de la garantía fundamental en estudio.

Sin embargo, se trata de una sujeción relativa o más bien, haciendo suyas las palabras del Tribunal Constitucional, «matizada» puesto que «ha de hacerse compatible con otros valores o parámetros que tienen su último origen en el principio de autonomía de la voluntad» (STC 177/88, caso Convenio Colectivo del Ayto. de Sevilla)⁴².

El matiz de la vinculación del derecho de igualdad a las relaciones inter privados, podría sintetizarse, siguiendo al mismo autor, señalando que la autonomía de la voluntad, “sólo está limitada por la prohibición de incurrir en discriminaciones contrarias al orden público constitucional. Tal cosa quiere decir que el particular sólo se ve directamente afectado sin necesidad de interpositio legislatoris por la prohibición de discriminar por las causas –sexo, raza, religión y opinión- expresamente mencionadas en el art. 14 de la CE (STC 108/89, caso Federación Sindical de Construcción y Madera)”⁴³.

Se acoge, de ese modo, la tesis del efecto de irradiación de los derechos fundamentales.

Y es que, en efecto, se ha encontrado justificación para admitir la vinculación de los sujetos de Derecho privado a los derechos fundamentales, en la necesidad de ampliar la protección de estas garantías, de modo que no se vean como mecanismos de defensa frente al poder público, sino también, como mecanismos de defensa “frente a sus otras especies, por ejemplo frente al poder económico o ideológico”, lo cual se ha calificado como el supuesto sociológico de esta tesis⁴⁴.

La dificultad que presenta la vinculación de los derechos fundamentales en las relaciones privadas, radica entonces en establecer ¿cuán intensa debe ser esa vinculación negativa, considerando la admisión manifiesta del Derecho de la Constitución, del Principio de la autonomía de la voluntad?

Como bien indica HESSE, el precio de esta vinculación se encuentra, precisamente, en el grado de inseguridad jurídica y pérdida de autonomía de la voluntad que esto ocasiona de modo irremediable⁴⁵.

II. ¿TIENE OBJETO LA POLÉMICA?

La concepción dual de los derechos fundamentales, de la que, según afirma una voz autorizada, hoy ya “nadie duda”⁴⁶, no es más que el resultado de esa constante lucha del ser humano por “resistirse al

³⁹ Ibid.

⁴⁰ Ibid., pág. 197.

⁴¹ GARCÍA MORILLO (Joaquín), op.cit., pág. 181.

⁴² Ibid., pág. 196.

⁴³ Ibid., pp.196-197.

⁴⁴ GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ (Ignacio), “Criterios de eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares”, *Teoría y Realidad Constitucional*, No. 3, pág. 204.

⁴⁵ HESSE (Conrado), pág. 108.

⁴⁶ Díez-PICAZO (Luis María), op.cit., pág. 62.

*poder de dominación... creando fórmulas filosóficas y jurídicas para frenar ese poder*⁴⁷.

Originalmente, los derechos fundamentales fueron concebidos como derechos subjetivos de carácter defensivo o de protección.

Se encuentra en éstos, un espacio intangible para los poderes públicos que asegura al particular esferas de actuación en donde está en posibilidad de hacer ejercicio de su libertad.

Se trata de lo que modernamente se identifica como la faceta subjetiva de los derechos fundamentales, de la cual cabe derivar "*facultades o pretensiones (agere licere) que las personas pueden hacer valer en situaciones concretas*"⁴⁸.

Más tarde, este enfoque puramente defensivo empezaría a entenderse insuficiente, dando paso a derechos de carácter prestacional, a propósito del enfoque del Estado asistencial y ya no tan sólo liberal, de modo que también empezó a verse en los derechos fundamentales, un instrumento para asegurar al ciudadano el acceso a ciertas prestaciones del Estado y no tan sólo obligaciones de carácter negativo, llevando este proceso evolutivo a lo que HESSE califica como la colectivización de los derechos humanos⁴⁹.

De esta forma, una vez que se ha visto ampliado el marco de acción de los derechos fundamentales, surge en el medio alemán el fenómeno de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales.

Como lo explica BÖCKENFÖRDE, esta concepción obedece a "*...un desarrollo bajo la Ley Fundamental, no un dato previo de la Ley Fundamental*"⁵⁰. Se trata de una tesis que según explica el mismo autor, nace en la mitad de los años cincuenta del Siglo XX y tiene como base, el aporte del Tribunal Constitucional Federal alemán.

Es decir, estamos frente a una creación pretoriana, que según estima BÖCKENFÖRDE, tuvo dos distintas fases: la primera referida a la emblemática sentencia del caso Lüth (STCF 7, 198/205) y la segunda que había dado inicio, inclusive, antes de este último fallo, a propósito del pronunciamiento referido a la tributación de los cónyuges.

En el primer caso, el Tribunal Constitucional Federal, al par de la función defensiva históricamente atribuida a los derechos fundamentales, derivó de éstos, en su conjunto, "*un orden objetivo de valores*" al cual se atribuye la capacidad de vincular al entero Ordenamiento Jurídico.

Se inaugura así lo que BÖCKENFÖRDE denomina "*la estructura dual de los derechos fundamentales*", en tanto además de poderse derivar de éstos derechos subjetivos de carácter defensivo y prestacional, también es posible deducir "*un correlativo sistema de valores*"⁵¹.

De este modo, en el caso del fallo sobre la tributación de los cónyuges, el Tribunal Constitucional Federal dedujo del artículo 6.1 de la Ley Fundamental, referido al matrimonio, no sólo un derecho fundamental, sino además, "*...una norma de principio, esto es, una decisión axiológica vinculante para todo el ámbito del Derecho público y privado que afecte al matrimonio y a la familia*" (STCF 6, 55, Fundamento 2 y p.72).

Así las cosas, la generalización de esta aproximación del Tribunal a los restantes derechos fundamentales, ocasionó, según se ha explicado "*que cada derecho fundamental recibiera un doble carácter: es, por un lado, derecho subjetivo de libertad en defensa frente al Estado y, por otro, una norma objetiva de principio/decisión axiológica con respecto a todos los ámbitos del Derecho*"⁵².

En suma, a partir de la concepción dual de los derechos fundamentales, cabe encontrar en éstos no sólo una fuente de derechos subjetivos para el ciudadano, sino además "*...una norma de principio, esto es, una decisión axiológica vinculante para todo el ámbito del Derecho*" o bien "*...una norma objetiva de*

⁴⁷ BASTIDA FREIJEDO (Francisco J.) et al., *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Madrid: Tecnos, 2004, pág. 17.

⁴⁸ Díez-PICAZO (Luis María), op.cit., pág. 61.

⁴⁹ HESSE (Conrado), Significado de los derechos fundamentales, en BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE, HEYDE (eds.), *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid: Marcial Pons-IVAP, 2001, pág. 84.

⁵⁰ BÖCKENFÖRDE (Ernst-Wolfgang), *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, traducción de REQUEJO PAGÉS (Juan Luis) y VILLAVARDE MENÉNEZ (Ignacio), Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, pág. 105.

⁵¹ Ibidem., pág. 107.

⁵² Ibidem., pág. 109.

principio/decisión axiológica con respecto a todos los ámbitos del Derecho”.

De este modo, los derechos fundamentales “...dejan de ser principios y garantías en la relación Estado-ciudadano para transformarse en principios superiores del ordenamiento jurídico en su conjunto”⁵³.

Siendo esto así, la apuntada polémica doctrinal en torno a si la igualdad debe calificarse como un valor o principio o como un derecho fundamental, parece perder interés práctico... Si ya de por sí se entiende que los derechos fundamentales, vistos en su dimensión dual, generan no tan sólo derechos subjetivos, sino también, la definición de normas de principio y decisiones axiológicas, de poco o ningún provecho terminaría siendo la disección jurídica de la igualdad que involucra la polémica.

Debe por ello compartirse el criterio esbozado en la doctrina por DIEZ-PICAZO, para quien, “No parece que este dilema tenga una profunda relevancia práctica”, en tanto, “...todos los preceptos constitucionales que proclaman derechos fundamentales recogen a la vez derechos subjetivos y normas de derecho objetivo”⁵⁴.

Dentro de ese marco conceptual, interesa aludir a la STC 49/1982 del catorce de julio de mil novecientos ochenta y dos, en donde al decir de GARCÍA MORILLO, el Tribunal opta por atribuir a la igualdad, un “carácter trifronte”⁵⁵.

En efecto, en ese fallo, el Tribunal se pronunció en estos términos:

“Y así planteadas las cosas, no es impertinente recordar que como tiene con reiteración señalado este Tribunal el art. 14 de la Constitución, al establecer el principio general de que «los españoles son iguales ante la Ley» establece un derecho subjetivo a obtener un trato igual, impone una obligación a los poderes públicos, de llevar a cabo ese trato igual y, al mismo tiempo, limita el poder legislativo y los poderes de los órganos encargados de la aplicación de las normas jurídicas. La igualdad a que el art. 14 se refiere, que es la igualdad jurídica o igualdad ante la Ley, no comporta necesariamente una igualdad material o igualdad económica real y efectiva. Significa que a los supuestos de hecho iguales deben serles aplicadas unas consecuencias jurídicas que sean iguales también y que para introducir diferencias entre los supuestos de hecho tiene que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados. La regla general de la igualdad ante la Ley contenida en el art. 14 de la Constitución contempla, en primer lugar, la igualdad en el trato dado por la Ley o igualdad en la Ley y constituye desde este punto de vista un límite puesto al ejercicio del poder legislativo, pero es asimismo igualdad en la aplicación de la Ley, lo que impone que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable. Distinto es el problema de la igualdad en la aplicación de la Ley cuando ésta no se refiere a un único órgano, sino a órganos plurales. Para tales casos, la institución que realiza el principio de igualdad y a través de la que se busca la uniformidad, es la jurisprudencia, encomendada a órganos jurisdiccionales de superior rango, porque el principio de igualdad en la aplicación de la Ley tiene necesariamente que coherer con el principio de independencia de los órganos encargados de la aplicación de la Ley cuando éstos son órganos jurisdiccionales”.

Como queda en evidencia, en este fallo el TCE encuentra en las disposiciones del artículo 14 de la CE lo siguiente:

- Un principio general: “los españoles son iguales ante la Ley”;
- Un derecho subjetivo: “a obtener un trato igual”, y
- Una obligación a los poderes públicos: “de llevar a cabo ese trato igual”.

⁵³ BASTIDA FREIJEDO (Francisco J.) et al., *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Madrid: Tecnos, 2004, pág. 51.

⁵⁴ DÍEZ-PICAZO (Luis María), op.cit. pág. 195.

⁵⁵ GARCÍA MORILLO (Joaquín), op.cit., pág. 181.