

See discussions, stats, and author profiles for this publication at: <https://www.researchgate.net/publication/334760213>

La exigencia del trato igual. Rediseño del test de igualdad

Chapter · July 2019

CITATIONS

0

READS

11

1 author:



Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba
Universidad de Los Hemisferios

42 PUBLICATIONS 17 CITATIONS

SEE PROFILE

Some of the authors of this publication are also working on these related projects:



Theory of Law [View project](#)



Philosophy [View project](#)

EL COSTO DE LA JUSTICIA

CORRUPCIÓN, GÉNERO, TERRORISMO Y MEDIO AMBIENTE

COORDINADOR GENERAL

PROF. MG. CASTAÑEDA MÉNDEZ,
JUAN ALBERTO

COORDINADORES EJECUTIVOS

DR. JOSÉ ANTONIO PÉREZ RAMOS
MS. ÁLVARO BOCANEGRA LANDERAS



INSTITUTO DE INVESTIGACIÓN
IBEROAMERICANO APEX IURIS

MIRCI

Manejo Recursos Controles Inteligentes

PERÚ | LA LIBERTAD | TRUJILLO | 2019

Equipo académico
interinstitucional socio jurídico



INSTITUTO DE INVESTIGACIÓN
IBEROAMERICANO APEX JURIS

EL COSTO DE LA JUSTICIA

Corrupción, Género, Terrorismo y Medio Ambiente

Ponencias del I Congreso Internacional en
Filosofía en Derecho & Análisis Económico

Escriben:

Castañeda Méndez, Juan Alberto
(Coordinador)

García Amado, Juan Antonio	Carlos Ramos Núñez
Alarcón Requejo, Gilmer	Lujan Tupez, Manuel Estuardo,
Bermúdez Tapia, Manuel	Higa Silva, César Augusto
Yalle Jorges, Doris Margarita	Rodríguez Moscoso, Jimena Zoila
Córdova Vinucza, Paul	Bocanegra Landeras, Alvaro.
Armijos Álvarez, Damián	Gómez Moscoso, Andrea
Pérez Ramos, José Antonio	Padilla Sanabria, Lizbeth Xóchitl
Campos Ambrocio, Francisco	Bocanegra Landeras, Alvaro
Talavera Moncayo, Cuauthemoc	Sotomarino Cáceres, Roxana
Inarra Zeballos, Luis Gonzalo	Urtecho Navarro, Santos Eugenio
Castañeda Méndez, Juan Alberto	Cornejo Amoretti, Leandro
Riofrío Martínez-Villalba, Juan Carlos.	Pérez Ramos, Rubén
Guillermo Bringas, Luis Gustavo.	



Perú | La Libertad | Trujillo | 2019

EL COSTO DE LA JUSTICIA

Corrupción, Género, Terrorismo y Medio Ambiente

Ponencias del I Congreso Internacional en
Filosofía en Derecho & Análisis Económico

Coordinador General:

Castañeda Méndez, Juan Alberto

Coordinadores Ejecutivos:

José Antonio Pérez Ramos
Álvaro Bocanegra Landeras

Primera edición, julio 2019

© Instituto de Investigación Iberoamericano Apex Iuris:

*Castañeda Méndez, Juan Alberto // Moreno Alfaro, Yessica //
Ramírez Sandoval, Loriany // Velásquez Viviano, Julieth // Ríos
Negreiros, Ana María // Steffany Montoya Rodríguez // Pool Gilbert
Fernández Bernabé // Carlos Enrique Álvarez Solís // Liliana Núñez
Aristegui // Fresia Rojas Zunini // Moya Limo, Carlos Enrique // Gil
Armas, Sandra.*

Impreso en Talleres Gráficos Dany
Jr. Camaná 1161 - Cercado de Lima

© Diagramación y diseño

Juan Alberto, Castañeda Méndez
José Luis Sotero Atoche

Hecho el depósito legal en la biblioteca nacional del Perú N° 2019-
012547

ISBN: 978-612-3038-02-1

Tiraje: 500 ejemplares

Impreso en el Perú - Printed in Perú

Todos los derechos reservados. Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra, bajo ninguna forma o medio, electrónico o impreso, incluyendo fotocopiado, grabado o almacenado en algún sistema informático, sin el consentimiento por escrito de los titulares del Copyright

ÍNDICE

PRESENTACIÓN.....	11
-------------------	----

SECCIÓN PRIMERA: FILOSOFÍA DEL DERECHO

DERECHO PENAL Y ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO. ¿VALE LA PENA LO QUE CUESTA? <i>GARCÍA AMADO, Juan Antonio</i>	17
LAS POSIBILIDADES DEL PATERNALISMO EN SALUD EN EL PENSAMIENTO LIBERAL IGUALITARIO: JOHN RAWLS Y RONALD DWORKIN <i>CORNEJO AMORETTI, Leandro</i>	69
LA EXIGENCIA DEL TRATO IGUAL. REDISEÑO DEL TEST DE IGUALDAD <i>RIOFRÍO MARTÍNEZ-VILLALBA, Juan Carlos</i>	89
SITUACIÓN DE LA MUJER AFROPERUANA: DESIGUALDADES E INVISIBILIDAD QUE PRODUCE EXCLUSIÓN PROFUNDA <i>YALLE JORGES, Doris Margarita</i>	105
LA TRIDIMENSIONALIDAD DEL CONTROL IDEOLÓGICO JUDICIAL: UN ASUNTO DE PREVENCIÓN JUDICIAL <i>CASTAÑEDA MÉNDEZ, Juan Alberto</i>	125
EL DERECHO A LA PROPIEDAD Y EL DERECHO AL DESARROLLO: CONFLUENCIAS DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES <i>RODRÍGUEZ MOSCOSO, Jimena Zoila</i>	149
¿LOS TRIBUNALES DEBEN TENER LA ÚLTIMA PALABRA SOBRE LOS DERECHOS DE IDENTIDAD DE GÉNERO?: ALGUNOS APORTES DESDE EL PRAGMATISMO RORTYANO <i>INARRA ZEBALLOS, Luis Gonzalo</i>	159

LA EXIGENCIA DEL TRATO IGUAL. REDISEÑO DEL TEST DE IGUALDAD

*RIOFRÍO MARTÍNEZ-VILLALBA, Juan Carlos*¹

I. Relación del principio de igualdad, con la proporcionalidad y con la analogía

En otro estudio hemos interrelacionado y diferenciado tres relaciones profundamente complementarias entre sí: la relación de analogía, la de proporcionalidad y la de igualdad². Se trata de tres principios muy estudiadas en la filosofía y en la lógica, tratadas por Aristóteles y por Tomás de Aquino, que tienen muchas consecuencias prácticas en la moral y en el derecho. Los tres principios tienen múltiples funciones en el ordenamiento jurídico. Sirven como criterios hermenéuticos para fijar el alcance de las normas, como principios que delimitan los derechos, como fuente que llena los vacíos de ley, como elementos integradores y armonizadores del orden jurídico.

En el mencionado estudio vimos que cabían tres tipos de igualdad: la igualdad estricta (o matemática³), la igualdad

¹ Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Hemisferios, en Quito, 2005-2007 y Director del Área de Derecho en la misma Universidad del 2011-2012. Director de la Revista de Derecho "Ius Humani", 2008 – (hasta la fecha). Director de la Maestría de investigación en Derecho, con mención en derechos constitucionales, humanos y ambientales, Universidad de Los Hemisferios, 2017 – (hasta la fecha). Profesor en Derecho Constitucional, profesor ayudante en la Universidad Católica Santiago de Guayaquil (UCSG), 2002-2003; profesor titular en la Universidad de los Hemisferios, Quito, 2005-2007 y del 2011 hasta la fecha.

² Cfr. Riofrío, 2018.

³ En matemáticas, un enunciado en el que dos expresiones (iguales o distintas) denotan el mismo objeto matemático se llama igualdad matemática. Dos objetos matemáticos son considerados iguales si los objetos poseen el mismo valor. Por ejemplo, la frase «la suma de dos y dos» y la expresión «cuatro» se refieren al mismo objeto matemático, un cierto número natural. La expresión «es igual a» o «es lo mismo que» se suele representar en matemáticas con el signo =. Así, el ejemplo anterior suele escribirse como: $2+2=4$.

proporcional (o geométrica) y la igualdad lata (o analogía). La primera requería la identidad de los extremos comparables, la segunda la existencia de un *tertium comparationis* que permita relacionar los extremos, y la tercera una simple semejanza entre ellos. En todo caso, estos principios mantienen una justificación común, que se compendia en el aforismo: *ubi est eadem ratio vel aequitas idem ius statui debet* (cuando existe la misma razón y equidad, debe establecerse el mismo derecho). Cabe sintetizarlos en estas fórmulas:

Hay que tratar de forma idéntica lo que es idéntico. .

Hay que tratar de forma proporcional lo que es proporcional⁴.

Hay que tratar de forma análoga lo que es semejante.

No hay obligación de tratar igual lo que no es igual⁵.

Dijimos entonces que la aplicación en abstracto de la igualdad, de la proporcionalidad y de la analogía sólo podía hacerse si se verificaban tres supuestos: (i) que existan dos o más términos comparables; (ii) que los *aspectos relevantes* de esos términos estén relacionados de alguna manera (con una relación de identidad, proporcionalidad o semejanza); y, (iii) que en todos los términos analizados exista una *ratio* igual o semejante; si tales principios habían de aplicar en el derecho, resultaba necesaria una

⁴ Es interesante observar cómo Aristóteles, en el mismo lugar donde habla sobre lo justo como lo igual, habla del principio de proporcionalidad como un cierto tipo de igualdad. Cfr. *Ética a Nicómaco*, Libro V, capítulo III.

⁵ En rigor no parece que exista *a priori* ninguna obligación de tratar siempre “desigual a los desiguales”: cualquiera puede pagar el salario a un trabajador y regalar la misma cantidad a un amigo que cumple años, aunque no haya trabajado nada. Así, pues, cabe tratar lícitamente “igual a los desiguales”. Lo que sí puede decirse de manera absoluta es que no hay obligación jurídica de trato igual a aquello que no es igual.

Nos parece que lo dicho es más preciso que lo que a veces se afirma: «¿De qué manera se concreta según la Corte Constitucional el principio de igualdad? Se ha dicho que el precitado principio se materializa entonces en cuatro mandatos: 1) Un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentran en situaciones idénticas; 2) Un mandato de trato enteramente diferenciado, a destinatarios cuyas situaciones no compartan ningún aspecto en común; 3) Un mandato de trato paritario, a destinatarios cuyas circunstancias presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes son más relevantes que las diferencias (trato igual a pesar de la diferencia); 4) Un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentran también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias son más relevantes que las similitudes (trato diferente a pesar de la similitud)» (Corte Constitucional del Ecuador, 2016, p. 39).

ratio iuris. Conviene distinguir estas tres relaciones, porque cada una tiene sus efectos jurídicos propios y distintos.

Hilando lo anterior, centrándonos ya en el principio jurídico de igualdad, señalamos que para que este principio opere en el derecho parecían necesarios al menos los siguientes presupuestos:

(i) **Que existan dos o más supuestos o *fattispecie*** (dos situaciones jurídicas, dos hechos impositivos, dos normas, dos acciones, etc.).

(ii) **Que tales supuestos sean iguales (idénticos) en todos sus *aspectos relevantes para un fin determinado***. La relevancia de estos aspectos se determina mirando al fin: el aspecto debe ser relevante para la justificación o para un cierto fin. Tales aspectos pueden ser muy diversos: la cosa litigiosa, las causas de cada supuesto, el mérito de las acciones, el título justificativo del derecho, las circunstancias, el estado donde rige determinada ley... pero siempre habrá que definirlos *ad casum* mirando a la finalidad de su aplicación. Si no se verifican esas igualdades en lo relevante, no cabe invocar el principio de igualdad (aunque a lo mejor cabría aplicar el principio de proporcionalidad o la analogía). Por ello, no es justo pretender que a un extranjero residente en Ecuador se lo trate igual que en su país, para votar por las autoridades ecuatorianas; ni que al ladrón se lo trate igual que al trabajador honrado, a efectos del cobro del salario; ni que a quien tiene título de dominio se lo trate igual que al mero tenedor, para el fin de la restitución de la cosa. En cambio, sí cabría considerar a todas esas personas como iguales para el fin de salvaguardarlas de la tortura, porque todas las condiciones mencionadas (ser nacional o extranjero, ladrón u honrado, etc.) nunca justifican ninguna tortura (por eso son irrelevantes para este fin)⁶.

(iii) **Que en todos los casos exista la misma *ratio iuris***. El deber jurídico de trato igual solo se da cuando en los supuestos

⁶ No siempre los autores que explican el principio de igualdad alcanzan a darse cuenta la importancia de definir cuál es el fin. En este sentido, Ávila (2011, p. 136) ha señalado que «es oportuno señalar que la aplicación de la igualdad depende de un *criterio diferenciador* y de un *fin* a ser alcanzado. De esta constatación surge una conclusión, tan importante como menospreciada: distintos fines lleva a utilizar criterios distintos, por la simple razón de que algunos criterios son adecuados para la realización de determinados fines; otros no. Más aún: distintos fines conducen a medidas diferentes de control».

o *fattispecie* comparados “existe la misma razón y equidad”⁷, la misma razón o justificación del derecho. El cónyuge no debe tratar igual a toda mujer; con su esposa deberá tener un trato muy distinto al que tiene con el resto de mujeres. Tampoco tenemos la obligación jurídica de tratar a todos como a nuestros amigos íntimos; ni un empresario tiene el deber jurídico de emplear a cualquier persona que se le presenta con un título y una hoja de vida idéntica al que le simpatizó, porque en el ámbito privado existe un espacio ensanchado de libertad (antes conocido como *principio de clausura del derecho privado*).

Para exigir la obligación jurídica de un trato igual (y para acreditar su correspondiente derecho) debe existir alguna suerte de *ratio iuris* que se predique de manera igual de todos los supuestos. Esta razón fácilmente se descubre en el ámbito público, donde la autoridad y la ley deben tratar de manera igual a todos los administrados, sin conceder privilegios injustificados por razones de interés personal, pues la ley y la autoridad han de obrar buscando siempre realizar el bien común (no el bien personal). En otro ámbito, la igualdad de derechos puede sostenerse cuando se tratan de derechos que razonablemente deben pertenecer a toda persona (como el derecho a la vida, al agua, al alimento, etc.), pues basta probar que uno es persona para justificar el derecho. No cabría, en cambio, afirmar la igualdad de los derechos reales concretos (a una finca, a un auto, etc.), porque ellos solo pertenecen a sus dueños y se justifican en títulos que no toda persona tiene.

Queremos ahora profundizar en este último tema: cuándo resulta jurídicamente exigible y cuándo no.

⁷ Bien lo resume el aforismo medieval recogido por Ludovicus Bologninus (en *ad Digestum Vetus* 9.2.32, p. 713): *ubi est eadem ratio vel aequitas idem ius statui debet* (cuando existe la misma razón y equidad, debe establecerse el mismo derecho). El principio también fue formulado por Godofredo (*ubi eadem est legis ratio, ibi eadem debet esse iuris dispositivo*), quien añadió una formulación negativa: *ubi cessat ratio legis, cessare quoque debet eius dispositio*. Brunnemann (*Consilium* 84, núm. 12) lo recoge de forma abreviada: *ubi est eadem ratio, ibi idem ius* (cuando hay identidad de razón, se aplica el mismo derecho). Otra versión conocida es *ubi eadem ratio, eadem iuris dispositio*. La jurisprudencia española anota con frecuencia que *ubi eadem est legis ratio, eadem et legis dispositio esse debet*. Sobre este aforismo, cfr. Domingo, 2003, pp. 238-329.

II. La justificación del principio de igualdad en la historia

Parte medular del constitucionalismo y del Estado de derecho —intrínsecamente ligado al constitucionalismo— es el concepto de que la ley rige para todos, sin distinción de títulos nobiliarios u otras condiciones personales. El movimiento constitucional justamente nace extendiendo la *obligación* de cumplir la ley a todos los ciudadanos del Estado. «Todos son iguales ante la ley» o «frente a la ley»; «la ley se aplica a todos por igual», suelen decir desde la revolución francesa casi todas las constituciones. Por eso, señala Rubio Llorente (2001, t. III, p. 137) en esa época «el principio de igualdad viene a identificarse con el de legalidad y en consecuencia, sólo la actuación ilegal del poder lo infringe; en la medida en la que el ciudadano no tiene un “derecho a la legalidad”, en abstracto no dispone tampoco de acción alguna para reaccionar frente a la desigualdad».

Las constituciones casi siempre aparejan al principio general de igualdad ante la ley la prohibición de discriminación en razón de algunas circunstancias (v.gr. raza, sexo, edad, filiación, etc.). Rubio Llorente observa que «esta estructura, aunque criticable desde el punto estrictamente lógico, es frecuente en otros textos constitucionales contemporáneos y se explica en razón de la multivocidad del principio de igualdad». Y a continuación aclara que en rigor «el enunciado general no prohíbe, en efecto, todo género de diferenciaciones, sino sólo aquellas que resulten arbitrarias» (F Rubio Llorente, 2001, p. 137)⁸.

El principio de igualdad no siempre fue bien visto por los jueces, ni desde luego tuvo el prestigio que hoy en día ostenta. En 1927 Oliver Wendell Holmes, al analizar la ley de esterilización de Virginia, en *Buck v. Bell* señaló en su tan famosa como cuestionada sentencia que «tres generaciones de imbéciles son suficientes». Y en el párrafo final de la decisión añadió que la *equal protection* prevista en la Constitución no aplicaba a la multitud de débiles mentales. El Presidente de la Corte Suprema descartó la igual protección acusándola de ser «*the usual last*

⁸ El autor añade que «la prohibición de discriminación, por el contrario, impone un trato paritario o, lo que es lo mismo, califica *a priori* de arbitraria cualquier diferenciación basada en alguno de los criterios que específicamente menciona» (*ibid.*). Consideramos que tal afirmación es matizable, porque principio de igualdad y de no discriminación son dos caras de una misma moneda.

resort of constitutional arguments» (el último recurso de los argumentos constitucionales al que usualmente se acude), que en la práctica podía ser usado para cualquier cosa⁹.

En todo caso, ya desde el siglo XIX el ejecutivo y el legislativo comenzaron a crear instrumentos para asegurar la igualdad en la aplicación administrativa de la ley, lo que produjo, sobre todo ya en el siglo XX, un “nuevo significado” del principio de igualdad que comenzó a ser entendido como *derecho a la igualdad en la ley*: es decir, como derecho frente al legislador y ante las autoridades estatales. La teorización de este nuevo significado se hizo en la Alemania weimariana y se generalizó en los tribunales constitucionales europeos después de la segunda Guerra Mundial¹⁰.

Una tercera etapa en la evolución de este principio se produce en las décadas finales del siglo XX. Históricamente se había aceptado que los obligados a dar un trato igual son todos los poderes públicos, bajo razones jurídicas de peso: si todos estamos bajo la ley y la autoridad estatal, todos tenemos que obedecerlas, y, por la misma razón, todos tenemos que ser tratados de igual modo por las autoridades. También se justifica el tema en el principio de democracia: todos tienen derecho a participar de igual modo en la gestión de la cosa pública, a llevar cargas semejantes y a exigir de la autoridad igual trato. Sin embargo, la jurisprudencia ha comenzado a extender la obligación del trato igual —al menos en parte— a los particulares, no siempre de manera justificada¹¹. Algunos autores ven esta vinculación con

⁹ Cabe señalar que en el texto original de la Constitución de los Estados Unidos no se incluía ninguna cláusula de igualdad. Solo después de la Guerra Civil en donde se abolió la esclavitud se introdujo la decimocuarta enmienda, que señala que «No state shall (...) deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws». Chemerinsky (2011, p. 684) anota que «the promise of this provision went unrealized for almost a century as the Supreme Court rarely found any state or local action to violate the equal protection clause until the mid-1950s. Indeed, Justice Oliver Wendell Holmes derisively referred to the provision as “the last resort of constitutional arguments” (*Buck v. Bell*, 274 U.S. 200, 208 (1927)). Holmes probably was referring to the possibility of challenging almost any law as discriminating against someone and the Court’s consistent reluctance to use the equal protection clause to invalidate state or local laws».

¹⁰ V.gr. Tribunal Constitucional español, SSTC 22/1981, 49/1982, 144/1988, entre otras.

¹¹ Cfr. Tribunal Constitucional español, SSTC 177/1988, 171/1989 y 28//1992, entre otras.

terceros como «difícilmente compatible con el principio de autonomía de la voluntad»¹².

Con la hiperinflación de derechos de los últimos años donde toda aspiración, expectativa o deseo se tiende a ver como un derecho¹³, incluso se detecta alguna jurisprudencia —lamentable jurisprudencia, desde mi punto de vista— donde bajo el principio de igualdad las expectativas de unos se toman como derechos de otros. Así, por ejemplo, personas que aspiran a un cargo y que logran enmarcarse bajo alguna “categoría sospechosa” o “clase históricamente excluida” —a fin de exigir una acción afirmativa—, logran obtener ciertos cargos o puestos de trabajo en el sector público y privado, aduciendo que es su derecho y que la negación de la plaza debería considerarse discriminatoria. De este modo, la exigencia de una *ratio iuris* consistente que justifique el deber del trato igual se ha difuminado y el principio de igualdad ha perdido los contornos nítidos en los que nació.

Como colofón del asunto, se ha comenzado a perseguir y sancionar a quienes en la comunicación hacen ciertas distinciones “discriminatorias”. En concreto, en diversas legislaciones se han introducido nuevas infracciones administrativas¹⁴ y delitos penales¹⁵ por discriminación en la comunicación. Aunque estas

¹² Añade el mismo autor que la autonomía de la voluntad «no debe ser confundida con la limitación que a dicha autonomía imponen los principios de orden público, entre los cuales se han de incluir las prohibiciones expresas de discriminación contenidas en el artículo 14, cuya infracción en las relaciones *inter privatos* por lo demás tampoco es fácilmente identificable».

¹³ Cfr. Riofrío, 2017, pp. 129-146.

¹⁴ En el Ecuador la Ley Orgánica de Comunicación tipifica la discriminación en las comunicaciones en los arts. 61 a 63. Para determinar si una comunicación es discriminatoria «se verificará al menos, la concurrencia de los siguientes elementos (...) a) Que el contenido difundido denote algún tipo concreto de distinción, exclusión o restricción; b) Que tal distinción, exclusión o restricción esté basada en una o varias de las razones establecidas en el artículo 61 de esta Ley; y, c) Que tal distinción, exclusión o restricción tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento o goce de los derechos humanos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales; o que los contenidos difundidos constituyan apología de la discriminación o inciten a la realización de prácticas o actos violentos basados en algún tipo de discriminación» (art. 63).

¹⁵ En el Ecuador, cfr. Código Orgánico Integral Penal, art. 176§1, que dice: «La persona que salvo los casos previstos como políticas de acción afirmativa propague practique o incite a toda distinción, restricción, exclusión o preferencia en razón de nacionalidad, etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género u orientación sexual, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, condición socioeconómica, condición migratoria,

infracciones parecen detalladamente tipificadas y exigen la presencia de tres requisitos “mínimos”¹⁶, en realidad su redacción resulta bastante ambigua y se presta para cualquier género de interpretaciones. Si ya el principio de igualdad presentaba contornos poco definidos, estos nuevos delitos todavía son más indeterminados, y han llegado a ser una carta blanca para sancionar cualquier idea o expresión que moleste a alguna persona, en desmedro del derecho a la libertad de opinión y de expresión. En un extenso análisis hecho sobre la normativa y la jurisprudencia europea sobre el tema, el jurista británico Paul Coleman (2012) muestra comunidad o la ambigua tipificación de las infracciones por discriminación¹⁷ ha tenido un triste efecto de persecución contra todo lo que no sea “políticamente correcto”, contra cualquier cosa en la que alguien alegue sentirse ofendido, acallando justamente el derecho a la libertad de expresión, a opinar sobre diversos temas. Así, finalmente el principio de igualdad ha terminado exigiéndose en ciertos casos a los privados con nada menos que el peso de la ley penal.

Con frecuencia hoy se esgrime el principio de igualdad para justificar cualquier cosa, sin preocuparse de si se cumplen los requisitos jurídicos de aplicación, ni de justificar exigibilidad. Las preocupaciones de Holmes han llegado a verificarse: actualmente este principio es el último recurso que se usa para justifica cualquier cosa. Conviene entonces preguntarnos cuál de ser la norma general: ¿la igualdad o la distinción?

III. Lo igual y lo diferente

Los filósofos suelen decir que en la realidad todo es distinto, no hay nada igual¹⁸. Las igualdades son

discapacidad o estado de salud con el objetivo de anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de derechos en condiciones de igualdad, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años».

¹⁶ Para un análisis más extenso de esos tres requisitos, cfr. Riofrío, 2014, pp. 201-206.

¹⁷ Lo mismo sucede en otros países como el Ecuador, donde la Ley Orgánica de Comunicación y el Código Orgánico Integral Penal no hacen sino copiar la normativa europea.

¹⁸ Dice Sellés (2011), siguiendo a Leonardo Polo, que «en la realidad nada es igual». «La igualdad es una *abstracción formal* de la mente, fruto de considerar los abstractos como tales, como *formas*, no su contenido *real*. De ese modo los podemos igualar. En la realidad no hay, sin embargo, ninguna realidad *igual* a otra». Aunque dos cosas «fuesen esencialmente idénticas, su ser sería distinto. La igualdad predicada de una cosa tampoco puede remitir a esa misma cosa, porque ello indica que no se sale de sí misma, es decir, que no hay remitenencia.

fundamentalmente creadas por la razón. Nada mide nanométricamente exactamente lo mismo; pero como no solemos exigir tanta precisión, nos basta medir las cosas con algún grado de aproximación (1,72 metros, por ejemplo) redondeando lo que sobra o falta, para así concluir que dos entes tienen una altura semejante y los tomamos por “iguales”. No hay dos estrellas iguales, no hay dos paisajes idénticos. Lo normal en el cosmos es la diferencia. Con lo humano sucede lo mismo: cada persona es un universo distinto, cada cultura tiene sus peculiaridades. En toda comunicación es preciso distinguir: cada palabra es una noción distinta, cada frase es una idea diversa, e incluso las palabras y dichos de cada lengua muestran matices distintos. Lo normal en la comunicación es distinguir. Además sucede que la persona humana es intrínsecamente un ser libre y la libertad justamente implica la posibilidad de actuar de diversa manera. Lo normal en la actuación humana es la libertad, la diversidad. Lo diferente es la norma general.

En el derecho, más que tratar a todos absolutamente igual, lo fundamental es tratar a cada uno como cada uno es. Si se detecta alguna debilidad, habrá que ayudarlo; si se descubren circunstancias distintas, habrá que dar un trato distinto. Por eso las cortes de los diversos países han coincidido en afirmar que la concepción de la igualdad que no se reduce a un mero igualitarismo o, en otros términos, a la nivelación absoluta de los hombres¹⁹.

Sin embargo, como vimos, la tendencia de las últimas décadas ha sido a imponer la igualdad. Muchas veces se da por sentado y evidente que hay un deber de trato igual, para establecer si la desigualdad tiene alguna razón de ser. Se acepta que pueden haber desigualdades aceptables, pero las desigualdades carecen del principio de inocencia: ¡quien quiere distinguir, debe probar que tiene derecho a hacerlo!

Tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el Pacto de San José de Costa Rica, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el art. 14 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades

Así, la expresión “A = A” no indica dos Aes distintas, sino una misma A pensada dos veces. La igualdad es mental, no real».

¹⁹ Cfr. Corte Suprema de Argentina, fallos 151:359 (1928), p. 367. Idéntica posición la mantiene la Corte Suprema de Estados Unidos y muchas otras.

Fundamentales, y diversos tribunales constitucionales²⁰, han señalado que toda desigualdad no constituye necesariamente una discriminación, y que la igualdad se considera vulnerada si esta desigualdad se ha producido sin una justificación objetiva y razonable. «En otras palabras, se genera discriminación cuando una distinción de trato carece de una justificación objetiva y razonable» (Corte Constitucional ecuatoriana, 2016, p. 35). Esta es la razón por la que, después de determinarse los términos de la comparación y de establecer las similitudes relevantes, se procede directamente a analizar si la distinción es razonable aplicando para ello el principio de razonabilidad (también llamado principio de proporcionalidad).

Tal razonamiento se justifica, sin duda, cuando existe un deber jurídico de dar un trato igual a varias personas como sucede cuando se habla de igualdad *ante, en o frente* a la ley, mas este deber no siempre existe. A continuación analizaremos cuándo debería surgir la obligación jurídica de trato igual.

IV. La justificación de la igualdad y la justificación del derecho al trato igual

Sin mayor debate se ha introducido la concepción popular que todos tenemos, siempre y en todo lugar, un derecho fuerte a exigir que las autoridades y los particulares “nos traten igual”, o, dicho en negativo, “a que no nos discriminen”. Entonces salen a relucir el principio de igualdad, la constitución y los tratados de derechos humanos. Esto eventualmente puede ser cierto en determinados casos, pero no en todos. Propiamente del principio de igualdad, tanto en su versión matemática como en su dimensión ética o de etiqueta, no se deriva directamente ningún derecho al trato igual.

Desde luego, de que A sea igual a B (principio matemático de igualdad) no se deriva ningún derecho u obligación jurídica. Algo semejante sucede con el principio ético de igualdad: un padre puede tener el deber moral de tratar a todos sus hijos por igual, pero en general sus preferencias por uno u otro no pueden ser castigadas por la ley; quien recibe una donación no tiene el deber jurídico de devolverla cuando medien las mismas circunstancias, aunque probablemente sí nazca un deber moral de gratitud y de reciprocidad. También la etiqueta

²⁰ Cfr. Corte Constitucional del Ecuador, sentencia 002-13-SEP-CC, caso 1917-11-EP.

exige un cierto trato igual, pero de que yo salude a cinco personas en una reunión no se deriva una exigencia jurídica de saludar a una sexta persona. Suele sintetizarse la doctrina aristotélica de la igualdad, contenida en *Ética a Nicómaco* (libro V, capítulo III), diciendo que «hay que tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales»; este principio no siempre es jurídico, sino en ciertos casos. Innumerables sentencias aplican directamente este principio como si se tratase sin más de una doctrina jurídica, descuidando leer el mismo título de la obra donde surge. Es principalmente una doctrina ética, no siempre jurídica.

¿Cuándo surge el deber jurídico de trato igual? Parece evidente que cuando media una razón jurídica: es decir, cuando está de por medio un título de derecho o una obligación jurídica. Los pobres no tienen derecho a la limosna, nadie tiene derecho a recibir gratuidades: por eso, quien regala un dólar a cinco mendigos que se le presentan en la calle, no está jurídicamente obligado a dar lo mismo al sexto mendigo que se le aparece. Por otro lado, ya está bastante desarrollada la teoría de cómo surgen las obligaciones (por hechos y actos jurídicos, por negocios, por la ley, etc.) como para sostener que una persona particular está obligada a actuar con todos como actuó con el primero.

El deber-derecho de trato igual existe cuando:

a) *Alguien debe cumplir una misma obligación jurídica con varias personas.* Aquí hay que remitirse al tratado de las obligaciones, que dice que estas surgen de los hechos, los actos, los negocios, la ley, etc. El caso más típico es el de las autoridades y funcionarios públicos, que deben tratar a todos sus gobernados y administrados de igual manera porque ellos viven de sus impuestos, muchas veces los representan; en todo caso, han sido nombrados en su servicio y tienen un mismo deber de justicia distributiva para con cualquier ciudadano. Su actuación puede consistir en la expedición de actos jurídicos, reglamentos, leyes, etc. y por eso lo normal es que aquello que expiden (actos y normas generales) también se rijan por el principio de igualdad. Obligaciones análogas de trato igual pesan sobre los representantes de una compañía frente a los accionistas de la misma (de informar, de gestionar sus solicitudes, etc.); tales obligaciones nacen de los acuerdos celebrados entre las personas. Un banco que suscribe un mismo contrato con varios clientes está obligado a cumplir por igual con todos ellos.

b) *Alguien tiene un mismo derecho oponible en sociedad.* Puede tratarse de cualquier derecho adquirido oponible de la

misma manera a varias personas: es el caso de los derechos reales como la propiedad, que pueden exigirse *erga omnes*. Los derechos que surgen de un contrato solo pueden oponerse a las partes que han contratado en los términos pactados. Sobre todo hemos de pensar en los derechos humanos y fundamentales de las personas, porque estos pertenecen a todo ser humano por igual. Vale aclarar que estos deben ser verdaderos derechos, concretos y operativos; por tanto, habría que excluir los simples intereses, expectativas o aspiraciones mencionados en normas meramente declarativas o en normas programáticas que el Estado no está en condiciones de proteger. El derecho constitucional abstracto a la propiedad no es concreto, pero sí una propiedad determinada que se ha adquirido o que se debe en justicia. Aquí lo fundamental es determinar el título del derecho, que puede ser de orden racional, legal, contractual, etc.

Repetimos, nuevamente, que la aplicación del principio jurídico de igualdad exige la presencia de una *ratio iuris* que exija a alguien dar un trato igual a otro. Mientras no medie una verdadera y consistente justificación jurídica de por qué ha de obligarse a dar a alguien un trato igual, no cabe exigirle a nadie un trato igual.

V. El juicio de igualdad y el juicio de proporcionalidad

En la práctica el principio de igualdad ha llegado a identificarse casi totalmente con el principio de razonabilidad (o de proporcionalidad). El procedimiento es el siguiente: primero se verifica si hubo una distinción y luego se analiza si esta distinción es razonable o arbitraria. Esto último se hace aplicando el principio de proporcionalidad nacido en la jurisprudencia alemana para controlar la arbitrariedad en los actos de las autoridades públicas²¹ (y no para limitar la actuación de los particulares). Así, el test de igualdad prácticamente resulta ser un test de la razonabilidad de las distinciones.

En ciertos casos, las cortes han atisbado que tal procedimiento puede resultar un poco oneroso o que no tiene mucho sentido exigir un control estricto de igualdad en el trato. Por eso se han creado diversos “escrutinios”²² (generalmente se

²¹ Sobre la historia del principio y la razón por la que nació en la jurisprudencia, cfr. Riofrío, 2016.

²² Aunque los diversos niveles de escrutinio son más típicos de la jurisprudencia estadounidense, también en la corte alemana se ha usado distintos niveles de

los clasifica en tres: leve, medio y estricto²³), a fin de regular el nivel de razonabilidad exigido. Un control más estricto obliga al acusado (al que intentó distinguir) a probar clara y contundentemente su inocencia (que actúo con apego absoluto a los más altos fines constitucionales, usando medidas idóneas y necesarias para alcanzarlos, sin que quepa otra menos lesiva, demostrando además que tales medidas causaban notoriamente más satisfacciones que restricciones). El escrutinio estricto presume la inconstitucionalidad de la distinción y es virtualmente “fatal” para las leyes acusadas²⁴. Por el contrario, un control más leve²⁵ absuelve como inocentes a la mayoría de distinciones; se lo ha usado, por ejemplo, cuando no se presentan amenazas a ningún derecho, a la hora de analizar normas derogadas o cuando se tratan cuestiones de mera política interna²⁶.

Más allá de lo acertado de fijar diversos niveles de escrutinio, lo interesante es que los jueces han percibido que hay circunstancias en las que hay que tener un poco de manga ancha. En justicia, donde hay un derecho de libertad o una potestad suficientemente amplia²⁷, no debería exigirse ningún trato igual, ni someterse al escrutinio más débil. Así, no se le puede exigir a

intensidad en el escrutinio del test (control de evidencia, intermedio y material intensivo) según el nivel de seguridad que ofrezcan las premisas y según la intensidad de la injerencia de los poderes públicos en los derechos constitucionales. Cfr. Bernal, s.f., pp. 60-61; Vázquez, 2016, p. 82.

²³ Los niveles de escrutinio han recibido varios nombres: escrutinio leve, débil o de relación razonable; medios o intermedios; fuertes o estrictos. Por otro lado, Kelso (2002) ha llegado a contar hasta siete niveles distintos de escrutinio: uno de razonabilidad mínima, dos de alta racionalidad, dos intermedios y dos estrictos.

²⁴ En un artículo clásico sobre la materia, Gunther (1972, p. 8) describe así a este escrutinio «*strict in theory and fatal in fact*».

²⁵ En el escrutinio leve se exigen menos requisitos. Bernal (s.f., p. 62), Kelso (2002, p. 227) y Vázquez (2016, p. 83) señalan que son solo dos: a) que el trato diferente tenga un objetivo legítimo, y, b) que dicho trato sea potencialmente adecuado para alcanzarlo.

²⁶ Cfr. Vázquez, 2016, pp. 82-85, 90. El escrutinio débil nació en Estados Unidos en el caso *F.S. Royster Guano Co. V. Virginia*, 253 U.S. 412 (1920) para analizar si las medidas legislativas vulneraban el principio de igualdad de trato. Allí la Corte señaló que una clasificación hecha por la ley «debe ser razonable, no arbitraria, y debe basarse en un criterio de diferenciación que tenga una relación aceptable y sustancial con el objetivo de la legislación de la ley de tal manera que las personas en circunstancias similares sean tratadas en forma semejante».

²⁷ El Tribunal Constitucional Federal alemán habla de una «libertad de configuración del legislador» fundamentada en el principio de división de poderes y en la existencia de cuestiones políticas no justiciables. Sobre esta libertad, cfr. Lavilla, 1987, p. 64.

un privado que su conducta en el mercado cumpla con los dos requisitos mínimos del escrutinio débil: que su fin esté constitucionalmente permitido y que la medida sea potencialmente adecuada para alcanzarlo²⁸. Si la conducta de un particular en el mercado no causa daño, hemos de dejar que incluso actúe en vano distinguiendo lo que desee (v.gr. la apariencia o simpatía de los proveedores, el color de las mercancías, el aroma de los automóviles, etc.).

En definitiva, para determinar la obligatoriedad del trato igual, el test completo de igualdad debería seguir el siguiente procedimiento:

(i) *Verificar la existencia de los presupuestos de igualdad.* Esto es: a) que existan dos o más supuestos o *fattispecie* (dos situaciones jurídicas, dos hechos impositivos, dos normas, dos acciones, etc.); y, b) que tales supuestos sean iguales (idénticos) en todos sus aspectos relevantes para un fin determinado.

Solo si comprobamos la existencia de estos supuestos, pasamos a verificar lo siguiente. Si no, no cabe aplicar el test de igualdad.

(ii) *Determinar la existencia de la obligatoriedad del trato.* Como se dijo, el deber-derecho de trato igual solo existe cuando: a) alguien debe cumplir una misma obligación jurídica con varias personas, o, b) alguien tiene un mismo derecho ante varias personas. Para determinar esto nos remitimos a lo dicho en el capítulo anterior.

Solo si comprobamos la existencia de la obligatoriedad, pasamos a verificar lo siguiente. Si no, la distinción ha de tenerse por legítima.

(iii) *Analizar la razonabilidad de la distinción,* acudiendo al test de proporcionalidad (donde al menos se examina la legitimidad del fin; la idoneidad e adecuación de las medidas, y la proporcionalidad estricta²⁹). Si pasa este test, la distinción ha de tenerse como legítima; caso contrario, sería ilegítima y discriminatoria.

²⁸ Véase lo dicho en la nota 25.

²⁹ Suelen exigirse solo estos tres requisitos. Sobre otros requisitos que cabría exigir, cfr. Riofrío, 2016.

VI. Conclusiones

De lo anterior sacamos las siguientes conclusiones:

1. El principio de igualdad en abstracto exige al menos la presencia de tres cosas: (i) Que existan dos o más supuestos o *fattispecie* (dos situaciones jurídicas, dos hechos impositivos, dos normas, dos acciones, etc.); (ii) que tales supuestos sean iguales (idénticos) en todos sus aspectos relevantes para un fin determinado; y, (iii) que en todos los casos exista la misma *ratio iuris*.

2. El principio de igualdad nació con el movimiento constitucional y con el Estado de derecho, donde la ley debía regir sobre todos por igual. Por esto, inicialmente este principio se entendió más en términos de obligación igual para todos. Conforme se fueron creando instrumentos para aplicar la ley, se comenzó a entender como *derecho a la igualdad en la ley*: es decir, como derecho frente al legislador y ante las autoridades estatales. Sin mayor justificación, el trato ha comenzado a exigirse también a los particulares. Finalmente, se ha solicitado el trato igual no solo en lo relacionado con los derechos, sino también en relación con ciertos intereses, expectativas, deseos o aspiraciones, a fin de consolidar derechos que antes no lo eran.

3. Desde otro punto de vista, se ha visto que la norma general es la desigualdad. En el cosmos, en la cultura, en el lenguaje, etc. las cosas son distintas. Cada persona es distinta. Lo normal en la actuación humana es la libertad, la diversidad. Lo distinto, diverso o diferente resulta ser *de facto* la norma general. Aun así, los tribunales tienden a imponer la igualdad y presuponen que todo debe ser igual; lo distinto parece no gozar del favor del derecho, y las cortes exigen que se pruebe su razonabilidad.

4. Por lo anterior, el test de igualdad ha terminado identificándose con el test de razonabilidad. Si alguien acusa a otro de discriminación o trato no igual, en seguida hay que analizar si la distinción hecha es razonable (aplicando el principio de proporcionalidad/razonabilidad).

5. El principio de igualdad, resumido en la doctrina «hay que tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales», es sobre todo un principio ético. Puede exigirse en derecho cuando media una *ratio iuris*.

6. Para determinar la obligatoriedad del trato igual, el test completo de igualdad debería seguir el siguiente procedimiento:

(i) *Verificar la existencia de los presupuestos de igualdad*, revisando si existen dos o más supuestos o *fattispecie* que sean iguales (idénticos) en todos sus aspectos relevantes para un determinado fin. Si no se comprueba, no cabe aplicar el test de igualdad; si se comprueba, pasamos a verificar lo siguiente.

(ii) *Determinar la existencia de la obligatoriedad del trato*, que solo existe cuando: a) alguien debe cumplir una misma obligación jurídica con varias personas, o, b) alguien tiene un derecho verdadero y concreto oponible en sociedad. Si no existe obligación de trato igual, la distinción ha de tenerse por legítima; si existiese, pasamos a verificar lo siguiente.

(iii) *Analizar la razonabilidad de la distinción*, acudiendo al test de proporcionalidad (donde al menos se examina la legitimidad del fin; la idoneidad e adecuación de las medidas, y la proporcionalidad estricta). Si pasa este test, la distinción ha de tenerse como legítima; caso contrario, sería ilegítima y discriminatoria.