



**UNIVERSIDAD DE CASTILLA LA-MANCHA**

---

**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
DE TOLEDO.**

**MÁSTER UNIVERSITARIO OFICIAL EN DERECHO  
CONSTITUCIONAL**

**TRABAJO DEL FIN DE MÁSTER:  
LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS MEDIDAS DE ACCIÓN  
AFIRMATIVA SUSTENTADAS EN CATEGORÍAS  
PROHIBIDAS DE DISCRIMINACIÓN.**

Responsable de la investigación:

**Abog. MIGUEL ÁNGEL PAREDES MEJÍA**

Asesor:

**Dr. FRANCISCO JAVIER DÍAZ REVORIO**

Huaraz – Perú

2017

## ÍNDICE

|  |    |
|--|----|
| CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN Y ASPECTOS METODOLÓGICOS.                 | 05 |
| 1. El problema jurídico constitucional                             | 05 |
| 1.1. Elección del problema.  | 05 |
| 1.2. Delimitación del problema.                                    | 12 |
| 1.2.1. Problema general.   | 12 |
| 1.2.2. Problemas específicos.                                      | 12 |
| 1.3. Formulación del título.                                       | 12 |
| 1.3.1. Título.   | 12 |
| 2. Formulación de objetivos.                                       | 13 |
| 2.1. Importancia de los objetivos.                                 | 13 |
| 2.2. Definición de los objetivos.                                  | 13 |
| 2.2.1. Objetivo principal.   | 13 |
| 2.2.2. Objetivos Secundarios.                                      | 13 |
| 3. Fuentes normativas.   | 14 |
| 3.1. Fuentes normativas.   | 14 |
| 2.2.1. Fuentes nacionales.   | 14 |
| 2.2.1. Fuentes internacionales.                                    | 14 |
| 3.2. Fuentes jurisprudenciales.                                    | 15 |
| 3.3. Fuentes doctrinales.  | 16 |
| 4. Metodología   | 17 |
| 4.1. Tipo y diseño investigación.                                  | 17 |
| 4.2. Plan de recolección de la información y/o diseño estadístico. | 17 |
| 4.2.1. Población.  | 18 |

|  |           |
|--|-----------|
| 4.2.2. Muestra .   | 18        |
| 4.3. Instrumento(s) de recolección de la información.  | 18        |
| 4.4. Plan de procesamiento y análisis de la información.   | 19        |
| 4.5. Técnica de la validación de la hipótesis.   | 19        |
| <b>CAPITULO II: IGUALDAD Y LA PROHIBICIÓN DE<br/>DISCRIMINACIÓN EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL.</b> | <b>21</b> |
| 1. La igualdad en el Estado constitucional. Un valor, principio o derecho.                       | 22        |
| 2. La igualdad ante la ley, en la ley y en la aplicación de la ley.                              | 31        |
| 3. De la igualdad formal a la igualdad material.   | 34        |
| 4. Prohibición de discriminación.  | 35        |
| 4.1. Discriminación directa.   | 40        |
| 4.2. Discriminación indirecta.   | 41        |
| 4.3. Discriminaciones erróneas, ocultas y por asociación.  | 43        |
| 4.4. Discriminación múltiple.  | 43        |
| 4.5. Discriminación sistemática.   | 46        |
| 4.6. Discriminación inversa o positiva.  | 47        |
| 5. Categorías prohibidas de discriminación.  | 48        |
| <b>CAPITULO III: LAS MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA Y EL<br/>PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.</b>      | <b>50</b> |
| 1. Del Estado liberal al Estado social.  | 50        |
| 2. Las medidas de acción positiva o afirmativa.  | 57        |
| 2.1. Antecedentes.   | 57        |
| 2.2. Definición.   | 65        |

|  |     |
|--|-----|
| 2.3. Características.  | 68  |
| 2.4. Diferencias entre la medida de acción afirmativa y discriminación positiva o inversa.                     | 71  |
| 3. El análisis de la proporcionalidad de las acciones afirmativas.   | 73  |
| 3.1. Determinación del tratamiento legislativo diferente: La intervención en la prohibición de discriminación. | 79  |
| 3.2. Determinación de la intensidad de la intervención de la igualdad.   | 81  |
| A) Intensidad débil.   | 82  |
| B) Intensidad intermedia.  | 83  |
| C) Intensidad grave.   | 88  |
| -Inversión de la carga de la prueba.   | 89  |
| 3.3. Verificación de la existencia de un fin constitucional en la diferenciación.                              | 93  |
| 3.4. Examen de idoneidad.  | 95  |
| 3.5. Examen de necesidad.  | 97  |
| 3.6. Examen de proporcionalidad.   | 99  |
| 4. Respuesta a las principales controversias de las medidas de acción afirmativa.                              | 102 |
| 5. Principales manifestaciones de las medidas de acción afirmativa en el Perú.                                 | 121 |
| VI. CONCLUSIONES.  | 124 |
| VII. BIBLIOGRAFÍA.   | 149 |

## CAPÍTULO I.

### INTRODUCCIÓN Y ASPECTOS METODOLÓGICOS.

#### 1. EL PROBLEMA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL.

##### 1.1. ELECCIÓN DEL PROBLEMA.

En la actualidad existen relaciones sociales asimétricas que ubican a determinados colectivos en situación de desventaja, debilidad o desvalimiento frente al otro, se genera de este modo una indefensión y minusvaloración que los aqueja. La discriminación como problema jurídico social constituye una de las principales violaciones de derechos fundamentales dentro de los Estados, este fenómeno negativo se agrava aún más contra aquellos grupos o sectores vulnerables históricamente marginados, olvidados o excluidos, que soportan una discriminación múltiple y poca o ninguna atención estatal; frente a esta indiferencia dichos colectivos han concretado reconocimientos jurídicos a su favor gracias a "...las transferencias de poder –derivadas de la lucha social– entre los diversos grupos sociales, las instituciones en las que se articulan y las lógicas que animan estas relaciones; y la introducción material en la noción de humanidad de nuevos actores, sujetos y necesidades humanas"<sup>1</sup>. Es así que "...el sentido de igualdad ha cambiado y se ha ampliado por las luchas de cuantos eran excluidos de aquél parámetro y que han impuesto sus puntos de vista, alternativos a aquellos dominantes"<sup>2</sup>.

La democracia actual se rige por el principio democrático<sup>3</sup>, es decir, las decisiones se adoptan por la voluntad de la mayoría; pero ello no implica

---

<sup>1</sup> Gallardo, Helio, *Política y transformación social. Discusión sobre derechos humanos*, Editorial Tierra Nueva, Quito, 2000, Págs. 9-15, citado por: Salgado, Yudith, *El género en el derecho. Ensayos críticos*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Ecuador, Quito, 2009, Pág.172.

<sup>2</sup> Ferrajoli, Luigi, *La igualdad y sus diferencias* (Giménez Sánchez, Isabel M. Trad.), en: Ruíz Miguel, Alonso y Macía Morillo, Andrea (directores), *Desafíos de la igualdad. Desafíos a la igualdad*, primera edición, N° 13, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2009, Pág. 323. Disponible en: <<https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/13/la-igualdad-y-sus-garantias-luigi-ferrajoli.pdf>> [Consulta: 26 de diciembre 2016].

<sup>3</sup> García Guerrero, José Luis, Prólogo, en García Guerrero, José Luis (director), *La vida, la igualdad y los derechos de libertad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, Pág. 20. "Los hombres nacen libres e iguales –valores libertad e igualdad– por lo que ninguno tiene derecho a la

desconocer la garantía de la libre participación e intervención de la minoría en igualdad de condiciones, de este escenario se desprende una obligación de protección de la minoría por parte del Estado, quien asume un deber de tutela por su posición privilegiada de garante ante la desigualdad estructural<sup>4</sup> "...para avanzar en la creación de sociedades más equitativas y democráticas"<sup>5</sup>, con la finalidad de conseguir una igualdad sustancial<sup>6</sup> -real o material<sup>7</sup>- entre sus miembros -Estado social<sup>8</sup> o de bienestar<sup>9</sup>-, de este modo el derecho puede convertirse en una herramienta de cambio social<sup>10</sup>.

---

dominación sobre los demás y prácticamente nunca todos los integrantes de una comunidad son unánimes en las decisiones que éstas deban de adoptar; más bien sucede lo contrario, cada uno tiene una propia –pluralismo político-; luego es necesario adoptar entre hombres libres e iguales **el principio democrático como método de adoptar decisiones de la comunidad y más concretamente, en palabras de Kelsen: la regla de la mayoría y la minoría**" (el resaltado es propio).

<sup>4</sup> Abramovich, Víctor, "*De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*", en *Sur - Revista Internacional de Derechos Humanos, Red Universitaria de Derechos Humanos*, V.6, n.11, 2009 (semestral), Pág. 18. Disponible en <[www.revistasur.org](http://www.revistasur.org)> [Consulta: 26 de diciembre 2016]. "En ese sentido, la perspectiva histórica sobre la jurisprudencia del SIDH marca una evolución desde un concepto de igualdad formal, elaborado en la etapa de la transición, hacia un concepto de **igualdad sustantiva** que se comienza a consolidar en la etapa actual del fin de las transiciones a la democracia, cuando la temática de la discriminación estructural se presenta con más fuerza en el tipo de casos y asuntos considerados por el SIDH. (...) se desplaza hacia **la noción de igualdad sustantiva, que demanda del Estado un rol activo para generar equilibrios sociales...**" (el resaltado es propio).

<sup>5</sup> Dulitzky, Ariel E, "*El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros de la jurisprudencia interamericana*", en *Anuario de Derechos Humanos* N° 03, 2007, Pág. 15. Disponible en: <[www.anuariodch.uchile.cl](http://www.anuariodch.uchile.cl)> [Consulta: 25 de diciembre 2016]

<sup>6</sup> Ferrajoli, Luigi, "*Igualdad y diferencia*", en *Igualdad y diferencia de género*, México, 2010, Pág. 18. "...la igualdad está conectada a los derechos fundamentales: a los de libertad en cuanto derechos al igual respeto de todas las diferencias; **a los sociales en cuanto derechos a la reducción de desigualdades**" (el resaltado es propio).

<sup>7</sup> Solozábal Echevarría, Juan José, "*La garantía de la Igualdad*", en García Guerrero, José Luis (director), *Los derechos fundamentales. La vida, la igualdad...* ob. cit., Pág. 78. "Otra distinción útil es la que distingue entre igualdad formal e **igualdad real o material**. Esto es, la igualdad de posición u oportunidades en el disfrute o ejercicio de los derechos cuyo acceso se niega, reduce o limita a nadie, esto es, la llamada igualdad formal, y **la igualdad real como situación de disfrute efectivo** de dichas oportunidades" (el resaltado es propio).

<sup>8</sup> Pazo Pineda, Oscar Andrés, *Los derechos fundamentales y el Tribunal Constitucional*, Gaceta Jurídica SA., Lima, 2014, Pág. 33. "...ha favorecido dos fenómenos: i) una nueva construcción del

El Estado constitucional tiene como características: la vigencia y eficacia de los derechos fundamentales, control del poder (imparcialidad/objetividad, autonomía/independencia, y especialidad) y supremacía constitucional, donde cada elemento es interdependiente y necesario para cumplir con la protección del ser humano y la defensa de su dignidad como fin supremo de la sociedad, en este no pueden existir zonas exentas de control constitucional<sup>11</sup>, "...la defensa de los derechos humanos no solo implica la limitación del poder del Estado, sino de todo tipo de poder"<sup>12</sup>; por ejemplo, el que ejerce el mercado -la competencia- y los particulares -poderes fácticos- en las relaciones de consumo; haciendo efectiva la eficacia vertical -respecto del Estado- y horizontal<sup>13</sup> -respecto a particulares- de los derechos fundamentales, para un "...control del poder (incluyendo el privado)"<sup>14</sup> efectivo. El

---

principio de igualdad (**real o material**), y ii) el reconocimiento de un nuevo catálogo de **derechos fundamentales que demandan efectivas prestaciones por parte del Estado**" (el resaltado es propio).

<sup>9</sup> Aaulis, Aarnio, "Sobre la justificación de las decisiones jurídicas. La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico", en *Doxa-8*, México DF., 1990, Pág. 26. "La meta del **Estado de bienestar es garantizar la calidad de vida y, coherente con ello, proteger a la parte más débil de la relación social**. Esto implica que en el moderno Estado de bienestar es imposible una separación estricta entre Derecho y moral. **Justicia, razonabilidad, equidad son conceptos claves del sistema del Estado del bienestar** y, por tanto, necesariamente también son criterios para las decisiones jurídicas" (el resaltado es propio).

<sup>10</sup> Salgado, Yudith, *El género en el derecho...* ob. cit., Pág. 176. "Esto implica entender que el **Derecho y los Derechos Humanos pueden contribuir estratégicamente a la construcción de sociedades más equitativas** siempre que prestemos atención en descifrar y evidenciar los mecanismos y las relaciones de poder" (el resaltado es propio).

<sup>11</sup> Tribunal Constitucional del Perú, caso *Pedro Andrés Lizana Puellas*, Expediente N° 05854-2005-PA/TC, sentencia del 08 de noviembre de 2005, FJ. 7.

<sup>12</sup> Kresalja, Baldo y Ochoa, Cesar, *Derecho Constitucional Económico, Capítulo VIII: Del Estado Social de Derecho al Estado de Justicia y Cultura*, fondo editorial PUPC, Lima, 2009, S/Pág.

<sup>13</sup> Tribunal Constitucional del Perú, caso *Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú SA. y FETRATEL*, Expediente N°1124-2001-AA/TC, sentencia del 11 de julio de 2002, FJ. 06, citado por Pérez Casaverde, Efraín, *Manual de Derecho Constitucional*, Adrus D&L Editores SAC., Lima, 2003, Pág. 703. "06 (...) la fuerza normativa de la Constitución, su fuerza activa y pasiva, así como **su fuerza regulatoria de relaciones jurídicas se proyecta también a las establecidas entre particulares**" (el resaltado es propio).

<sup>14</sup> Sosa Sacio, Juan Manuel, "Una mirada constitucional a la defensa del consumidor, con especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *Ensayos sobre protección al consumidor en el Perú*, Lima, Pág. 176.

Estado social<sup>15</sup> en esta línea cumple con la función de velar por la protección de su población, en especial y con mayor énfasis en grupos o sectores que se encuentran en grave situación de vulnerabilidad -jurídicamente débiles- frente al resto, por ello considero que el Estado garantiza a través de una función tuitiva y un rol regulatorio la eliminación de esta forma de violencia -indirecta- que los somete a condiciones infrahumanas y deshumanizantes.

El Estado constitucional es la síntesis de un proceso jurídico evolutivo donde confluyen características formales, sino también materiales que buscan democratizar los contenidos materializando los derechos fundamentales y evitar que las decisiones sean el simple resultado de un análisis e interpretación meramente formal.

La igualdad "...se establece porque somos diferentes, entendido 'diferente' en el sentido de diversidad de identidades personales. (...) -y- porque somos desiguales, entendido 'desigualdad' en sentido de diversidad en las condiciones de vida materiales y sociales. En definitiva la igualdad se establece porque, de hecho, somos diferentes y desiguales: para tutela de las diferencias y en oposición a las desigualdades"<sup>16</sup>. En "...cuanto principio, constituye el enunciado de un contenido material objetivo que, en tanto componente axiológico del fundamento del ordenamiento constitucional, vincula de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico. En cuanto derecho fundamental constituye el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo, esto es, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional: la igualdad, oponible a un destinatario (FJ. 4)"<sup>17</sup>. Por eso tenemos que "...el principio de igualdad y no discriminación sea considerado como uno de los principios fundamentales del

---

<sup>15</sup> Solozábal Echevarría, Juan José (2013), *La garantía de la Igualdad*, en García Guerrero, José Luis (director), *Los derechos fundamentales. La vida, la igualdad...* ob. cit., Págs. 79-80. "...nuestra forma política como Estado social, pues partiendo del reconocimiento en el plano social de la desigualdad material **compromete a los poderes públicos a una labor de transformación igualitaria de la propia comunidad**" (el resaltado es propio).

<sup>16</sup> Ferrajoli, Luigi, *La igualdad y sus diferencias* (Giménez Sánchez, Isabel M. Trad.), en Ruíz Miguel, Alonso y Macía Morillo, Andrea (directores), *Desafíos de la igualdad...* ob. cit., Pág. 311.

<sup>17</sup> Tribunal Constitucional del Perú, caso *Colegio de Abogados de Ica*, Expediente N° 00027-2006-PI/TC, sentencia del 26 de enero de 2008, citado por: Quiroga León, Aníbal, *El debido proceso legal en el Perú y en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Jurisprudencia*, segunda edición, Idemsa, Lima, 2014, Pág. 516.



Derecho Internacional de los Derechos Humanos"<sup>18</sup>; "Son cuatro los principales tipos de normas jurídicas que contienen mandatos de igualdad en general: '1. el principio de igualdad en sentido estricto, ya sea como valor o como principio (...). 2. El mandato no discriminación (...). 3. La igualdad entre el hombre y la mujer (...) y 4. La igualdad sustantiva (...)'"<sup>19</sup>.

La igualdad según el artículo 53 de la Convención de Viena, es una norma de *ius cogens*<sup>20</sup>; es decir, una "...norma imperativa de derecho internacional general (...) aceptada y reconocida por la comunidad internacional (...) no admite prueba en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior (...) que tenga el mismo carácter"<sup>21</sup>; en consecuencia, atraviesa transversalmente nuestro ordenamiento jurídico y vincula a todos los órganos estatales y privados.

---

<sup>18</sup> Nash, Claudio y Valeska, David, "Igualdad y no discriminación en el sistema interamericano de derechos humanos", en Nash, Claudio e Ignacio, Mujica (editores), *Derechos Humanos y Juicio Justo*, Red Interamericana de Formación en Gobernabilidad y Derechos Humanos, Colegio de las Américas - COLAM, Organización Interamericana Universitaria, Lima, Pág. 160; citado por: Salomé Resurrección, Liliana, "Igualdad y no discriminación en las sentencias y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional*, tomo 103, Lima, 2016, Pág. 78.

<sup>19</sup> Carbonel, Miguel, *Igualdad*, en: <<http://www.miguelcarbonel.com/docencia/igualdad/shtml>> [Consulta: 28 de diciembre 2016].

<sup>20</sup> García Roca, Javier y Dalla Vía, Alberto R., *Los derechos políticos y electorales como reglas de procedimiento democrático: concepto, naturaleza, interpretación y límites*, en García Roca, Javier, Fernández Sánchez, Pablo Antonio, Santolaya Machetti, Pablo y Canosa Usera, Raúl (editores), *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*, segunda edición, ECB Editores S.A.C., Lima, 2015, Pág. 248. Afirma que: "La Corte en su OC 18/03, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, de 17 de septiembre de 2003, cita al TEDH al reconocer el principio de igualdad y afirmar que es discriminatoria toda distinción que carezca de una justificación objetiva y razonable. También el caso Yatama destaca la importancia del 'principio de protección igualitaria y efectiva de la ley y de la no discriminación'; aseverando que, en la actual etapa de evolución del Derecho Internacional, **este principio ha ingresado en el dominio del ius cogens** y sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico. Los principios de igualdad e interdicción de discriminación parecen semejantes en ambos continentes" (el resaltado es propio).

<sup>21</sup> Tapia Vega, Ricardo, *La actividad del juez en México frente a su obligación constitucional de tutela de los derechos humanos*, en Díaz Revorio, Francisco Javier y Rebato Peño, M<sup>a</sup> Elena (directores), *La justicia constitucional en Iberoamérica: una perspectiva comparada*, UBIJUS Editorial, Ciudad de México, 2016, Pág. 147.

La igualdad dentro de un Estado constitucional constituye un elemento fundamental que atraviesa transversalmente todo el ordenamiento jurídico, es por ello que es reconocido a nivel convencional como una norma de *ius cogens*; la igualdad prohíbe la discriminación, pero admite la diferenciación siempre que sea objetiva y razonable<sup>22</sup>, es decir, que supere el test de proporcionalidad<sup>23</sup>.

El fenómeno social de la discriminación debe ser abordado por el Estado constitucional con la finalidad de prevenirla o erradicarla de su seno, para cumplir este objetivo es necesario una intervención razonable a través de las medidas de acción positiva, para mejorar la posición de desventaja de los grupos vulnerables. Estas constituyen instrumentos temporales para nivelar o equiparar las relaciones jurídicas asimétricas ante supuestos de discriminación, son intervenciones estatales admitidas en un modelo de Estado social, aunque criticadas en uno liberal.

Para David Jiménez Glück, las acciones positivas o medidas de igualación positiva se dividen en acciones positivas moderadas (cumplen un escrutinio estricto de igualdad al perseguir una finalidad constitucionalmente deseable y la proporcionalidad, no establecen cuotas en procesos de selección ni lesionan directamente intereses de terceros) y medidas de discriminación

---

<sup>22</sup> Uprimny Yepes, Rodrigo y Sánchez Duque, Luz María, *Artículo 24. Igualdad ante la ley*, en Steiner, Christian y Uribe, Patricia (editores), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Konrad Adenauer Stiftung e.V., México DF., 2014, Pág. 587.

<sup>23</sup> Alexy, Robert, *Algunas reflexiones en torno a cómo mi pensamiento jurídico ha ido desarrollándose con el paso de los años* (Portocarrero Quispe, Jorge Alexander Trad.), en Bernal Pulido, Carlos (editor), *La doble dimensión del derecho. Autoridad y razón en la obra de Robert Alexy*, Palestra Editores, Lima. 2011, Pág. 66. **“El principio de proporcionalidad está constituido por tres sub-principios: el principio de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto.** Los principios de adecuación y de necesidad están referidos a la optimización relativa a lo que es fácticamente posible. Por lo tanto, ellos no tienen que ver con la ponderación, sino con evitar posibles intervenciones a derechos fundamentales que generen costos innecesarios para los demás principios. Estos dos principios se refieren, en otras palabras, al ‘Óptimo de Pareto’. Por el contrario, el tercer sub-principio, el principio de proporcionalidad en sentido estricto, se refiere a una optimización relativa de las posibilidades jurídicas. Las posibilidades jurídicas será determinadas principalmente por los principios opuestos. Este es propiamente el ámbito de acción de la ponderación, ya que la ponderación no consiste sino en la optimización relativa a los principios contrapuestos. La teoría de los principios, por consiguiente, es en esencia una teoría de la ponderación” (el resaltado es propio).

inversa, dentro de estas últimas tenemos las medidas de discriminación inversa racionalizada y las medidas de discriminación inversa en estado puro (a las que se le considera discriminatoria y, por lo tanto, contraria a la constitución)<sup>24</sup>.

Las acciones afirmativas son cuestionadas<sup>25</sup> porque: al asignar bienes escasos a fin de compensar los desequilibrios en las relaciones sociales aplicando este tipo de medidas compensatorias, genera que existan efectos lesivos o daños colaterales a derechos fundamentales de terceros, más aún si no se evalúan condiciones particulares, capacidades, aptitudes, talentos de cada sujeto (igualdad de oportunidades de llegada); producen desequilibrios procesales en cuanto a la carga de la prueba cuando se flexibiliza al punto de suprimirla para demostrar la discriminación individual que podría generar desigualdades materiales en el mismo colectivo discriminado; también, dichas medidas que buscan fines compensatorios y de reversión de la histórica discriminación, no son idóneas, necesarias y proporcionales.

Las medidas de acción positiva necesariamente exigen establecer un trato diferenciado de determinados sectores discriminados para equiparar la situación de desventaja social que sufren; sin embargo, cuando se introducen categorías sospechosas de discriminación (raza, sexo, edad, condición social, etc.) como sustento para establecer el trato preferente se corre un alto riesgo que estas medidas no sean conformes con la constitución, hecho que en muchas ocasiones ha generado el reclamo de terceros que se sienten afectados por estas intervenciones en sus derechos; es ese el problema que genera la discusión del presente trabajo, el cual podrá ser abordado revisando la experiencia de otros sistemas jurídicos para identificar si existen medidas de acción afirmativa más óptimas que pueden ser admisibles constitucionalmente dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

---

<sup>24</sup> Jiménez Gluck, David, *Una manifestación polémica del principio de igualdad*, Tirant Monografías, Valencia, 1999, Pág. 58.

<sup>25</sup> Huesca Rodríguez, Mauricio, “*El lado oscuro de las acciones afirmativas. Una visión crítica*”, en: revista *Quid Iuris*, año 9, volumen 28, marzo-mayo, 2015, Pág. 37. Disponible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/quid-iuris/article/viewFile/17548/15756>. [Consulta: 28 de diciembre 2016].

## **1.2. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA.**

### **1.2.1. Problema general.**

**¿En un Estado constitucional serán constitucionalmente admisibles las medidas de acción afirmativa sustentadas en categorías prohibidas de discriminación?**

### **1.2.2. Problemas específicos.**

- a. ¿Qué características y cuáles son las modalidades de medidas de acción positiva se han aplicado o han sido desarrollados por el Derecho?
- b. ¿Si las medidas de acción afirmativa que afectan derechos de terceros superaran el test de proporcionalidad, cuáles serían aplicables dentro del marco de nuestro ordenamiento jurídico?
- c. ¿Cuáles son las principales medidas de acción afirmativa y cuál es su nivel de aplicación en los diversos ordenamientos jurídicos?

## **1.3. FORMULACIÓN DEL TÍTULO.**

En un sistema constitucional normativo como el peruano, la supremacía constitucional y jerarquía normativa de la constitución se encuentran previstos en el artículo 51 de la constitución de Perú, y si bien no existe un mandato expreso que exija concretizar la igualdad material, como en el artículo 9 de la constitución española, sí se reconoce el derecho fundamental a la igualdad y no discriminación que conectada con la forma de la cláusula de Estado social, obliga a que se encuentren medidas de acción afirmativa admisibles para que los grupos vulnerables mejoren su protección y expectativa; todo en concordancia con la normativa internacional sobre derechos humanos.

Las medidas de acción positiva en ese sentido constituyen mecanismos constitucionales admisibles que pueden aplacar de modo eficiente la discriminación múltiple o estructural.

**1.3.1. Título: la constitucionalidad de las medidas de acción positiva o afirmativa sustentadas en categorías sospechosas de discriminación.**

## **2. FORMULACIÓN DE OBJETIVOS.**

### **2.1. Importancia de los objetivos.**

Los objetivos están determinados por los problemas planteados sobre la constitucionalidad de las medidas de acción afirmativa sustentadas en categorías sospechosas de discriminación, las cuales pueden generar una afectación a los derechos fundamentales del grupo y de terceros; de este modo se buscará explicar y justificar en qué casos es admisible constitucionalmente la intervención del Estado con estas para reducir desigualdades sociales.

### **2.2. Definición de los objetivos.**

#### **2.2.1. Objetivo principal**

Analizar y establecer la constitucionalidad de las medidas de acción positiva en el ordenamiento jurídico peruano en comparación con otros sistemas jurídicos.

#### **2.2.1. Objetivos secundarios**

- a. Determinar las características y establecer cuáles son los tipos de medidas de acción positiva que se han aplicado en los sistemas jurídicos.
- b. Justificar las razones de la constitucionalidad de las medidas de acción afirmativa que afectan derechos de terceros y proponer cuáles serían aplicables en el ordenamiento jurídico peruano.
- c. Establecer el nivel de aplicación de las medidas de acción positiva en los sistemas jurídicos europeo continental y del *common law*.

### 3. FUENTES.

#### 2.1. Fuentes normativas.

Es relevante señalar que para este discurso también nos remitiremos a obligaciones internacionales para justificar la obligatoriedad de las medidas afirmativas, para lo cual se debe realizar una interpretación sistemática<sup>26</sup> del artículo 55, 1 y 3 –cláusula de derechos implícitos- de la constitución política del Perú -que dotan de fuerza activa y vigencia a la normativa internacional-, en conexión con la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución –cláusula hermenéutica-, complementado legalmente con el artículo V del título preliminar y 79 del Código Procesal Constitucional<sup>27</sup>, se puede aplicar normatividad internacional siempre que haya sido firmada y ratificada por el Estado peruano, lo que permite ampliar la visión o proyección de la interpretación de los derechos fundamentales; por tanto, es perfectamente aplicable la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)<sup>28</sup>, que pasa a formar parte de nuestro derecho interno<sup>29</sup>, así como toda normativa suscrita que pertenezca al Sistema Interamericano y Universal de los Derechos Humanos.

---

<sup>26</sup> Torres Zúñiga, Natalia, *El control de convencionalidad: alcances y características. Algunos aspectos de su aplicación en la práctica del Tribunal Constitucional Peruano y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Cuaderno de Trabajo N° 6. Nueva Serie, del Centro de Investigación Capacitación y Asesoría Jurídica (CICAJ), Lima, 2013, Pág. 27.

<sup>27</sup> Tribunal Constitucional de Perú, caso *Arturo Castillo Chirinos*, Expediente N° 2730-2006-PHC-TC, sentencia del 21 de julio de 2006, FJ. 11. “Las obligaciones relativas a **la interpretación de los derechos constitucionales no solo se extiendan al contenido de la Convención *strictu sensu*, sino a la interpretación que de ella realiza la Corte a través de sus decisiones**. En ese sentido, el art. V del TP del CPConst.” (el resaltado es propio).

<sup>28</sup> Tribunal Constitucional de Perú, caso *Arturo Castillo Chirinos...*, FJ. 10. “El Estado peruano no sólo ha ratificado la CADH (12 de julio 1978), sino que, en observancia de su art. 62.1 mediante instrumento de aceptación de fecha 21 de enero de 1981, ha reconocido como **obligatoria de pleno derecho la competencia contenciosa de la CIDH**, para conocer cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la CADH que le sea sometido (art. 62.3)” (el resaltado es propio).

<sup>29</sup> Tribunal Constitucional de Perú, caso *Arturo Castillo Chirinos...*, FJ. 09. “Los tratados internacionales sobre derechos humanos no solo forman parte positiva del ordenamiento jurídico nacional (art. 55 de la Const.), sino que la Cuarta Disposición Final y Transitoria (CDFT) de la Const. –en cuanto dispone que los derechos fundamentales reconocidos por ella se interpretan de conformidad con los tratados y acuerdos sobre derechos humanos ratificados por el Perú- **exige a**

En la CADH existen obligaciones generales que los Estados partes exigibles a quienes la han suscrito y ratificado, como “la obligación de respetar los derechos” (art. 1 CADH) –en sentido similar el art. 2.1 del PIDCP- y “el deber de adoptar disposiciones de Derecho interno” (art. 2 CADH) –en sentido similar el art. 2.2 del PIDCP-; en ese sentido, son cláusulas generales para la protección y adecuación en favor de los derechos humanos.

En este sistema de fuentes podemos ubicar la cláusula de no discriminación en el artículo 1.1 –respetar y garantizar sin discriminación los derechos- que debe coordinarse con el artículo 24 –prohibición de la protección desigual de la ley- de la CADH. También tenemos fuente normativa<sup>30</sup> en: los artículos 2.1 y el artículo 26 del PIDCP, los artículos 2.2 y 3 del PIDESC, el artículo 3 del Protocolo de San Salvador, Tratados específicos del sistema interamericano y universal de los derechos humanos. A nivel nacional tenemos el artículo 2 y 103 de la Constitución Política del Perú, así como la demás normativa pertinente sobre el derecho a la igualdad y no discriminación.

Es importante precisar que la fuente normativa del sistema europeo de derechos humanos será materia de análisis comparado con el objetivo de encontrar mejores instrumentos para materializar la igualdad sustantiva.

## **2.2. Fuentes jurisprudenciales.**

Serán materia de tratamiento las principales sentencias que versen sobre la igualdad y que aborden de forma explícita las medidas de acción positiva a nivel nacional e internacional; asimismo, se recurrirán a otros

---

**los poderes públicos nacionales que, a partir del ejercicio hermenéutico, incorporen en el contenido protegido de los derechos constitucionales los ámbitos normativos de los derechos humanos reconocidos en los referidos tratados.** Se trata de un reconocimiento implícito de **la identidad nuclear sustancial compartida por el constitucionalismo y el sistema internacional de protección de los derechos humanos: la convicción jurídica del valor de la dignidad de la persona humana, a cuya protección y servicio se reconduce, en última y definitiva instancia, el ejercicio de todo poder**” (resaltado y agregado entre líneas es propio).

<sup>30</sup> Material de enseñanza sustentado en diapositivas brindado por la magistra Beatriz Ramírez Huaroto con motivo de la IV Edición Diploma de Especialización: "Teoría e interpretación de derechos fundamentales" organizado por el Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, realizado de junio a setiembre de 2015.

instrumentos interpretativos pertinentes propios del sistema interamericano, europeo y universal de los derechos humanos.

## **2.2. Fuentes doctrinales.**

Se recurrirá a las obras jurídicas que permitan analizar, explicar y justificar las medidas de acción positiva como mecanismo idóneo para realizar el principio de igualdad material o real.



## 4. METODOLOGÍA

### 4.1. TIPO Y DISEÑO.

#### 4.1.1. Tipo de investigación.

Corresponderá a una investigación jurídica dogmática normativa<sup>31</sup>, con un enfoque jurídico-constitucional que tiene por finalidad profundizar los conocimientos que presenta el problema de la aplicación e impacto de las medidas de acción afirmativa en el ordenamiento jurídico peruano en relación con el derecho comparado.

#### 4.1.2 Tipo de diseño.

Corresponderá a la denominada **No Experimental**<sup>32</sup>, debido a que carecerá de manipulación la variable independiente, además no poseerá grupo de control.

#### 4.1.3. Diseño general.

Se empleará el diseño **transversal**<sup>33</sup>, toda vez que se realizará el estudio del hecho jurídico en un determinado tiempo, periodo del 2017.

#### 4.1.4. Diseño específico

Se empleará el diseño **descriptivo-explicativo**<sup>34</sup>, toda vez que se estudiará los factores que generan las situaciones problemáticas sobre la aplicación e impacto de las medidas de acción positiva en el ordenamiento jurídico peruano en relación con el derecho comparado.

### 4.2. PLAN DE RECOLECCIÓN DE LA INFORMACIÓN Y/O DISEÑO ESTADÍSTICO.

---

<sup>31</sup> Solís Espinoza, Alejandro, *Metodología de la Investigación Jurídico Social*, Lima, 1991, Págs. 54 y ss.

<sup>32</sup> Robles Trejo, Luis y otros, *Fundamentos de la investigación científica y jurídica*, Editorial Fecatt, Lima, Pág. 34.

<sup>33</sup> Hernández Sampieri, Roberto y otros, *"Metodología de la Investigación"*, Editorial McGrawHill, México, Pág. 151.

<sup>34</sup> Hernández Sampieri, Roberto y otros, *"Metodología... ob. cit.,* Pág. 155.

#### 4.2.1. Población.

##### A. Universo Físico.

Estará constituida por el ámbito mundial y nacional.

##### B. Universo Social.

La población materia de estudio se circunscribe a la dogmática constitucional y la jurisprudencia constitucional nacional e internacional.

##### C. Universo temporal.

El periodo de estudio corresponderá al año 2017.

#### 4.2.2. Muestra.

- **Tipo:** No Probabilística.
- **Técnica muestral:** Intencional.
- **Marco muestral:** Doctrina y jurisprudencia constitucional.
- **Unidad de análisis:** Documentos (doctrina y jurisprudencias).

#### 4.3. INSTRUMENTO(S) DE RECOLECCIÓN DE LA INFORMACIÓN.

- a) **Ficha de análisis de contenido.**- Para el análisis de los documentos y determinar sus fundamentos y posiciones.
- b) **Documentales.**- Ello referido a textos bibliográficos y hemerográficos para recopilar información sobre la doctrina constitucional, así como el tratamiento del problema en el derecho comparado.
- c) **Electrónicos.**- La información que deberá recabarse de las distintas páginas web, que se ofertan en el ciberespacio, sobre nuestro problema de investigación.
- d) **Fichas de Información Jurídica.**- Es un criterio de recolectar la información, a fin de almacenarla y procesarla adecuadamente en el momento oportuno.

#### 4.4. PLAN DE PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN

El plan de recojo de la información comprenderá en primer lugar la selección de los instrumentos de recolección de datos, en ese sentido se emplearán las siguientes: Para la fuentes bibliográficas, hemerográficas y virtuales se realizará a través de la fichas bibliografías, literales, resumen y comentario. Para la jurisprudencia se empleará la ficha de análisis de contenido, las que nos permitirán recoger datos para la construcción del marco teórico y la discusión, y de esa forma validar la hipótesis planteada.

Para el estudio de la normatividad se realizará a través de los métodos exegético y hermenéutico, para tener una visión sistemática nuestro problema de estudio.

Para el análisis de la información se empleará **la técnica del análisis cualitativo**<sup>35</sup>, toda vez que en la investigación jurídica dogmática no admiten las valoraciones cuantitativas, el análisis de datos debe concretarse a la descomposición de la información en sus partes o elementos, tratando de encontrar la repetición de lo idéntico y las relaciones de causalidad, a fin de describir y explicar las características esenciales del hecho o fenómeno. Esto es lo que se denomina como análisis cualitativo.

Un dato cualitativo es definido como un “no cuantitativo”; es decir, que no puede ser expresado como número, estos datos son difícilmente medibles, no traducibles a términos matemáticos y no sujetos a la inferencia estadística.

#### 4.5. TÉCNICA DE LA VALIDACIÓN DE LA HIPÓTESIS.

Los datos que se obtengan con los instrumentos servirán para validar la hipótesis en base la teoría de la **argumentación jurídica**<sup>36</sup>, debido a que el Derecho puede concebirse como argumentación, ya que desde cualquier perspectiva la actividad de todo jurista cuando aplica el Derecho consiste fundamentalmente en argumentar, justificar el derecho. Por lo que, la habilidad

---

<sup>35</sup> Briones, Guillermo, *Métodos y Técnicas de Investigación para las Ciencias Sociales*, Editorial Trillas, México, 1986, Pág. 43.

<sup>36</sup> Gascón Abellán, Marina y García Figueroa, *La argumentación en el derecho*, Editorial Palestra. Lima, 2005, Pág. 49

para presentar buenos argumentos a fin de justificar una postura; el fin básico de la teoría de la argumentación jurídica no es la de mostrarles cosas nuevas a los juristas, sino el de justificar los planteamientos o enunciados.

## CAPÍTULO II.

### IGUALDAD Y LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL.

En el presente capítulo se busca hacer una explicación de cómo se ha ido configurado la igualdad y no discriminación en el paradigma del Estado constitucional que se caracteriza porque “...una norma suprema garantiza esos principios esenciales de limitación del poder, separación de poderes y garantía de los derechos”<sup>37</sup>, vemos que esta institución con sus matices contemporáneos y características propias va adoptándose en los Estados como una suerte de directriz que busca consolidar el irrestricto respeto de la supremacía constitucional –en sentido formal y material- y la vigencia y eficacia efectiva de los derechos fundamentales. La igualdad y no discriminación tiene una indisoluble conexión con la dignidad, pues “...la dignidad es igual para todos – idea indiscutible en el plano de los principios”<sup>38</sup>, es así que cuando se afecta la igualdad y no discriminación se daña la dignidad<sup>39</sup>, esta relación es bastante marcada al punto que en no pocos casos sus conceptos son ambiguos por tener asignaciones de contenido comunes o similares que los hacen poco distinguibles.

La igualdad constituye la piedra angular del Estado constitucional que se encuentra reconocido en instrumentos normativos de los sistemas regionales y el sistema universal de los derechos humanos, que reconocen su especial posición

---

<sup>37</sup> Díaz Revorio, Francisco Javier, *Estado, Constitución, Democracia. Tres conceptos que hay que actualizar*, Palestra Editores, Lima, 2017, Pág. 08.

<sup>38</sup> Martín Sánchez, María, *Derecho a ser diferente: dignidad y libertad*, en *Colección sobre la protección constitucional de los derechos humanos*, Fascículo 11, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México DF., 2015, Pág. 21. En el material entregado con motivo del II Máster Universitario Oficial de derecho Constitucional 2016-2017, organizado por la Universidad Castilla La Mancha y el Instituto Palestra, correspondiente al módulo IV, asignatura 1, Derechos Fundamentales en el Sistema Constitucional I a cargo de la profesora María Molero Martín-Salas, Lima, 2017.

<sup>39</sup> Martín Sánchez, María, *Derecho a ser diferente: dignidad y libertad...* ob. cit., Pág. 30. “...cuando se limitan ciertos derechos de determinadas categorías de personas, entre otras, por razones como su orientación sexual, su condición de dependencia física o psíquica, o incluso circunstancias concretas como puede ser el padecimiento de ciertas enfermedades”.

como norma de *ius cogens*<sup>40</sup> o de imperativo cumplimiento y difícilmente derrotable.

## 1. LA IGUALDAD EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL. UN VALOR, PRINCIPIO O DERECHO.

La igualdad constitucional puede ser entendida como un valor<sup>41</sup><sup>42</sup>, principio<sup>44</sup><sup>45</sup> o derecho<sup>46</sup><sup>47</sup>, posiblemente este hecho se deba a la necesidad de

---

<sup>40</sup> Nogueira Alcalá, Humberto, “*El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas*”, en *revista Anuario da Facultade Dereito da Universidade da Coruña*, 10, 2006, Pág. 803. Disponible en: < <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/2449/AD-10-41.pdf?sequence=1> > [Consulta: 22 de setiembre 2017]. “Además de su regulación en los ordenamientos constitucionales y legales de los estados, tal derecho queda estampado en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, **la igualdad ante la ley se positiva en un derecho humano y se constituye en un principio imperativo de derecho internacional o principio de *ius cogens* a la no discriminación**” (el resaltado es propio).

<sup>41</sup> García Guerrero, José Luis (director), *La vida, la igualdad y los derechos de libertad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, Págs. 19-20. “La idea central de la que parto es que cuando el artículo 1º de la Constitución propugna como valores superiores del ordenamiento jurídico (...) la igualdad (...) efectivamente emplea el término en sentido estricto. Hay cierta polémica doctrinal al respecto, pero asumo aquí que las reglas jurídicas se diferencian claramente de los valores y principios. Las primeras contienen un presupuesto de hecho al que se anuda una consecuencia jurídica, y su eficacia es inmediata. No sucede lo mismo con **los valores y principios, que, siendo sin duda normas jurídicas, tienen solo eficacia interpretativa. Más difícil y polémico resulta diferenciar los valores de los principios. La eficacia de ambos es, como se ha dicho, hermenéutica, pero en mi opinión los primeros tienen menor densidad que los segundos; son, por decirlo de alguna forma, más vaporosos**” (el resaltado es propio).

<sup>42</sup> Díaz Revorio, Francisco Javier, “*Sobre los valores en la filosofía jurídica y en el derecho constitucional*”, en *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*, número 08, jul./dez., Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC), São Paulo, 2016, Pág. 62. Disponible en: < [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-08/RBDC-08-033-F\\_Javier\\_Diaz\\_Revorio.pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-08/RBDC-08-033-F_Javier_Diaz_Revorio.pdf) > [Consulta: 22 de Marzo 2017]. “...Creemos que, aunque el significado de los valores no tenga la precisión y concreción de otros conceptos jurídicos, tampoco es tan absolutamente ambiguo que puedan convertirse en conceptos vacíos. Al contrario, existen ciertos elementos (entre los que **puede destacarse el propio "contexto constitucional" de los valores, así como la concepción que tiene la sociedad sobre ellos en un momento dado) que permiten precisar aceptablemente su significado**, determinando así cuáles son las opciones axiológicas fundamentales de la Constitución, las cuales suponen mandatos, tanto de signo negativo o limitativo, como positivos, a todos los poderes públicos” (el resaltado es propio).

---

<sup>43</sup> Sosa Sacio, Juan Manuel, *Nuestros Neoconstitucionalismos*, en Castillo Córdova, Luis, et. al., *Pautas para interpretar la Constitución y los derechos fundamentales*, guía N° 06, Gaceta Jurídica, Lima, 2009; Pág. 15."...los valores están reconocidos en disposiciones constitucionales que **carecen de precisión, son en gran medida indeterminadas y ambiguas**" (el resaltado es propio).

<sup>44</sup> Alexy, Robert, *La fórmula del peso*, en Carbonell, Miguel y Grández Castro, Pedro Paulino (coordinadores), *El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo*, Palestra Editores SAC., Lima, 2010, Pág. 14. "Las reglas son normas que ordenan algo definitivamente. Son mandatos definitivos. En su mayoría, ordenan algo para el caso de que se satisfagan determinadas condiciones. Por ello, son normas condicionadas. Sin embargo, las reglas pueden revestir también una forma categórica. Un ejemplo de ello sería una prohibición absoluta de tortura. Lo decisivo es, entonces, que si una regla tiene validez y es aplicable, es un mandato definitivo y debe hacerse exactamente lo que ella exige. Si esto se hace, entonces la regla se cumple; si no se hace, la regla se incumple. Como consecuencia, las reglas son normas que pueden cumplirse o incumplirse. Por el contrario, **los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas**. Por ello, **los principios son mandatos de optimización. Como tales, se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diferentes grados y porque la medida de cumplimiento ordenada depende no solo de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas**. Las posibilidades jurídicas se determinan mediante reglas y, sobre todo, mediante principios que juegan en sentido contrario" (el resaltado es propio).

<sup>45</sup> Díaz de Valdés J., José Manuel, "*La igualdad constitucional: múltiple y compleja*", en *Revista Chilena de Derecho*, volumen 42, número 01, Santiago de Chile, abril, 2015, Pág. 168. Disponible en: < <http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v42n1/art07.pdf> > [Consulta: 20 de Marzo 2017]. "...la redacción de las cláusulas constitucionales de igualdad varía entre aquellas que la tratan como un principio y/o valor general de derecho constitucional, y las que se refieren a un derecho individual a la igualdad. También es común que un ordenamiento contemple ambos tipos de cláusulas simultáneamente. "Tratar **la igualdad como principio o valor implica**, entre otras cosas, **que aquella sirve como un estándar de evaluación de normas y actos jurídicos, como inspirador de los mismos, e incluso como criterio de interpretación**" (el resaltado es propio).

<sup>46</sup> Díaz de Valdés J., José Manuel, "*La igualdad constitucional: múltiple y compleja...* ob. cit., Pág. 168. "En efecto, más allá del formalismo y "literalismo" propio de sistemas jurídicos como el nuestro, la **dogmática constitucional contemporánea tiende a reconocer la naturaleza compleja de ciertos bienes jurídicos, los que simultáneamente pueden operar como derechos y principios o valores**" (el resaltado es propio).

<sup>47</sup> Díaz de Valdés J., José Manuel, "*La igualdad constitucional: múltiple y compleja...* ob. cit., Pág. 168. "En cambio, establecer **la igualdad como un derecho implica**, a lo menos, **la imposición de límites a la actividad de las autoridades públicas** (dimensión negativa). Adicionalmente puede **requerir la promoción de la igualdad** por parte de tales autoridades (dimensión positiva), o **extender a los otros particulares la obligación de respeto o no vulneración** (horizontalidad del derecho). Establecer la igualdad como derecho conlleva también el **proveer acciones jurisdiccionales de protección directa**" (el resaltado es propio).

concretizar y efectivizar<sup>48</sup> su ideal regulativo recorriendo un camino que va desde lo abstracto y genérico hacia algo más definido o específico.

Así se puede decir que en un primer momento se generan importantes problemas conceptuales para definir la igualdad más como valor –de fuerte contenido axiológico- que principio<sup>49</sup> -norma jurídica abierta que contiene mandatos de optimización-, ambos escenarios nos llevan aproximativamente a entenderlas en términos abstractos como exigencias o mandatos ordenadores de fines u objetivos destinados a obtener un resultado, es decir, serían las ideas rectoras - ubicadas en los preámbulos de las constituciones- que generalmente orientan la configuración de las estructuras y proyectan el accionar de los Estados constitucionales a favor del respeto de la supremacía constitucional y la vigencia y eficacia de los derechos fundamentales, en ese sentido, “...no solo sirve como fundamento al régimen democrático de

---

<sup>48</sup> García Guerrero, José Luis (director). *La vida, la igualdad y los derechos...* ob. cit., Pág. 20. “...la igualdad formal no es solo una concreción de la dignidad personal sino también del valor de idéntica denominación contenido en el artículo 1º. Creo que **el constituyente decidió plasmarlo como derecho fundamental para dotarlo (...) del máximo nivel de garantías, especialmente su eficacia jurídica inmediata de la que carecería como simple valor**” (el resaltado es propio).

<sup>49</sup> Chano Regaña, Lorena, “*Igualdad y principio de proporcionalidad en el Derecho Europeo*”, en Revista Universitaria Europea, número 23, AUDESCO, Madrid, julio-diciembre 2015, Pág. 156. Disponible en: < <http://www.revistarue.eu> > [Consulta: 20 de setiembre 2017]. En el material entregado con motivo del II Máster Universitario Oficial de derecho Constitucional 2016-2017, organizado por la Universidad Castilla La Mancha y el Instituto Palestra, correspondiente al módulo IV, asignatura 1, Derechos Fundamentales en el Sistema Constitucional I a cargo de la profesora María Molero Martín-Salas, Lima, 2017. “...**la igualdad se erige como un principio general del derecho** de la Unión que rige todas las políticas comunitarias y vincula en su actuación todas las instituciones y a los Estados miembros. **Se fundamenta en los principios democráticos que rigen a los Estados de derecho, en especial en la libertad y la dignidad humana**, de donde se desprende que la igualdad no opera solo como parámetro de control y actuación de las políticas sociales, sino que tiene también una dimensión humana (...) **presenta una doble dimensión** en el Derecho de la Unión: **una institucional o de política social, que se puede resumir en el principio de transversalidad u horizontalidad de las acciones institucionales y gubernamentales**, y que se plasma a través de toda una serie de Estrategias, Programas, Planes y Directivas, y otra humana, que se concreta en una visión vertical de la aplicación de la igualdad a los ciudadanos de la U.E., entrando en conexión con otros derechos fundamentales reconocidos por el Convenio Europeo de Derechos Humanos” (el resaltado es propio).



gobierno, sino que también se constituye en una de las bases esenciales del ordenamiento jurídico<sup>50</sup> constitucional.

En un segundo momento, la igualdad como derecho<sup>51</sup> nos lleva a la idea de un contenido más definido como la exigencia de un trato igualitario cuando el estándar de comparación permita establecer que nos encontramos ante supuestos de hecho similares y existe la necesidad de realizar una comparación porque es jurídicamente relevante, y a que las diferencias jurídicamente reconocidas sean respetadas y tomadas en consideración para - en caso corresponda- reducir las desigualdades sociales que padecen los grupos vulnerables. La noción del derecho a la igualdad nos lleva necesariamente a la idea de entenderla en dos planos: como una garantía institucional –dimensión objetiva- y como facultades reconocidas al ser humano –dimensión subjetiva- donde ni el Estado ni la mayoría pueden entrometerse, y ante su vulneración existe la posibilidad de poder ser exigido jurisdiccionalmente a través de las garantías constitucionales que cada ordenamiento jurídico regula. Lo que se puede resumir en la regulación de mandatos de actuación y deberes de protección que los Estados contemporáneos deben respetar.

Pese al acercamiento conceptual nos seguimos enfrentando ante la indeterminación por "problemas interpretativos derivados del lenguaje como la vaguedad y ambigüedad"<sup>52</sup>, también denominados respectivamente vacuidad<sup>53</sup>

---

<sup>50</sup> Díaz de Valdés J., José Manuel, *“La igualdad constitucional: múltiple y compleja... ob. cit., Pág. 158.*

<sup>51</sup> Nogueira Alcalá, Humberto, *“El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas... ob. cit., Pág. 802.* **“La igualdad en cuanto derecho fundamental reconoce la titularidad de toda persona sobre el bien jurídico igualdad,** que es oponible a todo destinatario, que implica el derecho a no ser discriminado por razones de carácter subjetivo u otras que resulten jurídicamente relevantes, con **el consiguiente mandato correlativo respecto de los órganos o autoridades estatales y los particulares de prohibición de discriminación”** (el resaltado es propio).

<sup>52</sup> Portocarrero Quispe, Jorge Alexander, apuntes de cátedra y resumen de los materiales de clase entregados con motivo del curso de Actualización Jurídica en Metodología de la Argumentación Jurídica, organizado por el Instituto Palestra - Escuela Iberoamericana de Derecho y la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, los días del 2 de febrero al 7 de marzo de 2015, soporte de audio en formato MP3. Según el profesor Jorge Alexander Portocarrero Quispe, para poder abordar cualquier cuestión referida al Derecho, **resulta necesario recurrir a**

y equivocidad<sup>54</sup>. En dicho escenario se reconoce que "...la igualdad es un término sumamente complejo, cuyo contenido varía enormemente en razón de

---

**categorías propias de la filosofía analítica como la distinción entre proposición -concepto- y enunciado proposicional -concretización del concepto-**, que tiene una equivalencia en las definiciones de significado y significante de la teoría lingüística, respectivamente. **I) La certeza** - una concepción la entiende **a) como objetividad** (coincidencia de dos o más juicios individuales sobre un objeto determinado, es decir, aquello sobre lo que no exista duda respecto a su significado -intención- y su alcance -extensión o aquello que puede ser subsumido en el concepto-, implicaría entonces la existencia de un conocimiento objetivo del significado de las normas) y, la otra, **b) como seguridad jurídica** (viene a ser la adhesión o conocimiento que tiene un individuo respecto de las normas del sistema jurídico. Esto se relaciona con conceptos tales como predictibilidad, irretroactividad, taxatividad, claridad de enunciados normativos; es una exigencia relacionada con la legitimidad y validez del propio sistema jurídico)-, e **II) indeterminación** -el objeto de la interpretación jurídica son los enunciados normativos, ellos, al ser lenguaje natural, están sujetos a las limitaciones y patologías del lenguaje; por tanto, la indeterminación del derecho se refiere a las limitaciones del lenguaje en el cual expresamos las normas; es precisamente la indeterminación de los enunciados normativos lo que subyace a la idea de textura abierta del derecho y es una condición necesaria para la interpretación. En tal sentido, **en el Derecho** estas categorías analíticas tienen su correlato en el lenguaje jurídico -caso especial del discurso práctico general-; en tanto que, **debemos distinguir entre: i) la norma** -como concepto- y **ii) el enunciado normativo** -descripción o concretización lingüística de la norma-; escenario en el que surgen, por un lado, **I) los problemas de interpretación derivados de la dimensión del lenguaje** -norma aislada- como la **a) vaguedad** -a nivel de los conceptos al existir varios sentidos sobre su conceptualización o polisemia, que se puede resolver determinando descripciones y características necesarias en función al contexto- y **b) ambigüedad** -a nivel de los enunciados o palabras que representan dos o más normas en conflicto-, y por el otro, **II) problemas derivados de la dimensión del sistema** que son las **a) antinomias** -entre reglas se soluciona por subsunción y entre principios a través de la ponderación- y **b) lagunas** -vacíos en la regulación-. (el resaltado y subrayado es propio).

<sup>53</sup> Díaz de Valdés J., José Manuel, *"La igualdad constitucional: múltiple y compleja..."* ob. cit., Págs. 156-157. Sobre el **problema de vacuidad** el autor señala que: **la igualdad como un concepto jurídico indeterminado, necesita de los "metaprincipios"** -dignidad, justicia (social, legal, distributiva, como imparcialidad), libertad, solidaridad, autonomía y participación- pueden solucionar los problemas de vacuidad que enfrenta, existe **la posibilidad de jerarquizarlos** cuando aparezcan conflictos entre ellos al plantear soluciones en contextos específicos, **maximizar aquellos que serían aplicables al caso concreto, balancearlos unos con otros, o utilizar técnicas de interpretación para subsumir o al menos conciliar diversos metaprincipios aplicables a un caso concreto** (el resaltado es propio).

<sup>54</sup> Díaz de Valdés J., José Manuel, *"La igualdad constitucional: múltiple y compleja..."* ob. cit., Pág. 157. Respecto al **problema de la equivocidad** el autor sostiene que **el contenido puede variar enormemente**, hay que aproximarse a dos cuestiones complementarias: **"la igualdad de qué o igualdad para qué. La primera** asume que las personas no quieren **ser iguales** en todos los

variables tales como la clase de objeto sobre la cual recae; su vinculación a otros principios; influencias ideológicas; la evolución histórica; su uso descriptivo o prescriptivo, y el contexto<sup>55</sup>; la complejidad en el concepto de igualdad constitucional<sup>56</sup> exige "...analizar qué valores encierra cada norma constitucional además de interpretar las leyes sometidas al control de constitucionalidad en atención a dichos valores"<sup>57</sup>; también se debe tener presente que "la igualdad es un concepto que puede ser abordado desde distintas perspectivas, ya sea como una noción descriptiva de la realidad, o como una idea prescriptiva acerca de lo que la realidad debiera ser; como un principio/valor o como un derecho; en términos absolutos o relativos; con un

---

respectos [sic.], sino **solo en relación a ciertos aspectos o "bienes"** en un sentido lato. Esta premisa da lugar a diferentes formas de concebir la igualdad, entre las que destacan la igualdad de trato, la igualdad de oportunidades, la igualdad de resultados, la igualdad de bienestar, igualdad en el respeto y consideración, etc. (...). **La segunda** cuestión a considerar –la igualdad para qué– da cuenta del hecho que usualmente no se busca la igualdad por la igualdad (salvo quizás en el caso de los igualitarismos más extremos). Si bien **la igualdad puede ser valorable** en sí misma, lo normal es que aquella sea considerada, conscientemente o no, **como un medio para alcanzar otros fines**" (el resaltado es propio).

<sup>55</sup> Díaz de Valdés J., José Manuel, "*La igualdad constitucional: múltiple y compleja...* ob. cit., Pág. 153.

<sup>56</sup> Díaz de Valdés J., José Manuel, "*La igualdad constitucional: múltiple y compleja...* ob. cit., Págs. 161-162. El autor sostiene que: **La igualdad constitucional prescribe que todos los seres humanos somos iguales; es decir, existe una presunción de igualdad** -exige un trato similar aunque admite uno diferente si puede ser justificado por una razón suficiente y acepta que debe preferirse la igualdad a la desigualdad-; **no toda característica o rasgo de una persona es legalmente relevante; el contexto es fundamental para la selección del estándar de comparación** que exige un grado de conexión estructurada en la formulación del test (principalmente razonabilidad y proporcionalidad); **la vacuidad** reconoce la existencia de metaprincipios constitucionales para su definición, donde el intérprete en el proceso de elección debe tomar en consideración el orden constitucional que preeminentemente se inclina por la dignidad o la autonomía, y por la **equivocidad** entiende que no hay una noción unívoca pues la globalización jurídica ha impulsado los esfuerzos por categorizar, diferenciar y explicar el contenido de las distintas formas de entender la igualdad en los diversos ordenamientos jurídicos nacionales; **y hace hincapié importante en la exclusión de la discriminación arbitraria** (el resaltado es propio).

<sup>57</sup> Martín Sánchez, María, *La prohibición de discriminación por orientación sexual*, Pág. 08. En el material entregado con motivo del II Máster Universitario Oficial de derecho Constitucional 2016-2017, organizado por la Universidad Castilla La Mancha y el Instituto Palestra, correspondiente al módulo IV, asignatura 1, Derechos Fundamentales en el Sistema Constitucional I a cargo de la profesora María Molero Martín-Salas, Lima, 2017.

contenido formal o material, etc.”<sup>58</sup>; por tanto, podemos afirmar que existen muchos factores<sup>59</sup> que influyen y determinan a lo que nos referimos cuando invocamos la igualdad. En efecto, la “...igualdad general (art. 14a CE) tiene un contenido jurídico bastante lábil, el de la prohibición de discriminación en sentido específico (art. 14b CE) lo tiene bien robusto y potente. En efecto, el derecho de igualdad general prácticamente equivale a la prohibición constitucional de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (que se produce cuando tratan jurídicamente de forma disímil situaciones de facto comparables), mientras que la prohibición de discriminación específica (por género, raza, etc.) tiene por contenido la igualdad de trato, esto es, la prohibición de las discriminaciones directas o de trato e indirectas o de impacto,

---

<sup>58</sup> Díaz de Valdés J., José Manuel, “*La igualdad constitucional: múltiple y compleja...* ob. cit., Pág. 154. “...**puede ser tanto en la forma como en el contenido. La primera** se refiere a cómo la Constitución expresa la idea de la igualdad constitucional, lo que **se traduce fundamentalmente en el tipo de cláusulas que utiliza y el lenguaje que ocupa** para ello. **La segunda** trata de **los diversos significados que se puede otorgar a la igualdad constitucional**, varios de los cuales pueden coexistir en el seno de un mismo ordenamiento” (el resaltado es propio).

<sup>59</sup> Rae, Douglas, *Equalities*, Cambridge, Harvard University Press, 1981, Págs. 20-112, citado por Díaz de Valdés J., José Manuel, “*La igualdad constitucional: múltiple y compleja...* ob. cit., Págs. 158-160. Para Douglas Rae, existen diferentes factores a considerar cuando nos referimos a la igualdad, los cuáles deben ser tomados en cuenta al legislar y son: **1) distinguir entre igualdad individual y grupal** –intergrupala (varones mujeres) e intragrupal (capa más favorecida y menos favorecida)-; **2) el dominio de igualdad** es lo que se busca igualar, donde **dominio de asignación** es la cantidad de recursos que el Estado destina para una necesidad y el **dominio de cuenta** son las cuestiones de igualdad reclamadas, cuando ambas no coinciden surgen dos demandas: igualdad marginal –reclama igualar solo el dominio de asignación o la cantidad de recursos asignados- e igualdad global –reclama el dominio de asignación sea dividido en forma desigual para igualar el acceso en las cuestiones demandadas-; **3) la igualdad de oportunidades** que debe centrarse en las **probabilidades** –proveer la misma posibilidad para obtener el bien indivisible- o en los **medios** –poner a disposición los mismos instrumentos sustentados en parámetros objetivos- cuando exista la imposibilidad de dividir algunas entidades en forma igual; **4) distinguir entre igualdad de lotes** –asume que los individuos son homogéneos y por lo tanto no considera las características personales y los gustos de las personas- **e igualdad de personas** –toma en cuenta las diferencias personales y como ellas impactan en el valor que distintos individuos otorgan a los mismos bienes o personas, aunque este tipo de igualdad es más perfecta tiene problemas de medición y comparación-; y **5) distinguir entre las demandas de igualdad absoluta** –exigen igualdad total entre individuos- **y relativa** –reconoce la existencia de grados de igualdad, motivo por el que exige criterios de comparación- (el subrayado y resaltado es propio).

y la igualdad de oportunidades, es decir, el mandato de acciones positivas”<sup>60</sup>; en tal sentido, “...principio de igualdad y prohibición de discriminación, aunque conceptos diferentes (en sentido y alcance, en el periodo de su emergencia histórica, en eficacia, etcétera), guardan una relación de género (igualdad) a especie (prohibición de discriminación): la prohibición de discriminación es una variedad de la igualdad cuando el criterio de desigualdad que concurre es uno de los sospechosos”<sup>61</sup>.

Asimismo, “...existen ciertos elementos comunes a las distintas formas de entender la igualdad, i.e., i) la existencia de entidades diferentes; ii) la comparación de las mismas de acuerdo a un estándar común que mide una característica compartida por aquellas entidades, y iii) un ‘agente comparador’”<sup>62</sup>. Por consiguiente, la idea de igualdad constitucional nos lleva a identificar dos nociones básicas: la idea de comparación -un agente comparador, entidades comparadas y estándares o parámetros de comparación relevantes- y la prohibición de discriminación –solo se admiten tratos diferenciados siempre que sean objetivos y razonables<sup>63</sup>-, las cuales esencialmente se desenvuelven dentro de las orientaciones ideológicas -

---

<sup>60</sup> Rey Martínez, Fernando, *El principio de igualdad en el contexto de la crisis del Estado social: diez problemas actuales*, en Presno Linera, Miguel Ángel (coordinador), *La metamorfosis del Estado y del Derecho*, Fundamentos N.º 8, Junta General del Principado de Asturias, 2014, Pág. 297. Disponible en: < <https://www.unioviado.es/constitucional/fundamentos/octavo/pdfs/Rey-Igualdad.pdf> > [Consulta: 28 de Marzo 2017].

<sup>61</sup> Rey Martínez, Fernando, *Sentido y alcance de la igualdad constitucional*, en Rey Martínez, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Universidad de Valladolid, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, México DF., 2005, Pág. 28. Disponible en: < <http://repositorio.dpe.gob.ec/bitstream/39000/912/1/CONAPRED-012.pdf> > [Consulta: 14 de Marzo 2017].

<sup>62</sup> Díaz de Valdés J., José Manuel, “*La igualdad constitucional: múltiple y compleja...* ob. cit., Pág. 160.

<sup>63</sup> Martín Sánchez, María, *La mujer inmigrante: espacios de doble discriminación*, Pág. 02. En el material entregado con motivo del II Máster Universitario Oficial de derecho Constitucional 2016-2017, organizado por la Universidad Castilla La Mancha y el Instituto Palestra, correspondiente al módulo IV, asignatura 1, Derechos Fundamentales en el Sistema Constitucional I a cargo de la profesora María Molero Martín-Salas, Lima, 2017. “... **con la llegada del Estado de Derecho no solo se proclame la igualdad de trato para todos, sino se prohíba de manera expresa la discriminación por determinadas causas que, tradicionalmente han sido causa de diferenciaciones de trato injustificadas e irrazonables**” (el resaltado es propio).

liberalismo, socialismo, fundamentalismo, etc.-, institucionales -democracia, Estado liberal, social o constitucional- o materiales -escases de recursos, necesidad de satisfacción de necesidades, pobreza, discriminación- que el constituyente preconibió y reguló en estructuras, valores, principios y derechos en los enunciados normativos constitucionales. Asimismo vemos que en términos de la teoría de normas jurídicas, la igualdad tiene una regulación en forma de principio como mandato de optimización y la prohibición de discriminación está configurada como una regla.

## 2. LA IGUALDAD ANTE LA LEY, IGUALDAD EN LA LEY E IGUALDAD EN LA APLICACIÓN DE LA LEY.

En este acápite tenemos los conceptos de: "... [1] Igualdad ante la ley [no hay castas ni privilegios preexistentes frente al legislador], [2] en la ley [exigible al legislador], [y] [3] en la aplicación de la ley [exigible a los jueces, la administración y otras autoridades estatales]..."<sup>64</sup>.

La igualdad ante la ley<sup>65</sup> podría "...considerarse como la redacción más general entre las mencionadas [igualdades], al punto de poder incluir – eventualmente- todos los otros sentidos explicativos..."<sup>66</sup> –que se bifurca en la igualdad en la ley y aplicación de la ley- "...se impone a los órganos del poder público, (...) cuya autonomía está limitada sólo por la prohibición de incurrir en discriminaciones contrarias al orden público constitucional (...) (STC 108/1989

---

<sup>64</sup> Díaz de Valdés J., José Manuel, *"La igualdad constitucional: múltiple y compleja..."* ob. cit., Pág. 165.

<sup>65</sup> Nogueira Alcalá, Humberto, *"El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas..."* ob. cit., Pág. 804. "En una perspectiva evolutiva histórica, el **pensamiento liberal** que impregnaba el constitucionalismo del siglo XIX y primera parte del siglo XX, conectaba el principio de generalidad de la ley y el principio de igualdad, **prohibiendo toda forma de diferenciación**, generando como consecuencia jurídica la igualdad de todos en el ejercicio de los derechos individuales. **Inicialmente la igualdad ante la ley implicaba solamente igualdad en el contenido de la ley en cuanto norma general, abstracta y atemporal, además de dotar de igual capacidad jurídica a todas las personas sin distinción alguna.** Tal perspectiva buscaba eliminar los privilegios y arbitrariedades generados por los regímenes monárquicos y la estructura social estamental" (el resaltado es propio).

<sup>66</sup> Díaz de Valdés J., José Manuel, *"La igualdad constitucional: múltiple y compleja..."* ob. cit., Pág. 166.

FJ 1º)...”<sup>67</sup>. De este modo “...surge el principio o regla en materia de igualdad ante la ley de que las situaciones iguales deben ser tratadas iguales y que las situaciones desiguales deben ser tratadas desigualmente, siendo inconstitucional tratar igualmente a hipótesis jurídicas diferentes, como asimismo, es inconstitucional tratar diferentemente a quiénes se encuentran en una misma hipótesis jurídica”<sup>68</sup>. Este tipo de igualdad es la noción más general y en mi opinión es un mandato a los poderes públicos de no establecer tratos discriminatorios – eficacia vertical- y tampoco permitir que los particulares incurran en estos actos – eficacia horizontal-.

Tenemos que “[l]a regla de la igualdad ante la ley [...] contempla, en primer lugar, la igualdad en el trato dado por la ley y constituye desde este punto de vista un límite impuesto al ejercicio del poder legislativo...”<sup>69</sup>, y en segundo lugar, la “... 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 un órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable (STC [español] 49/1982, FJ 2º)”<sup>70</sup>. Por tanto, como se mencionó líneas arriba el mandato constitucional de igualdad se concretiza como una garantía para su efectividad en la exigencia específica dirigida al legislador y los aplicadores del Derecho.

La igualdad en la ley se puede verificar con mayor nitidez al “...momento de la creación del derecho, sobre todo el que reviste forma de ley, [el legislador] goza de un amplio margen de libertad de configuración del que, evidentemente, carece el juez; en consecuencia, la vinculación del legislador al principio de igualdad es, necesariamente, de menor intensidad”<sup>71</sup>. Se produce

---

<sup>67</sup> Rubio Llorente, Francisco, *Los derechos fundamentales y principios constitucionales (Doctrina jurisprudencial)*, Editorial Ariel SA., Barcelona, 1995, Pág. 110.

<sup>68</sup> Nogueira Alcalá, Humberto, “*El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas...*” ob. cit. Pág. 808.

<sup>69</sup> Rubio Llorente, Francisco, *Los derechos fundamentales y principios constitucionales...* ob. cit., Pág. 110-111.

<sup>70</sup> Rubio Llorente, Francisco, *Los derechos fundamentales y principios constitucionales...* ob. cit., Págs. 111.

<sup>71</sup> Rey Martínez, Fernando, *Sentido y alcance de la igualdad constitucional...* ob. cit., Pág. 23. El autor sostiene que el Tribunal Constitucional Español siguiendo la jurisprudencia del Tribunal

“...el paso de la igualdad mediante la ley a la garantía de la igualdad por la ley y en la ley dentro del marco constitucional, el legislador queda vinculado por el derecho a la igualdad en el tratamiento jurídico que debe darle a las personas. El legislador no es más la medida de la igualdad, sino que el legislador está sometido al principio de la igualdad, a no establecer discriminación, a no establecer diferencias arbitrarias, ya que ello vulnera el derecho constitucional a la igualdad ante la ley. Así puede sostenerse que la igualdad tiene un carácter histórico y relacional”<sup>72</sup>. Es decir, en un momento determinado de la historia el poder soberano concentrado de modo importante en el Parlamento, permitía que el legislador configure -con un margen amplio y muchas veces subjetivo- normas que claramente eran discriminatorias o establecían un impacto desproporcionado en ciertos individuos o grupos, esto cambia con la adopción de los postulados del Estado constitucional, pues el legislador está sometido a cumplir y respetar los valores, principios y derechos regulados en las constituciones modernas, entre los cuales se encuentra la igualdad que le impone que en su actividad legislativa no establezca tratos diferenciados arbitrarios ni subjetivos; sino objetivos, razonables y, por tanto, legítimos<sup>73</sup>.

De otro lado, “[l]a igualdad en la aplicación (judicial o administrativa) del derecho tiende, por ello, y sin perjuicio de la concurrencia de otros principios de signo potencialmente distinto -como el de la independencia del órgano judicial- hacia la garantía de la identidad (o de la menor desigualdad posible) jurídica de

---

Europeo de Derechos Humanos: **“La desigualdad debe basarse en una justificación objetiva y razonable, esto es, debe perseguir una finalidad constitucionalmente legítima y tal justificación debe apreciarse mediante un examen de la razonabilidad y objetividad, conforme a criterios y juicios de valor generalmente aceptados, de la relación de proporcionalidad, que se exige lógica, entre los medios empleados y los fines y efectos perseguidos por la diferenciación normativa de trato”**. Nota al pie de página N° 8 (el resaltado es propio).

<sup>72</sup> Nogueira Alcalá, Humberto, *“El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas...”* ob. cit., Págs. 805-806.

<sup>73</sup> Nogueira Alcalá, Humberto, *“El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas...”* ob. cit., Pág. 829. “...la diferenciación realizada por la ley en base a elementos objetivos **es legítima, siempre que se acredite:** **a)** La relevancia de la diferenciación. **b)** La acreditación de un objetivo o finalidad constitucionalmente legítima que fundamente o valide la diferenciación, dotándola de razonabilidad. **c)** La aplicación en su caso del principio de proporcionalidad, con sus subprincipios de idoneidad o adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. **d)** la prohibición de afectar el contenido esencial del derecho. **e)** El respeto del contenido esencial del derecho” (el resaltado es propio).



trato<sup>74</sup>, de esta manera se exige a los operadores del derecho que expliquen y sustenten cuáles son las razones de hecho y de derecho<sup>75</sup> -objetivas y razonables- por las que no aplica el mismo criterio en un caso sustancialmente similar, es decir, surge una carga argumentativa –deber de motivación justificado por el principio de interdicción a la arbitrariedad e igualdad- de quien desee cambiar su postura jurídica aplicando trato diferenciado.

### 3. DE LA IGUALDAD FORMAL A LA IGUALDAD MATERIAL O REAL.

Tenemos que "... [e]n líneas generales, la norma debería ser la tolerancia [condición necesaria pero no suficiente], en respeto a los derechos y libertades reconocidos constitucionalmente y en respeto a la igualdad<sup>76</sup>. En este sentido, se puede decir que la igualdad<sup>77</sup> concebida en el Estado liberal<sup>78</sup> fue equiparada por mucho tiempo con el concepto de igualdad formal –duramente cuestionada porque no creaba la igualdad de oportunidades<sup>79</sup> para

---

<sup>74</sup> Rey Martínez, Fernando, *Sentido y alcance de la igualdad constitucional...* ob. cit., Págs. 22-23. Sobre el tema el autor agrega que: "En la práctica, sin embargo, **la interpretación amplia de este principio con los requisitos de la identidad del órgano judicial y de los supuestos de hecho resueltos en forma contradictoria, y de ausencia de una fundamentación judicial que justifique el cambio de criterio**, viene a configurarlo de modo semejante al de igualdad en la **creación de la diferencia de trato**: igualdad equivale a razonabilidad de la diferente aplicación judicial". Nota al pie de página N°5 (el resaltado es propio).

<sup>75</sup> Nogueira Alcalá, Humberto, *El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas...* ob. cit., Pág. 820.

<sup>76</sup> Martín Sánchez, María, *La mujer inmigrante: espacios de doble discriminación...* ob. cit., Págs.04-05.

<sup>77</sup> Díaz de Valdés J., José Manuel, *La igualdad constitucional: múltiple y compleja...* ob. cit., Pág. 171. "**La igualdad general sería insensible a las desigualdades de facto** (sean preexistentes al trato diferenciador o consecuencias de aquel)..." (el resaltado es propio).

<sup>78</sup> Díaz de Valdés J., José Manuel, *La igualdad constitucional: múltiple y compleja...* ob. cit., Pág. 177. "...es importante destacar que la **igualdad de oportunidades** (...), puede **comprender mucho o muy poco, dependiendo de la perspectiva ideológica y filosófica que se adopte**. Es así como **puede variar desde algo similar a la visión de no intervención o "dejar hacer" del liberalismo clásico, a una exigencia de gran intervención estatal para igualar oportunidades lato sensu**, más propia del igualitarismo contemporáneo" (el resaltado es propio).

<sup>79</sup> Díaz de Valdés J., José Manuel, *La igualdad constitucional: múltiple y compleja...* ob. cit., Pág. 158. "...**la igualdad de oportunidades puede significar** cosas muy diferentes según si es considerada como **un paso necesario hacia una mayor libertad, o más bien, como un requerimiento de mayor justicia distributiva**" (el resaltado es propio).

satisfacer necesidades vitales básicas de los seres humanos y gozar de una vida digna- que en el proceso evolutivo ha sufrido un cambio cualitativo para actualmente identificarse también con los conceptos de "...igualdad "real", "efectiva", "sustancial", "de oportunidades"..."<sup>80</sup>, o "...de facto"<sup>81</sup>.

Vemos que la igualdad real<sup>82</sup> como un nuevo esquema conceptual o acepción de la igualdad formal<sup>83</sup> que se adscribe y complementa nuestro significado de igualdad constitucional, "...pensar que la igualdad formal y real (como si la igualdad jurídica real –art. 9.2 CE- no fuera también 'formal') se contraponen, significa seguir comprendiendo el constitucionalismo contemporáneo a partir de las categorías del siglo XIX, por tanto, con un ajuar de conceptos antiguos"<sup>84</sup>. En este plano se produce lo que conocemos como la positivización jurídica de la igualdad real<sup>85</sup> que en realidad tiene una cualidad de ser más entendida como un principio o mandato de optimización que como

---

<sup>80</sup> Díaz de Valdés J., José Manuel, *"La igualdad constitucional: múltiple y compleja..."* ob. cit., Pág. 167.

<sup>81</sup> Díaz de Valdés J., José Manuel, *"La igualdad constitucional: múltiple y compleja..."* ob. cit., Pág. 181. **"8. La igualdad como obligación positiva de promover la igualdad de oportunidades y de facto, varía en su contenido según las nociones más o menos ambiciosas que exista de aquellas. En todo caso, se enfatiza el mérito, la remoción de los obstáculos que afectan el desarrollo de solo algunas personas (normalmente las más desaventajadas), y la consideración de las condiciones reales de vida de los individuos"** (el resaltado es propio).

<sup>82</sup> Rey Martínez, Fernando, *Sentido y alcance de la igualdad constitucional...* ob. cit., Pág. 35. **"Mientras existan grupos sociales en desventaja fáctica se requerirán medidas de diferenciación jurídica de trato que equilibren la situación,** medidas que, evidentemente, no son de interpretación estricta sino todo lo contrario, instrumentos de **realización 'real y efectiva' del Estado social, democrático y de derecho"** (resaltado es propio).

<sup>83</sup> Rey Martínez, Fernando, *Sentido y alcance de la igualdad constitucional...* ob. cit., Pág. 25. "...la igualdad real, **en el Estado social,** se ubica dentro del esquema conceptual de la igualdad formal: **la igualdad real es la misma igualdad formal cuando entra en juego algún criterio de diferenciación de trato jurídico en favor de grupos sociales en desventaja** querido por el constituyente o el legislador" (el resaltado es propio).

<sup>84</sup> Rey Martínez, Fernando, *El principio de igualdad en el contexto de la crisis del Estado social...* ob. cit., Pág. 294.

<sup>85</sup> Rey Martínez, Fernando, *El principio de igualdad en el contexto de la crisis del Estado social...* ob. cit., Pág. 294. **"...la igualdad real, en el Estado social, se ubica dentro del esquema conceptual de la igualdad formal: la igualdad 'real' es una especie del género igualdad 'formal', cuando entra en juego algún criterio de diferenciación de trato jurídico en favor de grupos sociales en desventaja querido por el constituyente o el legislador"** (el resaltado es propio).

una regla en términos de la teoría de las normas jurídicas, este concepto de igualdad aprecia que “[n]o se alcanzarán las condiciones reales de igualdad en tanto no se respete que cada individuo tiene una identidad personal, marcada por sus propios rasgos, que le hacen diferente del resto de individuos (...) se coartaría su desarrollo personal al limitar su acceso en igualdad de condiciones a estadios tan importantes para desarrollar su vida personal y familiar...”<sup>86</sup>, lo que exige que se tomen en consideración las diferencias naturales y desigualdades socioeconómicas que cada individuo tiene con la finalidad de crear las mínimas condiciones fácticas de desarrollo como ser humano digno, en especial para aquellos grupos que históricamente han sido discriminados o que nunca han sido tomados en cuenta por las políticas estatales, ya que “...el Estado y sus órganos no sólo deben abstenerse de discriminar, sino que además tienen el deber de promover a través de acciones positivas específicas legislativas y administrativas, la efectiva igualdad de oportunidades de toda la población”<sup>87</sup>.

#### **4. PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN.**

El principio de igualdad en general “...prácticamente equivale a la prohibición constitucional de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (que se produce cuando tratan jurídicamente de forma disímil situaciones de facto comparables)”<sup>88</sup>, y “...la prohibición de discriminación específica (por género, raza, etc.) tiene por contenido la igualdad de trato, esto es la prohibición de las discriminaciones directas o de trato e indirectas o de impacto, y la igualdad de oportunidades, es decir, el mandato de acciones positivas”<sup>89</sup>, ambos “...aunque conceptos diferentes (en sentido y alcance, en el periodo de su emergencia histórica, en eficacia, etc.), guardan relación de género (igualdad) a especie (prohibición de discriminación): la prohibición de discriminación es una variedad de la igualdad cuando el criterio de desigualdad

---

<sup>86</sup> Martín Sánchez, María, *Derecho a ser diferente: dignidad y libertad...* ob. cit., Págs. 31-32.

<sup>87</sup> Nogueira Alcalá, Humberto, “*El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas...* ob. cit., Pág. 827.

<sup>88</sup> Rey Martínez, Fernando, *El principio de igualdad en el contexto de la crisis del Estado social...* ob. cit., Pág. 296.

<sup>89</sup> Rey Martínez, Fernando, *El principio de igualdad en el contexto de la crisis del Estado social...* ob. cit., Pág. 296.

que concurre es uno de los sospechosos<sup>90</sup>. La igualdad y la prohibición de discriminación -en mi opinión- serían dos elementos de una misma moneda porque si bien tienen manifestaciones distintas, ambas forman parte de una misma idea; la igualdad –anverso y reverso de la moneda- como concepto genérico para que se efectivice necesita concretarse a través de reglas jurídicas como la prohibición de discriminación –contorno y límite que define la forma y el contenido de la moneda- o el derecho a no ser discriminado<sup>91</sup>, al parecer esta es una de las formas prácticas cómo el Derecho va dotando contenidos jurídicos concretos y garantías específicas a las razones subyacentes que desea proteger.

Previamente resulta necesario realizar una precisión conceptual donde se debe distinguir “... entre desigualdades [en mi opinión: diferencias] naturales o biológicas, y aquellas de carácter social [desigualdades]. Las primeras son innatas y virtualmente imposibles de alterar (e.g., inteligencia, sexo). Las segundas son socialmente construidas y podrían ser alteradas (e.g., pobreza, clase social) (...). En todo caso, esta distinción presenta una limitación importante, ya que a muchas características biológicas se les otorga un significado social que es precisamente el que las convierte en una fuente de discriminación. Así, por ejemplo, tener piel oscura es una desigualdad [diferencia] biológica, pero lo que convierte este rasgo en discriminatorio (generando una desigualdad relevante para el derecho) es la interpretación social de ese rasgo como algo negativo, inferior o no deseable<sup>92</sup>. Esta precisión de términos nos permite establecer con claridad el uso adecuado del lenguaje con la finalidad de construir una terminología que incluya palabras precisas sin que puedan generarse discusiones innecesarias que en nada contribuyen a la formación de un lenguaje jurídico apropiado, por ese motivo hablar de diferencias como cualidades naturales innatas que constituyen a

---

<sup>90</sup> Rey Martínez, Rey, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo...* ob. cit., Pág. 28.

<sup>91</sup> Martín Sánchez, María, *Derecho a ser diferente: dignidad y libertad...* ob. cit., Pág. 17. “En opinión de muchos, **no es la igualdad como derecho al trato en igualdad el auténtico derecho, sino el derecho a no ser discriminado**, atendiendo a la razonabilidad de la medida diferenciadora en cuestión y su consiguiente cobertura constitucional” (el resaltado es propio).

<sup>92</sup> Díaz de Valdés J., José Manuel, *“La igualdad constitucional: múltiple y compleja...* ob. cit., Pág. 164.

cada ser humano y las desigualdades relacionadas a cuestiones socioeconómicas, favorece mucho a la construcción de un lenguaje común integrado de términos precisos que favorecen un entendimiento cabal sobre el asunto.

La prohibición de discriminación<sup>93</sup> necesariamente está asociada a lo que se conoce como categorías prohibidas o sospechosas de discriminación, a priori la "...noción de igualdad constitucional prohíbe hacer distinciones basadas en características o factores que definen la pertenencia a ciertos grupos (e.g., raza, sexo, religión). Desviaciones a esta clase de igualdad se someten a un escrutinio más exigente, cuya severidad varía de acuerdo a las características específicas del factor que está en juego (por ejemplo, el uso de la raza es normalmente sujeto a un escrutinio más estricto que el uso de la edad), y también a través del tiempo (...). Del mismo modo, esta noción de igualdad constitucional se habría apoyado en la segunda parte de aquella fórmula para desarrollar doctrinas especiales sobre el embarazo, las acomodaciones razonables de las personas con discapacidad, y la discriminación positiva (...)"<sup>94</sup>; esto quiere decir que la regla de prohibición de discriminación se flexibiliza y admite, siempre que esté justificado, realizar un trato diferenciado<sup>95</sup> -y no discriminatorio<sup>96</sup> porque *per se* es inconstitucional- en

---

<sup>93</sup> Rey Martínez, Rey, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo...* ob. cit., Pág. 30. **"Las prohibiciones de discriminación en sentido más estricto tienen dos efectos. Uno negativo: la prohibición absoluta de cualquier trato jurídico diferenciado y perjudicial por el mero hecho de pertenecer al colectivo social que sufre discriminación, y otro positivo: la licitud (diríamos, la especial licitud) de acciones positivas en su favor,** pero de un modo aún más incisivo (por las razones apuntadas) que las acciones positivas derivan del artículo 9.2 CE en relación con los grupos en desventaja..." (el resaltado es propio).

<sup>94</sup> Díaz de Valdés J., José Manuel, *"La igualdad constitucional: múltiple y compleja..."* ob. cit., Pág. 173.

<sup>95</sup> Martín Sánchez, María, *Derecho a ser diferente: dignidad y libertad...* ob. cit., Pág. 41. **"No es lo mismo diferenciar que discriminar,** ya que mientras el **trato desigual [diferente] entre dos supuestos aparentemente similares es perfectamente permisible constitucionalmente** – siempre que sea una diferenciación razonable y objetiva-, la discriminación rompe con el principio de igualdad. **Discriminar supondría diferenciar arbitrariamente,** esto es, con la ausencia de la objetividad y fundamento de peso o razonabilidad que justifica la necesidad de establecer la diferencia" (el resaltado es propio).

<sup>96</sup> Rey Martínez, Fernando, *El principio de igualdad en el contexto de la crisis del Estado social...* ob. cit., Pág. 296. **"La discriminación opera a partir de una generalización o estereotipo**

base a una categoría sospechosa de discriminación expresa, medida que deberá someterse al análisis de proporcionalidad con un escrutinio estricto o riguroso; la cual si supera este examen se podrá continuar su evaluación en la siguiente fase del *test* de proporcionalidad; en caso contrario, la medida resultará inconstitucional –rige la preclusión-.

El esquema de la prohibición de discriminación recoge motivos expresos e implícitos de discriminación, ello quiere decir que no “...solo las causas expresamente enumeradas gozan de protección frente a la discriminación. La discriminación en ningún caso es admitida, todos merecemos igual protección. Ahora bien, la diferencia radica en el distinto grado de justificación que tendrían que superar las medidas diferenciadoras. No es lo mismo diferenciar entre hombres y mujeres o entre negros y blancos, que hacerlo entre ricos y pobres”<sup>97</sup>, por estas circunstancias los escrutinios – intenso, medio o débil- que se deben realizar podrán variar en función al caso concreto según se trate de un motivo expreso o implícito de discriminación y el derecho constitucional o legal implicado; además, se debe tener presente sobre todo que se deben “aportar razones constitucionales que avalen la medida diferenciadora, pero mientras en el último supuesto bastaría con justificar que la medida no es plenamente arbitraria y que no atenta contra la Constitución [escrutinio débil], en aquellos otros tendría que justificarse que la diferencia obedece a un fin constitucional [escrutinio intenso], que es adecuada para alcanzar dicho fin y que además cumple con el criterio de proporcionalidad”<sup>98</sup>. También debemos tener presente que los motivos implícitos de discriminación son una noción que nos permite subsumir otros motivos de discriminación no indicados expresamente en los textos jurídicos, en los cuales se presentan

---

**negativo, es decir, un prejuicio, ligado a un grupo, que se adjudica a una persona tan sólo por pertenecer a él.** De ahí el carácter particularmente odioso de este tipo de discriminaciones. A una persona se le va a despedir, o no contratar, o negar el alquiler de un piso, o echar una discoteca, etc. tan solo por formar parte de un grupo social determinado, no por lo que ella haya hecho o no personalmente (...). Los rasgos de pertenencia de estos grupos son, comúnmente, inmodificables por el miembro individual y no dependen de la libre elección del sujeto, de su mérito y trayectoria individual, y suelen ser, además, transparentes, de suerte que, normalmente, se produce una cierta estigmatización social por el hecho de la simple pertenencia a un grupo...” (el resaltado es propio).

<sup>97</sup> Martín Sánchez, María, *Derecho a ser diferente: dignidad y libertad...* ob. cit., Pág. 18.

<sup>98</sup> Martín Sánchez, María, *Derecho a ser diferente: dignidad y libertad...* ob. cit., Pág. 18.

muchas veces como circunstancias de trato desigual o desproporcionado; esta cláusula abierta o *numerus apertus* encierra a todos los otros supuestos que podrían generar discriminación, por tanto se constituye en una interesante forma de configuración normativa que permite acoger supuestos taxativamente no indicados que se presenten actualmente o puedan aparecer en el futuro en función al desarrollo de las sociedades.

La discriminación debe ser entendida como "...la diferencia arbitraria, se encuentra en oposición a la justicia, siendo inconstitucional y contraria a los derechos humanos. Así surge también en el derecho internacional de los derechos humanos el principio de no discriminación como uno de los derechos más básicos del ser humano, el cual ha sido elevado a la categoría de *ius cogens*, el que prohíbe toda diferenciación hecha sobre fundamentos no razonables, irrelevantes o desproporcionados"<sup>99</sup>, es pues "...la desigualdad de tratamiento de las personas carente de justificación objetiva y razonable, como asimismo, es el tratamiento igual de personas que se encuentran en situaciones en que hay diferencias jurídicas relevantes, que obligarían a un tratamiento diferenciado"<sup>100</sup>.

Existen diversas clasificaciones respecto a las formas de discriminación entre las cuales tenemos: discriminación de *iure* o de *facto*<sup>101</sup>, de modalidad esporádica o sistemática, cometidos por personas estatales o privadas<sup>102</sup>, entre

---

<sup>99</sup> Nogueira Alcalá, Humberto, "*El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas...* ob. cit., Pág. 806.

<sup>100</sup> Nogueira Alcalá, Humberto, "*El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas...* ob. cit., Pág. 808.

<sup>101</sup> Nogueira Alcalá, Humberto, "*El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas...* ob. cit., Pág. 820. "Una primera clasificación puede basarse en el criterio de **discriminaciones de iure o discriminación de facto. La primera se produce en el contenido de las normas jurídicas y puede hablarse de discriminación en el contenido de la norma jurídica**, vale decir, si los criterios que utiliza la ley para distinguir están justificados y son razonables o no. **La discriminación de facto, se produce como consecuencia de la aplicación de la norma jurídica, sin que los preceptos jurídicos en sí mismos sean necesariamente discriminatorios**, en otras palabras hay discriminación de facto cuando la norma jurídica no se aplica imparcialmente a todas las personas que se encuentran en la misma hipótesis, hay aquí, por lo tanto, un enjuiciamiento a la aplicación de la ley" (el resaltado es propio).

<sup>102</sup> Nogueira Alcalá, Humberto, "*El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas...* ob. cit., Pág. 821. "Una segunda clasificación que puede establecerse

otros que ponen mayor énfasis en el factor clasificatorio. A continuación se tratará los diversos tipos de discriminación más comunes:

#### 4.1 DISCRIMINACIÓN DIRECTA.

La discriminación directa está relacionada a que se presenta un "...listado claro de categorías prohibidas y todos los destinatarios de las normas de derechos humanos saben a qué criterios pueden o no acudir a fin de establecer diferencias. Así ante una situación que se plantea como discriminatoria, en primer lugar, debe observarse si la cláusula, práctica, norma u omisión estatal que se analiza establece directamente o indirectamente diferenciaciones o distinciones basadas en algunas categorías vedadas..."<sup>103</sup>; como vemos este tipo de discriminación se remite a motivos expresamente regulados en los textos normativos por ser los más comunes o tradicionales.

La Observación General N° 20 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que se encarga de vigilar el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, es una interpretación auténtica de la cláusula de igualdad la misma que expone lo siguiente: "10. (...) a) Hay discriminación directa cuando un individuo recibe un trato menos favorable que otro en situación similar por alguna causa relacionada con uno de los motivos prohibidos de discriminación, por ejemplo cuando la contratación para puestos en instituciones educativas o culturales se basa en las opiniones políticas de los solicitantes de empleo o los empleados. También constituyen discriminación directa aquellos actos u omisiones que causen perjuicio y se basen en alguno de los motivos prohibidos de discriminación cuando exista una situación similar comparable (por ejemplo, en el caso de una embarazada)"<sup>104</sup>. Este instrumento

---

respecto de las **modalidades de la discriminación consiste en si está se produce por actos esporádicos o por actos sistemáticos, por agentes estatales o por personas privadas** (individuos, asociaciones o entidades jurídicas)" (el resaltado es propio).

<sup>103</sup> Dulitzky, Ariel E, "El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros de la jurisprudencia interamericana", en Anuario de Derechos Humanos N° 03, 2007, Pág. 17. Disponible en: <[www.anuariocdh.uchile.cl](http://www.anuariocdh.uchile.cl)> [Consulta: 20 de setiembre de 2017]

<sup>104</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 20, *La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto*



internacional del sistema internacional de derechos humanos es la interpretación del organismo autorizado que vigila el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y en el caso del ordenamiento jurídico peruano se constituye en estándar jurídico de obligatorio cumplimiento en virtud que los tratados internacionales suscritos por el Estado peruano son de estricto cumplimiento por sus órganos y se les reconoce eficacia jurídica directa teniendo en consideración la aplicación del principio *pro homine*, esto es la interpretación más favorable.

En el derecho comunitario europeo existe la "...definición más precisa de discriminación directa es la de una situación en la que, en función de los rasgos especialmente protegidos (género, edad, etc.), una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en una situación análoga o comparable..."<sup>105</sup>. En general se observa que los instrumentos internacionales y los sistemas jurídicos tienen un tratamiento similar de las cláusulas de discriminación, motivo por el que la variación de algunos de estos criterios protegidos varía por singularidades de cada lugar.

#### **4.2 DISCRIMINACIÓN INDIRECTA.**

La discriminación indirecta "...hace referencia a leyes, políticas y prácticas en apariencia neutras pero que influyen de manera desproporcionada en los derechos del Pacto [Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales] afectados por motivos prohibidos de discriminación. Por ejemplo, exigir una partida de nacimiento para poder matricularse en una escuela puede ser una forma de discriminar a las minorías étnicas o a los no nacionales que no posean, o a quienes se les

---

*Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*), E/C.12/GC/20, 4 al 22 de mayo de 2009, Pág. 05.

<sup>105</sup> Rey Martínez, Fernando y Giménez Glück, David (coordinadores), *Por la diversidad, contra la discriminación. La igualdad de trato en España: hechos, garantías, perspectivas*, documentos de trabajo 4/2010, Fundación IDEAS, 2010, Pág. 32. Disponible en: < <http://www.fundaciónideas.es> >. En el material entregado con motivo del II Máster Universitario Oficial de derecho Constitucional 2016-2017, organizado por la Universidad Castilla La Mancha y el Instituto Palestra, correspondiente al módulo IV, asignatura 1, Derechos Fundamentales en el Sistema Constitucional I a cargo de la profesora María Molero Martín-Salas, Lima, 2017.

haya denegado, esas partidas”<sup>106</sup>; esta forma de discriminación suele subsumirse en la frase “cualquier otra condición social” o si corresponde una remisión más genérica “cualquier otra condición”, que es una regulación flexible y subsidiaria pasible de permitir encontrar nuevas categorías o motivos de discriminación no regulados expresamente, “...se deben tener en cuenta el objeto y fin (...). Ello quiere decir que la interpretación del catálogo de factores prohibidos de discriminación evolucione en el tiempo, permitiendo considerar implícita o explícitamente incluidos en el texto (...) otros motivos de discriminación que la sociedad interamericana rechaza actualmente de manera enfática”<sup>107</sup>; en ese sentido, esta regulación debe entenderse como una cláusula de cierre<sup>108</sup> que puede acoger los nuevos supuestos de discriminación que surjan con el devenir de las sociedades.

La directiva de la igualdad racial de la Comunidad Europea en su artículo 2.2.b) prescribe que la discriminación indirecta se da “...cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutrales produce una específica desventaja a las personas según su origen étnico/racial en comparación con otras, salvo que tal disposición, criterio o práctica pueda justificarse por una finalidad legítima y los medios para conseguirla sean apropiados y necesarios”<sup>109</sup>. Esto quiere decir que la medida causa un impacto desproporcionado en el resultado, que al momento de su implementación no fue prevista o tomada en cuenta.

---

<sup>106</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 20, *La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales...* ob. cit., Pág. 05.

<sup>107</sup> Dulitzky, Ariel E, *“El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros de la jurisprudencia interamericana...”* ob. cit., Pág. 19.

<sup>108</sup> Martín Sánchez, María, *Derecho a ser diferente: dignidad y libertad...* ob. cit., Págs. 47-48. **“Las cláusulas de cierre ‘abiertas’ ofrecen la oportunidad de completar el mandato de igualdad adaptándolo a los nuevos tiempos y a la realidad.** La noción ‘discriminación’ no tiene unos parámetros exactos e inamovibles en virtud de los cuáles considerar por razón de una circunstancia se está o no discriminando; se trata de un concepto evolutivo que cambia con la sociedad. Algo que hace 50 años podría constituir causa de discriminación, ahora no, por el cambio de ideología de la sociedad, del modo de vida” (el resaltado es propio).

<sup>109</sup> Rey Martínez, Fernando y Giménez Glück, David (coordinadores), *Por la diversidad, contra la discriminación. La igualdad de trato en España: hechos, garantías, perspectivas...* ob. cit., Pág. 33.

### 4.3. DISCRIMINACIONES ERRÓNEAS, OCULTAS Y POR ASOCIACIÓN.

Una clasificación interesante y nueva constituyen "...las discriminaciones 'supuestas', 'presuntas' o 'erróneas' (las que se basan en una presunción acerca de otra persona que no es fácticamente correcta, por ejemplo, discriminar a una persona por pensar que es lesbiana sin serlo), las 'ocultas' (las que disimulan la auténtica voluntad de discriminar, por ejemplo, la negativa a alquilar una vivienda a un gitano que se intenta justificar en que ya ha sido previamente alquilada –sin ser verdad-) y las 'discriminaciones por asociación', esto es, las discriminaciones que pueden sufrir algunas personas por su relación con otras de especiales características (por ejemplo, a una mujer se la podría denegar el trabajo porque es la madre de una persona con discapacidad, pensando que por los cuidados que éste requerirá, faltará mucho al trabajo)"<sup>110</sup>. En estos casos van surgiendo porque en la realidad existen muchas formas cómo se puede presentar la discriminación, debido a que dicho fenómeno es muy complejo y variable en función a diversos factores determinados por los agentes y contextos donde se manifiestan.

### 4.4. DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE.

Si existe la prohibición de discriminaciones directas, indirectas, por asociación, entre otras, con mayor razón podemos inferir que existe la absoluta interdicción o prohibición<sup>111</sup> de la discriminación múltiple<sup>112</sup>, agravada<sup>113</sup> o interseccional<sup>114</sup>; por ejemplo, se da cuando existe una

---

<sup>110</sup> Rey Martínez, Fernando y Giménez Glück, David (coordinadores), *Por la diversidad, contra la discriminación. La igualdad de trato en España: hechos, garantías, perspectivas...* ob. cit., Pág. 34.

<sup>111</sup> Martín Sánchez, María, *La mujer inmigrante: espacios de doble discriminación...* ob. cit., Pág.41-42. "...cuando en una misma persona concurren dos o más causas sospechosas de discriminación, la presunción de discriminación existente sobre la misma adquiere un plus. Este plus de vulnerabilidad justifica su calificación de doble discriminación o discriminación múltiple –según el caso-, concepto que, aunque de reciente reconocimiento, es antiguo en la práctica" (el resaltado es propio).

<sup>112</sup> Martín Sánchez, María, *La mujer inmigrante: espacios de doble discriminación...* ob. cit., Pág. 43.

<sup>113</sup> Martín Sánchez, María, *La mujer inmigrante: espacios de doble discriminación...* ob. cit., Pág. 35.

“...posición de especial vulnerabilidad en la que se encuentra la mujer frente al hombre cuando aquélla pertenece a una determinada etnia, cultura o raza o cuando profesa determinada religión, es causa de que la mujer perteneciente a cualquiera de estos grupos se vea sometida a factores de múltiple discriminación”<sup>115</sup>, hecho que sin duda constituye una grave y compleja vulneración de sus derechos fundamentales a nivel individual inadmisibles en un Estado constitucional. Se puede establecer una relación en el sentido que, a mayor número de categorías sospechosas<sup>116</sup> de discriminación, mayor será el grado de vulnerabilidad, observamos que la mayor concurrencia de estas potencia o incrementa el riesgo de lesión a los derechos fundamentales de los integrantes de grupos vulnerables<sup>117</sup><sup>118</sup> o en posición de desventaja -por ejemplo: las minorías<sup>119</sup><sup>120</sup> étnicas<sup>121</sup>- ante una eventual vulneración.

---

<sup>114</sup> Salomé Resurrección, Liliana, *"Igualdad y no discriminación en las sentencias y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos"*, en *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional*, tomo 103, 2016, Lima, Pág. 93.

<sup>115</sup> Martín Sánchez, María, *La mujer inmigrante: espacios de doble discriminación...* ob. cit., Pág. 06.

<sup>116</sup> Martín Sánchez, María, *La prohibición de discriminación por orientación sexual...* ob. cit., Pág. 05. “Desde nuestra posición, **optamos por la protección más estricta**. Además, debemos entender que **si el Constituyente quiso incluir la cláusula abierta para permitir la protección de causas de discriminación**, éstas deben ser protegidas del mismo modo que las que se recogieron de modo expreso, siempre y **cuando superen determinados parámetros que los conviertan en criterios especialmente sospechosos**” (el resaltado es propio).

<sup>117</sup> Rey Martínez, Fernando, *Sentido y alcance de la igualdad constitucional...* ob. cit., Págs. 29-30. “...**son víctimas de un prejuicio, o valoración social negativa hacia un grupo y sus miembros individuales**, prejuicio a la vez causa y consecuencia de la vigencia de estereotipos o generalizaciones que atribuyen propiedades o caracteres a los integrantes de un conjunto sin considerar las diferencias realmente existentes entre ellos” (el resaltado es propio).

<sup>118</sup> Díaz de Valdés J., José Manuel, *“La igualdad constitucional: múltiple y compleja...”* ob. cit., Pág. 181. “**La igualdad como no discriminación por factores asociados a la pertenencia a ciertos grupos** se traduce en la consagración de “categorías sospechosas” tales como la raza y el sexo, las que no deben utilizarse como factor de diferenciación salvo que se ofrezcan muy buenas razones para ello. **Su finalidad esencial es impedir o dismantelar la existencia de “castas”, así como la estigmatización social de sus miembros**. Por lo mismo, diferencias que benefician a grupos desaventajados quedarían sujetas a un control menos exigente. **Si bien el elemento individualista subsiste, existe mayor énfasis en el grupo**” (el resaltado es propio).

<sup>119</sup> Díaz Revorio, Francisco Javier, *Algunas reflexiones sobre la democracia y representación política: desde la Edad Antigua al Estado social y democrático de Derecho*, en Díaz Revorio, Francisco Javier, *Estado, Constitución, Democracia...* ob. cit., Pág. 22. “...**la democracia no es**

La discriminación múltiple como ya se ha indicado, implica la concurrencia de varios factores de discriminación que para algunos autores no se presentan simultáneamente, sino sucesivamente<sup>122</sup> dando la idea que son acumulativos; esta terminología fue acuñada por la literatura afroamericana de los Estados Unidos principalmente por las mujeres de las

---

**solo el gobierno de la mayoría, sino que también implica el respeto de las minorías, de tal manera que exige un “principio de igualdad de oportunidades” a todas las opciones políticas**, para que en sucesivas elecciones políticas puedan llegar a alcanzar, si el pueblo así lo decide, la posición mayoritaria” (el resaltado es propio).

<sup>120</sup> Díaz Revorio, Francisco Javier, *Estado, Constitución, Democracia...* ob. cit., Pág. 08. **“El gobierno del pueblo** no puede reducirse a la adopción de decisiones (ya sea directamente por el pueblo o por sus representantes) **por mayoría**, sino que a este criterio, que desde luego es regla general en toda democracia, **hay que añadir el del respeto a la minoría, lo que implica no solo la igualdad de oportunidades políticas o la oposición parlamentaria y extraparlamentaria, sino sobre todo la garantía de los derechos de todo ciudadano**. Es ahí donde juega un papel esencial la Constitución (y ahora algunos textos internacionales de derechos), de manera que hoy nuestra democracia es, por esencia, una democracia constitucional” (el resaltado es propio).

<sup>121</sup> García Jaramillo, Leonardo, *“Desafíos de la internacionalización del Derecho: la contribución del ius constitutionale commune”*, en *Revista de Derecho Político*, número 97 septiembre-diciembre, UNED, Madrid, Pág. 350-351, nota al pie de página 32. Disponible en: <<file:///D:/Libros%20para%20el%20M%C3%A1ster/Lecturas%20del%20M%C3%A1ster/Derechos%20Fundamentales%20I/Leonardo%20Garc%C3%ADa%20Jaramillo%20-%20Desaf%C3%ADos%20de%20la%20Internacionalizaci%C3%B3n%20-%20Lectura%20Adicional.pdf>> [Consulta: 03 de Marzo 2017]. **“El nuevo constitucionalismo latinoamericano es el constitucionalismo de la diversidad. Principios como pluralismo, igualdad y dignidad se dotaron de particular efectividad por su consagración constitucional y por la posibilidad de ratificación de tratados internacionales que amparan derechos minoritarios. La protección y promoción de las diversidades se establece como principio constitucional. No sólo se reconoce la importancia de la promoción de la igualdad y a la prohibición de discriminación, sino que a los grupos históricamente discriminados se les han otorgado tipos especiales de protección**. Por ejemplo, se determinaron circunscripciones especiales indígenas de representación política y se reconocieron lenguas autóctonas como oficiales” (el resaltado es propio).

<sup>122</sup> Rey Martínez, Fernando y Giménez Glück, David (coordinadores), *Por la diversidad, contra la discriminación. La igualdad de trato en España: hechos, garantías, perspectivas...* ob. cit., Pág. 35. **“El concepto de discriminación múltiple dista de ser claro, pero parece evocar todas aquellas situaciones en las que dos o más factores o rasgos de discriminación interactúan simultáneamente produciendo una forma específica de discriminación**. (...) para describir las situaciones **en las que una persona es discriminada sucesiva y no simultáneamente**, en diversas relaciones sociales, por diversos rasgos sospechosos (género, etnia, etc.)” (el resaltado es propio).

minorías étnicas<sup>123</sup>; este tipo de discriminación es compleja y con impactos en una variedad de ámbitos según se trate de la especial posición del individuo o los individuos y el contexto que se presente; por ejemplo, se da cuando dentro de un grupo minoritario dominado –el cual de por sí ya sufre discriminación del grupo mayoritario dominante- los subgrupos integrados por mujeres, niños y niñas, personas con discapacidad, adultos mayores, etc., tienen una mayor vulnerabilidad porque pueden sufrir discriminación además por parte de los miembros mejor posicionados de su propio subgrupo; así se puede presentar una combinación múltiple de factores de discriminación que concurren en determinados individuos, lo que exige que el Estado en su posición de garante les dote de una protección especial.

#### 4.5 DISCRIMINACIÓN SISTEMÁTICA.

La discriminación sistemática: “El Comité [DESC] ha constatado periódicamente que la discriminación contra algunos grupos subsiste, es omnipresente, está fuertemente arraigada en el comportamiento y la organización de la sociedad y a menudo implica actos de discriminación indirecta o no cuestionada. Esta discriminación sistemática puede consistir en normas legales, políticas, prácticas o actitudes culturales predominantes en el sector público o privado que generan desventajas comparativas para algunos grupos y privilegios para otros”<sup>124</sup>; en consecuencia, se refiere a problemas estructurales enraizados y muy difíciles de superar que someten a determinados grupos privilegiando a otros, esto genera una vulneración múltiple y flagrante de los derechos humanos inaceptable en un Estado constitucional. Las acciones afirmativas son el instrumento idóneo para revertir estos problemas estructurales difíciles de enfrentar.

---

<sup>123</sup> Rey Martínez, Fernando y Giménez Glück, David (coordinadores), *Por la diversidad, contra la discriminación. La igualdad de trato en España: hechos, garantías, perspectivas...* ob. cit., Pág. 36. “En otras palabras, la discriminación múltiple sólo debería utilizarse para identificar los casos en los que exista ‘una minoría (invisible o peor tratada) dentro de una minoría’. No es casual, en ese sentido, que el **concepto haya sido acuñado en la literatura afro-americana de los Estados Unidos en relación precisamente con las mujeres de las minorías étnicas**, que sufrirían una discriminación común a la de los varones de la minoría por también una discriminación por parte de éstos” (el resaltado es propio).

<sup>124</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 20, *La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales...* ob. cit., Pág. 05.

#### 4.6 DISCRIMINACIÓN INVERSA O POSITIVA.

La discriminación es el trato diferenciado arbitrario carente de justificación objetiva y razonable, utilizar el término discriminación positiva en mi opinión es un contra sentido porque se trataría de una actuación estatal favorable que es plenamente inconstitucional; de otro lado, discriminación inversa tiene el mismo defecto para tratar de exponer la idea que una medida arbitraria que no genera un efecto inconstitucional, sino por el contrario es legítima o admisible constitucionalmente; por estos motivos se considera que “...la definición del concepto como discriminación positiva o inversa no es acertada. Ninguna discriminación puede ser positiva, porque ‘discriminación’ equivale a diferenciación inconstitucional, por lo que si definimos algo como discriminación, por muy inversa o positiva que sea, estaremos condenando a esa categoría a la inconstitucionalidad, y éste no es el caso de todas las cuotas o reglas de preferencia”<sup>125</sup>; sin embargo, en doctrina y en la jurisprudencia hay un uso indistinto de la discriminación inversa<sup>126</sup> o positiva entendiéndose como sinónimo de la *affirmative action*, acción afirmativa<sup>127</sup> o acción positiva que se caracterizan por la adopción de medidas especiales<sup>128</sup>

---

<sup>125</sup> Rey Martínez, Fernando y Giménez Glück, David (coordinadores), *Por la diversidad, contra la discriminación. La igualdad de trato en España: hechos, garantías, perspectivas...* ob. cit., Pág. 37.

<sup>126</sup> Martín Sánchez, María, *Derecho a ser diferente: dignidad y libertad...* ob. cit., Pág. 42. “Así las cosas, **antes de calificar un trato como discriminatorio, hay que comprobar si se está ante una diferenciación inadmisibles, pues existían supuestos en los que el trato diferente resulta beneficioso**, y así lo ha admitido el Tribunal Constitucional [español], otorgar un tratamiento desigual a ciertas personas determinadas circunstancias con la finalidad de mejorarlas en algún sentido –**‘discriminación positiva’**” (el resaltado es propio).

<sup>127</sup> Guzmán Napurí, Christian, *La Constitución Política: un análisis funcional*, Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2005, Pág. 138. “**La mal llamada discriminación positiva – es preferible hablar de acción afirmativa-** es simplemente un mecanismo para generar igualdad material entre grupos humanos específicos, de manera temporal, hasta obtener un equilibrio buscado; mecanismo que es establecido por la ley” (el resaltado es propio).

<sup>128</sup> Pazo Pineda, Oscar Andrés, *Los derechos fundamentales y el Tribunal Constitucional*, Gaceta Jurídica SA., Lima, 2014, Pág. 51. “Es así que, si tomamos como referente la Constitución de 1993 y lo dispuesto en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, **existen una serie de grupos que se encuentran en una situación histórica de vulnerabilidad, y que merecen la adopción de medidas especiales por parte de los Estados**. Ello se condice con la existencia de distintos tratados internacionales que regulan derechos de algunos grupos de personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad” (el resaltado es propio).

legítimas a favor de los grupos<sup>129</sup> vulnerables con la finalidad de mejorar su posición y las condiciones de desarrollo.

Los términos discriminación positiva y discriminación inversa tienen una sutil diferencia para quienes han acuñado estas frases, el primero, hace alusión a una medida que produce un beneficio al grupo vulnerable sin generar una afectación a terceros al momento de implementarse; y el segundo, sí genera una afectación a terceros y sin perjuicio de ello la medida resulta legítima.

## 5. CATEGORÍAS PROHIBIDAS DE DISCRIMINACIÓN.

Debemos tener presente que la discriminación necesariamente nos remite a ciertos motivos que generan de tratos diferenciados sin ninguna justificación objetiva y razonable, así como líneas arriba se ha ido detallando, existen motivos expresos e implícitos de discriminación que merecen una evaluación al momento de establecer si la medida adoptada es discriminatoria, para lo cual es necesario recurrir al principio de proporcionalidad aplicado para la igualdad.

La principal discusión en el tratamiento y análisis de estos motivos de discriminación es que cuando nos referimos a los motivos expresos, por cuanto en términos generales se exige realizar un escrutinio intenso o altamente riguroso, lo que implica atribuirle *per se* un alto grado de sospecha<sup>130</sup> por

---

<sup>129</sup> Díaz de Valdés J., José Manuel, *“La igualdad constitucional: múltiple y compleja... ob. cit., Págs. 174-175. “Ahora bien, un elemento clave de esta noción de igualdad es la idea de grupo, la que, sin embargo, es altamente problemática por una serie de razones. En primer lugar, no existe acuerdo respecto de qué constituye grupo. Ciertamente es más que una mera colección o universalidad de individuos, pero la definición de ese ‘más’ da lugar a un listado de factores controversiales (...). El segundo término, el concepto de grupo se relaciona negativamente con el ‘esencialismo’ (...) es generalmente rechazado como forma de determinismo social o biológico, y como una peligrosa simplificación que niega la autonomía personal, la pluralidad de identidades, y la diversidad dentro de cada grupo. En tercer lugar, surge el problema de identificar qué grupos (y consecuentemente que características), deberían gozar de una protección constitucional especial (...). En cuarto término, existe un problema adicional vinculado a la discriminación múltiple o multidiscriminación...” (el resaltado es propio).*

<sup>130</sup> Rey Martínez, Fernando y Giménez Glück, David (coordinadores), *Por la diversidad, contra la discriminación. La igualdad de trato en España: hechos, garantías, perspectivas... ob. cit., Pág. 07.*



referirnos a factores como la raza, sexo, etc.; en cambio, cuando abordamos los motivos implícitos de discriminación el escrutinio podría ser medio o débil – para ambos casos, dependerá del derecho constitucional o legal implicado-, ello significa que la posibilidad que la medida sea discriminatoria es posible, no desaparece la sospecha, pero es latente. La clasificación de motivos expresos e implícitos no tiende a jerarquizar<sup>131</sup> la protección de unos factores de discriminación sobre otros, sino que se debe tener en consideración que en el desarrollo del derecho antidiscriminatorio los motivos prohibidos de discriminación se han ido incorporando a las cláusulas normativas principalmente por su exigencia histórica de acuerdo a cada contexto social; finalmente podemos concluir que es admisible constitucionalmente el uso de una categoría prohibida o sospechosa de discriminación siempre que se expongan buenas razones para justificar el trato diferenciado<sup>132</sup> y se supere satisfactoriamente cada una de las fases del análisis del *test* de proporcionalidad.

---

**“Que un rasgo se identifique como especialmente sospechoso significa un mandato a los poderes públicos de luchar contra este tipo de discriminación**, lo que incluye un mandato a los Tribunales y al Tribunal Constitucional de que sean especialmente estrictos contra las medidas o normas que utilicen estos rasgos para discriminar. **La identificación en la norma de un rasgo sospechoso eleva el nivel de alerta**: es un salto significativo en la protección contra la discriminación” (el resaltado es propio).

<sup>131</sup> Rey Martínez, Fernando y Giménez Glück, David (coordinadores), *Por la diversidad, contra la discriminación. La igualdad de trato en España: hechos, garantías, perspectivas...* ob. cit., Pág. 28. “Por otro lado, **el desarrollo del Derecho Antidiscriminatorio es desigual según los diferentes rasgos protegidos, lo cual es valorado muy críticamente (...). Se trataría de lograr un desarrollo armónico, integral y coherente de lucha contra todos los tipos de discriminación, que evitará una indeseable jerarquización de la protección según los diferentes rasgos o motivos de protección**” (el resaltado es propio).

<sup>132</sup> Díaz de Valdés J., José Manuel, “*La igualdad constitucional: múltiple y compleja...* ob. cit., Pág. 181. “**La igualdad como no discriminación por factores asociados a la pertenencia de ciertos grupos se traduce en la consagración de ‘categorías sospechosas’ tales como la raza y el sexo, las que no deben utilizarse como factor de diferenciación salvo que se ofrezcan muy buenas razones para ello.** Su finalidad esencial es impedir o dismantelar la existencia de ‘castas’, así como la estigmatización social de sus miembros. Por lo mismo, diferencias que benefician a grupos desaventajados quedarían sujetas a un control menos exigente. Si bien el elemento individualista subsiste, existe mayor énfasis en el grupo” (el resaltado es propio).

### CAPÍTULO III.

#### LAS MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.

En este capítulo se abordará las medidas de acción positiva y el principio de proporcionalidad con la finalidad de establecer algunos criterios que permitirían definir con claridad casos de medidas de acción afirmativa constitucionales que superen el test de proporcionalidad; también se hará una precisión del manejo terminológico en tanto resulta importante para el uso adecuado del lenguaje.

##### 1. DEL ESTADO LIBERAL AL ESTADO SOCIAL.

La configuración actual del Estado constitucional es el resultado del desarrollo evolutivo de los contextos histórico-sociales y la respuesta del Derecho para regular cada una de las relaciones sociales que se presentaron; en este escenario el Estado liberal "... sostiene históricamente que el Estado de Derecho es una derivación del liberalismo político, y aparece con la independencia de los Estados Unidos y la Revolución francesa"<sup>133</sup>; vemos que uno de los valores preponderantes que pone de realce es la libertad individual, por ese motivo "[l]a igualdad desde la perspectiva del principio democrático [liberal], excluye que ciertas minorías o grupos en desventajas como las mujeres puedan quedarse 'aislados y sin voz'<sup>134</sup>, lo que implicaba que en el Estado de Derecho<sup>135</sup> el gobierno de la mayoría aplastaba o sometía a la minoría poniéndolos en una posición de desventaja.

---

<sup>133</sup> Pérez Casaverde, Efraín, *Manual de Derecho Constitucional*, Adrus D&L Editores SAC., Lima, 2003, Pág. 114.

<sup>134</sup> Rey Martínez, Rey, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo...* ob. cit., Pág. 21.

<sup>135</sup> Pérez Casaverde, Efraín, *Manual de Derecho Constitucional...* ob. cit., Págs. 110-111. "**La doctrina del Estado de Derecho es producto de la ideología burguesa.** Lo característico del Estado de Derecho y, más aún de las **democracias liberales**, es la existencia de un ordenamiento jurídico, producto de la **soberanía popular**, por el cual el poder político debe estar sometido y contenido por reglas fundamentales creadas" (el resaltado es propio).

El Estado liberal está influenciado de la filosofía política liberal<sup>136</sup> que tiene como postulado la frase “*laissez faire, laissez passer*”, expresión francesa que significa “dejen hacer, dejen pasar”, cuyo “...criterio definidor residiría en el contenido de la obligación que constituye el ‘reflejo’ del derecho: en los derechos civiles o individuales, el contenido de la obligación consiste en una abstención u omisión, en un ‘no hacer nada’ que comprometa el ejercicio de la libertad o el ámbito de la inmunidad garantizado...”<sup>137</sup>, esto fundamenta un Estado abstencionista, el reconocimiento jurídico de la libertad negativa y los derechos civiles y políticos; pero no de los derechos sociales<sup>138</sup>.

La falta del reconocimiento de los derechos sociales como garantía mínima en la disposición de recursos económicos básicos<sup>139</sup> para cierta seguridad del desarrollo de los planes de vida de los individuos, genera el desarrollo de “... la crítica democrática de fines del siglo XIX y de la primera mitad del siglo XX, que va a otorgar al Estado un mayor protagonismo en la vida social,

---

<sup>136</sup> Prieto Sanchís, Luis, *Los derechos sociales como derechos fundamentales*, Pág. 01. En el material entregado con motivo del II Máster Universitario Oficial de derecho Constitucional 2016-2017, organizado por la Universidad Castilla La Mancha y el Instituto Palestra, correspondiente al módulo IV, asignatura 1, Derechos Fundamentales en el Sistema Constitucional I a cargo de la profesora María Molero Martín-Salas, Lima, 2017. “**La vida, la propiedad y la libertad son para la filosofía política liberal derechos naturales anteriores a cualquier manifestación institucional y precisamente si el Estado existe es con el único fin de protegerlos**; por ello, el Estado puede resultar necesario para garantizar dicha protección, pero en ningún caso para definir lo esencial del contenido de los derechos: ‘la libertad es aquí algo antecedente, no viene creada por la regulación legal, sino es protegida (hecha ejercitable) y/o limitada por ella (Bockenforde, 1993, p. 76)’” (el resaltado es propio).

<sup>137</sup> Prieto Sanchís, Luis, *Los derechos sociales como derechos fundamentales*, ob. cit., Págs. 05-06.

<sup>138</sup> Prieto Sanchís, Luis, *Los derechos sociales como derechos fundamentales*, ob. cit., Pág. 21. “El mundo de las prestaciones sigue siendo en gran parte un mundo burocrático presidido por la discrecionalidad política y administrativa y por ello sensible al favoritismo y a la corrupción. **La ley no confiere existencia jurídica a los derechos sociales**, que la obtienen de la Constitución, pero sí proporciona la garantía tanto de su eficacia jurídica como de la seguridad e igualdad entre los destinatarios y consiguientemente de la imparcialidad de las instituciones” (el resaltado es propio).

<sup>139</sup> Prieto Sanchís, Luis, *Los derechos sociales como derechos fundamentales...* ob. cit., Pág. 06. “...**en los derechos sociales el contenido de la obligación es de carácter positivo, de dar bienes o de prestar servicios que tienen un carácter patrimonial** y que suponen por ello una transferencia de recursos económicos y un problema de redistribución (Cruz, Parcero, 2000, p. 91)” (el resaltado es propio).

tratando de corregir la graves desigualdades sociales, dentro de su tarea y fin que es el bien común, reconociéndose la posibilidad de dictar normas destinadas a ciertos grupos sociales que se encuentran en una situación determinada y específica diferente de la de otros grupos, como asimismo, se asume la injusticia de tratar de igual forma a quienes se encuentran ante distintas realidades sociales relevantes, lo que trae consigo la destrucción del dogma de la universalidad de la ley y el desarrollo del principio de igualdad de oportunidades, como asimismo, la tarea promotora del Estado para disminuir las desigualdades materiales y generar las condiciones sociales que posibiliten la igualdad de oportunidades”<sup>140</sup>. Es decir, el surgimiento de la idea del Estado social está sustentado en los conceptos de igualdad social<sup>141</sup> y bien común que fundamentan la cláusula jurídica de igualdad real<sup>142</sup><sup>143</sup>, igualdad de oportunidades<sup>144</sup><sup>145</sup> o igualdad efectiva<sup>146</sup>, esta

---

<sup>140</sup> Nogueira Alcalá, Humberto, “*El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas...* ob. cit., Pág. 805.

<sup>141</sup> Rey Martínez, Rey, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo...* ob. cit., Pág. 21. “**Desde el punto de vista social, la idea de igualdad legítima de un derecho desigual a fin de garantizar a individuos y grupos con desventaja una igualdad de oportunidades.** Todas las dimensiones se enraízan en el reconocimiento de la dignidad humana como el fundamento del orden político y paz social (artículo 10.1 CE), de lo que se deriva la igual dignidad social de todos los ciudadanos” (el resaltado es propio).

<sup>142</sup> Pazo Pineda, Oscar Andrés, *Los derechos fundamentales y el Tribunal Constitucional*, ob. cit. Pág. 32. “Pese a los avances conseguidos en la época, diversos aspectos –**principalmente relacionados con la carencia de un principio de igualdad real**- aún quedaban pendientes de resolución. **Se debía determinar si, en realidad, era conveniente que el Estado permaneciera siempre inactivo**” (el resaltado es propio).

<sup>143</sup> Díaz de Valdés J., José Manuel, “*La igualdad constitucional: múltiple y compleja*”... ob. cit., Págs. 167-168. “Es así como **las cláusulas tradicionales o ‘simples’ de igualdad, aun cuando hayan sido el reflejo de una visión minimalista del mandato constitucional, no necesariamente operan como límites a visiones más ambiciosas. Más aún, tales cláusulas pueden mutar o interpretarse de forma de dar cabida nuevas exigencias de igualdad.** No obstante lo anterior, la formulación explícita de cláusulas formalmente más complejas puede constituir una ventaja (...). Es por ello que las cláusulas ‘complejas’ de igualdad (las que normalmente adicionan –no sustituyen- a las cláusulas ‘simples’ o tradicionales), otorgan una base más sólida directa para demandas de igualdad más ambiciosas. **Un buen ejemplo al respecto es el artículo 9.2 de la Constitución española, el cual refiere explícitamente a una igualdad ‘real y efectiva’** lo que ha permitido al Tribunal Constitucional de ese país justificar la constitucionalidad de las cuotas electorales de las mujeres [STC 12-2008 y 13-2008]” (el resaltado es propio).

<sup>144</sup> Pérez Casaverde, Efraín, *Manual de Derecho Constitucional...* ob. cit., Pág. 120. “**El Estado social de Derecho es la superación ideológica del Estado Liberal, busca mantener el equilibrio de los servicios sociales,** puesto que de ello depende el progreso del país; en este

relación indesligable dota al Estado de una actividad positiva benefactora con sensibilidad social<sup>147</sup> que permite cambio de paradigma<sup>148</sup> del Estado liberal abstencionista al Estado social interventor<sup>149</sup>, y justificar elaborar medidas estatales para equiparar condiciones de desigualdad jurídica en las relaciones sociales.

El Estado social “...ha puesto en evidencia la necesidad de compatibilizar el ejercicio de la libertad con los otros valores y principios que

---

sentido, el contenido material de los servicios **garantiza un mínimo de oportunidad, y de distribución de la llamada justicia social o la de inclusión social**” (el resaltado es propio).

<sup>145</sup> Díaz de Valdés J., José Manuel, “*La igualdad constitucional: múltiple y compleja...* ob. cit., Pág. 158. “...**la igualdad de oportunidades** puede significar cosas muy diferentes según si es considerada **como un paso necesario hacia una mayor libertad, o más bien, como un requerimiento de mayor justicia retributiva**” (el resaltado es propio).

<sup>146</sup> Nogueira Alcalá, Humberto, “*El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas...* ob. cit., Pág. 826. “**Así diversas constituciones establecen** el empeño de toda la comunidad nacional y de todos sus órganos, en **remover los obstáculos de orden económico y social que limiten la igualdad efectiva de las personas, alcanzando un conjunto básico esencial de condiciones de vida en el pleno material, moral y espiritual**. Ello constituye una indicación finalista que permite concretar aquella orientación en la función legislativa hacia fines sociales” (el resaltado es propio).

<sup>147</sup> Pérez Casaverde, Efraín, *Manual de Derecho Constitucional...* ob. cit., Págs. 118-119. “El Estado Social de Derecho viene a ser de provisionalidad de ciertas necesidades imprescindibles que el pueblo o la sociedad exige por parte del poder estatal; **esta sensibilidad social se verifica en el constitucionalismo social, nacido a partir de las constituciones como la de Querétaro (1917) y la de Weimar (1919) (...) es una especie de Estado benefactor, puesto por medio de ella se pretende evitar las desigualdades sociales**; esa es la razón social-política del Estado que interviene como un paliador de la desigualdad social” (el resaltado es propio).

<sup>148</sup> Nogueira Alcalá, Humberto, “*El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas...* ob. cit., Pág. 805. “Ello **implica un cambio de paradigma, se pasa de la concepción del Estado formal y liberal de derecho a la concepción del Estado material y social de Derecho**, como asimismo, se pasa del Estado legal al Estado constitucional. En esta nueva concepción la igualdad constituye el núcleo básico de la justicia, del derecho justo” (el resaltado es propio).

<sup>149</sup> Pazo Pineda, Oscar Andrés, *Los derechos fundamentales y el Tribunal Constitucional*, ob. cit. Pág. 35. “Este nuevo rol del Estado no va a suponer únicamente un cambio o revolución a nivel jurídico. En efecto, **el nuevo accionar del Estado tendrá, esencialmente, implicaciones económicas**, toda vez se requerirá que tenga más presencia en este ámbito lograr realizar ciertas finalidades legítimas. Esto supondrá, evidentemente, que la economía no será de un ‘dejar hacer, dejar pasar’, sino que **el Estado invertirá en programas sociales con el propósito de equilibrar la situación de personas en un estado de desventaja**” (el resaltado es propio).

*conforman nuestro sistema constitucional de derechos*<sup>150</sup>, por ese motivo, reconoce jurídicamente “...los derechos sociales [los cuales] se configuran como derechos de igualdad entendida en el sentido de igualdad material o sustantiva, esto es, como derechos, no a defenderse ante cualquier discriminación normativa, sino a gozar de un régimen jurídico específico en atención precisamente a una desigualdad de hecho que trata de ser limitada o superada...”<sup>151</sup>, entonces podemos entender que su efectividad exige una intervención positiva del Estado para garantizarlos teniendo en consideración el “...pluralismo de la sociedad y la existencia de minorías fácilmente identificables obligan a redefinir el concepto de igualdad, para entender que ésta no consiste en tratar de manera igual a todos los individuos, porque esto podría producir efectos discriminatorios, sino en tratar ‘igual a los iguales’ y ‘desigual a los desiguales’<sup>152</sup>. En este sentido, la actuación positiva del Estado debe regirse por medidas de acción afirmativa<sup>153</sup> para “...alcanzar los márgenes de igualdad efectiva (...) por los poderes públicos con políticas de asistencia, atención, sanidad, educación, vivienda y cualquier otra que pudiera situar en una condición de inferioridad a los mayores o a los jóvenes del resto de la sociedad –‘sociedad activa’ podríamos llamarla”<sup>154</sup>; esto permitirá a los grupos vulnerables superar su posición dominada y marginada dándoles la

---

<sup>150</sup> Grández Castro, Pedro Paulino, *Paternalismo y ponderación: dos esquemas de argumentación en la jurisprudencia constitucional. Notas a la sentencia del TC en el caso de la Ley Antitabaco (STC 032-2010-AI-TC)*, en Castillo Córdova, Luis y Grández Castro, Pedro Paulino (directores), *Sobre la interpretación constitucional y convencional, Un enfoque transversal del derecho*, Palestra Editores SAC., Lima, 2016, Pág. 130.

<sup>151</sup> Prieto Sanchís, Luis, *Los derechos sociales como derechos fundamentales...* ob. cit., Pág. 09.

<sup>152</sup> Chano Regaña, Lorena, “*Igualdad y principio de proporcionalidad en el Derecho Europeo...* ob. cit., Pág. 156.

<sup>153</sup> Martín Sánchez, María, *Derecho a ser diferente: dignidad y libertad...* ob. cit., Pág. 50. “**El Estado, está obligado a proporcionar a estos grupos las condiciones para que alcancen una situación efectiva de igualdad**, pero en realidad depende de la voluntad de los poderes públicos su consecución, **para cuyo fin se recurre habitualmente a las medidas de acción positiva o discriminación inversa**” (el resaltado es propio).

<sup>154</sup> Martín Sánchez, María, *Derecho a ser diferente: dignidad y libertad...* ob. cit., Pág. 53. En el material entregado con motivo del II Máster Universitario Oficial de derecho Constitucional 2016-2017, organizado por la Universidad Castilla La Mancha y el Instituto Palestra, correspondiente al módulo IV, asignatura 1, Derechos Fundamentales en el Sistema Constitucional I a cargo de la profesora María Molero Martín-Salas, Lima, 2017.

posibilidad de exigir jurisdiccionalmente su implementación<sup>155</sup> y cumplimiento – carácter justiciable de los derechos económicos, sociales y culturales-.

En la Constitución Política del Perú no se "...adscribe formalmente al Estado Social de Derecho, [pero] el art. 3º consagra una cláusula de derechos innominados según la cual la enumeración de los derechos no excluye otros que se fundan en los principios del Estado democrático de derecho"<sup>156</sup>, el sentido social<sup>157</sup><sup>158</sup> del Estado constitucional<sup>159</sup><sup>160</sup> surge "...una vez mostradas

---

<sup>155</sup> Sosa Sacio, Juan Manuel, *Presentación*, en Castillo Córdova, Luis y Grández Castro Pedro Paulino, *Igualdad, derechos sociales y control de políticas públicas en la jurisprudencia constitucional*, cuaderno 12, Lima, 2017, Pág. 08. "Los derechos fundamentales, cuando menos para los países ubicados entre los trópicos (o en el "Sur Global"), solo serán bonitas promesas, o a lo mucho sofisticadas construcciones conceptuales, si no somos capaces de generar un *constitucionalismo crítico*, que replantee algunas cuestiones que hoy damos por sentadas o que aparecen como obstáculos insuperables en el plano jurídico y político. **Entre estos obstáculos, por antonomasia, están la dificultad para concebir los derechos sociales como auténticos derechos fundamentales, así como el entendimiento restringido sobre la judicialización de estos derechos y del derecho a la igualdad material**" (el resaltado es propio)

<sup>156</sup> García Jaramillo, Leonardo, *"Desafíos de la internacionalización del Derecho: la contribución del ius constitutionale commune..."* ob. cit., Pág. 350. Nota al pie de página N° 32.

<sup>157</sup> Solozábal Echevarría, Juan José, *La garantía de la Igualdad*, en García Guerrero, José Luis (director), *La vida, la igualdad y los derechos...* ob. cit., Págs. 79-80. "...nuestra forma política como Estado social, pues partiendo del reconocimiento en el plano social de la desigualdad material **compromete a los poderes públicos a una labor de transformación igualitaria de la propia comunidad**" (el resaltado es propio).

<sup>158</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón, Teoría del Garantismo Penal*, Trotta, Madrid, 1998, Págs. 854-868.

<sup>159</sup> Sosa Sacio, Juan Manuel, *Estudio preliminar: "Nuestros Neoconstitucionalismos"*, en Castillo Córdova, Luis et. al., *Pautas para interpretar la Constitución y los derechos fundamentales...* ob. cit., Pág. 11. Nota al pie de página N° 26, "...**alude a la suma del constitucionalismo liberal (Estado de Derecho), al constitucionalismo social (Estado Social de Derecho) y al constitucionalismo democrático (Estado Democrático de Derecho)**" (el resaltado es propio).

<sup>160</sup> Díaz Revorio, Francisco Javier, *El Estado: una teoría jurídica del poder y su crisis en un mundo globalizado*, en Díaz Revorio, Francisco Javier, *Estado, Constitución, Democracia. Tres conceptos que hay que actualizar...* ob. cit., Pág. 31. "...**en el Estado constitucional cuando la objetivación y racionalización del poder alcanza su máximo nivel, ya que su origen comienza a ubicarse en la comunidad.** Y el poder encuentra límites en determinados valores que se consideran previos a cualquier pacto social. Podrá hablarse ya de **Estado de Derecho, porque el poder no sólo es fuente material del Derecho, sino que está sometido a él.** El Derecho será, a la vez, manifestación de esa objetivación y racionalización del poder, y límite al

las carencias del Estado liberal en cuanto a la igualdad de los ciudadanos, en el mundo de entreguerras se van fraguando las bases del Estado social, que implica la igualdad real y el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales (y que encontrará sus mejores manifestaciones en el constitucionalismo de la segunda posguerra mundial), y del Estado democrático<sup>161</sup>; en este nuevo paradigma, "...no sólo respeta esta diversidad, sino que protege su existencia, imponiendo el respeto a todos los seres humanos y el trato en condiciones de igualdad para todos con independencia de las condiciones personales y sociales de cada uno"<sup>162</sup>.

El principal problema para materializar el mandato de igualdad real surge porque los recursos económicos o bienes son escasos y existen una incalculable cantidad de medidas posibles para hacer por la naturaleza de los derechos sociales, es decir, se debe elegir qué medidas y a favor de qué grupos se implementarán, lo que importa la asignación de determinados recursos para unos en perjuicio de otros; en teoría se niega la jerarquización o priorización de los grupos protegidos por motivos prohibidos de discriminación por categorías expresas frente a otros individuos o colectivos, pero sí se produce en la práctica una atención preferente por su especial situación de vulnerabilidad; para que se pueda concretizar el mandato de igualdad a todos los miembros de un Estado se debe orientar a la configuración de "...políticas de igualdad diversas en el tiempo y en el espacio político. Así pues, no es posible hablar de una sola política de igualdad, sino de una pluralidad de ellas"<sup>163</sup>. Por tal motivo, para abordar a soluciones efectivas se deben implementar reformas estructurales o directivas reconstructivas a través del litigio estructural o complejo: "1) afectar un número amplio de personas que alegan violación de sus derechos, ya sea directamente o a través de

---

mismo. En fin, puede decirse que el poder del Estado es, más que el de cualquier forma de organización política anterior, **un poder racionalizado**" (el resaltado es propio).

<sup>161</sup> Díaz Revorio, Francisco Javier, *Algunas reflexiones sobre la democracia y representación política: desde la Edad Antigua al Estado social y democrático de Derecho*, en Díaz Revorio, Francisco Javier, *Estado, Constitución, Democracia...* ob. cit., Pág. 20.

<sup>162</sup> Martín Sánchez, María, *La mujer inmigrante: espacios de doble discriminación...* ob. cit., Pág. 02.

<sup>163</sup> Rey Martínez, Fernando, *El principio de igualdad en el contexto de la crisis del Estado social...* ob. cit., Pág. 297.



organizaciones que litigan su causa, 2) involucrar varias entidades estatales como demandadas por ser responsables de fallas sistemáticas de políticas públicas, y 3) implicar órdenes de ejecución compleja, mediante las cuales el juez de la causa instruye a varias entidades públicas a emprender acciones coordinadas para proteger a toda la población afectada (no solamente los demandantes del caso)<sup>164</sup>, solo con una actuación efectiva de los operadores de justicia y la implicación de todos los responsables e interesados podrán superarse los graves problemas de discriminación estructural.

## **2. LAS MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA O AFIRMATIVA.**

### **2.1 ANTECEDENTES.**

En el presente subtítulo, el tratamiento estará orientado fundamentalmente a evocar cómo se han surgido y configurado las medidas de acción positiva a lo largo del desarrollo histórico, aunque seremos más breves, pues el presente trabajo ha abordado con detalle el paso de la igualdad formal a la material, y del Estado liberal al social, de cuyos temas podemos concluir que las medidas de acción afirmativa vienen ligadas a la idea de Estado social y de igualdad material, lo cual recién se manifiesta en los ordenamientos jurídicos en la primera parte del siglo XX.

Las medidas de acción positiva o *affirmative action*<sup>165</sup> tienen su antecedente terminológico<sup>166</sup> “...en el año 1935, por primera vez en los

---

<sup>164</sup> León Florián, Felipe Johan, *¿Son justiciables los derechos sociales? La posición del Tribunal Constitucional peruano*, en Castillo Córdova, Luis y Grández Castro, Pedro Paulino, *Igualdad, derechos sociales y control de políticas públicas...* ob. cit., Pág. 25, citando a Fiss, Owen, *El derecho como razón pública*, Marcial Pons, Madrid, 2007, Pág. 27 y Rodríguez Garabito, César y Rodríguez Franco, Diana, *Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Dejusticia, Bogotá, 2010, Pág. 16

<sup>165</sup> Urteaga, Eguski, “*Las políticas de discriminación positiva*”, en *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, número 146, Madrid, octubre-diciembre 2009, Págs. 207-208. En el material entregado con motivo del II Máster Universitario Oficial de derecho Constitucional 2016-2017, organizado por la Universidad Castilla La Mancha y el Instituto Palestra, correspondiente al módulo IV, asignatura 1, Derechos Fundamentales en el Sistema Constitucional I a cargo de la profesora María Molero Martín-Salas, Lima, 2017. “La aparición de la ideología multicultural en los Estados Unidos en los años 80 es un efecto secundario de la traducción jurídica de las políticas de reducción de las desigualdades raciales. Efectivamente, **el Tribunal Supremo de Estados**

Estados Unidos, (...) en el *New Deal Wagner Act*, donde se las definió textualmente como 'la obligación positiva del Departamento Nacional de Relaciones Laborales de remediar las prácticas desleales de los empleadores, ordenando a los ofensores cesar y desistir de esa práctica (Compulsa, 1999 p. 31; Kemelmajer De Carlucci, 2011 p. 53)'<sup>167</sup> y el origen hay que situarlo en el ordenamiento jurídico norteamericano en base a la historia de discriminación racial y sexual desde su constitución como nación<sup>168</sup>; aunque existen evidencias académicas y políticas que sugieren que "...ya se habían llevado a cabo (al menos en su estructura filosófica más esencial) en la India donde, aún bajo el dominio británico hacia finales del

---

**Unidos ha impuesto una verdadera estrategia de camuflaje de la *affirmative action* (...). Las políticas educativas multiculturales resultan, por tanto, del fracaso parcial de una política de integración.** No obstante, es la integración, entendida como la voluntad de limitar una exclusión estructural, que constituía el objetivo inicial de las políticas de discriminación positiva. El nuevo curso impulsado en Estados Unidos ha cambiado su fisonomía así como su justificación. No se trata de instaurar, a título temporal, tratamientos preferentes destinados a favorecer una recuperación socioeconómica entre grupos desiguales. De ahora en adelante, **conviene imponer una representación equitativa ya que inscribe de manera leíble, en la estructura de las instituciones, la nueva cara de la igualdad: la igual dignidad y el derecho al respeto y a la consideración.** El combate para la igualdad entre los grupos se produce en el ámbito del reconocimiento de las diferencias, de la diversidad de las identidades y del pluralismo cultural" (el subrayado y resaltado es propio).

<sup>166</sup> Barrere Unzueta, M<sup>a</sup> Ángeles, *La acción positiva: análisis del concepto y propuestas de revisión*, Jornadas sobre "Políticas locales para la igualdad entre mujeres y hombres", Palacios de Congresos Europa, Vitoria-Gasteiz, Facultad de Derecho UPV/EHU 11, 12, 13 de diciembre de 2013, Págs. 02-03. **"La expresión tiene su origen en la ley estadounidense de 1935 enmarcada en el ámbito del derecho laboral, pero adquiere el significado específico de *policy* (esto es, de política pública) en el contexto de la relación jurídica a las protestas protagonizadas por la población afroamericana y otras minorías y movimientos de contestación social en los que tiene su origen el llamado Derecho antidiscriminatorio del que, quede claro desde ahora la acción positiva representa (o, al menos, debiera representar) un papel medular"** (el resaltado es propio).

<sup>167</sup> Bolaños Salazar, Elard Ricardo, "*Las acciones afirmativas como expresiones de la igualdad material: propuesta de una teoría general*", en *Revista Pensamiento Jurídico*", N° 44, Bogotá, julio-diciembre 2016, Pág. 322. Disponible en: < <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/2449/AD-10-41.pdf?sequence=1> > [Consulta: 28 de setiembre 2017].

<sup>168</sup> González Martín, Nuria, *El principio de igualdad, la prohibición de discriminación y las acciones positivas*, Pág. 385. Nota al pie de página N° 05. Disponible en: < <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/340/18.pdf> > [Consulta: 29 de setiembre 2017].

Siglo XIX, se establecieron reservas de plazas en las instituciones educativas para los que no eran *Brahmines*, es decir, para aquellas personas que no constituían parte de la mayoría, en donde básicamente estaban insertadas las clases reprimidas o sectores atrasados social, económica y políticamente (Sánchez, 2014 p. 76)<sup>169</sup>; también existe registro de estas medidas para hacer frente al problema del *apartheid* en el América del Sur, la India, África, entre otros<sup>170</sup>.

En tal sentido, apreciamos que el surgimiento de las medidas de acción positiva está fuertemente ligado al concepto de igualdad material o sustantiva, para llegar a esta concepción previamente es necesario referirnos en forma resumida a la evolución de los derechos planteado por Norberto Bobbio<sup>171</sup> en

---

<sup>169</sup> Bolaños Salazar, Elard Ricardo, *“Las acciones afirmativas como expresiones de la igualdad material: propuesta de una teoría general, en Revista Pensamiento Jurídico... ob. cit., Pág. 321.*

<sup>170</sup> Urteaga, Eguski, *“Las políticas de discriminación positiva... ob. cit., Pág. 184.* “Pionera en la materia, **India dispone de una Constitución que autoriza desde 1949 la aprobación de dispositivos especiales destinados a promover**, según distintas modalidades, el progreso socioeconómico de tres tipos de grupos: las castas registradas, los miembros de unas 250 tribus contabilizadas y los ciudadanos con dificultades sociales y culturales (...). **En América del Sur, las mujeres y todos aquellos que son definidos como ‘no blancos’ bajo el régimen del apartheid pueden beneficiarse del sistema de discriminación política** instaurado por una ley de 1998 aprobada sobre la base de la nueva Constitución promulgada en 1996 (...). **El caso de Estados Unidos es más complejo. Inicialmente, la cuestión negra ha precipitado, tras los grandes motines urbanos de los años 1960, la aprobación de affirmative action.** Pero, el dispositivo ha sido extendido casi mecánicamente a los descendientes de las poblaciones autóctonas, a los latinoamericanos y a los asiáticos, de modo que, hoy en día, los 2/3 de la población se beneficia de dichas medidas” (el resaltado es propio).

<sup>171</sup> Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos* (traducido por De Asís Roig, Rafael), Editorial Sistema, Madrid, 1991, Págs. 01-257. Disponible en: < [http://culturadh.org/ue/wp-content/files\\_mf/144977835110.pdf](http://culturadh.org/ue/wp-content/files_mf/144977835110.pdf) > [Consulta: 25 de setiembre 2017]. Así en su prólogo Gregorio Peces-Barba Martínez menciona: “Por esa misma razón aceptará plenamente mi tesis de que los derechos siguen, desde su formulación inicial para limitar al poder absoluto, **tres grandes procesos, de positivación, de generalización y de internacionalización, a los que añadirá un cuarto al que llama de especificación, con el que yo también estoy de acuerdo.** Lo define como **el paso del hombre genérico, del hombre en cuanto hombre, al hombre específico, en la especificidad de sus diferentes status sociales, tomando en consideración criterios distintos de diferenciación, el sexo, la edad, las condiciones físicas...** Este proceso de especificación, en mi opinión **y en relación a los titulares, conduce a los derechos de la mujer, a los derechos del niño, a los derechos del minusválido, pero también a los derechos del consumidor y del usuario, donde la especificidad deriva de la situación de inferioridad en la**

su libro “El tiempo de los derechos” donde: la primera fase, se refiere al paso de un Estado de naturaleza de los derechos a su positivización que llega con la revolución francesa que establece un reconocimiento de los derechos civiles y políticos, pero de hecho solo se favorece a ciertas castas privilegiadas como el varón, ciudadano, libre, propietario, alfabeto, no así a los demás miembros; la segunda, se denomina generalización que ocurre cuando se van incorporando más sujetos de derecho y asimilando los postulados de justicia, libertad e igualdad en los demás ordenamientos jurídicos y se expande a todas las personas el reconocimiento de los derechos; el tercero, es la fase de internacionalización propia del siglo XX cuando surge los sistemas internacionales de derechos humanos con sus correspondientes tratados y convenios al que se adhieren los Estados para una mejor protección de los derechos humanos; y finalmente, la cuarta fase de especificación, asume que para garantizar jurídicamente la igualdad de los seres humanos hay que considerar la diversidad que se expresa en la diferencia.

Para poder entender la evolución de las medidas de acción afirmativa debemos referirnos a cómo el concepto de igualdad ha adherido a la diferencia y se ha opuesto a la desigualdad, para este efecto Luigi Ferrajoli señala: “Las diferencias –sean naturales o culturales- no son otra cosa que rasgos específicos que diferencian y, al mismo tiempo, individualizan a las personas [identidades de cada persona] y que, en cuanto tales, son tutelados por los derechos fundamentales. Las desigualdades –sean económicas o sociales- son en cambio las disparidades entre los sujetos producidas por la diversidad de sus derechos patrimoniales, así como de sus posiciones de poder y sujeción [diversas esferas jurídicas]”<sup>172</sup>.

Según Ferrajoli a lo largo del desarrollo histórico se han presentado cuatro modelos de configuración de las diferencias:

---

**que se encuentran hombres y ciudadanos en determinadas relaciones.** También creo que se puede hablar de especificación por los contenidos, en lo que Vasak llama nueva generación de los derechos, refiriéndose a los derechos al medio ambiente, al desarrollo, a la integridad genética o a la paz, planteados en los últimos años (Pág. 10)” (el resaltado es propio).

<sup>172</sup> Ferrajoli, Luigi, *Igualdad y diferencia*, Pág. 18. Disponible en: < <http://idh.uv.es/principiaiuris/articulos/ferrajoli/1.pdf> > [Consulta: 29 de setiembre 2017].

a. “[L]a indiferencia jurídica de las diferencias. Según él, las diferencias no se valorizan ni se desvalorizan, no se tutelan ni se reprimen, no se protegen ni se violan. Simplemente se las ignora. Este es el paradigma hobbesiano del estado de naturaleza y de la libertad salvaje, que confía a las relaciones de fuerza la defensa o, por el contrario la opresión de las diversas identidades”<sup>173</sup>; en este sentido, se refiere a aquella etapa en que todavía no se habían reconocido estatalmente los derechos, peor aún resultaba relevante tratar sobre las diferencias entre los seres humanos.

b. “El segundo modelo es el de la diferenciación jurídica de las diferencias, que se expresa en la valorización de algunas identidades y en la desvalorización de otras, y, por lo tanto, en la jerarquización de las diferentes identidades (...), e incluso como base de un falso universalismo modelado únicamente sobre sujetos privilegiados”<sup>174</sup>, en esta etapa hay un falso universalismo porque se enfocan en determinados individuos -el típico varón, libre, blanco, burgués, propietario, etc.- para privilegiarlos frente a los demás que no pueden acceder a los mismos beneficios.

c. “El tercer modelo es el de la homologación jurídica de las diferencias. Las diferencias empezando por la de sexo, son también en este caso valorizadas y negadas, pero no porque algunas sean concebidas como valores y otras como desvalores, sino porque todas resultan devaluadas e ignoradas en nombre de una abstracta afirmación de igualdad”<sup>175</sup>; es el clásico modelo igualitario vigente por muchos años donde las diferencias entre los seres humanos son homologadas y llegan a neutralizarse, por ello no son tomadas en cuenta para establecer tratamientos jurídicos diferenciados según las cualidades y condiciones variadas de las personas.

d. “[E]l cuarto modelo de configuración jurídica de las diferencias, el de la igual valorización jurídica de las diferencias, basado en el principio normativo de igualdad en los derechos fundamentales – políticos, civiles, de libertad y sociales- y al mismo tiempo en un sistema de garantías capaces de

---

<sup>173</sup> Ferrajoli, Luigi, *Igualdad y diferencia...* ob. cit., Pág. 08

<sup>174</sup> Ferrajoli, Luigi, *Igualdad y diferencia...* ob. cit., Pág. 08

<sup>175</sup> Ferrajoli, Luigi, *Igualdad y diferencia...* ob. cit., Pág. 09

asegurar su efectividad”<sup>176</sup>; en esta fase se reconocen todas las diferencias y se las valora para los reconocimientos jurídicos específicos a su favor según los casos concretos; así vemos que comienzan a surgir tratamientos jurídicos teniendo en consideración las diferencias a favor de las mujeres, personas con discapacidad, minorías étnicas, adultos mayores, niños, niñas y adolescentes, entre otros; todo ello con la finalidad de mejorar su participación y posición de vulnerabilidad.

Las medidas de acción afirmativa son el resultado de las protestas históricas –intentando que se reconozca jurídicamente sus perspectivas y necesidades- de los grupos discriminados para que los Estados les garantice las mínimas condiciones para subsistir y tener opción de un desarrollo humano, las protestas de las mujeres<sup>177</sup>, los afrodescendientes, minorías étnicas o pueblos originarios<sup>178</sup>, personas con discapacidad<sup>179</sup>, adultos

---

<sup>176</sup> Ferrajoli, Luigi, *Igualdad y diferencia...* ob. cit., Pág. 09

<sup>177</sup> Urteaga, Eguski, “*Las políticas de discriminación positiva...* ob. cit., Pág. 185. **“La inclusión de las mujeres en la categoría de los grupos dominados no es evidente. La realidad de la dominación masculina es a menudo negada o minimizada: sus efectos siguen siendo percibidos, en numerosos contextos políticos y sociales como ‘naturales’.** Los estereotipos, expectativas y percepciones sociales que afectan con disimulo, a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres no son considerados como **tan inadmisibles como las barreras impuestas al mérito individual por los prejuicios machistas o xenófobos**” (el resaltado es propio).

<sup>178</sup> Urteaga, Eguski, “*Las políticas de discriminación positiva...* ob. cit., Pág. 186. **“Los pueblos autóctonos constituyen una categoría peculiar de destinatarios de la discriminación positiva.** La manera según la cual estos pueblos se encuentran definidos en el ámbito internacional pone énfasis sobre un rasgo que los distingue de los grupos dominados anteriormente mencionados: **la aspiración a administrarse según sus propias reglas y la voluntad de que se les reconozca como pueblos.** Esta autonomía normativa es a la vez un rasgo distintivo y una reivindicación política. Aprobada en 1989 y como texto principal dedicado específicamente a los pueblos autóctonos, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre los pueblos indígenas y tribales define como indígenas a aquellos pueblos que ‘descienden de las poblaciones que vivían en el país en la época de la conquista, de la colonización o del establecimiento de las fronteras actuales del Estado y que, independientemente de su estatuto legal, conservan algunos o el conjunto de sus propias instituciones sociales, económicas, culturales o políticas’ (el resaltado es propio).

<sup>179</sup> Rey Martínez, Fernando y Giménez Glück, David (coordinadores), *Por la diversidad, contra la discriminación. La igualdad de trato en España: hechos, garantías, perspectivas...* ob. cit., Pág. 23. **“De forma que no es la persona con discapacidad la que debe adaptarse, sino la sociedad la**

mayores<sup>180</sup>, etc., quienes han obtenido un tratamiento jurídico diferenciado en función a sus especiales características y necesidades. Pero sobre todo se busca mejorar la representación política de estos grupos incorporándolos al proceso democrático del Estado.

Por último, el derrotero histórico nos permite observar que el análisis o configuración de las medidas de acción afirmativa como auténticas medidas de igualdad<sup>181</sup> están condicionadas a la adecuada asignación de recursos necesarios<sup>182</sup> y educación o capacitación<sup>183</sup>, por ello, las exigencias de una

---

**que tiene que eliminar los obstáculos y barreras para el ejercicio del derecho**" (el resaltado es propio).

<sup>180</sup> Rey Martínez, Fernando, *El principio de igualdad en el contexto de la crisis del Estado social*, en Presno Linera, Miguel Ángel (coordinador), *La metamorfosis del Estado y del Derecho*, Fundamentos N° 08, Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, 2014, Pág. 298. En el material entregado con motivo del II Máster Universitario Oficial de derecho Constitucional 2016-2017, organizado por la Universidad Castilla La Mancha y el Instituto Palestra, correspondiente al módulo IV, asignatura 1, Derechos Fundamentales en el Sistema Constitucional I a cargo de la profesora María Molero Martín-Salas, Lima, 2017. **"En Europa, por ejemplo, empieza a preocupar seriamente la discriminación de las personas mayores, pero en muchos lugares de América Latina habría, posiblemente, otras urgencias respecto de grupos sociales que no están tan presentes en el suelo europeo**, por ejemplo, el de las jóvenes madres con hijos a su exclusivo cargo. En definitiva, **cada país, debería configurar un Derecho Antidiscriminatorio parcialmente específico en función de las propias necesidades y su configuración social particular**" (el resaltado es propio).

<sup>181</sup> Rey Martínez, Fernando y Giménez Glück, David (coordinadores), *Por la diversidad, contra la discriminación. La igualdad de trato en España: hechos, garantías, perspectivas...* ob. cit. Pág. 15. "Por otra parte, **la consecución de la igualdad de trato y oportunidades es un objetivo que ha de tener como sujetos activos a todos (mayorías, y también minorías: éstas deben hacer también sus propios 'deberes', como, por ejemplo, luchar contra las discriminaciones internas del grupo; sólo así se demostrará que no estamos en presencia de políticas paternalistas, sino de auténticas medidas de igualdad)** y beneficia también a todos, a las minorías, pero también a las mayorías, ya que las relaciones sociales serían más justas y equitativas" (el resaltado es propio).

<sup>182</sup> Rey Martínez, Fernando y Giménez Glück, David (coordinadores), *Por la diversidad, contra la discriminación. La igualdad de trato en España: hechos, garantías, perspectivas...* ob. cit., Pág. 15. **"Los resultados de políticas continuadas durante décadas de falta de atención adecuada a la integración de la diversidad son estructuras sociales que impiden o dificultan a ciertos colectivos por su raza o etnia la participación social por falta de recursos económicos y de educación.** Fácilmente se pueden observar los efectos que generan los círculos viciosos que se inician con la exclusión social de una generación, con el consiguiente problema del difícil acceso al sistema educativo o al mercado laboral de los miembros de la siguiente generación. **Pobreza y**

integración<sup>184</sup> y compensación a favor de los grupos vulnerables, la implementación de políticas de gestión de la diversidad<sup>185</sup> la creación de instituciones especializadas en igualdad<sup>186</sup> para eliminar la discriminación sistemática no podrán materializarse sin tales medios económicos y la voluntad política de los Estados; esta radiografía de la evolución de las medidas de acción afirmativa nos deja la impresión que resulta un importante

---

**gasto social son una parte de los costes que conlleva esta negligencia. El derroche de recursos humanos y la falta de cohesión social son otra”** (el resaltado es propio).

<sup>183</sup> Rey Martínez, Fernando y Giménez Glück, David (coordinadores), *Por la diversidad, contra la discriminación. La igualdad de trato en España: hechos, garantías, perspectivas...* ob. cit., Pág. 69.

“Lógicamente, se trata de un diagnóstico que viene a incidir en la necesidad de que tanto los cuerpos y las fuerzas de seguridad como los jueces y fiscales adquieran un mayor conocimiento, sensibilización e implicación en la persecución de este tipo de delitos. De hecho, se aprecia un insuficiente conocimiento del Derecho Antidiscriminatorio no sólo por parte de miembros de cuerpos y fuerzas de seguridad, jueces, fiscales, sino también secretarios judiciales, forenses, funcionarios de la Administración Penitenciaria y abogados, así como en vigilantes y guardias de empresas de seguridad privadas. **Sería recomendable que la formación en igualdad de trato y no discriminación fuera obligatoria, tanto para acceder a estas funciones, como en los programas de formación inicial y permanente”** (el resaltado es propio).

<sup>184</sup> Rey Martínez, Fernando y Giménez Glück, David (coordinadores), *Por la diversidad, contra la discriminación. La igualdad de trato en España: hechos, garantías, perspectivas...* ob. cit., Pág. 04.

“En algunos países donde hay falta de apoyo a medidas de integración de la diversidad se han creado lo que se llaman sociedades paralelas, que tienen su exponente más visible en guetos donde sólo residen personas de renta baja y/o grupos étnicos minoritarios. Por el contrario, se ha demostrado que **una buena gestión de la diversidad cohesiona la sociedad, ayuda al crecimiento equilibrado y es beneficiosa, incluso, para los resultados a nivel de empresa privada”** (el resaltado es propio).

<sup>185</sup> Rey Martínez, Fernando y Giménez Glück, David (coordinadores), *Por la diversidad, contra la discriminación. La igualdad de trato en España: hechos, garantías, perspectivas...* ob. cit., Págs.

04-05. **“Es imprescindible integrar la diversidad en las instituciones públicas y favorecer el tratamiento de esta realidad por los medios de comunicación para evitar que las políticas de igualdad dejen de moverse únicamente en la periferia del problema y no en su fábrica. (...)** este nuevo enfoque de extensión de los derechos de ciudadanía: deberían convertirse en políticas de gestión de la diversidad” (el resaltado es propio).

<sup>186</sup> Rey Martínez, Fernando y Giménez Glück, David (coordinadores), *Por la diversidad, contra la discriminación. La igualdad de trato en España: hechos, garantías, perspectivas...* ob. cit., Pág. 51.

“...**a la hora de configurar el organismo de igualdad español, se ha de retener la idea de que la autonomía y la suficiencia presupuestaria es garantía de la independencia que le exigen las normas europeas** y, por tanto, condición necesaria para su existencia” (el resaltado es propio).



instrumento que materializa la igualdad, pero sobre todo la dignidad<sup>187</sup> del ser humano al promover la integración de la diversidad en igualdad de trato y oportunidades<sup>188</sup>, permite concederle mayores oportunidades de desarrollo a aquellos que están marginados y que padecen de hecho las graves deficiencias estructurales de protección estatal –por no establecer o continuar con políticas de igualdad efectivas-.

## 2.2. DEFINICIÓN.

Las medidas de acción positiva<sup>189</sup> o afirmativa son una herramienta para promover la igualdad<sup>190</sup> de oportunidades<sup>191</sup> o de facto<sup>192</sup>, se justifica en

---

<sup>187</sup> Rey Martínez, Fernando y Giménez Glück, David (coordinadores), *Por la diversidad, contra la discriminación. La igualdad de trato en España: hechos, garantías, perspectivas...* ob. cit., Pág. 23. “...**de ahí la peculiar injusticia de este tipo de agresiones a la dignidad humana**: a una persona se le va a tratar de modo negativo en alguna o algunas relaciones sociales porque se le atribuirán perjuicios ligados a rasgo personal sospechoso: etnia, género etc.” (el resaltado es propio).

<sup>188</sup> Rey Martínez, Fernando y Giménez Glück, David (coordinadores), *Por la diversidad, contra la discriminación. La igualdad de trato en España: hechos, garantías, perspectivas...* ob. cit., Pág. 09. “...la igualdad de oportunidades abarca la promoción de acciones positivas”.

<sup>189</sup> Rey Martínez, Fernando y Giménez Glück, David (coordinadores), *Por la diversidad, contra la discriminación. La igualdad de trato en España: hechos, garantías, perspectivas...* ob. cit., Pág. 36. “...la igualdad de oportunidades, esto es, el mandato a los poderes públicos de que **promuevan acciones positivas o tratos jurídicos diferentes y favorables a los ciudadanos en situación de desventaja fáctica**” (el resaltado es propio).

<sup>190</sup> Díaz de Valdés J., José Manuel, “*La igualdad constitucional: múltiple y compleja...* ob. cit., Págs. 179-180. “...**la igualdad general es comúnmente acusada de ‘formal’, siendo indiferente a la existencia de desigualdades en la ‘vida real’** (en efecto, la igualdad formal puede aumentar o disminuir la desigualdades reales). Por tanto, aquella es complementada por una noción de igualdad que: **i) considere las diferencias fácticas de las personas, y/o ii) otorgue un trato diferente para asegurar una igualdad ‘real’** (i.e. en las condiciones concretas de vida de las personas). En consecuencia, esta cuarta noción de igualdad constitucional asume una igualdad de oportunidades ambiciosa, al punto de poder confundirse, al menos parcialmente, con una **igualdad de resultados** en cuanto es capaz de transformar efectivamente la realidad” (el resaltado es propio).

<sup>191</sup> Díaz de Valdés J., José Manuel, “*La igualdad constitucional: múltiple y compleja...* ob. cit., Págs. 177-178. “Este tema es delicado, porque demuestra que **la igualdad de oportunidades puede convertirse en una ‘pendiente resbaladiza’ que comienza en la igualdad formal y termina en la igualdad de resultados. Al respecto, debe destacarse que, como regla general, mientras más intensa o demandante sea la versión de igualdad de oportunidades que se persigue.**

causas objetivas y razonables, y debe superar favorablemente el test de proporcionalidad; en este punto nos detenemos porque como se adelantó el uso adecuado el lenguaje jurídico resulta fundamental para transmitir y entender con precisión las categorías jurídicas a las que nos referimos. No compartimos el término discriminación positiva<sup>193</sup> porque ninguna medida inconstitucional puede ser considerada positiva o favorable debido a que no resulta legítima para el Derecho, ya que su invalidez está declarada; de otro lado, tampoco aceptamos la frase discriminación inversa pues da a entender que pese a ser una medida inconstitucional, este produce un efecto jurídicamente legítimo.

En este escenario, se postula únicamente una división bipartita para clasificar las medidas según su legitimidad constitucional o no; la primera, sería medida de acción afirmativa o positiva<sup>194</sup> –sinónimas- cuando tenga una justificación objetiva y razonable y, supere satisfactoriamente el análisis del

---

Mayor será la intervención estatal en la vida privada y familiar requerida para igualar más y más aspectos” (el resaltado es propio).

<sup>192</sup> Díaz de Valdés J., José Manuel, *“La igualdad constitucional: múltiple y compleja... ob. cit., Pág. 176. “La igualdad como obligación positiva de promover la igualdad de oportunidades (y de facto). Esta noción de igualdad constitucional requiere la promoción activa de la igualdad de oportunidades –y eventualmente de la igualdad de facto- de ciertos grupos desaventajados. En términos formales, esta igualdad se sustenta en cláusulas constitucionales que utilizan ciertas expresiones o palabras tales como ‘igualdad substantiva’, ‘igualdad de oportunidades’, ‘promoción de la igualdad’, ‘igualdad de facto’, o similares”* (el resaltado es propio).

<sup>193</sup> Urteaga, Eguski, *“Las políticas de discriminación positiva... ob. cit., Pág. 209. “Tanto en el derecho internacional como en las legislaciones nacionales, la discriminación positiva es el instrumento clave de una política de reducción de las desigualdades entre diferentes grupos sociales. Pretende promover una mayor igualdad de hecho o, por lo menos, garantizar a los miembros de los grupos con desventaja una verdadera igualdad de oportunidades. En la medida en que obedece a una lógica de compensación de una diferencia de desarrollo económico, social y cultural, supone, más que un tratamiento diferenciado, la instauración de un verdadero trato preferente”* (el resaltado es propio).

<sup>194</sup> Rey Martínez, Fernando y Giménez Glück, David (coordinadores), *Por la diversidad, contra la discriminación. La igualdad de trato en España: hechos, garantías, perspectivas... ob. cit., Págs. 36-37. “...el concepto de acción positiva debería identificarse con la adopción de medidas específicas a favor de colectivos que comparten un rasgo sospechoso, como las mujeres, las personas con discapacidad o las minorías étnicas, con el objetivo de luchas contra la desigualdad material que dicho colectivo padece en la sociedad, sin que ello suponga excepción alguna al principio de igualdad de trato, sino su refuerzo”* (el resaltado es propio).

test de proporcionalidad, sin importar si afecta o no a terceros; la segunda, medida discriminatoria en sentido estricto cuando no tenga justificación objetiva y razonable, ni supere cualesquiera de los pasos del test de proporcionalidad.

La discriminación estructural debe ser abordada como un problema de déficit democrático<sup>195</sup> enfocado en la sub-representación política<sup>196</sup> de los grupos vulnerables –mujeres<sup>197</sup>, etc.-.

---

<sup>195</sup> Palomino, Rafael, *La discriminación positiva en la UE y los límites de la discriminación positiva: carencias y debilidades de las actuales políticas de discriminación positiva en Europa*, en Anuario de Derechos Humanos, Nueva Época, Volumen 09, 2008, Pág. 482. En el material entregado con motivo del II Máster Universitario Oficial de derecho Constitucional 2016-2017, organizado por la Universidad Castilla La Mancha y el Instituto Palestra, correspondiente al módulo IV, asignatura 1, Derechos Fundamentales en el Sistema Constitucional I a cargo de la profesora María Molero Martín-Salas, Lima, 2017. “...me parece particularmente significativa **la Declaración de París**, con motivo de la Conferencia Europea que se celebró en dicha ciudad en abril del año 1999. La declaración, suscrita por los ministros responsables de las políticas de igualdad de todos los Estados miembros, **recoge dos elementos fundamentales que son, por una parte, el firme convencimiento de que la sub-representación de las mujeres en el mundo de la política significa un déficit democrático** y, por otra parte, la recomendación clara de que **deben tomarse las medidas necesarias, incluyendo las de valor vinculante, para promover la participación equilibrada de hombres y mujeres en la toma de decisiones**” (el resaltado es propio).

<sup>196</sup> Palomino, Rafael, *La discriminación positiva en la UE y los límites de la discriminación positiva: carencias y debilidades de las actuales políticas de discriminación positiva en Europa...* ob. cit., Pág. 483. “**La subrepresentación persistente de las mujeres en la toma de decisiones políticas constituye un déficit democrático**. Debería seguir fomentándose la ciudadanía activa de las mujeres y su participación en la política y en el alto funcionamiento de la administración pública a todos los niveles (local, regional, nacional, europeo)” (el resaltado es propio).

<sup>197</sup> Palomino, Rafael, *La discriminación positiva en la UE y los límites de la discriminación positiva: carencias y debilidades de las actuales políticas de discriminación positiva en Europa...* ob. cit., Pág. 495. “**Entre las acciones positivas que se pretenden potenciar destacarían dos: las de aquellas acciones dirigidas al ‘estímulo de candidaturas, contratación y promoción de las mujeres en los sectores, profesionales y niveles en los que están infrarepresentadas, especialmente en los puestos de responsabilidad’ y las dirigidas a promover la ‘participación activa de las mujeres en los organismos de decisión**, incluidos los que representan a los trabajadores, a los empresarios y a los independientes...” (el resaltado es propio).

## 2.3 CARACTERÍSTICAS.

Las medidas de acción positiva tienen una variedad de características como la necesidad de su reconocimiento mediante ley –reserva de ley-, transitoriedad -temporalidad-, carácter excepcional y proporcional<sup>198</sup> -no arbitrario-; esencialmente busca que la preferencia debe ser flexible y no debe ser permanente, excesiva, incondicional, automática ni exclusiva para los grupos favorecidos<sup>199</sup> con esta medida.

---

<sup>198</sup> Rey Martínez, Fernando y Giménez Glück, David (coordinadores), *Por la diversidad, contra la discriminación. La igualdad de trato en España: hechos, garantías, perspectivas...* ob. cit. Pág. 38. “Se debería plantear la posibilidad de reconocer en la legislación (...) las reglas de preferencia o las cuotas a favor de los miembros de los grupos protegidos por ella (de hecho, existen ya estas medidas a favor del acceso al empleo público y privado y al ingreso en la universidad de las personas con discapacidad) **siempre que se respeten garantías como su reconocimiento mediante ley, su transitoriedad, su carácter excepcional, y sobre todo, su proporcionalidad.** Pero siempre teniendo en cuenta que son medidas extremas y excepcionales, por lo que el debate sobre su implantación debe ser mucho más elaborado” (el resaltado es propio).

<sup>199</sup> Urteaga, Eguski, “*Las políticas de discriminación positiva...* ob. cit., Pág. 198-199. “Cuatro condiciones diferentemente jerarquizadas de un sistema a otro y aplicadas con un rigor variable, forman la base del régimen jurídico de la discriminación positiva: **la preferencia no debe ser permanente**, puede intentar reducir una subrepresentación o un ‘desequilibrio racial o sexual manifiesto’, pero jamás mantener un reparto preestablecido entre miembros de diferentes grupos (...). **La preferencia no debe ser excesiva**, aplicando una forma u otro de control de proporcionalidad, el juez evalúa el carácter excesivo del ataque a los derechos y los intereses de los individuos que, en la medida en que no pertenecen a un grupo favorecido, están condenados a padecer las consecuencias de su supuesta marcha (...). **La preferencia debe ser flexible**, la cuota estricta está generalmente prohibida, excepto en la contratación impuesta por un juez con el fin de reorganizar una institución o una empresa profundamente marcada por prácticas segregativas pasadas y presentes (...). En el lenguaje de Tribunal de justicia europeo, **la preferencia no debe ser ni incondicional ni automática**, sino combinada con una cláusula de apertura que garantiza a los candidatos masculinos que ‘la candidatura es el objeto de una valoración objetiva que toma en consideración todos los criterios relativos a los candidatos femeninos cuando uno o varios criterios hacen inclinar la balanza a favor de un candidato masculino [Tribunal Supremo de Estados Unidos, Sentencia Marshall del 11 de noviembre de 1997]. **La preferencia no debe ser exclusiva**, la pertenencia al grupo jamás puede ser el único criterio de concesión de bienes sustraídos a las reglas normales de la competencia. Lo que está en juego es preservar el funcionamiento competencial o meritocrático de los diferentes dominios en los cuales interviene la discriminación positiva. Con esta finalidad, se puede intentar limitar el ámbito de aplicación de las políticas preferentes” (el resaltado es propio).

El "...carácter temporal de la (...) [medida de acción positiva] es inherente a su propia definición y a su estatus derogatorio del derecho ordinario de la igualdad. La desaparición programada [es] aceptada a nivel teórico, [pero] no se produce en la práctica"<sup>200</sup>, al parecer el fenómeno de la discriminación estructural muchas veces impide que a corto plazo una medida de acción afirmativa de carácter protectora<sup>201</sup> logre el objetivo de equiparar las condiciones de desigualdad de los grupos vulnerables, es por eso que su vigencia en el tiempo se prolonga incluso por décadas y en ocasiones su remoción es duramente criticada, por el contrario cada vez estas medidas extienden para nuevos grupos protegidos<sup>202</sup>, pues esta medidas tendrá que regir hasta que se cumpla la finalidad<sup>203</sup> o se reemplace por otra más competitiva<sup>204</sup> e igualmente legítima constitucionalmente.

---

<sup>200</sup> Urteaga, Eguski, "Las políticas de discriminación positiva... ob. cit., Pág. 200.

<sup>201</sup> Nogueira Alcalá, Humberto, "El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas... ob. cit., Pág. 829. "Sobre dicha base **puede concretarse luego el principio de protección, que está diseñado con el objeto de lograr, a través de acciones positivas, una igualdad efectiva de oportunidades y la remoción de los obstáculos** que se oponen a ella" (el resaltado es propio).

<sup>202</sup> Urteaga, Eguski, "Las políticas de discriminación positiva... ob. cit., Págs. 201-202. "**La institucionalización de la (...) [medida de acción positiva] se traduce por su inscripción en el tiempo por también por una extensión continua a nuevos grupos beneficiarios o a nuevos ámbitos de actuación**, tales como los medios de comunicación o la política (...). El descontento que acaban generando estas políticas, en la medida en que consolida la polarización racial del ámbito político, contribuye a garantizar su continuidad: la (...) **[medida de acción positiva] ha sido erigida a lo largo del tiempo en el emblema de una política de justicia social a favor de las minorías y el coste simbólico de su desmantelamiento es considerable**" (el resaltado es propio).

<sup>203</sup> Urteaga, Eguski, "Las políticas de discriminación positiva... ob. cit., Pág. 201-202. "**Intervienen igualmente en el movimiento de institucionalización de la (...) [medidas de acción positiva], factores estructurales que resultan de los objetivos perseguidos**. Por una parte como política de recuperación entre grupos económicamente desiguales (...). Por otra parte, paralelamente a este objetivo de reducción de las desigualdades entre grupos, las políticas de discriminación ilegal pero persistente porque está inscrita en la mentalidad y el funcionamiento de las instituciones. **Se trata de disolver prejuicios y los estereotipos negativos legados por un pasado de opresión. La perspectiva de un desmantelamiento del dispositivo se hace más lejana**" (el resaltado es propio).

<sup>204</sup> Urteaga, Eguski, "Las políticas de discriminación positiva... ob. cit., Pág. 200. "La objeción meritocrática dirigida a las medidas preferentes es, por lo tanto, tomada en serio y el marco jurídico en el cual se inscribe **la (...) [medida de acción positiva] intenta conferir al dispositivo un**

La medida de acción positiva no solo es un mandato de trato diferenciado e instrumento para materializar la igualdad real, sino que sufre una mutación y se "...convierte en un fin o en un elemento estructural de la organización política y social. Se asigna un nuevo objetivo a las políticas de (...) [acción positiva]: garantizar, en nombre de un principio de diversidad, una representación equitativa de los grupos minoritarios"<sup>205</sup>. La medida de acción afirmativa va orientada a otorgar el grado de representatividad que les corresponde a los grupos vulnerables, es decir, contribuye a corregir el déficit democrático que padece otorgándole la posición y estatus con representación equitativa<sup>206</sup> que siempre debió tener en virtud al principio de igualdad proporcional, el cual exige que las minorías tengan reconocido "voz y voto" para que puedan decidir sobre los cambios importantes que la mayoría pretende imponer y les ataña.

---

**carácter lo más competitivo posible:** **1)** la preferencia interviene a competencias iguales, globalmente equivalentes, o, por lo menos, mínimas, **2)** se excluye totalmente el respeto incondicional de un objetivo cifrado, **3)** el dispositivo debe ser el objeto de una evaluación periódica, **4)** el juez garantiza que el daño padecido por los miembros de los grupos no preferentes no sea excesivo. Este marco jurídico trata de garantizar que la medida de apariencia discriminatoria se analiza como una discriminación positiva, es decir que se distingue radicalmente por su inspiración y sus condiciones de puesta en marcha, de la discriminación ilegítima y arbitraria que pretende oprimir, excluir y humillar" (el resaltado es propio).

<sup>205</sup> Urteaga, Eguski, "*Las políticas de discriminación positiva...* ob. cit., Pág. 204.

<sup>206</sup> Urteaga, Eguski, "*Las políticas de discriminación positiva...* ob. cit., Págs. 204-205. "Todo dispositivo **se basa efectivamente en el concepto de 'desequilibrio estadístico' entre grupos, o, más precisamente de subrepresentación de un grupo determinado (...)**. En esta llamada, la evaluación cifrada de las disparidades entre grupos está llamada a jugar un papel relevante en distintos niveles. Más que una simple operación de recogida de datos, esta evaluación activa, llamada *monitoring*, redescubre una visión de vigilancia de los procesos discriminatorios y de sus efectos. Consiste en observar pero también en hacer saber a todos los actores sociales y económicos que están observados y a difundir ampliamente los resultados del análisis. Se ejerce de manera continua, aplicándose más especialmente, según la técnica del *benchmarking (...)*. **No se trata de vigilar para castigar sino de asegurar que los diferentes grupos gozan de una representación equitativa"** (el resaltado es propio).

## 2.4 DIFERENCIAS ENTRE LA ACCIÓN POSITIVA Y DISCRIMINACIÓN POSITIVA O INVERSA.

En realidad los términos medida de acción positiva, medida de discriminación positiva –política activa- y medida de discriminación inversa<sup>207</sup> en la doctrina muchos autores la utilizan indistintamente dando a entender que serían conceptos jurídicos equivalentes; sin embargo, cuando se ahonda en el asunto se puede llegar a establecer que tienen ciertos matices que los hacen diferentes.

Según el autor Humberto Nogueira Alcalá: “Las medidas de acciones positivas en sentido estricto buscan situar al sexo minusvalorado en el mismo punto de partida que aquel en que se encuentra el otro en el ejercicio de sus derechos o en la obtención de bienes y servicios. Las medidas de discriminación inversa serían aquellas que inciden directamente en el resultado estableciendo condiciones o requisitos que pueden llevar a provocar una diferencia notable entre los sexos cuyo único fundamento es la igualdad de resultado que se persigue con dicho tipo de acción”<sup>208</sup>. Aquí vemos que el primer término que invoca el autor lo incardina con la búsqueda una igualdad de oportunidades orientado a conceder las mismas condiciones de acceso a los miembros de un grupo vulnerable, es decir, le basta con poner en el mismo punto de inicio a éstos antes de competir. El segundo término pretende incidir directamente en el resultado, ello quiere decir que existe de

---

<sup>207</sup> Barrere Unzueta, M<sup>a</sup> Ángeles, *La acción positiva: análisis del concepto y propuestas de revisión...* ob. cit., Pág. 21. Nota al pie de página N° 17. En el material entregado con motivo del II Máster Universitario Oficial de derecho Constitucional 2016-2017, organizado por la Universidad Castilla La Mancha y el Instituto Palestra, correspondiente al módulo IV, asignatura 1, Derechos Fundamentales en el Sistema Constitucional I a cargo de la profesora María Molero Martín-Salas, Lima, 2017. “Un caso paradigmático en ese sentido, perteneciente a **la jurisprudencia del Tribunal Supremo estadounidense, es el de Bakke (1978). En el mismo se habla de discriminación inversa para hacer referencia a una normativa universitaria de acción positiva que efectúa una reserva de plazas para miembros de minorías a la que éstos tendrían acceso con una puntuación inferior a la obtenida por individuos que no pertenecen a un grupo minoritario. Bakke es un estudiante que es rechazado teniendo una puntuación mayor y se siente víctima de discriminación (de ahí lo de ‘inversa’)**” (el resaltado es propio).

<sup>208</sup> Nogueira Alcalá, Humberto, “*El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas...* ob. cit., Pág. 828.

antemano una separación expresa de cupos que se otorgarán a los miembros del grupo vulnerable que superen las exigencias requeridas.

Para Eguski Urteaga “La discriminación positiva es un instrumento clave de una política de reducción de las desigualdades entre los diferentes grupos sociales. Pretende promover una mayor igualdad de hecho o, por lo menos, garantizar a los miembros de los grupos con desventaja una verdadera igualdad de oportunidades. En la medida en que obedece a una lógica de compensación de una diferencia de desarrollo económico, social y cultural, supone, más que un tratamiento diferenciado, la instauración de un trato preferente. Por definición, este tiene vocación de desaparecer cuando el grupo o los grupos concernidos habrán superado su deficiencia y recuperado su retraso respecto al resto de la sociedad”<sup>209</sup>. Para este autor el término discriminación positiva evoca una autentica medida que busca como objetivo general la compensación para favorecer el progreso del grupo vulnerable que puede manifestarse en una regla de trato preferente y cuotas<sup>210</sup>.

En ese orden de ideas podemos explicar que algunos autores no usan los términos medida de acción positiva o afirmativa, sino solo se refieren a la discriminación positiva –no afecta a terceros- y discriminación inversa –afecta a terceros-; en el presente trabajo hemos justificado reiteradamente que el uso del término discriminación en nuestra opinión, no es el más adecuado porque se refiere a un trato arbitrario o desproporcionado, por ese motivo preferimos hablar de acción positiva o afirmativa a los tratos diferenciados objetivos y razonables proporcionalmente legítimos que afecten o no a terceros.

Me parece relevante lo señalado por M<sup>a</sup> Ángeles Barrere Unzueta cuando refiere que: “El caso de la llamada ‘discriminación inversa’ o

---

<sup>209</sup> Urteaga, Eguski, “*Las políticas de discriminación positiva...* ob. cit., Pág. 181.

<sup>210</sup> Urteaga, Eguski, “*Las políticas de discriminación positiva...* ob. cit., Pág. 182. “**La discriminación positiva tiene varios conceptos que se relacionan con identificar una técnica: cuota**, designan un objetivo político en general -la integración de las personas inmigrantes, de las minorías étnicas, de las mujeres-, **y en un sentido más amplio se refiere a cualquier regla de aplicación selectiva** -es tratar de manera diferente a aquellos que son diferentes dando más a los que tienen menos, con la intención de reducir la desigualdad-“ (el resaltado es propio).



‘discriminación positiva’ constituye un buen banco de prueba para comprobar la fricción que produce en las estructuras jurídicas tradicionales la inserción del Derecho antidiscriminatorio debido, fundamentalmente, a que mientras el primero pivota sobre un concepto de igualdad individualista, el Derecho antidiscriminatorio conlleva a una concepción de la igualdad referida a grupos<sup>211</sup>. Ocurre así que generalmente cuando una concepción nueva pretende integrar alguna categoría del Derecho, la concepción arraigada tradicionalmente siempre busca “bautizar” o atribuir una nomenclatura que implícitamente desacredita y expresa su rechazo a la nueva categoría.

### 3. EL ANÁLISIS DE LA PROPORCIONALIDAD DE LAS ACCIONES AFIRMATIVAS.

El Derecho a través del desarrollo del constitucionalismo contemporáneo pone un importante énfasis en la metodología de la interpretación jurídica y en especial de la actual teoría de la argumentación jurídica, así tenemos que la igualdad necesita del principio de proporcionalidad<sup>212</sup> -“...en términos generales es conceptualizado como prohibición constitucional de medidas excesivas”<sup>213</sup>- como un instrumento imprescindible para analizar la constitucionalidad de medidas que establecen tratos jurídicos diferenciados<sup>214</sup>. En ese sentido, el principio de proporcionalidad se erige como un límite a las limitaciones porque dentro de un Estado constitucional las intervenciones al derecho a la igualdad no pueden ser absolutas e injustificadas.

---

<sup>211</sup> Barrere Unzueta, M<sup>a</sup> Ángeles, *La acción positiva: análisis del concepto y propuestas de revisión...* ob. cit., Pág. 05. Nota al pie de página N° 05.

<sup>212</sup> Chano Regaña, Lorena, *Igualdad y principio de proporcionalidad en el Derecho Europeo...* ob. cit., Pág. 156. **“igualdad en el contenido de la ley”, tal y como se concibe por el constitucionalismo español, es la que más nos interesa en orden a la aplicación de la igualdad y del principio de proporcionalidad. Es necesario precisar que los márgenes de tal distinción no son nítidos y que el principio de proporcionalidad se encuentra admitido en ambas consideraciones**, aunque con diferentes peculiaridades” (el resaltado es propio).

<sup>213</sup> Nogueira Alcalá, Humberto, *El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas...* ob. cit., Pág. 813.

<sup>214</sup> Chano Regaña, Lorena, *Igualdad y principio de proporcionalidad en el Derecho Europeo...* ob. cit., Pág. 158.

La igualdad tiene una característica singular que exige realizar pasos previos<sup>215</sup> al análisis de proporcionalidad<sup>216</sup>, ello se debe a que cuando hablamos de la igualdad su carácter relacional<sup>217</sup> necesariamente nos impone realizar una comparación o contrastación de dos supuestos de hecho que deben tener características similares y sean jurídicamente relevantes para comparar<sup>218</sup>, para justificar un trato jurídico diferenciado objetivo y razonable<sup>219220</sup>, es decir, ese carácter relacional exige un tratamiento especial

---

<sup>215</sup> Chano Regaña, Lorena, *"Igualdad y principio de proporcionalidad en el Derecho Europeo..."* ob. cit., Pág. 158. **"El examen de la igualdad, previo a la proporcionalidad, consiste en contrastar la existencia de dos realidades o magnitudes comparables.** El análisis se centra en lo que es supuesto de hecho de la norma y no en la consecuencia jurídica misma. **En el primer paso justificativo de la existencia de dos categorías diferenciadas se ha llamado por otras legislaciones 'juicio de la racionalidad clasificatoria de la norma' (Giménez Glück, 2004: 57-91)** (el resaltado es propio).

<sup>216</sup> Chano Regaña, Lorena, *"Igualdad y principio de proporcionalidad en el Derecho Europeo..."* ob. cit., Pág. 152. "Es aquí donde opera el principio de proporcionalidad, objetivando una serie de criterios y directrices para determinar si un trato desigual es proporcional al fin legítimo que dicha diferenciación persigue. Es decir, **si dicha desigualdad es admisible por estar justificada en un fin legítimo, ser adecuada, necesaria y proporcionada para el logro de este fin.** Cabe aquí preguntarse qué naturaleza presenta el principio de proporcionalidad: si es un método interpretativo, una cláusula garantista de los derechos o límite a la facultades discrecionales de los órganos administrativos" (el resaltado es propio).

<sup>217</sup> Chano Regaña, Lorena, *"Igualdad y principio de proporcionalidad en el Derecho Europeo..."* ob. cit., Pág. 158. **"Se trata de un principio típicamente relacional, de gran eficacia operativa en el ámbito de la igualdad, porque intenta ofrecer una solución objetiva basada en la ponderación que permite explicar la objetividad y razonabilidad del trato diferente a supuestos de hecho que aparentemente deben ser tratados iguales,** pero presentan características relevantes suficientes como para fundar una individualidad ante la ley" (el resaltado es propio).

<sup>218</sup> Chano Regaña, Lorena, *"Igualdad y principio de proporcionalidad en el Derecho Europeo..."* ob. cit., Pág. 156. **"Se trata de hacer un juicio de relevancia que permita poner en de relieve si se presentan características 'diferentes' y lo que suficientemente 'relevantes' como para admitir un trato diferenciado,** no arbitrario sino objetivamente razonables" (el resaltado es propio).

<sup>219</sup> Chano Regaña, Lorena, *"Igualdad y principio de proporcionalidad en el Derecho Europeo..."* ob. cit., Pág. 157. "La lógica y fundamentación del concepto se encuentra en que **toda restricción de un derecho debe obedecer a la razonabilidad de la medida y estar justificada en una serie de criterios objetivos que permitan el sacrificio en aras de una finalidad legítima y lo suficientemente relevante como para superar la ponderación de los intereses en juego**" (el resaltado es propio).

previo en el análisis jurídico de proporcionalidad, lo que ha originado el conocido como el test de proporcionalidad aplicado a la igualdad<sup>221</sup>.

El análisis de la igualdad en el sistema jurídico del *common law* nos remite a un test de racionalidad<sup>222</sup> o razonabilidad<sup>223</sup> -“La razonabilidad implica

---

<sup>220</sup> Chano Regaña, Lorena, “*Igualdad y principio de proporcionalidad en el Derecho Europeo...* ob. cit., Pág. 152. “...**la principal problemática referente a la igualdad consiste en justificar las desigualdades**, entendidas como las diferencias de trato jurídico que admite la actual interpretación del principio de igualdad ante la ley. Desde el momento en que se acepta el tratamiento jurídico diferenciado de supuestos análogos en base a rasgos distintivos relevantes (bien a través de la legislación o bien a través de la interpretación y aplicación de las normas) **surge la necesidad de determinar qué presupuestos objetivos tiene que reunir un tal comportamiento diferenciado para ser objetiva y razonablemente justificado y, por tanto legítimo**” (el resaltado es propio).

<sup>221</sup> Chano Regaña, Lorena, “*Igualdad y principio de proporcionalidad en el Derecho Europeo...* ob. cit., Pág. 166. “El principio opera en una doble dimensión: **Desde el punto de vista competencial, como un ‘límite de límites’**, o parámetro de actuación de los organismos comunitarios y de los propios órganos de los Estados miembros con capacidad normativa decisoria. Desde esta perspectiva se trata de frenar aquellos actos que puedan ser lesivos de derechos fundamentales. (...). **Desde el punto de vista de la protección de los derechos humanos, y, en especial de la protección de la igualdad**, el principio alcanza su máxima significación en la jurisprudencia del TEDH, como método interpretativo de la concepción de igualdad en el caso concreto, valorando la legitimidad de la diferenciación relevante, la pertinencia de la medida, la injerencia menos gravosa y la ponderación entre la restricción del derecho a la igualdad y los objetivos finales y legítimos que con tal injerencia de pretenden” (el resaltado es propio).

<sup>222</sup> Díaz de Valdés J., José Manuel, “*La igualdad constitucional: múltiple y compleja...* ob. cit., Págs. 170-171. “...resulta equivocado considerar **la racionalidad como un test homogéneo, más allá de la modesta apreciación de que se trata de un estándar judicial relativamente laxo, en particular si se lo compara con la proporcionalidad**. Tal vez la función más relevante que el test de racionalidad no cumple es comparar y elegir entre estándares de comparación cuya aplicación arroja la igualdad entre dos entidades, y aquellos estándares que resultan en la desigualdad entre las mismas entidades. En otras palabras, **el test no ayuda a decidir si las razones para tratar a dos personas en forma diferente son más fuertes o más débiles que aquellas para tratarlas de la misma manera**. La lógica del test funciona en forma diferente: el tratamiento igualitario es la regla de la normalidad, y para escapar de la misma solo se requiere cierta racionalidad. Más aún, **la racionalidad no exige una relación estrecha entre el criterio o estándar utilizado para diferenciar, la diferencia realizada, y los fines u objetivos perseguidos**” (el resaltado es propio).

<sup>223</sup> Martín Sánchez, María, *Derecho a ser diferente: dignidad y libertad...* ob. cit., Pág. 43. “A mi parecer, cuando se limita el goce en plenitud de derechos o se coarta el libre desarrollo de la personalidad, existen argumentos constitucionales de peso para considera dicho trato como

que sólo se autoriza la intervención en un derecho fundamental cuando hay un fundamento que lo autorice, la razonabilidad implica prohibición de arbitrariedad”-<sup>224</sup>, y en el sistema jurídico del *civil law* nos remite al test de proporcionalidad<sup>225</sup>; sin embargo, con el desarrollo jurisprudencia en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos como Colombia<sup>226</sup> y Perú se ha elaborado un test de la igualdad que combina el tratamiento del sistema jurídico anglosajón y el europeo continental, el cual es utilizado por Tribunal Europeo de Derechos Humanos “...el juicio de igualdad y el principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del TEDH se articula en dos fases: una primera, que analiza si existen dos situaciones jurídicas comparables; y, una segunda, en la que, una vez constatada la existencia de los supuestos de hecho análogos, se centra en buscar la finalidad de la diferencia, la adecuación

---

discriminatorio. No bastaría el hecho de no contrariar directamente lo previsto en el texto constitucional, **sino que precisaría de una justificación más fuerte, atendiendo a criterios de razonabilidad y proporcionalidad**” (el resaltado es propio).

<sup>224</sup> Nogueira Alcalá, Humberto, “*El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas...* ob. cit., Pág. 804.

<sup>225</sup> Chano Regaña, Lorena, “*Igualdad y principio de proporcionalidad en el Derecho Europeo...* ob. cit., Págs. 157-158. “En este caso **el principio de proporcionalidad se revela como un instrumento acorde para la argumentación y justificación de la injerencia en la igualdad a cambio de la salvaguarda de otro derecho o relación jurídica**. Quizá no sea adecuado hablar de injerencia o sacrificio de igualdad, sino de **interpretación de la igualdad**. Igualdad en el sentido de tratar ‘igual a lo igual’ y ‘desigual a lo desigual’. **El principio de proporcionalidad se convierte entonces en un método interpretativo de derechos fundamentales acorde a una nueva concepción de igualdad**. No se pretende enjuiciar aquí la validez de este postulado, sino configurar el principio de proporcionalidad para poder entender mejor su dimensión en la perspectiva europea” (el resaltado es propio).

<sup>226</sup> Bernal Pulido, Carlos, *El juicio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana*, Pág. 57. Disponible en: < <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/344/5.pdf> > [Consulta: 30 de setiembre 2017]. “...**la Corte Constitucional Colombiana ha establecido y ha aplicado diversos criterios para aplicar el principio de igualdad**. Esos criterios han sido expuestos en tres diversas versiones del llamado test o juicio de igualdad: **(1)** un juicio de igualdad de influencia europea, que sigue el modelo del principio de proporcionalidad; **(2)** un segundo juicio de influencia norteamericana, que se funda en la distinción de tres escrutinios de igualdad; y **(3) un original juicio integrado de igualdad, que pretende ser una simbiosis de los dos primeros esquemas**” (el resaltado es propio).

y la necesidad de la medida y la relación de proporcionalidad entre los medios empleados y fines perseguidos”<sup>227</sup>.

Establecer medidas fundamentadas en categorías prohibidas de discriminación en casos comunes nos exige realizar un escrutinio riguroso<sup>228</sup> o estricto para evaluar si el trato diferenciado es legítimo, “[a]sí, resulta más o menos fácil salvar la constitucionalidad de las medidas diferenciadoras que no recaen sobre uno de los rasgos protegidos constitucionalmente. Al contrario, resulta más complicado salvar la proporcionalidad de las diferencias recaídas sobre alguna de éstas”<sup>229</sup>.

Las medidas de acción positiva al ser mecanismos o instrumentos que permiten materializar la igualdad real a favor de los grupos vulnerables, tienen como finalidad mejorar su posición de desventaja histórica y eliminar la discriminación estructural que padecen, muchas veces se basan en categorías prohibidas de discriminación que no son bien vistas por muchos autores; sin embargo, dada su especial finalidad de concretizar el mandato igualitario removiendo todos los obstáculos posibles<sup>230</sup> se ha llegado al consenso que se

---

<sup>227</sup> Chano Regaña, Lorena, *“Igualdad y principio de proporcionalidad en el Derecho Europeo...”* ob. cit., Pág. 158.

<sup>228</sup> Nogueira Alcalá, Humberto, *“El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas...”* ob. cit., Pág. 804. “Existe hoy un común denominador o criterio compartido en el ámbito de las jurisdicciones constitucionales y en las cortes internacionales de derechos humanos que determina que **cuando la diferenciación es hecha en base al sexo, la raza, la creencias religiosas, las opiniones políticas, u otro criterios prohibidos expresamente por los tratados internacionales o por la Constitución, la ley se presume inconstitucional mientras la autoridad no demuestre lo contrario**. Por tanto, toda diferencia basada en cualquier dimensión subjetiva es sospechosa de inconstitucionalidad, **debiendo ser sometida a un riguroso análisis de razonabilidad y proporcionalidad**, el cual en última instancia, debe ser determinado por parte de la jurisdicción constitucional, o la corte internacional de derechos humanos competente, en su caso” (el resaltado es propio).

<sup>229</sup> Martín Sánchez, María, *Derecho a ser diferente: dignidad y libertad...* ob. cit., Pág. 18.

<sup>230</sup> Nogueira Alcalá, Humberto, *“El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas...”* ob. cit., Págs. 823-824. “...**valor o principio de igualdad de oportunidades o la remoción de los obstáculos para el logro de la misma**, principios que, de acuerdo a la Constitución, **deben ser implementados o promovidos por el Estado y sus órganos**” (el resaltado es propio).

realice un escrutinio no tan intenso<sup>231</sup> o medio en el análisis de proporcionalidad para evaluar la constitucionalidad de las medidas de acción positiva, debido a que se activa una presunción *iuris tantum* de validez<sup>232</sup> que sirve de contrapeso al mandato prohibitivo de discriminación y se traduce en el análisis de proporcionalidad. A continuación haremos una revisión de cada uno de los seis pasos que el Tribunal Constitucional peruano ha establecido para el análisis de las medidas que intervengan el principio/derecho a la igualdad, la cual fue sistematizada en la Sentencia N° 45-2004-AI-TC<sup>233</sup>:

---

<sup>231</sup> Díaz de Valdés J., José Manuel, *“La igualdad constitucional: múltiple y compleja... ob. cit., Pág. 174. “Existe una preocupación especial sobre el daño sufrido por aquellos que son estigmatizados por su pertenencia a grupos. En consecuencia, esta noción de igualdad no rechaza necesariamente todas las distinciones basadas en factores o ‘categorías sospechosas’, sino solo aquellas que refuerzan la vulnerabilidad de los grupos desaventajados, con el consiguiente daño para la dignidad de sus miembros. De esta forma, un trato preferencial basado en categorías sospechosas que es beneficioso para grupos desaventajados podría ser sometido a un escrutinio menos exigente, por cuanto ayudaría a que los ‘grupos inferiores’ sean menos ‘casta’ y además no causaría estigma a los ‘grupos superiores’ (...) propone un escrutinio de las desigualdades focalizados en los fines y objetivos...”* (el resaltado es propio).

<sup>232</sup> Rey Martínez, Fernando, *El principio de igualdad en el contexto de la crisis del Estado social...* ob. cit., Pág. 294. **“Concurriendo criterios de desigualdad de trato como la infancia, la juventud, la vejez, la carencia de empleo, etc., el juicio de igualdad, esto es, de razonabilidad de las diferencias, se torna más fácil: cuentan a su favor con una presunción de constitucionalidad iuris tantum de validez.** Las desigualdades jurídicas favorables a las personas y grupos con cualquier desventaja fáctica son constitucionalmente razonables, esto es, no discriminatorias. Y aún más: son queridas por el constituyente” (el resaltado es propio).

<sup>233</sup> Tribunal Constitucional de Perú, Caso *PROFA*, expediente N° 045-2004-PI/TC, sentencia del 29 de octubre del 2005, FJ. N° 33. **“33. Este principio ha de emplearse a través de sus tres subprincipios, de idoneidad, necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. Conforme a esto, los pasos que se han de efectuar para ello son los siguientes: a) Determinación del tratamiento legislativo diferente: la intervención en la prohibición de discriminación. b) Determinación de la “intensidad” de la intervención en la igualdad. c) Determinación de la finalidad del tratamiento diferente (objetivo y fin). d) Examen de idoneidad. e) Examen de necesidad. f) Examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación”** (el resaltado es propio).

### 3.1 DETERMINACIÓN DEL TRATAMIENTO LEGISLATIVO DIFERENTE: LA INTERVENCIÓN EN LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN.

En este primer paso, se debe establecer el término de comparación dado el carácter “relacional”<sup>234</sup> o “referencial”<sup>235</sup> de la igualdad, “[t]oda igualdad es siempre, por eso, relativa, pues sólo en relación con un determinado *tertium comparationis* puede ser afirmada o negada y desde esa perspectiva sólo puede existir o no existir, de manera que el conjunto de elementos de los que se predica constituye una clase en sentido lógico, integrada por elementos absolutamente homogéneos, y ello con absoluta independencia de que el *tertium comparationis* obligue a tomar en consideración sólo un rasgo (por ejemplo, sólo el sexo), varios o muchos (por ejemplo, además del sexo, también la edad, la estatura, el grado de instrucción, la localidad de origen, etc.”<sup>236</sup>. Esto quiere decir que para la determinación del término de comparación solo exige que se presenten ciertos rasgos similares u homogéneos, pues de otro modo sería imposible concretizar el análisis del test de igualdad por su abstracción y complejidad.

---

<sup>234</sup> Sosa Sacio, Juan Manuel, “*El principio-derecho de igualdad en la Carta de 1993, con especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*”, en *Revista Peruana de Derecho Público*, N° 11, julio-diciembre 2005, Pág. 166.

<sup>235</sup> Mendoza Escalante, Mijail, *Derecho a la igualdad y discriminación por raza*, Pág. 02. Disponible en: < <http://www.consultoriaconstitucional.com/articulospdf/iii/igualdad.pdf> > [Consulta: 19 de setiembre 2017]. “Un rasgo típico del derecho a la igualdad es su carácter relacional o, mejor aún, su carácter referencial. La prohibición de discriminación supone siempre, por definición, la exclusión de una persona en relación o respecto al ejercicio o goce de un derecho. Es decir, la prohibición de discriminación se dará siempre con ocasión de tal exclusión, no al margen de ella. Desde esta perspectiva, podría figurativamente predicarse de que la igualdad constituye un metaderecho, es decir, un derecho de los derechos, un derecho que condiciona la aplicación de los derechos. Tal condición consiste en que la exclusión del ejercicio o goce de los mismos no sea discriminatoria. El carácter referencial de la igualdad, visto desde otra perspectiva, no viene a ser sino el supuesto del derecho a la igualdad. Este supuesto es: si hay (o dada) una exclusión del ejercicio o goce de un derecho” (el resaltado es propio).

<sup>236</sup> Rubio Llorente, Francisco, *Igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 31, año 11, enero-abril 1991, Pág. 13. Disponible en: < <file:///C:/Users/Miguel/Downloads/Dialnet-LaIgualdadEnLaJurisprudenciaDelTribunalConstitucio-79432.pdf> > [Consulta: 20 de setiembre 2017].

En ese orden de ideas, luego se exige comparar dos supuestos de hecho para identificar si existe relevancia en la relación jurídica de trato diferenciado que se pretende analizar; es decir, corresponde verificar razonablemente si las situaciones de hecho son efectivamente cotejables<sup>237</sup>. Por tanto, tiene que evaluarse "...si el supuesto de hecho acusado de discriminación es igual o diferente del supuesto de hecho que sirve de término de comparación (*tertium comparationis*). De resultar igual, la medida legislativa que contiene un tratamiento diferente deviene en inconstitucional por tratar de modo diferente a dos supuestos de hechos similares. De resultar diferente, entonces debe proseguirse con los siguientes pasos del test"<sup>238</sup>.

El autor Mijail Mendoza Escalante expone que: "...la estructura normativa del derecho a la igualdad plantea dos problemas respecto a la determinación del supuesto: el término de comparación y la exclusión discriminatoria. La respuesta del primero se efectúa cotejando si entre la persona excluida del derecho y la incluida –el término de comparación- existe o no sustancial igualdad; a la absolución de tal cuestión, de análisis de similitudes y diferencias, de criterios para la determinación de lo "sustancial" o "relevante", el principio de proporcionalidad no provee instrumento alguno. Por el contrario, para el análisis de si la exclusión es discriminatoria o no, la herramienta es el principio de proporcionalidad"<sup>239</sup>. Por este motivo, precisar un paso específico para definir, primero, el término de comparación y, segundo, los supuestos objeto de comparación, resulta sumamente favorable para el análisis de racionalidad que exige el principio de igualdad.

---

<sup>237</sup> Rey Martínez, Rey, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo...* ob. cit., Pág. 32. "**Para determinar si se da un trato diferente y discriminatorio a situaciones que son semejantes 'será necesario también precisar si las situaciones efectivas son efectivamente comparables o cotejables**, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso (STC [español] 29/1987, de 6 de marzo)" (el resaltado es propio).

<sup>238</sup> Tribunal Constitucional de Perú, *Caso Importadora y Exportadora A.S.S.R.L. contra la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT)*, expediente N° 6626-2006-PA/TC, sentencia del 19 de abril del 2007, FJ. N° 45; Tribunal Constitucional de Perú, *Caso PROFA*, expediente N° 045-2004-PI/TC, sentencia del 29 de octubre del 2005, FJ. N° 33.

<sup>239</sup> Mendoza Escalante, Mijail, *Derecho a la igualdad y discriminación por raza...* ob. cit., Pág. 04.



### 3.2 DETERMINACIÓN DE LA INTENSIDAD EN LA INTERVENCIÓN DE LA IGUALDAD.

En este paso el Tribunal Constitucional peruano cuando se refiere al test de igualdad usa el término determinación de la intensidad de la intervención de la igualdad, que se da “...en la exclusión discriminatoria del ejercicio o goce de un derecho (...). La intensidad de la intervención depende fundamentalmente de la mayor o menor relevancia constitucional de la posición iusfundamental o contenido específico del derecho a la igualdad sobre la que recae la intervención...”<sup>240</sup>; lo que está asociado a la intervención de los derechos sean de naturaleza constitucional o legal, en función a los motivos constitucionalmente proscritos de discriminación o distintos a estos, esto nos lleva a definir el tipo de escrutinio débil, medio o estricto – terminología usada por la doctrina norteamericana- aplicable al caso concreto; o sea en el subtítulo solo se hace alusión a la intensidad en la intervención a los derechos en relación a los motivos proscritos de discriminación, pero no se indica “escrutinio” conforme a la denominación que la doctrina norteamericana le concede; por el contrario, confunde la intensidad de la intervención –los grados de intensidad están propiamente desarrollados en el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto- con el escrutinio a aplicar.

A continuación haremos una precisión necesaria para poder entender las clasificaciones que se usan en esta fase del test:

El derecho a la igualdad tiene como contenido: “[l]a prohibición de exclusión discriminatoria de: 1) derechos constitucionales basada en motivos constitucionalmente proscritos 2) derechos constitucionales basada en

---

<sup>240</sup> Mendoza Escalante, Mijail, *Derecho a la igualdad y discriminación por raza...* ob. cit., Pág. 05. “...**a) La intensidad grave** se dará en exclusiones de derechos constitucionales basada en motivos constitucionalmente proscritos (posición iusfundamental 1). **b) La intensidad media** se dará en exclusiones (1) de derechos constitucionales basada en motivos distintos a los constitucionalmente proscritos o (2) de derechos de rango meramente legal basada en motivos constitucionalmente proscritos (posiciones iusfundamentales 2 y 3, respectivamente). **c) La intensidad leve** se dará en exclusiones de derechos de rango meramente legal basada en motivos distintos a los constitucionalmente proscritos (posición iusfundamental 4)” (el resaltado es propio).

motivos distintos a los constitucionalmente proscritos 3) derechos de rango meramente legal basada en motivos constitucionalmente proscritos 4) derechos de rango meramente legal basada en motivos distintos a los constitucionalmente proscritos. Según esto, el contenido o ámbito de protección del derecho a la igualdad se compone de estas cuatro posiciones iusfundamentales”<sup>241</sup>. Este alcance nos da una configuración más definida de lo que el mandato de igualdad impone al prohibir cualquier tipo de discriminación, vemos que de este modo se configura el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la igualdad, a partir del cual el Tribunal Constitucional peruano ha establecido niveles de intensidad o escrutinio que analizaremos:

**A) 2 (...) c) Intensidad leve.-** cuando la discriminación se sustenta en los motivos distintos a los proscritos por la propia Constitución, y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o el de un interés legítimo”<sup>242</sup>.

Llamaremos a esta intensidad leve, escrutinio débil, se aplica como regla general y se le otorga al legislador un ámbito de apreciación de contornos más extensos<sup>243</sup>. El margen de apreciación del que goza el legislador tiene una amplitud considerable para definir legislativamente tratos diferenciados por motivos distintos a los proscritos constitucionalmente al tratarse de un derecho de rango legal; asimismo, ya debe existir una verosimilitud en la relación de racionalidad entre el trato diferente, el fin legítimo perseguido y su idoneidad<sup>244</sup>, pues si bien en

---

<sup>241</sup> Mendoza Escalante, Mijail, *Derecho a la igualdad y discriminación por raza...* ob. cit., Pág. 03.

<sup>242</sup> Tribunal Constitucional de Perú, Caso *Importadora y Exportadora A.S.S.R.L. contra la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT)*, expediente N° 6626-2006-PA/TC, sentencia del 19 de abril del 2007, FJ. N° 45.

<sup>243</sup> Bernal Pulido, Carlos, *El juicio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana...* ob. cit., Pág. 62. “...llamado también *rational basic-Test*, representa la fórmula más tradicional para la aplicación del principio de igualdad en el derecho norteamericano. **Este escrutinio de aplica como regla general, aunque los ámbitos más comunes en que se lleva a la práctica, son aquellos que deparan al legislador un ámbito de apreciación de contornos más extensos...**” (el resaltado es propio).

<sup>244</sup> Bernal Pulido, Carlos, *El juicio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana...* ob. cit., Pág. 62. “...**para que un acto sea declarado constitucional, basta que el**

nuestro test de igualdad todavía no se analizará estas fases, sin embargo, deben estar presentes y permitirse identificarlas con algún grado de probabilidad.

**B) “2 (...) b) Intensidad media.**- Cuando la discriminación se sustenta en los motivos proscritos por el artículo 2.2 de la Constitución, y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o el de un interés legítimo”<sup>245</sup>.

Denominaremos a esta intensidad media, escrutinio intermedio<sup>246</sup>, el cual “...se sitúa entre el escrutinio estricto y el débil, y que se aplica para los casos en que el Estado aplica diferencias fundadas en criterios sospechosos, pero no para discriminar a los grupos o individuos tradicionalmente desfavorecidos, sino todo lo contrario: para intentar favorecerlos y así alcanzar la igualdad real. Se trata de los casos de *affirmative action*”<sup>247</sup>. Resulta importante establecer que para enjuiciar las

---

**trato diferente que establezca, sea una medida ‘potencialmente adecuada para alcanzar un propósito que no esté prohibido por el ordenamiento jurídico** [Corte Constitucional de Colombia: sentencia C-93 de 2001]’. **El escrutinio débil entonces consta de dos exigencias: a) que el trato diferente tenga un objetivo legítimo; y b) que dicho trato sea potencialmente adecuado para alcanzarlo.** En ese sentido, una diferenciación es inconstitucional si su objetivo está prohibido por la Constitución o si ella es manifiestamente inadecuada para alcanzarlo [Corte Constitucional de Colombia: sentencia C-445 de 1995]” (el resaltado es propio).

<sup>245</sup> Tribunal Constitucional de Perú, *Caso Importadora y Exportadora A.S.S.R.L. contra la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT)*, expediente N° 6626-2006-PA/TC, sentencia del 19 de abril del 2007, FJ. N° 45.

<sup>246</sup> Nogueira Alcalá, Humberto, “*El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas...*” ob. cit., Pág. 817. “El escrutinio intermedio fue desarrollado por la jurisprudencia norteamericana en la década de los setenta del siglo pasado, situándose a medio camino entre el escrutinio débil y el escrutinio estricto, **aplicándose a los casos en el Estado concreta diferencias fundadas en criterios sospechosos para intentar lograr una igualdad de oportunidades para grupos tradicionalmente discriminados, se trata de las medidas positivas o de discriminación inversa**” (el resaltado es propio).

<sup>247</sup> Bernal Pulido, Carlos, *El juicio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana...* ob. cit., Pág. 6. “En algunos de estos supuestos, por ejemplo, **se utiliza el criterio sospechoso del género, pero no para discriminar a las mujeres, sino para obtener igualdad real entre hombres y mujeres.** La aplicación del escrutinio débil en estos casos no resulta plausible, por cuanto la diferencia de basa en un criterio sospechoso. **Sin embargo, tampoco**

medidas de acción afirmativa en esta fase debe sometérselas a un escrutinio intermedio debido a que su objetivo es superar o corregir la discriminación estructural o sistemática y materializar la igualdad real; si bien toman como base los motivos proscritos constitucionalmente que harían nos orientemos a aplicar un escrutinio estricto; sin embargo, al estar destinado a mejorar la posición de desventaja de los grupos vulnerables; opera a favor una flexibilización<sup>248</sup> de las exigencias que hace inclinarnos por un escrutinio intermedio por una compensación argumentativa que tiene que traducirse objetivamente en el test de proporcionalidad aplicado a la igualdad.

Este escrutinio es conocido también como escrutinio normal, “...fue desarrollado por la Corte Suprema norteamericana en los años setenta, aquí se busca no desfavorecer a los grupos tradicionalmente vulnerados sino intentar favorecerlos y así alcanzar la igualdad real”<sup>249</sup>; claramente se puede apreciar que grado de intensidad del escrutinio intermedio o normal es mayor respecto al exigido para el escrutinio débil, pero menor con relación al escrutinio estricto –verificándose un grado de racionalidad diferenciado-; un aspecto importante para definir si corresponde o no este

---

**parece atinado aplicar un escrutinio estricto, porque la diferencia no perjudica, sino favorece al grupo históricamente discriminado”** (el resaltado es propio).

<sup>248</sup> Ruiz Miguel, Alfonso, *La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, en *la Igualdad y discriminación inversa*, proyecto de investigación número PB94-0193 del Programa de Promoción del Conocimiento de la DGICYT, Pág. 63. Disponible en: < <file:///C:/Users/Miguel/Downloads/la-igualdad-en-la-jurisprudencia-del-tribunal-constitucional-0.pdf> > [Consulta: 20 de setiembre 2017]. El “...Tribunal Constitucional [español], (...) considera que **las medidas de acción positiva que toman como base rasgos como el sexo o la discapacidad no están constitucionalmente prohibidas pero tampoco son constitucionalmente obligatorias**. De este modo, de un lado, **no sería necesario que la finalidad de la norma venga obligatoriamente impuesta sino sólo clara y razonablemente reconocida o autorizada por algún precepto constitucional** y, de otro lado, tampoco sería exigible la «necesidad» de la relación entre la distinción y la finalidad de la norma -es decir, la ausencia de toda infra o suprainclusividad normativa-, sino sólo un ajustamiento sustancial entre ambas” (el resaltado es propio).

<sup>249</sup> Insignares-Cera, Silvana y Molinares-Hassan, Viridiana, *Juicio integrado de constitucionalidad: análisis de la metodología utilizada por la corte constitucional colombiana*, N° 124, Vniversitas, Bogotá, 2012, Pág. 101. Disponible en: < <http://www.scielo.org.co/pdf/vniv/n124/n124a05.pdf> > [Consulta: 30 de octubre 2017].

tipo de escrutinio es entender, que el concepto de grupo en situación de vulnerabilidad<sup>250</sup> está referido al colectivo de seres humanos hacia el que va dirigido el trato diferenciado preferente pretendido por la medida de acción afirmativa, que busca compensar o equiparar la relación jurídica asimétrica de desventaja que padecen sus miembros debido a los graves problemas estructurales que los excluyen y marginan –si una medida de trato diferenciado tuviera esta finalidad, no solo sería importante, sino imperioso y superaría fácilmente el escrutinio normal-.

La implementación de las medidas de acción afirmativa<sup>251</sup> es obligatoria por ser especialmente exigidas por el constituyente<sup>252</sup>, al formar parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la no

---

<sup>250</sup> Pazo Pineda, Oscar Andrés, *Las medidas afirmativas como forma de manifestación del principio de igualdad*, en Carpio Marcos, Edgar y Sar Suárez, Omar (responsables), *Trabajo de investigación: "Alcances del principio de igualdad"*, Centro de Investigación en Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres, Lima, 2014, Págs. 10-11. Disponible en: [http://www.derecho.usmp.edu.pe/instituto/Investigaciones\\_Centros2014/ALCANCES\\_DEL\\_PRINCIPIO\\_DE\\_IGUALDAD.pdf](http://www.derecho.usmp.edu.pe/instituto/Investigaciones_Centros2014/ALCANCES_DEL_PRINCIPIO_DE_IGUALDAD.pdf) > [Consulta: 01 de noviembre 2017]. **"...la adopción de medidas afirmativas se encuentra especialmente vinculada con la existencia de grupos especialmente protegidos.** En el caso del derecho estadounidense, a estos grupos se les denominó como "categorías sospechosas", ya que las clasificaciones que empleaban a esas categorías hacían presumir la inconstitucionalidad de las disposiciones que las efectuaban (...). Ahora bien, **en el caso del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, no se emplea la denominación de "categorías sospechosas", sino que prefiere hacerse mención de grupos en una situación de vulnerabilidad**, lo cual resulta de fácil identificación debido a la existencia de diversos tratados internacionales que reconocen la protección de ciertos colectivos" (el resaltado es propio).

<sup>251</sup> Urteaga, Eguski, *Las políticas de discriminación positiva...* ob. cit., Pág. 196. La medida de acción afirmativa **"...cuando es erigida en piedra angular de una política de recuperación entre grupos desiguales y que define en consecuencia sus destinatarios a partir de su pertenencia al grupo prioritario, (...) consiste en crear jurídicamente una (...) [diferencia], para promover, en la práctica, la igualdad"** (el resaltado es propio).

<sup>252</sup> Rey Martínez, Fernando, *Marco conceptual de las acciones y discriminaciones positivas*, en Santiago Juárez, Mario (coordinador), *Acciones afirmativas...* ob. cit., Pág. 76. **"Las acciones positivas para la igualdad de oportunidades de las mujeres, de los gitanos, de las personas con discapacidad, etc., no sólo tienen el aire de familia del Estado social y su general postulado de la *égalité des chances* (que afecta a diversos grupos sociales en desventaja: parados, emigrantes, inmigrantes, jóvenes, etc.), sino que, como ya se ha indicado, son medidas especialmente exigidas por el constituyente"** (el resaltado es propio).

discriminación –prohibición de trato discriminatorio (directo e indirecto)<sup>253</sup> y la licitud de medidas de acción afirmativa-; además resulta indispensable que la medida de trato diferenciado deba ser sustancialmente idónea -conducente-<sup>254</sup> para cumplir satisfactoriamente con la objetivo, es decir, debe existir una relación lógica de causa-efecto; en tanto que aplicar una medida de esta naturaleza genere, por un lado, la satisfacción efectiva de la igualdad material –fin en términos jurídicos- y, por el otro, la eliminación de supuestos discriminatorios de hecho que afectan a los grupos vulnerables –objetivo en términos fácticos como dotar de autonomía y representatividad proporcional a los colectivos en desventaja<sup>255</sup>-. Por eso la Corte Constitucional de Colombia<sup>256</sup>, ha incorporado en su

---

<sup>253</sup> Pazo Pineda, Oscar Andrés, *Las medidas afirmativas como forma de manifestación del principio de igualdad*, en Carpio Marcos, Edgar y Sar Suárez, Omar (responsables), *Trabajo de investigación: “Alcances del principio de igualdad...”* ob. cit., Pág. 06. “Como se puede advertir, la Convención [Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial] **resalta que los tratos discriminatorios que pueden ser adoptados lo son por sus propósitos manifiestamente discriminatorios (objeto), o que, en todo caso, apunten a sus resultados**, independientemente de la intención del legislador o de quien adoptó la política o medida cuestionada (resultado)” (el resaltado es propio).

<sup>254</sup> Durán, Carmenza (14 de abril de 2016), Test de Razonabilidad [Mensaje en un blog], Prezi, Pág. 27. Disponible en: < <https://prezi.com/hil5yyk52au4/test-de-razonabilidad/> > [Consulta: 31 de octubre 2017]. “Acciones afirmativas. Diferencias por criterios sospechosos no para discriminar sino para favorecerlos: igualdad real. Cuando la medida puede afectar un derecho constitucional no fundamental o afecta la libre competencia. **1. El objetivo del trato debe ser importante. 2. La relación entre la medida y el objetivo debe ser no solo adecuado, sino conducente para alcanzar el fin buscado**” (el resaltado es propio).

<sup>255</sup> Pazo Pineda, Oscar Andrés, *Las medidas afirmativas como forma de manifestación del principio de igualdad*, en Carpio Marcos, Edgar y Sar Suárez, Omar (responsables), *Trabajo de investigación: “Alcances del principio de igualdad...”* ob. cit., Pág. 26. “**Las medidas afirmativas permiten promover el principio de autonomía**, toda vez que, **al dar un trato que busca colocar en igualdad de oportunidades a las personas desfavorecidas, buscan que también desarrollen un proyecto de vida similar al de sus semejantes**. Si se permite **garantizar que las personas desfavorecidas tengan la posibilidad de decidir por sí mismas**, se favorece y legitima el sistema democrático, por cuanto no se presentarían vicios de voluntad” (el resaltado es propio).

<sup>256</sup> Bernal Pulido, Carlos, *El juicio de la igualdad en la jurisprudencia de la corte constitucional colombiana*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Pág. 10. Disponible en: < [http://www.alfonsozambrano.com/nueva\\_doctrina/29052011/ndp-principio\\_igualdad\\_Colombia.pdf](http://www.alfonsozambrano.com/nueva_doctrina/29052011/ndp-principio_igualdad_Colombia.pdf) > [Consulta: 01 de noviembre 2017]. “...’**es legítimo aquel trato diferente que está ligado de manera sustantiva con la obtención de una finalidad constitucionalmente importante**’

jurisprudencia la exigencia de verificar si el trato diferenciado tiene una finalidad constitucionalmente importante y una relación de idoneidad sustantiva o conducente a alcanzar ese objetivo.

El margen de apreciación del que goza el legislador tiene un rango más limitado, pero no excesivamente; permite definir legislativamente tratos diferenciados por motivos distintos a los proscritos constitucionalmente al tratarse de un derecho de rango constitucional, y por motivos proscritos constitucionalmente al tratarse de un derecho de rango legal. Además, debe existir una verosimilitud en la relación de racionalidad entre el trato diferente que busca conseguir un fin legítimo importante y tenga una idoneidad sustantiva<sup>257</sup>, ya que debe identificárselas efectivamente con algún grado de probabilidad que no sean manifiestamente ilegítimas o inidóneas, respectivamente.

Resulta recomendable según el modelo teórico que se está desarrollado y debido a la falta de indicación expresa del Tribunal Constitucional peruano, incorporar un escrutinio intermedio cuando el motivo de discriminación se trate del impedimento al ejercicio o goce de un derecho constitucional basado en un motivo de discriminación distinto los constitucionalmente proscritos<sup>258</sup>. Esta omisión también es constatable en

---

(sentencia C-445 de 1995). Es decir, **(1) que el objetivo del trato diferente sea 'importante'** y **(2) que entre dicho trato y el objetivo exista una relación de idoneidad 'sustantiva'**, o en otros términos, "que el medio, no sólo sea adecuado, sino **efectivamente conducente a alcanzar el fin** buscado por la norma sometida a control judicial" (sentencia C-673 de 2001)" (el resaltado es propio).

<sup>257</sup> Bernal Pulido, Carlos, *El juicio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana...* ob. cit., Pág. 64. "El escrutinio intermedio también somete a la constitucionalidad de las medidas que establecen diferencias al cumplimiento de dos exigencias. La Corte Constitucional las ha puesto del siguiente modo: '**es legítimo aquel trato diferente que está ligado de manera sustantiva con la obtención de una finalidad constitucionalmente importante**' [Corte Constitucional de Colombia: C-445 de 1995]. Es decir, **(1) que el objetivo del trato preferente sea importante y (2) que entre dicho trato y el objetivo exista una relación de idoneidad sustantiva**" (el resaltado es propio).

<sup>258</sup> Sosa Sacio, Juan Manuel, *Resolución de conflictos entre bienes y/o derechos constitucionales: el examen de proporcionalidad*, en *Guía teórico-práctica para utilizar los criterios interpretativos del Tribunal Constitucional*, Lima, 2011, Pág. 184.

la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana<sup>259</sup> de donde al parecer hemos adoptado esta regulación.

**C) “2 (...) a) Intensidad grave.-** Cuando la discriminación se sustenta en los motivos proscritos por el artículo 2.2 de la Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho fundamental (v.gr. derecho a la participación política) o un derecho constitucional”<sup>260</sup>.

Nombraremos a esta intensidad grave, escrutinio estricto<sup>261</sup> o más riguroso<sup>262263</sup>, el margen de apreciación que goza el legislador tiene una

---

<sup>259</sup> Nogueira Alcalá, Humberto, “*El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas...* ob. cit., Pág. 818. **“b) Una intervención es de intensidad media cuando la discriminación se sustenta en alguno de los motivos proscritos por la propia Constitución (artículo 2 N° 2: origen raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o el de un interés legítimo”** (el resaltado es propio).

<sup>260</sup> Tribunal Constitucional de Perú, Caso *Importadora y Exportadora A.S.S.R.L. contra la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT)*, expediente N° 6626-2006-PA/TC, sentencia del 19 de abril del 2007, FJ. N° 45; Tribunal Constitucional de Perú, Caso *PROFA*, expediente N° 045-2004-PI/TC, sentencia del 29 de octubre del 2005, FJ. N° 35.

<sup>261</sup> Nogueira Alcalá, Humberto, “*El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas...* ob. cit., Pág. 817. **“El escrutinio estricto, que proviene de la jurisprudencia norteamericana sobre el principio de la igualdad gestada en la década de los años sesenta del siglo pasado se desarrolló a partir de la constatación de que el *racional basis-test* no era adecuado para el escrutinio de los tratos diferenciados que afectaban a grupos que habían sido tradicionalmente discriminados y que, por tal causa, merecían recibir una protección especial de parte del estado norteamericano.** El escrutinio estricto se aplica cuando un trato diferenciado se funda en criterios sospechosos como la raza, la condición social, la orientación sexual, la edad o la minusvalía. La Corte Colombiana aplicó el escrutinio estricto a los criterios potencialmente discriminatorios, considerando tales los que aparecen incluidos en los mandatos de igualdad tipificados constitucionalmente, los que restringen derechos fundamentales y los que afectan de manera desfavorable a minorías o grupos sociales que se encuentran en debilidad manifiesta, con especial deber de protección de parte del Estado, a ellos se han agregado, aquellas diferenciaciones que se fundan en rasgos permanentes de las personas de las cuales ellas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad, las que afectan a grupos históricamente sometidos a menosprecio y prácticas discriminatorias, y aquellos que se fundan en criterios que por sí mismos no posibiliten efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales” (el resaltado es propio).



limitación muy restringida para definir legislativamente tratos diferenciados por motivos proscritos constitucionalmente al tratarse de un derecho de rango constitucional; es más, debe existir una verosimilitud en la relación de racionalidad entre el trato diferente que debe perseguir un fin constitucionalmente imperioso y ser la medida más idónea<sup>264</sup>; debe identificarse con algún grado de probabilidad que el trato diferenciado no busca manifiestamente un fin ilegítimo o es inidónea para este.

#### - INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Atala Riffo y niñas contra Chile, se refirió a la carga de la prueba: “124. Tratándose de la prohibición de discriminación por orientación sexual, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de

---

<sup>262</sup> Díaz de Valdés J., José Manuel, *“La igualdad constitucional: múltiple y compleja... ob. cit., Pág. 167.* “En todo caso, las cláusulas específicas de igualdad, y en **especial las que establecen categorías sospechosas, tienden a asociarse a un escrutinio judicial más estricto que el aplicable a cláusulas generales de igualdad.** En otras palabras, debido a que la Constitución demuestra una preocupación especial frente al empleo de estas “categorías sospechosas” para hacer distinciones, aquel debe ser particularmente bien justificado” (el resaltado es propio).

<sup>263</sup> Martín Sánchez, María, *La prohibición de discriminación por orientación sexual... ob. cit., Pág. 07.* “...**la Constitución es protectora de las minorías** –políticamente más débiles- frente a la voluntad política de las mayorías (...). Por este motivo, consideramos que la única fórmula **para que las minorías sometidas a tratos desiguales** por alguna causa encuadrable en una cláusula abierta, que supere una serie de parámetros, **alcancen la plena igualdad, es aplicar a dicha causa un juicio más estricto**” (el resaltado es propio).

<sup>264</sup> Bernal Pulido, Carlos, *El juicio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana... ob. cit., Pág. 64.* “...para que el tratamiento diferente de un destinatario o de un grupo esté justificado, ‘debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso’ [Corte Constitucional de Colombia: sentencia C-93 de 2001]. **Esto quiere decir que el escrutinio estricto también somete la constitucionalidad de las medidas que establecen tratos diferentes, al cumplimiento de dos exigencias: (1) que la medida persiga, ya no solo un objetivo no prohibido, sino un objetivo constitucionalmente imperioso o un objetivo imperioso para la sociedad y para el Estado** [Corte Constitucional de Colombia: sentencia C-445 de 1995] (un *compelling interest*) **y que (2) la medida sea necesaria o indispensable para alcanzarlo.** En lo que concierne a esta última exigencia, **la medida no debe ser sólo potencialmente adecuada, sino necesaria para alcanzar el fin: la única o la más idónea.** La aplicación de estas dos exigencias estrictas hace que el escrutinio estricto deba ser sólo una excepción, aplicable a los ámbitos mencionados, en donde los poderes del Estado no disponen de amplios márgenes de apreciación o de decisión” (el resaltado es propio).

mucho peso, invirtiéndose, además, la carga de la prueba, lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio. Esto es especialmente relevante en un caso como el presente, teniendo en cuenta que la determinación de un daño debe sustentarse en evidencia técnica y en dictámenes de expertos e investigadores en aras de establecer conclusiones que no resulten en decisiones discriminatorias”<sup>265</sup>.

En caso de corresponder aplicarse un escrutinio estricto, a nivel procesal y probatorio, se produce una inversión de la carga de la prueba que significa que la obligación de probar la legitimidad de la medida se traslada del sujeto demandante hacia el legislador<sup>266</sup> o quien incurrió en el acto supuestamente discriminatorio -demandado-; debe ser porque al tratarse de una medida diferenciadora que se sustenta en un motivo constitucionalmente proscrito de discriminación y se refiere a un derecho de rango constitucional, siendo alto el grado de sospecha que la medida es discriminatoria, se activa una presunción de trato inequitativo<sup>267</sup> que admite prueba en contrario (presunción *iuris tantum*) y es por eso que el demandando es quien debe probar que el trato

---

<sup>265</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Atala Riffo y niñas contra Chile*, sentencia de fondo, reparaciones y costos del 24 de setiembre del 2012, serie C, N° 239, párr. N° 124.

<sup>266</sup> Nogueira Alcalá, Humberto, “*El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas...*” ob. cit., Pág. 820. “A su vez, **si la desigualdad resulta de una distinción establecida por el legislador y cuya validez se niega, la carga de probar la razonabilidad de la diferencia corresponde a quién defiende la ley**, pero como la igualdad también puede plantearse frente a un tratamiento legal que a juicio de quién lo impugna, ha ignorado diferencias significativas, **es el impugnador quien debe aportar las razones por la que debió atribuirse relevancia jurídica a tales diferencias**. En ambas situaciones, **es el defensor de la ley el que deberá establecer las razones que avalan la razonabilidad**, pero la diferencia está en que en el primer caso, la razonabilidad que debe ser probada es la diferencia establecida, mientras que en el segundo caso, lo que debe de demostrarse es la falta de razonabilidad o la discriminación o arbitrariedad de la diferenciación” (el resaltado es propio).

<sup>267</sup> Bernal Pulido, Carlos, *El juicio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana...* ob. cit., Pág. 64. “...en el escrutinio estricto tiene lugar una inversión de la carga de prueba y de la argumentación: **mientras la medida sub examine no reciba una justificación atendible, ‘se mantiene la presunción de trato inequitativo’** [Corte Constitucional de Colombia: sentencia T-230 de 1994]” (el resaltado es propio).

diferenciado que pretende es objetivo y razonable<sup>268269</sup> constitucionalmente, lo que quiere decir que tiene que realizar una argumentación jurídica suficiente y necesaria, así como acreditar –con prueba directa e indirecta- las razones concretas para superar la inversión de la carga de la prueba que el ordenamiento jurídico le impone<sup>270 271</sup>, donde claramente se aprecia que el nivel de exigencia en la justificación es muy alto. También uno de los sustentos generales de aplicarse esta inversión de la carga de la prueba tiene que ver con las mejores condiciones por la posición privilegiada para probar ese hecho.

---

<sup>268</sup> Tribunal Constitucional de Perú, caso *José Miguel Morales Dasso en representación de cinco mil ciudadanos (demandante) contra el Congreso de la República (demandado)*, expediente N° 0048-2004-PI/TC, sentencia del 01 de abril de 2005, FJ. N° 61. "(...) **[L]a igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de justificación objetiva y razonable**" (el resaltado es propio).

<sup>269</sup> Dulitzky, Ariel E, *"El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros de la jurisprudencia interamericana...* ob. cit., Pág. 23. "...mientras en el criterio de 'razonabilidad' se advierte una importante tolerancia respecto de los medios y los fines elegidos por la autoridad que establece las distinciones, en el criterio más estricto, existe una presunción de invalidez respecto al objetivo perseguido por el Estado que se funda en una pauta considerada sospechosa. En consecuencia, el Estado debe presentar fuertes razones ("**una necesidad social imperiosa**" o "**razones de mucho peso**") para justificar la utilización de una categoría sospechosa. En general, rara vez se encuentra que las razones aducidas por el Estado son suficientes, por lo que dichas clasificaciones tienden a ser consideradas contrarias a las normas de derechos humanos, a las constitucionales, o ambas" (el resaltado es propio).

<sup>270</sup> Carrasco Durán, Manuel, *"Amparo judicial: presente y futuro"*, en *Revista de Derecho Político*, N° 68, UNED, Madrid, Pág. 174. Disponible en: < <http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/viewFile/9013/8606> > [Consulta: 25 de setiembre 2017]. "...lo que ocurre cuando la parte actora alega haber sufrido discriminación, en que la mera aportación por aquélla de un indicio fundado de la misma **provoca que deba ser la parte demandada la que aporte una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad**" (el resaltado es propio).

<sup>271</sup> Rey Martínez, Fernando y Giménez Glück, David (coordinadores), *Por la diversidad, contra la discriminación. La igualdad de trato en España: hechos, garantías, perspectivas...* ob. cit., Pág. 43. "**Como consecuencia de las dificultades inherentes a la obtención de pruebas en los casos de discriminación**, las Directivas [de la Unión Europea] **requieren a los Estados que adopten las medidas necesarias para garantizar que corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato**, cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación de dicho principio alegue ante un tribunal hechos que permitan presumir la existencia de discriminaciones directa o indirecta" (el resaltado es propio).

Que concurren varios motivos de discriminación y derechos genera la necesidad de una evaluación primero individual y luego conjunta, una vez determinados cada uno de los escrutinios debe escogerse el escrutinio más grave o intenso entre todos, el cual prevalecerá para el análisis global -de forma análoga cuando se valora la prueba-, por el grado de eficiencia que tiene esta propuesta dado que permitirá evaluar todos los supuestos; por el contrario, si fuera el escrutinio más débil o leve el que prevaleciera, resultaría insuficiente y no se podría analizar todos los supuestos de hecho planteados para un manejo adecuado del test de igualdad.

Se puede apreciar que las categorías prohibidas de discriminación son motivos especialmente indeseados por los ordenamientos jurídicos constitucionales –existen cláusulas jurídicas antidiscriminatorias a nivel nacional e internacional<sup>272</sup>-, son identificadas porque esencialmente buscan anular o excluir del ejercicio o goce de uno o varios derechos a seres humanos dignos que son sustancialmente iguales –aunque con diferencias naturales y culturales-; se puede apreciar que existe una relación de necesidad entre los motivos prohibidos de discriminación y la intensidad del escrutinio a aplicar en el análisis del test integrado de igualdad, ya que si se presentan en el caso concreto motivos prohibidos de discriminación, nuestro parámetro de análisis con mayor probabilidad será el escrutinio estricto; por el contrario, si no se presentan estos motivos constitucionalmente prohibidos el parámetro será un escrutinio débil o intermedio –según el afectado sea legal o constitucional, respectivamente-; en este escenario, las consecuencias que generan el uso de las categorías prohibidas para sustentar tratos diferenciados, pueden devenir en dos resultados: a) el primero, de constatarse que existe un trato jurídico diferenciado debidamente justificado en razones objetivas y razonables –y proporcional-, el motivo prohibido que la sustenta no genera el efecto de la inconstitucionalidad por ser un trato

---

<sup>272</sup> Ruiz Chiriboga, Oswaldo, *Cláusulas autónomas, subordinadas e incorporadas de igualdad y no discriminación en el Sistema Interamericano*, en Mejía R., Joaquín A. (coordinador), *Los derechos humanos en las sentencias de la Corte Interamericana sobre Honduras*, editorial Casa San Ignacio, Guaymuras, 2012, Pág. 181-196. Material de lectura entregado con motivo del Curso de Actualización Jurídica “Diálogo Jurisprudencial entre la Corte IDH y las Cortes nacionales”, realizado por el Instituto Palestra – Escuela Iberoamericana de Derecho y la Pontificia Universidad Católica del Perú, los días 02 al 23 de febrero de 2015.

diferenciado y no discriminatorio; –en este sentido, me atrevería a decir que la prohibición de discriminación al ser una norma tipo regla –de aplicación todo o nada-, es derrotada por el principio de igualdad (razón moral derivada del Derecho), así se produce una excepción implícita a la aplicación de la regla-<sup>273</sup>, y 2) el segundo, de verificarse que la medida no supera la exigencia de estar justificada en razones objetivas y razonables, genera como efecto que la medida de trato diferenciado sea catalogada de discriminatoria, en consecuencia, es inconstitucional –se genera una antinomia que el ordenamiento jurídico constitucional expulsa-.

### **3.3 VERIFICACIÓN DE LA EXISTENCIA DE UN FIN CONSTITUCIONAL EN LA DIFERENCIACIÓN.**

El Tribunal Constitucional peruano señala que la verificación de la existencia de un fin constitucional tiene que ver con: “3. (...) La existencia de una diferente regulación normativa o de un trato distinto debe ser apreciada en relación con la finalidad constitucional de la medida legal adoptada sobre determinada materia. El establecimiento de una diferenciación jurídica ha de perseguir siempre un fin constitucional. Si la medida legislativa que establece un trato diferente a supuestos de hecho diferentes no contiene un fin constitucional, entonces la medida resulta inconstitucional. Si contiene un fin constitucional, entonces corresponde dar el siguiente paso<sup>274</sup>. La finalidad constitucional entonces es el motivo indispensable que justifica el trato diferenciado, sin el cual esta no tiene fundamento ni sentido.

Previamente a analizar el desarrollo realizado por el Tribunal Constitucional peruano, se debe hacer las siguientes precisiones conceptuales siguiendo al autor Mijail Mendoza Escalante: “[l]a finalidad

---

<sup>273</sup> Rodríguez Santander, Roger, apuntes de cátedra del Módulo 4: Argumentación, derrotabilidad y teoría de los precedentes, con motivo del curso de Especialización en Argumentación Jurídica y Estado Constitucional, organizado por el Instituto Palestra - Escuela Iberoamericana de Derecho y la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, los días del 30 de enero al 19 de marzo de 2016, soporte de audio en formato MP3.

<sup>274</sup> Tribunal Constitucional de Perú, Caso *Importadora y Exportadora A.S.S.R.L. contra la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT)*, expediente N° 6626-2006-PA/TC, sentencia del 19 de abril del 2007, FJ. N° 45; Tribunal Constitucional de Perú, Caso *PROFA*, expediente N° 045-2004-PI/TC, sentencia del 29 de octubre del 2005, FJ. N° 37.

comprende el fin y el objetivo de la intervención. Esta variable denota la razón que justifica o pretende justificar la intervención en el derecho a la igualdad. Es aludida usualmente cuando se inquiere sobre la razón o motivo objetivo y razonable que justifica un tratamiento diferente. En el principio de proporcionalidad resulta indispensable distinguir conceptualmente entre el estado de cosas que se pretende alcanzar con la intervención en la igualdad, tal es el objetivo, y el principio, derecho o bien jurídico, constitucional que justifica la prosecución de aquel objetivo, tal es el fin de la intervención. El fin alude siempre a un elemento normativo, el objetivo a un elemento fáctico<sup>275</sup>. Resulta ilustrativo la distinción que este autor realiza entre fin y objetivo, se debe entender que la medida que pretende un trato diferenciado al implementarse en la realidad con hechos concretos -objetivo-, tiene su fundamento en una razón subyacente que es de naturaleza jurídica como un valor, derecho o principio constitucional que se busca optimizar -fin-.

Luego de realizar la precisión conceptual, debemos indicar que el Tribunal Constitucional peruano al tratar esta fase de análisis, hace alusión en términos generales a que la medida diferenciadora busque conseguir un fin constitucional; sin embargo, la principal crítica está orientada a que solo requiere en términos genéricos un fin constitucional, sin hacer un tratamiento especial y gradual que responda a la lógica seguida en el desarrollo de los tipos de escrutinios del paso anterior; en nuestra opinión, no resulta tener sentido realizar un bien elaborado análisis de los escrutinios o intensidades si ello no se va a traducir en la verificación del fin que busca conseguir la medida diferenciadora. El autor Carlos Bernal Pulido tiene determinadas reglas que ilustran mucho este aspecto: “Regla 9: Si se aplica el escrutinio estricto, todo trato diferente debe ser la medida más idónea para alcanzar un

---

<sup>275</sup> Mendoza Escalante, Mijail, *Derecho a la igualdad y discriminación por raza...* ob. cit., Pág. 05. “Para ilustrar tal distinción puede acudirse un ejemplo. Supóngase que una ley que modifica los requisitos de acceso al servicio diplomático del Estado establece uno nuevo: el que los postulantes tengan conocimientos del idioma chino mandarín, en un nivel intermedio. El legislador justifica este requisito en el objetivo de constituir una intensa relación comercial y cultural, en los próximos veinte años con la China, debido a que, en mérito a diversos análisis de economía, el futuro de la economía del Estado peruano crecerá significativamente si se establece estos vínculos. El legislador justifica además que la prosecución de tal objetivo se sustenta en un bien jurídico de relevancia constitucional: el bienestar del pueblo y la integración (art. 44º, Constitución). He aquí el fin” Págs. 05-06.

objetivo constitucionalmente imperioso. Regla 10: Si se aplica un escrutinio débil, todo trato diferente debe tener algún grado de idoneidad para alcanzar un fin no prohibido por la Constitución. Regla 11: Si se aplica el escrutinio intermedio, todo trato diferente debe ser sustancialmente idóneo para promocionar o proteger algunos de los grupos o individuos desfavorecidos”<sup>276</sup>.

Por lo tanto, consideramos que se debe implementar una racionalidad diferente según los escrutinios desarrollados, del siguiente modo: ante un escrutinio débil basta exigir que el trato diferente busque un fin no prohibido por la constitución; ante un escrutinio intermedio se exigirá que el trato diferenciado busque un fin legítimo, y ante un escrutinio estricto se exigirá que el trato diferente busque un fin constitucionalmente imperioso<sup>277</sup>, esto significa que debe buscar una finalidad constitucional legítima e importante, pero además imperiosa<sup>278</sup> o urgente<sup>279</sup>, o sustentarse en una necesidad pública urgente o necesidad social imperiosa<sup>280</sup>.

### 3.4 EXÁMEN DE IDONENIDAD.

El Tribunal Constitucional peruano respecto al examen de idoneidad señala: “4 (...) Este paso exige que la medida legislativa que establece la diferencia de trato deba ser congruente con el fin legítimo que se trata de proteger. En otras palabras, se evalúa si la medida legislativa es idónea para

---

<sup>276</sup> Bernal Pulido, Carlos, *El juicio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana...* ob. cit., Pág. 71.

<sup>277</sup> Nogueira Alcalá, Humberto, “*El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas...* ob. cit., Pág. 817. “En tales casos la constitucionalidad de la medida que establece un trato diferenciado debe cumplir dos exigencias: **que la medida persiga un fin constitucionalmente imperioso o fin imperioso para la sociedad o el Estado y que la medida sea indispensable para alcanzarlo**, siendo la única o aquella más idónea para el logro del fin” (el resaltado es propio).

<sup>278</sup> Dulitzky, Ariel E. “*El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros de la jurisprudencia interamericana...* ob. cit., Pág. 20.

<sup>279</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre Acceso a la Justicia de las Mujeres Víctimas de Violencia*, OEA/Ser. L/V/II, Doc. 6, 20 de enero de 2007, párr. 83, en Dulitzky, Ariel E, “*El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros de la jurisprudencia interamericana...* ob. cit., Pág. 21.

<sup>280</sup> Dulitzky, Ariel E, “*El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros de la jurisprudencia interamericana...* ob. cit., Pág. 22.

conseguir el fin pretendido por el legislador. Por el contrario, si se verifica que la medida adoptada por el legislador no guarda ninguna relación con el fin, que trata de proteger, esta limitación resultará inconstitucional<sup>281</sup>. Se trata de un paso donde se evalúa una relación racional recíproca de correspondencia entre el medio y el fin –relación de causalidad<sup>282</sup>–, esto quiere decir que la medida de trato diferenciado debe ser objetivamente adecuada<sup>283</sup> o idónea<sup>284</sup> para conseguir el fin perseguido.

Es preciso indicar que el Tribunal Constitucional peruano al tratar el examen de idoneidad, hace alusión en términos genéricos a que la medida diferenciadora debe ser idónea para conseguir un fin constitucional; no obstante, otra crítica está orientada a que los niveles de escrutinio y la exigencias diferenciadas del fin constitucional tampoco se traducen en el examen de idoneidad; consideramos que pierde sentido realizar un bien elaborado análisis de la intensidad de los escrutinios y diferencias valorativas de los fines constitucionales, si ello no se va a traducir en la exigencia de

---

<sup>281</sup> Tribunal Constitucional de Perú, Caso *Importadora y Exportadora A.S.S.R.L. contra la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT)*, expediente N° 6626-2006-PA/TC, sentencia del 19 de abril del 2007, FJ. N° 45; Tribunal Constitucional de Perú, Caso *PROFA*, expediente N° 045-2004-PI/TC, sentencia del 29 de octubre del 2005, FJ. N° 38.

<sup>282</sup> Nogueira Alcalá, Humberto, “*El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas...*” ob. cit., Págs. 813-814. “**a) Subprincipio de adecuación. Este subprincipio exige que el legislador utilice medios idóneos que tiendan al objetivo legítimo y constitucional propuesto por la legislación, siendo coherente el medio con el fin.** La idoneidad es la relación de causalidad de medio a fin, entre el medio adoptado a través de la intervención legislativa y el fin propuesto por el legislador (...). **En caso que no sea idóneo para lograrlo, el medio legislativo empleado será inconstitucional**” (el resaltado es propio).

<sup>283</sup> Bolaños Salazar, Elard Ricardo, “*Las acciones afirmativas como expresiones de la igualdad material: propuesta de una teoría general*, en *Revista Pensamiento Jurídico...* ob. cit., Pág. 318. “En ese sentido, que la medida sea idónea significa, en primer lugar, que ésta debe tener un fin legítimo y, en segundo lugar, que **la misma debe ser objetivamente adecuada para su realización** (Sánchez, 2007). Dicho de otro modo, **el medio escogido y el objetivo perseguido o propuesto deben mantener recíprocamente una relación racional** [Tribunal Constitucional de Perú: 579-2008-PA-TC FJ. 25]” (el resaltado es propio).

<sup>284</sup> Bernal Pulido, Carlos, *El juicio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana...* ob. cit., Pág. 71. “De acuerdo con **el subprincipio de idoneidad**, toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea para fomentar el objetivo constitucionalmente legítimo, se trata entonces de **dos exigencias: la legitimidad constitucional del objetivo y la idoneidad de la medida examinada**” (el resaltado es propio).



idoneidad de la medida diferenciadora para conseguir el fin pretendido. El autor Carlos Bernal Pulido<sup>285</sup> en las reglas transcritas en el paso anterior de análisis, propone lo siguiente: para un escrutinio estricto el fin debe ser constitucionalmente imperioso y la medida ser la más idónea; para un escrutinio intermedio el fin debe ser legítimo y la medida sustancialmente idónea –para el caso de las acciones afirmativas<sup>286</sup>–; y para un escrutinio débil el fin debe ser no prohibido constitucionalmente y la medida tenga algún grado de idoneidad.

### 3.5 EXÁMEN DE NECESIDAD.

El Tribunal Constitucional peruano en relación al examen de necesidad afirma: “5 (...) En esta etapa, debe analizarse si existen medios alternativos al optado por el Legislador que no sean gravosos o al menos lo sean en menor intensidad. Se comparan dos medios idóneos, el optado por el Legislador y el hipotético alternativo”<sup>287</sup>. Se hace alusión a que se realice un análisis de relación entre medios, a fin de identificar cuál de ellos resulta más benigno<sup>288</sup>,

---

<sup>285</sup> Bernal Pulido, Carlos, *El juicio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana...* ob. cit., Pág. 71.

<sup>286</sup> Bolaños Salazar, Elard Ricardo, “*Las acciones afirmativas como expresiones de la igualdad material: propuesta de una teoría general...* ob. cit., Pág. 318. “...se puede argumentar que la implementación de **una medida o programa de acción afirmativa tiene, prima facie, un fin legítimo como es la consecución de la igualdad fáctica o material de las personas pertenecientes a ciertos grupos en situación de vulnerabilidad**. Luego, tenemos que, de manera preliminar, **las acciones afirmativas constituyen una medida objetiva en tanto se persigue una finalidad real y concreta, que además es medible en términos de resultados y eficiencia**” (el resaltado es propio).

<sup>287</sup> Tribunal Constitucional de Perú, *Caso Importadora y Exportadora A.S.S.R.L. contra la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT)*, expediente N° 6626-2006-PA/TC, sentencia del 19 de abril del 2007, FJ. N° 45.

<sup>288</sup> Bernal Pulido, Carlos, *El juicio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana...* ob. cit., Pág. 72. “De acuerdo con el subprincipio de necesidad, **para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista por lo menos la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado**” (el resaltado es propio).

menos gravosos o que “no sean gravosos o, al menos, que lo sean en menor intensidad”<sup>289</sup> y eficiente en términos del óptimo de Pareto.

Para el caso de las medidas afirmativas se deben verificar que existen medios alternativos “...y que estos puedan promover, al menos, igualmente el fin perseguido; obstaculizando en una menor medida los derechos fundamentales de terceros –no pertenecientes a los grupos beneficiados con las medidas-. O sea, no debe ocurrir que la misma finalidad (el de propiciar una igualdad material para el caso de las acciones afirmativas) pudiera alcanzarse a un coste menor (Atienza 2010 p. 3)”<sup>290</sup>. El caso particular de las medidas de acción afirmativa cuando se realice un análisis del subprincipio de necesidad, se exige plantear medios hipotéticos alternativos a la medida postulada<sup>291</sup>, que resulten igualmente idóneas pero menos gravosas para

---

<sup>289</sup> Tribunal Constitucional de Perú, Caso *PROFA*, expediente N° 0045-2004-PI/TC, sentencia del 29 de octubre del 2005, FJ. N° 39. “Ahora bien, **el presupuesto de este examen es que se esté ante un medio idóneo**, puesto que si el trato diferenciado examinado no lo fuera, no habría la posibilidad conceptual de efectuar tal comparación entre medios. **En el examen de necesidad se compara dos medios idóneos. El optado por el legislador -la intervención en la igualdad- y el o los hipotéticos alternativos.** Por esta razón, si el primero estuviera ausente, debido a que no habría superado el examen de idoneidad, el test de necesidad no tendrá lugar. El examen según el **principio de necesidad importa el análisis de dos aspectos: (1) la detección de si hay medios hipotéticos alternativos idóneos y (2) la determinación de, (2.1) si tales medios -idóneos- no intervienen en la prohibición de discriminación, o, (2.2) si, interviniéndolo, tal intervención reviste menor intensidad.** El análisis de los medios alternativos se efectúa con relación al objetivo del trato diferenciado, no con respecto a su finalidad. El medio alternativo hipotético debe ser idóneo para la consecución del objetivo del trato diferenciado. En consecuencia, si del análisis resulta que (1) existe al menos un medio hipotético igualmente idóneo que (2.1) no interviene en la prohibición de discriminación o que (2.2), interviniendo, tal intervención es de menor intensidad que la adoptada por el legislador, entonces, la ley habrá infringido el principio-derecho de igualdad y será inconstitucional” (el resaltado es propio).

<sup>290</sup> Bolaños Salazar, Elard Ricardo, “*Las acciones afirmativas como expresiones de la igualdad material: propuesta de una teoría general*, en *Revista Pensamiento Jurídico*... ob. cit., Págs. 318-319.

<sup>291</sup> Bolaños Salazar, Elard Ricardo, “*Las acciones afirmativas como expresiones de la igualdad material: propuesta de una teoría general*, en *Revista Pensamiento Jurídico*... ob. cit., Pág. 319. “**Puede ser éste un análisis tedioso en el sentido de que obliga al legislador y a la legisladora –y posteriormente al juzgador o la juzgadora- a ponerse en todos los escenarios e imaginar múltiples medidas para conseguir la igualdad material distintas a la adopción de las acciones afirmativas.** No obstante, creo que **la situación amerita tal exhaustividad dado**

terceros –según sea el caso-, de existir una de tal naturaleza –medida moderada<sup>292</sup>-, nuestra medida de acción afirmativa postulada no superará el examen de necesidad y deberá ser declarada inconstitucional, fundamentalmente porque en este paso lo que se busca encontrar la medida más óptima en términos de eficiencia necesaria para conseguir la finalidad y, la menos lesiva.

### 3.6 EXÁMEN DE PROPORCIONALIDAD.

El Tribunal Constitucional peruano al referirse al examen de proporcionalidad señala: “6 (...) De acuerdo con el examen de proporcionalidad en sentido estricto, también conocido con el nombre de ponderación, para que una intromisión en un derecho fundamental sea legítima, el grado de realización de la finalidad legítima de tal intromisión debe ser, por lo menos, equivalente al grado de afectación del derecho fundamental”<sup>293</sup>. En este paso se sopesa el grado de realización o satisfacción del fin y el grado de afectación o injerencia<sup>294</sup> al derecho en

---

**que se tratan de medidas que van, en última instancia, influir en la estructura social y calar en algo tan significativo como es la igualdad de las personas”** (el resaltado es propio).

<sup>292</sup> Nogueira Alcalá, Humberto, “*El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas...*” ob. cit., Pág. 814. “b) *Subprincipio de necesidad. Este subprincipio exige al legislador utilizar aquel medio legislativo de entre los posibles que siendo necesario para el logro de la finalidad perseguida, afecte menos los derechos e intereses de las personas, lo que exige al legislador aplicar aquella medida legislativa más moderada que logre el propósito buscado teniendo la eficacia necesaria (...)*. El análisis sobre los medios alternativos se realiza en relación al objetivo del trato diferenciado. Si del análisis resulta que hay al menos un medio idóneo que no interviene en la prohibición de discriminación, o que, interviniendo en ella, tal intervención es de menor intensidad que la adoptada por el legislador, la ley será inconstitucional por infracción del principio de igualdad” (el resaltado es propio).

<sup>293</sup> Tribunal Constitucional de Perú, *Caso Importadora y Exportadora A.S.S.R.L. contra la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT)*, expediente N° 6626-2006-PA/TC, sentencia del 19 de abril del 2007, FJ. N° 45; Tribunal Constitucional de Perú, *Caso PROFA*, expediente N° 045-2004-PI/TC, sentencia del 29 de octubre del 2005, FJ. N° 40

<sup>294</sup> Bernal Pulido, Carlos, *El juicio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana...* ob. cit., Pág. 73. “**De acuerdo con el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima el grado de realización del objetivo de la injerencia debe ser por lo menos equivalente al grado de afectación del derecho fundamental.** Se trata, entonces, de la comparación entre dos

controversia; así pues, bastará que se produzca una equivalencia entre estos dos grados de intensidades para que la medida esté justificada y sea constitucionalmente legítima, lo que se conoce como empate y significa que la medida será constitucional porque no es desproporcionada, es decir, el Derecho admite afectaciones a los derechos siempre que no sean desproporcionadas, de ese modo opera una preferencia conocida como *pro legislatoris*. En esa misma línea de pensamiento, se excluyen los sacrificios desmesurados, desmedidos<sup>295</sup> o excesivamente gravosos cuando se afecte al derecho fundamental a la igualdad<sup>296</sup>, frente a la realización del fin perseguido por el trato diferenciado<sup>297</sup>.

---

entidades o grados, el de la realización del fin de la medida examinada y de la afectación del derecho fundamental” (el resaltado es propio).

<sup>295</sup> Bolaños Salazar, Elard Ricardo, “*Las acciones afirmativas como expresiones de la igualdad material: propuesta de una teoría general*, en *Revista Pensamiento Jurídico...* ob. cit., Pág. 319. “...**verificar, primero, el grado de afectación del derecho y, segundo, la importancia de la satisfacción del bien contrario** (Bernal 2010; 2002) para, finalmente, contrastar si la satisfacción del primero justifica la restricción del segundo en cuestión, es decir, llevar a cabo en sí misma la ponderación (Clérico 2009). Este mismo análisis es el que ha desarrollado en su jurisprudencia la Corte IDH, para quien en **este último paso del análisis se debe considerar si la restricción resulta estrictamente proporcional, de forma tal que el sacrificio inherente a aquella no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen con la restricción u obstaculización** [Corte Interamericana de Derechos Humanos: sentencias de los casos Kimel Vs. Argentina, párr. 83, y Usón Ramírez Vs. Venezuela, párr. 79]” (el resaltado es propio).

<sup>296</sup> Nogueira Alcalá, Humberto, “*El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas...* ob. cit., Pág. 814. “**La ponderación en el caso de la igualdad supone la colisión entre el derecho igualdad y el fin constitucional del trato diferenciado**. Así cuanto mayor sea la intervención o afectación de la igualdad, tanto mayor debe ser el grado de realización u optimización del fin constitucional. Si esta relación se cumple la medida legislativa de intervención en la igualdad será constitucional, por el contrario, en el supuesto que la intensidad de la afectación de la igualdad sea mayor al grado de realización del fin constitucional, la intervención en la igualdad no estará justificada y será inconstitucional. **El legislador debe evitar los medios legislativos que generen afectación de derechos e intereses desmedidos o excesivamente gravosos**” (el resaltado es propio).

<sup>297</sup> Tribunal Constitucional de Perú, Caso *PROFA*, expediente N° 045-2004-PI/TC, sentencia del 29 de octubre del 2005, FJ. N° 41. “**En el caso de la igualdad es ésta el principio afectado o intervenido, mientras que el principio, derecho o bien constitucional a cuya consecución se orienta el tratamiento diferenciado -la “afectación de la igualdad”- es el fin constitucional**. Por esto, **la ponderación en los casos de igualdad supone una colisión entre el principio-derecho igualdad y el fin constitucional del tratamiento diferenciado**. Proyectada la ley de

En conclusión tenemos que “...el análisis del trato diferenciado, consiste en la comparación entre el grado de realización u optimización del fin constitucional y el grado de intervención en la igualdad, lo que debe realizarse de acuerdo a una ponderación, la cual implica que cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor debe ser la satisfacción de otro”<sup>298</sup>; en consecuencia, para que una medida de acción afirmativa resulte constitucional, necesariamente al dividirse el grado de afectación y satisfacción debe resultar un peso equivalente o mayor al grado de intervención al derecho a la igualdad. Este procedimiento del examen de proporcionalidad en sentido estricto, lo postuló el jurista Robert Alexy quien desarrolla un modelo tríadico al cual le asigna un valor numérico –leve (1), moderado (2) y grave (4)<sup>299</sup>-, el mismo que nos permite medir el grado de intensidad de la intervención en el derecho a la igualdad –leve, moderado y grave- y el grado de la importancia en la satisfacción del fin perseguido por la medida diferenciadora–débil, medio y elevado<sup>300</sup>-. Por estos motivos se define “[a]l examen de la proporcionalidad en sentido estricto, (...) como una fórmula hasta cierto punto aritmética, otorga diversos pesos a los derechos que puede obstaculizar una medida de acción afirmativa y les da prevalencia o no en razón con estas últimas”<sup>301</sup>.

---

ponderación al análisis de la intervención de la igualdad, la ley de ponderación sería enunciada en los siguientes términos: ‘Cuanto mayor es el grado de afectación -intervención- al principio de igualdad, tanto mayor ha de ser el grado de optimización o realización del fin constitucional’” (el resaltado es propio).

<sup>298</sup> Nogueira Alcalá, Humberto, “*El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas...* ob. cit., Pág. 814.

<sup>299</sup> Andrés Ibáñez, Perfecto y Alexy, Robert, *Jueces y ponderación argumentativa*, primera edición, Universidad Autónoma de México, México DF., 2006, Pág. 08.

<sup>300</sup> Alexy, Robert, *La fórmula del peso*, en Carbonell, Miguel y Grández Castro, Pedro Paulino (coordinadores), *El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo*, Palestra Editores SAC., Lima, 2010, Pág. 20. “Como se ilustró los tres rangos pueden designarse con las expresiones ‘leve’, ‘medio’ y ‘grave’. Para simplificar la exposición, éstos serán caracterizados con las letras ‘l’, ‘m’ y ‘g’. **‘l’ no sólo representa la expresión ‘leve’ del lenguaje coloquial, sino también las expresiones tales como ‘reducido’ o ‘débil’, y ‘g’, junto a ‘grave’, también representa términos como ‘elevado’ o ‘fuerte’**” (el resaltado es propio).

<sup>301</sup> Bolaños Salazar, Elard Ricardo, “*Las acciones afirmativas como expresiones de la igualdad material: propuesta de una teoría general*, en *Revista Pensamiento Jurídico...* ob. cit., Pág. 320. **“Por ejemplo, en el caso de una medida de acción afirmativa establecida mediante cuotas de**

## 2.4. RESPUESTA A LAS PRINCIPALES CONTROVERSIAS DE LAS MEDIDAS DE ACCIÓN AFIRMATIVA.

Existen muchos cuestionamientos a la implementación de las medidas de acción afirmativa, principalmente consideramos que vienen de la cantera de concepciones filosóficas liberales<sup>302</sup> que enaltecen el valor libertad y la autonomía del ser humano frente a otros, esta respetable perspectiva que es el sustento del surgimiento de los derechos tiene un tinte eminentemente individualista, poco tolerante con visiones que postulen tratamiento de derechos en clave colectiva<sup>303</sup> -la igualdad general es más compatible con una visión individual y las medidas de acción afirmativa con una colectiva-<sup>304</sup>. “No

---

**género dirigida a los partidos políticos, un tribunal que siga este análisis encontrará que la restricción u obstaculización del derecho a la libre asociación de las entidades políticas no se ve altamente sacrificado en razón con el objetivo que se logra con la implantación de las cuotas de género.** Ello porque solo se trata de una interferencia débil en tanto solo afecta un porcentaje del total de personas adscritas a las listas de los partidos” (el resaltado es propio).

<sup>302</sup> Rosenfeld, Michel, *Conceptos clave y delimitación del ámbito de análisis de las acciones afirmativas*, en Santiago Juárez, Mario (coordinador), *Acciones afirmativas*, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, México DF, 2011, Pág. 13. Disponible en: < [http://www.conapred.org.mx/documentos\\_cedoc/AA\\_MSJ.pdf](http://www.conapred.org.mx/documentos_cedoc/AA_MSJ.pdf) > [Consulta: 29 de setiembre 2017].

**“Para determinar cuál de las concepciones de igualdad, si la liberal o la de bienestar, será más adecuada para satisfacer la responsabilidad abstracta del gobierno, mencionada por Dworkin, debemos cumplir al menos dos tareas. Primero, el marco conceptual tendría que ser lo suficientemente elaborado para permitir un entendimiento más preciso de la concepción de que el gobierno confiere la misma importancia al destino de cada ciudadano. Segundo, después de haber alcanzado un entendimiento más preciso, será necesario comparar los posibles resultados prácticos si se realizara una instrumentación real de cada una de estas concepciones de la igualdad. Sólo con dicha comparación será evidente cuál de las concepciones sobre igualdad, si la liberal o la de bienestar, es la más adecuada para fomentar un trato igualitario por parte del gobierno, para cada ciudadano que se encuentre bajo las mismas circunstancias históricas”** (el resaltado es propio).

<sup>303</sup> Giménez Glück, David, *Las medidas a favor de las personas con discapacidad y de las personas adultas mayores en España ¿Acciones positivas o medidas de igualdad?*, en Santiago Juárez, Mario (coordinador), *Acciones afirmativas...* ob. cit., Pág. 155. **“La desigualdad material que se trata de remover, por tanto, es colectiva, no individual”** (el resaltado es propio).

<sup>304</sup> Rosenfeld, Michel, *Conceptos clave y delimitación del ámbito de análisis de las acciones afirmativas*, en Santiago Juárez, Mario (coordinador), *Acciones afirmativas...* ob. cit., Pág. 20. “De manera general, en cualquier universo sociocultural complejo, **la aplicación de una concepción teórica de igualdad, no promueve la igualdad en general, sino ciertas igualdades**

se trata de oponer los derechos individuales a los derechos colectivos sino criticar la ausencia de cualquier toma en consideración de criterios socioeconómicos en la puesta en marcha de políticas destinadas a reducir las diferencias de desarrollo imputables a la discriminación pasada y presente”<sup>305</sup>, por eso la igualdad se centra menos en los individuos y más en los grupos; dicho contexto genera un intenso debate y su aceptación plena siempre es poco probable, aunque en términos jurídico constitucionales sí gozan de plena validez; de otra parte, existe una concepción de Estado social<sup>306</sup> que tiene como fundamento a la igualdad que exige una intervención razonable para equiparar relaciones jurídicas asimétricas que padecen los grupos vulnerables<sup>307</sup> y pretenden se les reconozcan sus necesidades frente al grupo mayoritario o históricamente dominante<sup>308</sup>.

---

**particulares que están necesariamente acompañadas por las desigualdades correlativas”** (el resaltado es propio).

<sup>305</sup> Urteaga, Eguski, “*Las políticas de discriminación positiva...* ob. cit., Pág. 210.

<sup>306</sup> Rey Martínez, Fernando, *Marco conceptual de las acciones y discriminaciones positivas*, en Santiago Juárez, Mario (coordinador), *Acciones afirmativas...* ob. cit., Pág. 78. “**Las prohibiciones de discriminación en sentido estricto tienen dos efectos: uno negativo, la prohibición absoluta de cualquier trato jurídico diferenciado y perjudicial** por el mero hecho de pertenecer al colectivo social que sufre la discriminación; **y otro positivo: la licitud (diríamos, la especial licitud) de acciones positivas en su favor**, pero de un modo aún más incisivo, por las razones apuntadas, **que las acciones positivas que derivan del artículo 9.2 de la Constitución española en relación con los grupos en desventaja del capítulo tercero del título primero. Con la prohibición constitucional de discriminaciones concretas es “como si le pusieran dientes” al Estado social**” (el resaltado es propio).

<sup>307</sup> Rosenfeld, Michel, *Conceptos clave y delimitación del ámbito de análisis de las acciones afirmativas*, en Santiago Juárez, Mario (coordinador), *Acciones afirmativas...* ob. cit., Pág. 22. “Si el gobierno del Estado relacionado es el agente de asignación para ese ámbito y es capaz de cubrir el ámbito pertinente de justificación, entonces las justificaciones filosóficas y constitucionales del derecho de igualdad de oportunidades en la educación podrían ser coextensas. Sin embargo, si el gobierno del Estado no está en control del ámbito pertinente ni directa ni indirectamente, entonces parecería no haber bases para un derecho constitucionalmente garantizado a la oportunidad de igualdad en educación, aun con el mayor soporte filosófico posible para justificarlo. **De acuerdo con este análisis, y asumiendo que la acción afirmativa contribuiría a la satisfacción de un ámbito de justificación legítimo, podríamos encontrar soporte filosófico para su implementación, sin tener ninguna fundamentación constitucional similar**” (el resaltado es propio).

<sup>308</sup> Bahamonde, Macarena, “*La falsa concepción de la acción positiva a favor de las mujeres como medida de discriminación directa*”, en *revista USFQ Law Review* año 02, volumen 02, N° 01,

La existencia de desacuerdos razonables constituye la esencia de nuestras democracias constitucionales y es aquello que hay que promover para mejorar como sociedad, porque el carácter dialéctico del discurso permite corregir errores aplicativos que deben ser superados con una revisión y reelaboración permanente de estos postulados orientados siempre hacia la satisfacción de los derechos humanos y el bienestar social.

En la actualidad, el Derecho influenciado por la argumentación jurídica que fundamenta una pretensión de corrección encaminada a que para la solución de un conflicto constitucional prevalezcan las buenas razones, aporta al análisis de casos el *test* de proporcionalidad, que conforme tiene peculiares matices cuando se va a evaluar cualquier afectación al principio-derecho de igualdad y resulta ser un instrumento indispensable para evaluar la constitucionalidad de las medidas de acción afirmativa que deben estar lo suficientemente justificadas y sustentarse en causas objetivas y razonables.

A continuación abordaremos los principales cuestionamientos<sup>309</sup> que se hacen a las medidas de acción afirmativa, haciendo un ejercicio argumentativo en cada contexto:

Se cuestiona acoger los criterios prohibidos de discriminación para sustentar la elaboración de las medidas de acción afirmativa, se debe manifestar que utilizar criterios prohibidos de discriminación para sustentar la configuración del trato diferenciado que se pretende, no significa que sea inadmisibles por el Derecho, ya que es la única forma de identificar a los

---

Colegio de Jurisprudencia. Universidad de San Francisco de Quito, Quito, Pág. 52. Disponible en: < [http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/lawreview/Documents/edicion003/law\\_review\\_004.pdf](http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/lawreview/Documents/edicion003/law_review_004.pdf) > [Consulta: 26 de setiembre 2017]. “Bajo ningún caso se deben vulnerar o dar menos derechos a otros grupos con el fin de eliminar cierto tipo de inequidad, en tal caso **debe existir una ponderación y equiparación de derechos entre grupos**” (el resaltado es propio).

<sup>309</sup> Huesca Rodríguez, Mauricio, “*El lado oscuro de las acciones afirmativas. Una visión crítica*”, en revista *Quid Iuris*, año 09, volumen 28, Ciudad de México, 2015, Pág. 49. Disponible en Biblioteca Jurídico Virtual del Instituto de investigaciones Jurídicas de la UNAM: < <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/quid-iuris/article/view/17548/15756> > [Consulta: 25 de setiembre 2017]. “**a) El abuso de derecho y la violación de otros derechos humanos. b) La carga de la prueba en la discriminación individual y colectiva. c) La derrotabilidad del test de proporcionalidad de la acción afirmativa. d) La aplicación de la acción afirmativa no solo en las políticas de partida sino también de llegada**” (el resaltado es propio).



colectivos que se encuentran excluidos socialmente, en tanto que implica reconocer cuáles son los estigmas sociales comunes que pesan sobre determinados colectivos marginados<sup>310</sup>; al respecto, hemos explicado que la naturaleza del derecho a la igualdad es de carácter relacional y para analizar su proporcionalidad resulta necesaria una comparación entre dos situaciones fácticas, ante las que previamente hay que definir el término de comparación<sup>311</sup>; el hecho que este coincida con una categoría prohibida de discriminación no implica que necesariamente se ha producido trato diferenciado constitucionalmente ilegítimo; que el motivo prohibido de discriminación como término de comparación solo sirve como elemento indispensable para seleccionar adecuadamente hacia qué colectivo está orientada la medida de acción afirmativa, el mismo resulta un paso necesario para la elaboración del objetivo y finalidad; sino hay que evaluar la medida en función de los parámetros objetivos y elaboraciones teóricas que contienen un alto grado de racionalidad en función a los escrutinios, la especial finalidad –compensar o equiparar la posición de desventaja- e idoneidad, necesidad y proporcionalidad, que forman parte del análisis del test de proporcionalidad aplicado a la

---

<sup>310</sup> Giménez Glück, David, *Las medidas a favor de las personas con discapacidad y de las personas adultas mayores en España ¿Acciones positivas o medidas de igualdad?*, en Santiago Juárez, Mario (coordinador), *Acciones afirmativas...* ob. cit., Pág. 157. **“La acción positiva, por tanto, es una medida que beneficia a un colectivo determinado con el objetivo de que alcance la igualdad material. La comparación que se realiza es entre colectivos**, no entre individuos, y lo que se pretende es la igualdad material del colectivo en sí, no directamente – aunque sí indirectamente, por supuesto– de las personas que lo integran. **Por tanto, la medida divide a la sociedad en colectivos cuya desigualdad material se manifiesta desde un punto de vista grupal.** Además, tiene como finalidad compensar la desigualdad material que los beneficiados por la norma sufren desde un **punto de vista colectivo**” (el resaltado es propio).

<sup>311</sup> Rey Martínez, Fernando, *Marco conceptual de las acciones y discriminaciones positivas*, en Santiago Juárez, Mario (coordinador), *Acciones afirmativas...* ob. cit., Pág. 68. **“La igualdad es un criterio de distribución de recursos escasos; por eso, se plantea siempre en contextos de reparto y de modo problemático, por eso está asociada a la misma idea de justicia e incluso de derecho. Es un criterio de lo que en una sociedad, en un periodo concreto, se postula como razonable para medir la legitimidad o ilegitimidad de una desigualdad jurídica de trato entre un conjunto de individuos dado, respecto de un criterio previamente determinado (un *tertium comparationis*).** Por ello, **pesa sobre quien solicite la aplicación del principio de igualdad la carga de aportar un término de comparación adecuado y suficiente que permitan constatar que ante situaciones de hecho iguales le han dispensado un trato diferente sin justificación razonable**” (el resaltado es propio).

igualdad. En consecuencia, se rechaza los argumentos referidos a que las mal denominadas medidas de discriminación inversa o positiva utilizan los motivos prohibidos de discriminación –criterios negativos- y lo vuelven bueno, porque se trata de conceder preferencias a los grupos vulnerables para conseguir la igualdad de oportunidades<sup>312</sup>.

En ese mismo sentido, se hace alusión a que se estigmatiza al grupo o colectivo vulnerable<sup>313</sup> al que se pretende compensar de la marginación y relegación social del Estado<sup>314</sup>, cuando se utiliza un motivo prohibido de discriminación como fundamento para la elaboración de las medidas de acción

---

<sup>312</sup> Urteaga, Eguski, “*Las políticas de discriminación positiva...* ob. cit., Pág. 193. **“La preferencia concedida juega en detrimento de los demás competidores que no gozan de esta característica y lo es en función de criterios cuyo uno, en el sentido amplio considerado, está prohibido jurídicamente. Estos criterios tradicionalmente usados para marginar y excluir, constituyen los fundamentos de una política de integración.** Teniendo en cuenta el papel pernicioso que continúan desempeñando en la vida social, se piensa que **su uso controlado y positivo permitirá vaciarlos definitivamente de su veneno.** En este sentido, la discriminación positiva quiere ser un contra-veneno. **Consiste en crear jurídicamente una discriminación, para reequilibrar, en los hechos, situaciones de desigualdad estructural entre diferentes grupos”** (el resaltado es propio).

<sup>313</sup> Martín Sánchez, María, *La prohibición de discriminación por orientación sexual...* ob. cit., Pág. 10. “...planteamos como **requisitos los siguientes: compartir un rasgo común que les identifique como grupo, existencia de una historia de discriminación, disminución de la posibilidad de defensa de los intereses del colectivo en el proceso político que condujo a la creación de la norma en cuestión, y existencia de prejuicios sociales negativos contra dichos colectivos susceptibles de ser reforzados con la distinción normativa** (Giménez Glück, tomando como referencia la doctrina del Tribunal Supremo Americano y la práctica de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español; véase su tesis doctoral: la cláusula de igualdad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional; así como una manifestación polémica del principio de igualdad, acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa, Tirant Monografías, Madrid, 1998, págs. 33 y ss.)” (el resaltado es propio).

<sup>314</sup> Urteaga, Eguski, “*Las políticas de discriminación positiva...* ob. cit., Pág. 189. “A este rasgo estructural de la discriminación positiva se opone al derecho a la igualdad de tratamiento concebido como derecho individual: el derecho fundamental a ser juzgado sobre la base de su acción y no su nacimiento. **Los detractores de la discriminación positiva subrayan que los beneficiarios de esta política son definidos a partir de una afiliación impuesta, de un rasgo innato e inamovible que, además, ha servido en el pasado para mantener dicho grupo en un estado de sugestión. En el sentido que socava las bases de una sociedad en la cual el nacimiento deja de ser un principio de jerarquización de los individuos. Es una política de asignación identitaria que postula un determinismo negativo”** (el resaltado es propio).

afirmativa; esta crítica debería ser contradicha diciendo que de ningún modo se viola la igual dignidad<sup>315</sup> de cada uno de los individuos que pertenecen a los grupos vulnerables, el hecho que quienes ponen objeciones a su implementación asuman que utilizar como parámetro de comparación una categoría prohibida de discriminación, es discriminatorio, no significa que sea así, porque otorgar una preferencia, ventaja o ayuda no significa de ningún modo minusvalorar al ser humano a quien se dirige la medida, por el contrario, significa que se entiende la posición fáctica de desventaja estructural en una sociedad que no le brinda las mínimas condiciones para alcanzar desarrollo personal digno; en consecuencia, no se está estigmatizando a los individuos de los grupos<sup>316</sup> vulnerables –marginados, relegados o excluidos- porque no se deja de partir de la igual dignidad<sup>317</sup> de los seres humanos y la existencia de

---

<sup>315</sup> Nogueira Alcalá, Humberto, “*El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas...*” ob. cit., Pág. 801. “**El principio de igualdad parte en el nivel de conciencia jurídica actual de la humanidad de la igual dignidad de toda persona humana**, lo cual es sostenido tanto por las declaraciones y tratados internacionales en materia de derechos humanos, como por el texto de las constituciones contemporáneas posteriores a la segunda guerra mundial, **constituyendo la igual dignidad de toda persona el fundamento de todos los derechos fundamentales**, del orden constitucional, como asimismo constituye un **principio de *ius cogens* en el ámbito del derecho internacional**” (el resaltado es propio).

<sup>316</sup> Urteaga, Eguski, “*Las políticas de discriminación positiva...*” ob. cit., Págs. 189-190. “A esta perspectiva individualista del problema, **los partidarios de la discriminación positiva responden que la toma en consideración del grupo es un mal necesario, un remedio triste y brutal que debe saldar la herencia de un pasado en el cual los derechos diferenciados en función del estatus y del nacimiento (...)**. En una sociedad marcada por los estigmas de la discriminación institucional, **los destinos individuales dependen totalmente del destino colectivo, y una política de reducción de las desigualdades entre grupos aparece como la condición *sine qua non* para la instauración de una sociedad de individuos**. Así, el filósofo americano Ronald Dworkin ha subrayado que esta política destinada al grupo debe entenderse como el instrumento paradójico de la emancipación individual” (el resaltado es propio).

<sup>317</sup> Nogueira Alcalá, Humberto, “*El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas...*” ob. cit., Pág. 801. “El reconocimiento y aseguramiento de la igual dignidad de todas las personas es independiente de la edad, capacidad intelectual o estado de conciencia. Esta igual dignidad se predica respecto de todas y cada una de las personas o seres humanos y no de las personas jurídicas (...). **En virtud de esta igual dignidad común a todos los seres humanos se fundamentan los derechos humanos o derechos fundamentales de la persona humana**, que igualmente pertenecen a cada uno y a todos los seres humanos por tener la dignidad de seres humanos, de personas. Ello nos permite ya una primera afirmación con consecuencias jurídicas prácticas en el ámbito constitucional, que es el de que siempre **la dignidad de la persona está por sobre todo otro principio o valor, por tanto, ninguna norma**

desigualdades<sup>318</sup> socioeconómicas que hacen más difíciles para unos acceder a recursos valiosos y escasos frente a otros, ahí radica la exigencia de concretizar la igualdad de oportunidades.

Se critica que las medidas de acción afirmativa no resulta un mecanismo adecuado para cumplir la finalidad de recuperación de grupos marginados y conseguir la igualdad real, quienes plantean esta discusión obvian que estadísticamente donde se han implementado estas el porcentaje de reducción de la discriminación e inclusión de los colectivos relegados es positivo, en comparación a los lugares donde no se han aplicado<sup>319</sup>; vemos entonces que estas son el instrumento indispensable<sup>320</sup> para materializar el mandato de igualdad real en un Estado constitucional<sup>321</sup>, no se puede restarles importancia o denegar absolutamente su aplicación porque quienes las

---

**jurídica ni aún un derecho de la persona puede ir en contra de la dignidad humana**, ya que esta constituye su propio fundamento y el mínimo de humanidad respecto del cual no está permitida realizar diferenciaciones” (el resaltado es propio).

<sup>318</sup> Rosenfeld, Michel, *Conceptos clave y delimitación del ámbito de análisis de las acciones afirmativas*, en Santiago Juárez, Mario (coordinador), *Acciones afirmativas...* ob. cit., Pág. 13. “De manera general, en cualquier universo sociocultural complejo, **la aplicación de una concepción teórica de igualdad, no promueve la igualdad en general, sino ciertas igualdades particulares que están necesariamente acompañadas por las desigualdades correlativas**” (el resaltado es propio).

<sup>319</sup> Ruiz Miguel, Alfonso, *Sobre las cuotas electorales para la igualdad de las mujeres*, en Santiago Juárez, Mario (coordinador), *Acciones afirmativas...* ob. cit., Pág. 184. Nota al pie de página N° 08.

<sup>320</sup> Sierra Hernáiz, Elisa, *El concepto de medida de acción positiva en el ordenamiento jurídico comunitario y su aplicación en el derecho español*, en Santiago Juárez, Mario (coordinador), *Acciones afirmativas...* ob. cit., Pág. 147. “Por lo expuesto hasta el momento, se puede apreciar una evolución de la doctrina del Tribunal [de Justicia de la Unión Europea] sobre el concepto de igualdad en relación con la acción positiva: **se ha pasado de una visión puramente formal del principio de igualdad de trato y no discriminación por razón de sexo a dar cabida a los principios de la igualdad sustancial y la eliminación de cualquier desigualdad, formal o material. Ello ha permitido introducir en el análisis de la acción positiva uno de los principales factores legitimadores: la existencia de discriminación social –demostrada por medio de la infrarrepresentación– y la necesidad de combatirla para asegurar que las mujeres gozan de una verdadera igualdad, no sólo formal.** Para el derecho comunitario las preferencias a favor los grupos que sufren los efectos de la discriminación social son una excepción legítima al principio de igualdad de trato, ya que pretenden la realización de los postulados del principio de la igualdad sustancial” (el resaltado es propio).

<sup>321</sup> Rey Martínez, Fernando, *Marco conceptual de las acciones y discriminaciones positivas*, en Santiago Juárez, Mario (coordinador), *Acciones afirmativas...* ob. cit., Pág. 81.

controvierten tampoco han propuesto mejores mecanismos para superar la discriminación sistemática enraizada en las estructuras de nuestra sociedad, no se han planteado mecanismos más eficientes para superar este lastre porque ellos pretenden se mantenga el *statu quo*, es por eso que consideramos se trata de una medida necesaria, pero no suficiente. Para enfrentar un problema es necesario atacarlo desde diferentes enfoques con una visión interdisciplinaria que conforme a la naturaleza de las cosas estará sujeto a prueba-error. La medida de acción afirmativa como trato preferente<sup>322</sup> necesita ser supervisada e implementada con un estricto seguimiento de las políticas públicas de igualdad, con datos estadísticos que permitan verificar avances o retrocesos en el cumplimiento de las finalidades y objetivos, un manejo apropiado de los escasos y limitados recursos que los gobiernos destinan para más eficiencia.

Se debate que las medidas de acción afirmativa lesionan derechos de terceros<sup>323 324</sup> y esta característica no sería compatible con la idea de Estado constitucional, es preciso indicar que según la teoría conflictivista de los derechos fundamentales que goza de gran aceptación por los ordenamientos

---

<sup>322</sup> Rosenfeld, Michel, *Conceptos clave y delimitación del ámbito de análisis de las acciones afirmativas*, en Santiago Juárez, Mario (coordinador), *Acciones afirmativas...* ob. cit., Pág. 60.

“De acuerdo con la discusión previa, **las acciones afirmativas deben asumirse, de aquí en adelante, como programas que incluyen algún tipo de trato preferencial**. Específicamente, la acción afirmativa se debe referir a la contratación preferencial, ascenso y despido de minorías o de mujeres, a la admisión preferencial de minorías o de mujeres a las universidades o a la selección preferencial de negocios con minorías o mujeres, para ejecutar trabajo gubernamental público, para propósitos de remediar un mal o incrementar la proporción de minorías o de mujeres en la fuerza laboral, la clase empresarial o la población estudiantil universitaria” (el resaltado es propio).

<sup>323</sup> Huesca Rodríguez, Mauricio, *El lado oscuro de las acciones afirmativas. Una visión crítica...* ob. cit., Pág. 68. “Ello porque, **surge la duda de tutelar un derecho humano a través de violar otro derecho humano**” (el resaltado es propio).

<sup>324</sup> Santiago Juárez, Mario, *Igualdad y acciones afirmativas en el ámbito de la educación a favor de los indígenas en México*, en Santiago Juárez, Mario (coordinador), *Acciones afirmativas...* ob. cit., Pág. 199. “**Las acciones afirmativas, al usar un criterio de distribución no tradicional, excluyen a personas que, en circunstancias normales, hubieran accedido al bien escaso y, como consecuencia de esto, dichas personas se ven a sí mismos como víctimas de dichos planes**. En esencia, **estas personas pueden considerar que han sido discriminadas**, pues la posesión de alguna característica personal ha sido determinante para que les sea negado el bien” (el resaltado es propio).

jurídicos, se postula que la justificada limitación o restricción de los derechos está admitida por el Derecho<sup>325</sup>, más aún si se trata de atender grupos históricamente discriminados<sup>326</sup>, para este efecto el *test* de proporcionalidad permite evaluar la intensidad de la intervención o afectación de los derechos y la satisfacción de los fines en función a una escala tríadica –leve/débil, moderado/medio, grave/elevado, respectivamente-; por tanto, la afectación de un derecho para que sea legítima “...no debe ser excesivamente gravoso”<sup>327</sup> o desproporcionada en relación al grado de satisfacción en que se sustente la finalidad del tratamiento jurídico diferenciado.

Se cuestiona que en el análisis del test de igualdad las medidas de acción afirmativa generan un desequilibrio procesal en cuanto a la carga de la prueba o peor aún la supresión total de la carga de la prueba, en este punto debemos mencionar que por regla general la carga de la prueba le es atribuible a quien alega haber sufrido el trato discriminatorio –salvo excepciones-, para entender este asunto clasificaremos en dos grupos el tipo de medidas trato diferenciado: 1) el primero, referido a aquellos casos donde nos encontramos ante medidas de trato diferenciado pasibles de someterse a un escrutinio débil

---

<sup>325</sup> Rey Martínez, Fernando, *Marco conceptual de las acciones y discriminaciones positivas*, en Santiago Juárez, Mario (coordinador), *Acciones afirmativas...* ob. cit., Pág. 78. “El contenido del derecho fundamental a no ser discriminado por razón de raza, sexo, etc., puede comprenderse según un modelo de tres escalones: **a) la prohibición de discriminaciones directas, b) la prohibición de discriminaciones indirectas, y c) la licitud y exigencia de medidas de acción positiva para lograr la igualdad de oportunidades.** La prohibición de discriminaciones directas e indirectas compone el concepto de “igualdad de trato” y el mandato de acciones positivas, el de “igualdad de oportunidades” (el resaltado es propio).

<sup>326</sup> Rey Martínez, Fernando, *Marco conceptual de las acciones y discriminaciones positivas*, en Santiago Juárez, Mario (coordinador), *Acciones afirmativas...* ob. cit., Pág. 75. “...**implica el establecimiento de diversas diferencias de trato jurídico en favor de ciertos colectivos sociales, indicados por el texto constitucional**, como la infancia, la juventud, las personas adultas mayores, las personas con discapacidad física o psíquica, los consumidores, los desempleados, las familias, etc., **en función de criterios de desigualdad no sólo jurídicamente razonables y válidos (que enervan cualquier posible discusión sobre la validez de esa diferencia de trato jurídico –si bien puede subsistir la disputa no sobre el “qué”, pero sí por el “cómo” y el “cuánto”–), sino, vale decir, especialmente legítimos en cuanto expresamente queridos por el constituyente**” (el resaltado es propio).

<sup>327</sup> Giménez Glück, David, *Las medidas a favor de las personas con discapacidad y de las personas adultas mayores en España ¿Acciones positivas o medidas de igualación?*, en Santiago Juárez, Mario (coordinador), *Acciones afirmativas...* ob. cit., Pág. 158.

y medio, aquí la carga de la prueba siempre recae sobre quien alega el trato discriminatorio, quien debe probar haberlo sufrido, en caso contrario, se declarará que no existió, y 2) el segundo, se trata de las medidas de trato diferenciado que merecen un escrutinio estricto, como se ha detallado en la parte pertinente; las medidas de esta naturaleza sustentadas en motivos prohibidos de discriminación resultan ser una excepción a la regla, por ello los requisitos son muy exigentes ya que deben conseguir un fin legítimo imperioso, ser el medio más idóneo para conseguir el fin, necesaria y estrictamente proporcional, a partir de este punto, se produce una inversión –en realidad ocurre una distribución- de la carga de la prueba que consiste en trasladar la responsabilidad de probar que el tratamiento diferenciado es legítimo constitucionalmente, a quien pretende instaurarlo –quien debe probar es el otro, por tanto dicha responsabilidad no desaparece-; sin embargo, se debe aclarar que en realidad la carga de la prueba se distribuye porque el sujeto que alega un trato discriminatorio debe acreditar mínimamente la existencia de un tratamiento diferente fundado en un motivo prohibido, sin que medie justificación objetiva y razonable, y el sujeto que pretende se instaure la medida diferenciadora, por encontrarse en una mejor posición para probar, debe desvirtuar la presunción de discriminación –que se activa a favor de la parte más débil por el especial grado de sospecha que genera el uso de los motivos prohibidos de discriminación- demostrando que es completamente favorable, sino se declarará la inconstitucionalidad del trato diferenciado. Importa resaltar que una medida de acción afirmativa conforme a lo postulado en este trabajo, debe ser sometida a un escrutinio intermedio, en ese sentido, quien se sienta afectado por un trato discriminatorio deberá probarlo, porque hay una presunción de constitucionalidad<sup>328</sup> de este tipo de medidas dada la finalidad respaldada por el principio de igualdad de oportunidades.

Se controvierte que las medidas de acción afirmativa no resultan ser idóneas, necesarias y proporcionales porque existen otras medidas menos

---

<sup>328</sup> Rey Martínez, Fernando, *Marco conceptual de las acciones y discriminaciones positivas*, en Santiago Juárez, Mario (coordinador), *Acciones afirmativas...* ob. cit., Pág. 75. “**Cuando concurren criterios de desigualdad de trato como la infancia, las discapacidades, la carencia de empleo, etc., el juicio de igualdad**, esto es, de razonabilidad de las diferencias, se torna más fácil: **cuentan a su favor con una presunción constitucional (o legal) iuris tantum de validez**” (el resaltado es propio).

invasivas que llevan al mismo resultado<sup>329</sup>; no olvidemos que el análisis de proporcionalidad aplicado a la igualdad establece parámetros y exigencias racionales definidos para cada paso, orientadas a reducir los márgenes de discrecionalidad de los jueces; el asunto citado se centra sustancialmente en cuestionar que tales medidas no cumplirían con el examen de necesidad; al respecto, vemos que el análisis de necesidad exige escoger la medida idónea más eficiente para cumplir la finalidad con el menor daño al derecho fundamental –óptimo de Pareto-, motivo por el que no resulta consistente –en términos del *test* de igualdad- que se sugiera escoger la medida menos lesiva<sup>330</sup> a los derechos de terceros porque al ser inversamente proporcional se estaría reduciendo la posibilidad de obtener un mejor resultado respecto a la finalidad; además, el examen de necesidad exige escoger la medida que cumpla con la eficiencia de Pareto -y no otra- para pasar al examen de proporcionalidad.

Se discute que las medidas de acción afirmativa asignan recursos escasos a individuos de los grupos vulnerables, para lo cual se altera la competencia a fin de privilegiar el acceso con preferencia sobre el valor meritocrático<sup>331</sup> requerido, en base a la igualdad de oportunidades de llegada<sup>332</sup>

---

<sup>329</sup> Huesca Rodríguez, Mauricio, *“El lado oscuro de las acciones afirmativas. Una visión crítica...”* ob. cit., Pág. 69. **“Al respecto sería conveniente volver a ver la viabilidad de implementar políticas estructurales de inclusión progresiva, en lugar del sistema de cuotas.** Ello porque mientras que las primeras, podrían generar cambios ideológicos en la sociedad y, con ello terminar con la discriminación existente; el sistema de cuotas pareciera que solamente generan una representación numérica o estadística del grupo subrepresentado” (el resaltado es propio).

<sup>330</sup> Huesca Rodríguez, Mauricio, *“El lado oscuro de las acciones afirmativas. Una visión crítica...”* ob. cit., Pág. 71. **“La propuesta de políticas de inclusión progresiva, permite atender necesidades individuales y tratar los problemas como un colectivo.** De modo que las políticas como subsidios, becas, reducción de tasas impositivas, concesiones de tiempos laborales, ayuda a madres solteras, educación profesional y focalizada, programas de empoderamiento económico, entre otras medidas, **podrían resultar más eficaces y menos invasivas que la incorporación de una acción afirmativa de cuota de género.** De esta manera se podría equilibrar las desventajas y eliminar los obstáculos que constantemente padece una mujer ordinaria en la cotidiana” (el resaltado es propio).

<sup>331</sup> Urteaga, Eguski, *“Las políticas de discriminación positiva...”* ob. cit., Págs. 196-197. “El desarrollo de **la objeción meritocrática consiste en oponer el mérito y favor**, se tiene: la figura del inocente de una discriminación contraria, a recursos constantes, **la ventaja concedida a unos ejerce efectivamente necesariamente en detrimento de los demás, cuando el perjuicio**



o cuotas<sup>333 334</sup>; a fin de atender esta controversia resulta necesario referirnos en especial a la igualdad de oportunidades de llegada<sup>335</sup> que suele materializarse en las cuotas<sup>336</sup> electorales, laborales o educativas<sup>337</sup>, las cuales como medidas

---

**causado es directo e individualizable, las tensiones inherentes a la discriminación positiva en tanto que favorece los miembros de un grupo se manifiestan de manera aguda** –la legítima reivindicación de un afrodescendiente que pide se le conceda una preferencia como compensación de los años y siglos de sufrimiento y la reivindicación, tan legítima, de un blanco que no quiere pagar de unos crímenes de los que no es directamente responsable- **y la figura del incompetente que sin la discriminación positiva, nunca ocuparía el puesto que ocupa** –los perfiles, **el primero, de apariencia objetiva de un ataque al interés general como la baja a la productividad y calidad de un servicio público, y el segundo, más subjetivo del estigma o de la inferioridad opuesta por la discriminación positiva a su beneficiario presentado como un asistido, huérfano incapaz de contar sobre sus propias fuerzas-**“ (el resaltado es propio).

<sup>332</sup> Huesca Rodríguez, Mauricio, *“El lado oscuro de las acciones afirmativas. Una visión crítica...”* ob. cit., Pág. 65. “...interpretar **acciones afirmativas como el derechos de las mujeres a una igualdad de oportunidades de llegada, podría llegar al extremo de violar derechos humanos** de manera irracional, desproporcional y, desde luego, injustificadamente” (el resaltado es propio).

<sup>333</sup> Huesca Rodríguez, Mauricio, *“El lado oscuro de las acciones afirmativas. Una visión crítica...”* ob. cit., Pág. 68. “Esto es, **la incorporación de cuotas podría arrojar una clara evidencia de representatividad numérica o estadística de algunas mujeres en ciertos puestos, cargos o comisiones, pero no demuestra una reversión en la discriminación causada por las estructuras, prejuicios o estigmas sociales que existen en contra del colectivo marginado**” (el resaltado es propio).

<sup>334</sup> Rosenfeld, Michel, *Conceptos clave y delimitación del ámbito de análisis de las acciones afirmativas*, en Santiago Juárez, Mario (coordinador), *Acciones afirmativas...* ob. cit., Pág. 59. “En el último análisis, las cuotas en sí, como los objetivos y el trato preferencial parecerían no ser ni buenas ni malas, ni deseables ni no deseables. **Si cualquier cuota se califica como justa o injusta, buena o mala, parecería depender de la naturaleza de la cuota y del contexto (conceptual e histórico) donde se busca su aplicación.** Por ejemplo, una cuota flexible que conlleva un trato no preferencial y que se implementa con el propósito de establecer un equilibrio perdido en la proporción de hombres a mujeres de una escuela, podría parecer incuestionable para la gran mayoría de la gente. En el otro extremo, **una cuota rígida que establezca un tope muy bajo para limitar drásticamente el número de miembros de una minoría perseguida que intenta conseguir trabajos deseables, sería sin duda repugnante para todas las personas realmente comprometidas con el principio de igualdad**” (el resaltado es propio).

<sup>335</sup> Huesca Rodríguez, Mauricio, *“El lado oscuro de las acciones afirmativas. Una visión crítica...”* ob. cit., Pág. 43. “Al respecto existe **una fuerte crítica a la idea que las acciones afirmativas solo deban aplicarse a la igualdad de oportunidades de partida pero no a las de llegada**” (el resaltado es propio).

<sup>336</sup> Rosenfeld, Michel, *Conceptos clave y delimitación del ámbito de análisis de las acciones afirmativas*, en Santiago Juárez, Mario (coordinador), *Acciones afirmativas...* ob. cit., Pág. 30. “Finalmente, es importante recordar que **las cuotas no se usan sólo para perseguir los**

de acción afirmativa son temporales<sup>338</sup> –sujetas a revisión periódica- y excepcionales –entre otros-<sup>339</sup> porque solo deben usarse por un periodo

---

**objetivos de la acción afirmativa (que es incrementar la representación de un grupo previamente infrarrepresentado en la fuerza laboral o en las universidades) sino también como medio para terminar con la discriminación de primer orden, al obligar a la reducción o la limitación artificialmente impuesta, en representación de un grupo que ha sido víctima de la discriminación.** En la medida que la imposición de un piso para un grupo implica la imposición de un techo para otro, la determinación de si la cuota involucrada es primariamente diseñada para implementar una acción afirmativa o tiene un objetivo de discriminación de primer orden parecerá depender de ciertas variables, como las proporciones relativas impuestas por la cuota y las intenciones que se esconden detrás de la decisión de adoptar la cuota” (el resaltado es propio).

<sup>337</sup> Rey Martínez, Rey, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo...* ob. cit., Pág. 78. “En relación a las discriminaciones positivas **hay que diferenciar entre electorales, laborales privadas, y de ingreso y promoción en la función pública (los tres escenarios típicos de las cuotas y preferencias, junto con el acceso a la universidad pública)**” (el resaltado es propio).

<sup>338</sup> Martín Sánchez, María, *Derecho a ser diferente: dignidad y libertad...* ob. cit., Pág. 45. “Más bien, al contrario, apuesto por el trato igual ‘sin más’. Para ello, habría que empezar por reconocer los derechos de todos en igualdad, con independencia de cómo sea cada quien. Ciertamente es, sin embargo, que para alcanzar tal proposición se necesita tiempo. **Un tiempo durante el que probablemente la única fórmula para evitar o aminorar las discriminaciones existentes sea instaurar un sistema específico de garantías protectoras para determinados grupos**” (el resaltado es propio).

<sup>339</sup> Rey Martínez, Fernando, *Marco conceptual de las acciones y discriminaciones positivas*, en Santiago Juárez, Mario (coordinador), *Acciones afirmativas...* ob. cit., Págs. 84-85. “...**deberían superar los estrictos requisitos del principio de proporcionalidad**, como límite de los límites a cualquier derecho fundamental: **a. Mientras que las acciones positivas son deberes de los poderes públicos, las cuotas o reglas de preferencia son una herramienta que tienen los poderes públicos en determinados casos y bajo ciertas condiciones y que pueden o no actuar o hacerlo de un modo u otro. b. Necesidad.** Sólo podrá acudir a la regulación por cuotas cuando no fuera posible lograr el mismo objetivo de equiparación en un sector social determinado y en un tiempo razonable a través de las medidas menos extremas de acción positiva. **c. Objetividad.** Habrá de acreditarse objetiva y fehacientemente, a través de estadísticas comparativas, la desigualdad de hecho arraigada y profunda, esto es, la subrepresentación femenina en el ámbito concreto de la realidad social de que se trate. **d. Transitoriedad.** La cuota o regla de preferencia tiene, por naturaleza, carácter transitorio. Su establecimiento y duración deberá limitarse estrictamente al periodo necesario para lograr la igualación de las condiciones de vida en el sector social donde la minoría estuviera subrepresentada. En todo caso, la discriminación positiva no puede actuar como una exclusión absoluta y permanente del sector de población excluido. **e. Legalidad.** Por afectar a una materia tan sensible para el Estado de derecho como son los derechos fundamentales, las discriminaciones positivas en el derecho público sólo podrían establecerse por ley (y ley orgánica: artículo 81.1 de la Constitución española); sólo el

definido para corregir los graves problemas de discriminación sistemática enraizada en las estructuras de nuestra sociedad<sup>340</sup>, se caracterizan por incidir directamente en el resultado asignando un número definido o porcentaje para que los individuos del grupo vulnerable puedan acceder a los bienes escasos<sup>341</sup>, por ejemplo, a una plaza electoral<sup>342</sup>, de estudios o trabajo; el fundamento que por razones de justicia<sup>343</sup> justifica esta intervención en la

---

procedimiento legislativo asegura la pluralidad y publicidad necesarias para la adopción de tales medidas” (el resaltado es propio).

<sup>340</sup> Ruiz Miguel, Alfonso, *Sobre las cuotas electorales para la igualdad de las mujeres*, en Santiago Juárez, Mario (coordinador), *Acciones afirmativas...* ob. cit., Págs. 181-182. “Cualitativamente considerada, **esa desigualdad está fuertemente arraigada en la cultura tradicional de reparto de los roles públicos y privados, que asigna las tareas de cuidado familiar y privado a las mujeres y reserva el espacio público a los hombres, con sus correlativas manifestaciones en el poder político, económico e ideológico.** Los persistentes y profundos rastros de esa **cultura patriarcal de discriminación** y de sujeción de las mujeres que hoy todavía quedan entre nosotros se siguen viendo bien reflejados por ese proverbio chino que reza: ‘Los asuntos de las mujeres, por importantes que sean, son pequeños. Los asuntos de los hombres, por pequeños que sean, son importantes’. **De ello deriva a fin de cuentas el limitado acceso de las mujeres a buena parte de los puestos de mayor relevancia social**, exceptuado el ámbito estrictamente político” (el resaltado es propio).

<sup>341</sup> Urteaga, Eguski, “*Las políticas de discriminación positiva...* ob. cit., Pág. 210. “**Estos recursos están constituidos por el empleo, el capital, la propiedad, la educación superior y, en algunos casos, los cargos electivos.** El ámbito de aplicación de la discriminación positiva varía en función del nivel de influencia ejercido por el Estado sobre los diferentes mercados que rigen el reparto de los recursos (...) se benefician de una verdadera suspensión de las reglas de la competencia o de una simple ordenación [o adaptación] de estas” (el resaltado es propio).

<sup>342</sup> Otárola Malassis, Janine Madeline, “*La evolución del principio constitucional de la paridad de género en la jurisprudencia*”, en revista *Quid Iuris*, año X, volumen 31, Ciudad de México, 2016, Págs. 35-46. Disponible en Biblioteca Jurídico Virtual del Instituto de investigaciones Jurídicas de la UNAM: < <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/quid-iuris/article/view/17548/15756> > [Consulta: 25 de setiembre 2017]. El tratamiento de las acciones afirmativas, en especial de las cuotas en el ordenamiento jurídico mexicano, resulta interesante porque va de la subrepresentación de las mujeres a la cuota de género, a la regla de la alternancia (SUP-JDC-461/2009), a las cuotas de género (SUP-JDC-12624/2011 y acumulados), a las acciones afirmativas (SUP-JDC-1080/2013), a la paridad horizontal y vertical (SDF-JRC-17/2015) y a las medidas compensatorias (SUP-JRC-680/2015).

<sup>343</sup> Ruiz Miguel, Alfonso, *Sobre las cuotas electorales para la igualdad de las mujeres*, en Santiago Juárez, Mario (coordinador), *Acciones afirmativas...* ob. cit., Pág. 187. “Claro que podría replicarse que lo que la ley pretende y hace es establecer una cuota que, aunque no formalmente, de hecho tiende a favorecer a las mujeres y, por tanto, a perjudicar a los hombres. **Pero esta réplica sería fatalmente autodestructiva como argumento de justicia porque de forma implícita estaría**

competencia<sup>344</sup> para compensar<sup>345</sup> favoreciendo la asignación de ciertas plazas al colectivo marginado, reside en la especial dificultad que sus miembros tienen para obtener los escasos bienes valiosos<sup>346</sup> a los que regularmente no podrían acceder sin ningún tipo de preferencia<sup>347</sup> o compensación jurídica de la

---

reconociendo que la situación histórica y socialmente vigente discrimina de hecho a las mujeres, y ante esa discriminación no aparece por ningún lado la injusticia de una cuota formalmente neutral o bidireccional que pretende corregirla introduciendo una pauta de igualación” (el resaltado es propio).

<sup>344</sup> Urteaga, Eguski, “*Las políticas de discriminación positiva...* ob. cit., Págs. 194-196. “**Las medidas de discriminación positiva como medidas preferentes establecen diferentes formas del favor para facilitar el acceso a los recursos necesarios para asegurar su desarrollo socioeconómico, con una suspensión de las reglas de la competencia** (tenemos la técnica del puesto reservado –sustraer de la competencia un número de plazas como en la función público o en materia electoral-, la técnica de la cuota –bienes concedidos a los miembros del grupo favorecido no están predeterminados, concede más flexibilidad al dispositivo y al volumen global-, la técnica de la oposición propia –consiste en reservar a los miembros del grupo favorecido una vía de acceso especial a unos bienes sobre los cuales gozan de ninguna prioridad ni oportunidad de ganar-) o de una simple ordenación de estas (los beneficiarios están en competencias pero se encuentran ubicados en unas condiciones más desfavorables, existen como forma: de dispensa de una o varias condiciones requeridas para participar en la competición, de dispensa de un esfuerzo particular en dirección de los miembros de un grupo desfavorecido al que se manifiesta por diferencias vías que son esperados, bienvenidos deseados, de una garantía de participación en el procedimiento de selección que ofrece oportunidades adicionales a personas cualificadas)” (el resaltado es propio).

<sup>345</sup> Rey Martínez, Rey, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo...* ob. cit., Pág. 70. “Y no deja de ser curioso que **las dos principales medidas que el TC [español] ha considerado compensatorias haya sido, precisamente, un plus de guardería y el permiso de lactancia**, dos ventajas más orientadas a que la mujer compatibilice su actividad laboral con los quehaceres domésticos y familiares que a promocionarla efectivamente en el trabajo extradoméstico”.

<sup>346</sup> Rosenfeld, Michel, *Conceptos clave y delimitación del ámbito de análisis de las acciones afirmativas*, en Santiago Juárez, Mario (coordinador), *Acciones afirmativas...* ob. cit., Pág. 30. “Además, donde la igualdad de resultado estuviera garantizada, la igualdad de oportunidad se justificaría sólo si hay una escasez del bien que todos quieren y merecen”.

<sup>347</sup> Urteaga, Eguski, “*Las políticas de discriminación positiva...* ob. cit., Pág. 196. “La preferencia juega después de la puesta en competencia, es decir en el momento de la selección a propiamente dicho. Excepto en raras ocasiones, **los criterios de evaluación específicos aplicados a una misma prestación no existen: es considerado chocante y políticamente incorrecto aplicar abiertamente**, durante una oposición por ejemplo, un sistema de evaluación de los méritos desigual” (el resaltado es propio).

diferencia<sup>348</sup>; además no se elimina la exigencia del sistema meritocrático<sup>349</sup>, sino solo se flexibiliza pues no existe una asignación directa<sup>350351</sup> por la sola pertenencia del individuo al grupo discriminado, sino una evaluación de las capacidades o cualidades –académicas, laborales<sup>352</sup>, entre otras- para cubrir los puestos<sup>353</sup>.

---

<sup>348</sup> Urteaga, Eguski, “*Las políticas de discriminación positiva...* ob. cit., Pág. 209.

<sup>349</sup> Huesca Rodríguez, Mauricio, “*El lado oscuro de las acciones afirmativas. Una visión crítica...* ob. cit., Pág. 58.

<sup>350</sup> Sierra Hernáiz, Elisa, *El concepto de medida de acción positiva en el ordenamiento jurídico comunitario y su aplicación en el derecho español*, en Santiago Juárez, Mario (coordinador), *Acciones afirmativas...* ob. cit., Pág. 148. “En cuanto a los requisitos de la doctrina jurisprudencial, se deducen los siguientes: **a) la acción positiva no debe constituir una preferencia absoluta e incondicional**, para lo cual debe existir una cláusula de apertura; **b) la persona beneficiada debe pertenecer a un colectivo infrarrepresentado**, requisito que se encuentra recogido en el artículo 141.4 del Tratado de Ámsterdam, **y c) la persona beneficiada debe estar cualificada para desempeñar las funciones del puesto de trabajo, esto es, se debe respetar el principio del mérito**” (el resaltado es propio).

<sup>351</sup> Palomino, Rafael, *La discriminación positiva en la UE y los límites de la discriminación positiva: carencias y debilidades de las actuales políticas de discriminación positiva en Europa*, en Anuario de Derechos Humanos, Nueva Época, Volumen 09, 2008, Pág. 498. En el material entregado con motivo del II Máster Universitario Oficial de derecho Constitucional 2016-2017, organizado por la Universidad Castilla La Mancha y el Instituto Palestra, correspondiente al módulo IV, asignatura 1, Derechos Fundamentales en el Sistema Constitucional I a cargo de la profesora María Molero Martín-Salas, Lima, 2017. “...**la promoción de la igualdad a través de acciones positivas en las legislaciones nacionales es altamente necesaria**, pero en su concreción debe conjugarse con los principios de mérito y capacidad, de forma que el órgano decisorio no se vea obligado a inclinarse automáticamente hacia la candidata en situaciones de igualdad de cómputo en la calificación” (el resaltado es propio).

<sup>352</sup> Rosenfeld, Michel, *Conceptos clave y delimitación del ámbito de análisis de las acciones afirmativas*, en Santiago Juárez, Mario (coordinador), *Acciones afirmativas...* ob. cit., Pág. 30. “Por ejemplo, parece razonable mantener que se da un trato preferencial (...) [que]- está estrictamente relacionada con cualidades académicas o de empleo”.

<sup>353</sup> Sierra Hernáiz, Elisa, *El concepto de medida de acción positiva en el ordenamiento jurídico comunitario y su aplicación en el derecho español*, en Santiago Juárez, Mario (coordinador), *Acciones afirmativas...* ob. cit., Pág. 150. “En tercer y último lugar, se exige que los candidatos tengan méritos equivalentes o sensiblemente equivalentes. Esto significa que **las medidas de acción positiva deben respetar el principio del mérito para lo cual la provisión de puestos no deberá vulnerar el principio de objetividad**. Por consiguiente, **no basta que la candidata tenga una capacitación suficiente para desempeñar las funciones del puesto de trabajo sino que sus méritos han de ser equivalentes o sensiblemente equivalentes a los de otros**”.

Las críticas a las acciones afirmativas las catalogan como medidas elitistas y no políticas de justicia social para reducir la discriminación, se sustentan en que tienen vocación de remediar o permitir el acceso de solo una porción del grupo desfavorecido, indican: "...es sabido que solamente los más privilegiados tendrán acceso, ya que los demás no tienen vocación de sacar el menor provecho de una política que, de todos modos, no les está dirigida"<sup>354</sup>; este cuestionamiento a las medidas de acción afirmativa es el más consistente debido a que, es verdad que no todos los miembros del grupo vulnerable pueden acceder a los escasos bienes ofertados, dicha dificultad trasciende sus limitadas posibilidades de materializar la igualdad para cada uno de ellos<sup>355</sup>, puesto que el Estado no asigna la cantidad de recursos económicos suficientes para elaborar las políticas de igualdad de integración que constituye la finalidad perseguida; mientras más importancia se le asigne a la materialización de la igualdad un mayor número de personas podrán mejorar su posición de vulnerabilidad; en caso contrario, serán solo algunos los que logren acceder a estos bienes y el objetivo no será alcanzado.

---

**candidatos que concurren al mismo puesto de trabajo. Si esto es así, para lo cual es necesario establecer criterios claros, precisos y objetivos para valorar los méritos de cada candidato**, el puesto de trabajo o la promoción habrá de ser para la mujer" (el resaltado es propio).

<sup>354</sup> Urteaga, Eguski, "*Las políticas de discriminación positiva*, en Revista de Estudios Políticos (nueva época), número 191, Madrid, octubre-diciembre 2009, Pág. 191. En el material entregado con motivo del II Máster Universitario Oficial de derecho Constitucional 2016-2017, organizado por la Universidad Castilla La Mancha y el Instituto Palestra, correspondiente al módulo IV, asignatura 1, Derechos Fundamentales en el Sistema Constitucional I a cargo de la profesora María Molero Martín-Salas, Lima, 2017.

<sup>355</sup> Díaz de Valdés J., José Manuel, "*La igualdad constitucional: múltiple y compleja*"... ob. cit., Pág. 175. **"...existe un problema adicional vinculado a la discriminación múltiple o multidiscriminación, la que se produce cuando una persona pertenece simultáneamente a varios grupos desaventajados.** La igualdad constitucional tratada en esta sección puede no responder adecuadamente a tales individuos, ya que inspiraría medidas que si bien beneficiarían a alguno(s) de estos grupos, podrían a la vez perjudicar a otros. También **es posible que tales medidas beneficien a un grupo como un todo (los diaguitas), pero no a una sección dentro del mismo que sufre de un tipo adicional de discriminación** (e.g. mujeres diaguitas). En términos más generales, es probable que tales medidas no sean capaces de hacerse cargo de la complejidad única de las situaciones sujetas a multidiscriminación" (el resaltado es propio).

El binomio antagónico de necesidades ilimitadas y recursos escasos define la problemática de las medidas de acción afirmativa<sup>356</sup> cuando se busca equilibrar la desigualdad socioeconómica<sup>357</sup> estructural de los derechos económicos, sociales y culturales, pues si bien la perspectiva programática de estas ha cambiado a una progresiva, la concepción de la igualdad material en la estructura de los Estados, el elemento económico y la voluntad política muchas veces determinan las complicaciones de las políticas de igualdad<sup>358</sup>

---

<sup>356</sup> Rosenfeld, Michel, *Conceptos clave y delimitación del ámbito de análisis de las acciones afirmativas*, en Santiago Juárez, Mario (coordinador), *Acciones afirmativas...* ob. cit., Pág. 26. “En otras palabras, el compromiso con la igualdad moral de todos los individuos no necesariamente conlleva un compromiso con la igualdad política o económica para todos. **Si bien todas las teorías de nivel medio que generan los argumentos a favor y en contra de las acciones afirmativas están comprometidas con el postulado de la igualdad**, las teorías liberales, contractuales, utilitarias e igualitarias difieren, como veremos, **en su concepción acerca de qué bienes sociales y económicos deben ser distribuidos de forma igual (o distribuirse de forma desigual con el propósito de alcanzar un resultado igual)**” (el resaltado es propio).

<sup>357</sup> De La Torre Martínez, Carlos, *Pobreza y acciones afirmativas*, en Santiago Juárez, Mario (coordinador), *Acciones afirmativas...* ob. cit., Pág. 221. “**La desigualdad socioeconómica no se refiere sólo a una diferencia en el ingreso y el consumo de las familias, sino que, como consecuencia inmediata, abarca también la desigualdad en el nivel de vida de las personas, en sus capacidades, en las oportunidades de desarrollo, en el nivel de participación, en definitiva, en el ejercicio de sus derechos y libertades.** Por ello, **la desigualdad se constituye como generador de distintos contextos de discriminación (...).** La primera consecuencia es la fragmentación de la sociedad en distintas clases sociales muy delimitadas y, por lo tanto, poco cohesionadas, pero también, a medida que la brecha socioeconómica se agudiza, se presenta una fuerte tensión social, que a fuerza de tornarse insostenible, **amenaza la convivencia y la paz social**” (el resaltado es propio).

<sup>358</sup> De La Torre Martínez, Carlos, *Pobreza y acciones afirmativas*, en Santiago Juárez, Mario (coordinador), *Acciones afirmativas...* ob. cit., Pág. 228. “La modalidad de estas acciones afirmativas realmente no es ajena a nuestro contexto latinoamericano, pues consiste en políticas ampliamente conocidas, como un sistema de becas para niños y niñas provenientes de familias de escasos recursos que de otra manera no podrían continuar en el sistema educativo; la subvención de servicios básicos, como luz, agua, transporte público en beneficio de los hogares y las personas más pobres o la exención de impuestos a las personas que tienen ingresos bajos. **La cuestión es que este tipo de políticas no han sido configuradas bajo el esquema lógico y conceptual de las acciones afirmativas, sino más bien, con base en el esquema de políticas públicas para combatir la pobreza, o en muchas ocasiones, como medidas populistas enmarcadas en el esquema del clientelismo político**” (el resaltado es propio).

pluridimensionales<sup>359</sup> con visión de integración<sup>360</sup> para la erradicación de la pobreza<sup>361</sup> y exclusión social a fin de elevar la calidad de vida de las personas.

Finalmente, las elaboraciones teóricas de las acciones afirmativas deben servir para transformar la sociedad, en especial, los graves problemas vigentes de violación del derechos fundamentales en nuestra sociedad<sup>362</sup>; sin embargo, siempre que se apliquen a la realidad van a traer problemas empíricos que generan cuestionamientos, los cuales deben ser tomados para mejorar la operatividad de las mismas; la exigencia de una debida elaboración de estas en función a la realidad propia y la asignación de recursos económicos necesarios, así como el seguimiento del cumplimiento de los

---

<sup>359</sup> Martín Sánchez, María, *La mujer inmigrante: espacios de doble discriminación...* ob. cit., Pág. 27. **"...necesitada de políticas de carácter pluridimensional para combatirla y erradicarla – comenzando por la educación en valores de igualdad desde las escuelas-"** (el resaltado propio).

<sup>360</sup> Urteaga, Eguski, *"Las políticas de discriminación positiva..."* ob. cit., Pág. 210. "La preferencia concedida juega en detrimento de los demás competidores que no gozan de esta característica y lo es en función de criterios cuyo uso, en el ámbito considerado, está prohibido jurídicamente. **Estos criterios, tradicionalmente utilizados para marginar y excluir, constituyen los fundamentos de una política de integración. Consiste en crear jurídicamente una discriminación, para reequilibrar, en los hechos, situaciones de desigualdad estructural entre diferentes grupos"** (el resaltado es propio).

<sup>361</sup> De La Torre Martínez, Carlos, *Pobreza y acciones afirmativas*, en Santiago Juárez, Mario (coordinador), *Acciones afirmativas...* ob. cit., Pág. 226. **"Las acciones afirmativas dirigidas a remediar una situación de pobreza deben cumplir con estos tres objetivos. Deben buscar remediar y eliminar contextos de exclusión y marginación que las personas pobres han experimentado en el pasado y que siguen restringiendo el acceso a los beneficios sociales; requieren trastocar las relaciones sociales mediante la eliminación de las relaciones de explotación y la disminución de las asimetrías de poder; finalmente, necesitan garantizar oportunidades equitativas de acceso a puestos de representación, participación y toma de decisiones, a través del empoderamiento de las personas pobres.** Estos tres objetivos se pueden alcanzar por la vía del principio de la universalidad de los derechos humanos" (el resaltado es propio).

<sup>362</sup> García Jaramillo, Leonardo, *"Desafíos de la internacionalización del Derecho..."* ob. cit., Pág. 346, nota al pie de página 22. [Consulta: 03 de Marzo 2017]. **"La figura del estado de cosas inconstitucional, creada en el tribunal colombiano para enfrentar las situaciones de violaciones graves y estructurales de derechos fundamentales sobre las que las medidas de política existentes nos permiten vislumbrar un cambio positivo al respecto,** ha sido receptada en contextos académicos y judiciales de países como México, Perú y Brasil" (el resaltado es propio).



objetivos a corto y largo plazo permitirán garantizar los resultados, es una clamorosa exigencia de aquellos quienes solicitan se les garantice "...las condiciones materiales necesarias para lograr una mínima igualdad, que es esencial para el ejercicio efectivo de la libertad"<sup>363</sup> dentro de nuestro Estado constitucional<sup>364</sup>.

## 2.5. PRINCIPALES MANIFESTACIONES DE LAS MEDIDAS DE ACCIÓN AFIRMATIVA EN EL PERÚ.

La ley 26859 en su artículo 116 estableció en 25% la cuota de mujeres y varones en las listas de candidatura al Congreso y a las Municipalidades, en el año 2002 mediante la ley 27683 se incrementó ese porcentaje en 30%; sin embargo, no aumentó el número de candidatas electas debido a que no son ubicadas en la parte inicial de la lista<sup>365</sup>. De otro lado, también existen reconocimientos para candidatos políticos indígenas del 15% de plazas reservadas<sup>366</sup> y una bonificación en puntaje para personas con discapacidad para concurso de méritos para cubrir vacantes en el sector público<sup>367</sup>.

---

<sup>363</sup> García Jaramillo, Leonardo, *"Desafíos de la internacionalización del Derecho..."* ob. cit., Pág. 355.

<sup>364</sup> Rey Martínez, Rey, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo...* ob. cit., Pág. 35. "Mientras existan grupos sociales en desventaja fáctica se requerirán **medidas de diferenciación jurídica de trato que equilibren la situación**, medidas que, evidentemente no son de interpretación estricta, sino todo lo contrario, **instrumentos de realización 'real y efectiva' del Estado social, democrático y de derecho**" (el resaltado es propio).

<sup>365</sup> Zapata Zapata, Russela, *Las políticas de Género ¿son de obligatorio cumplimiento en el Perú?* en Ledesma Narváez, Mariella (coordinadora), *Género y justicia. Estudios e Investigaciones en el Perú e Iberoamérica*, colección "Derecho & Sociedad", Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú, Lima, 2016, Pág. 439.

<sup>366</sup> Salmón, Elizabeth, *Entre promesas de consulta previa y la continuidad de la protesta social: las ambigüedades de la participación política indígena en el Perú*, en Hugo Cárdenas, Víctor, et. al., *Participación política indígena y políticas públicas para pueblos indígenas en América Latina*, Fundación Korad Adenauer Stiftung (KAS), La Paz, 2011, Pág. 281. "...el reconocimiento del movimiento internacional por los derechos de los pueblos indígenas de las últimas décadas, **el Estado peruano ha buscado "indigenizar" los procesos electorales mediante la creación de cuotas electorales para las elecciones regionales y municipales. De acuerdo con los artículos 12.3 de la Ley Nº 29047**, de elecciones regionales, y 10.3 de la Ley Nº 28869, de elecciones municipales, **se establece un 15% reservado para candidatos indígenas**. Estas políticas han dado algunos frutos en los espacios regionales donde los pueblos indígenas son

El hecho de establecer normativamente cuotas rígidas para incrementar el nivel de representación de los individuos pertenecientes a grupos marginados -mujeres- o minoritarios –indígenas, discapacitados, entre otros-, parece indicar que no resulta suficiente, el problema es más complejo y requiere evaluar más contextos que influyen en la exclusión como la posición que se le asigna en la lista por la que postulan, el cumplimiento efectivo de las cuotas o porcentajes y otros factores que se presenten en cada contexto – discriminación estructural-.

Las cuotas se responden con el principio de igualdad proporcional, representación democrática en igualdad de condiciones del grupo o sector que proviene, si bien los grupos vulnerables muchas veces no tienen personería jurídica, pero sí constituyen conglomerados con las mismas desventajas e intereses, así que incorporar obligatoriamente un representante para concederle a través de éste el ejercicio de sus derechos políticos, no resulta descabellado, la contienda y competencia dentro de una democracia constitucional debe permitir la posibilidad al grupo equivalente -mujeres- o minoritario participar, y si las condiciones son adversas, hay que crear las condiciones a través de políticas públicas de igualdad, aunque si comparamos la igualdad de partida y la igualdad de llegada o resultado, ésta última es más eficiente para garantizar un mínimo de representación, ahora, el problema

---

grupos representativos de la sociedad. No obstante, para muchos sectores, **las cuotas indígenas, así como las otras cuotas destinadas a las mujeres y a los jóvenes, han resultado una mera formalidad de los partidos políticos, antes que una necesidad propia de los sistemas democráticos pluralistas**" (el resaltado es propio).

<sup>367</sup> Huerta Guerrero, Luis Alberto, "El derecho a la igualdad", en revista *Pensamiento Constitucional*, año XI, N° 11, Lima, 2005, Pág. 328. Disponible en: < <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/7686/7932> >

[Consulta: 29 de setiembre 2017]. "La Ley 27050 (Ley general de la persona con discapacidad), publicada el 6 de enero de 1999, señala en su Artículo 36° lo siguiente: **En los concursos para la contratación del personal del sector público, las personas con discapacidad tendrán una bonificación de 15 (quince) puntos en el concurso de méritos para cubrir la vacante.** Esta norma establece un trato favorable para las personas con discapacidad que se presenten a un concurso de méritos para ocupar un cargo público, la que no ha sido objeto de impugnación ante el Tribunal Constitucional, por lo que no existe un pronunciamiento en el ámbito de la jurisdicción constitucional sobre si este trato diferenciado a favor de las personas con discapacidad se encuentra justificado o si constituye una afectación del derecho a la igualdad ante la ley". (el resaltado es propio).

surgiría si son medidas completamente eficientes para la paridad, ahí encuentro el problema referido a que, si bien cuando se trata de minorías lo que se pretende es garantizar el mínimo de representación, cambia el contexto cuando se desea conseguir una paridad entre varones y mujeres, porque el flujo de elección en la democracia intrapartidaria no necesariamente tiene esa división 50-50%, al parecer se generarían más controversias con derechos de terceros cuando se trata de la paridad de género que cuando nos remitimos a concederle representatividad a minorías, pero no deja de ser importante elevar la participación política de la mujer en la esfera pública en condiciones de igualdad; lo cual debe ser evaluado a la luz del test de proporcionalidad aplicado a la igualdad en cada caso concreto, sin embargo, estas medidas han sido aplicadas en España (Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres aunque en una proporción 60-40%, han superado el análisis de constitucionalidad –con un interesante voto particular<sup>368,369</sup>, existe una mayor incidencia e intensidad en la afectación de derechos de terceros.

---

<sup>368</sup> Tribunal Constitucional de España. Caso *Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Expediente N° 12/2008, sentencia del 29 de enero de 2008 (BOE núm. 52, de 29 de febrero de 2008) voto particular del magistrado Jorge Rodríguez Zapata Pérez, FJ. 2-5, Pág. 39. Disponible en: < <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/6244> > [Consulta: 29/09/17]. Afirma: “2. (...) Debemos preguntarnos ¿Es concebible dividir a los representantes políticos en categorías, con el fin de facilitar o asegurar un mínimo de elegidos en cada una, sin que resulte gravemente afectado el principio de unidad y de la homogeneidad del cuerpo de ciudadanos? Si la respuesta es afirmativa ello permitirá al legislador, en un futuro, imponer al cuerpo electoral que en las candidaturas electorales deban figurar necesariamente personas integradas en colectivos definidos por raza, la lengua, la orientación sexual, la religión, determinadas minusvalías congénitas, su condición de jóvenes o de personas de tercera edad, etc., sin que la Sentencia acierte a razonar convincentemente que, en adelante, el legislador no pueda introducir estos criterios al regular el derecho de sufragio pasivo, ya que la propia Sentencia (FJ. 4) atribuye al legislador la tarea de ‘actualizar y materializar’ la efectividad de la igualdad en el ámbito de la representación política (...) 3. (...) **en los países escandinavos donde la mujer ha logrado mayor presencia efectiva en las listas electorales, sólo con medidas positivas de fomento voluntariamente incorporadas a los estatutos de los partidos políticos.**(...) interesa fomentar su participación en la vida política (...) más que mejorar la posición de partida de las mujeres para que éstas puedan alcanzar un determinado resultado –acceder a cargos de representación política en igualdad de condiciones con los hombres-, antes que estos, lo que persigue es imponer un resultado (...) para que las medidas de acción positiva sean admisibles deben cumplir la condición de no producir efectos retrodiscriminadores (...) 5. **Considero que la imposición legislativa de la paridad o de cuotas electorales vulnera la libertad ideológica y**

## VI. CONCLUSIONES

### A. Sobre la igualdad y la prohibición de discriminación.

1. La igualdad prescrita en la Constitución Política peruana constituye tanto un valor, principio y derecho fundamental. En tanto valor, es una pauta axiológica fundamental con alto grado de indeterminación que junto a la dignidad humana configuran y dan sentido a nuestro ordenamiento jurídico constitucional; como principio, es una norma jurídica abierta que atraviesa transversalmente nuestro Derecho y vincula a los poderes públicos y privados para su efectivo respeto; y como derecho fundamental, porque es una garantía institucional –dimensión objetiva- y una facultad -dimensión subjetiva–que impone la prohibición de recibir tratos jurídicos discriminatorios –directos e indirectos- y promover medidas de acción afirmativa según las exigencias concretas –artículos 2°, inciso 2 y 103° de la Constitución peruana-, y principalmente tiene eficacia jurídica inmediata que permite exigirlo jurisdiccionalmente a través de la garantía constitucional de amparo para su protección jurídica.

---

**de autoorganización de los partidos políticos** (art. 6 y 22 CE.). Una democracia madura debe hacer efectiva su confianza en que los partidos políticos ‘expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental de la participación política’ y que ‘su creación y ejercicio de su actividad es libre dentro del respeto a la Constitución y la ley’ (art. 6 CE.)” (el resaltado es propio).

<sup>369</sup> Finalmente, me permito traer a colación el voto particular del magistrado Don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez a la Sentencia del Pleno sobre la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, donde cuestiona la decisión de sus colegas por admitir otorguen cuotas en los partidos políticos a favor de las mujeres, con la finalidad de mejorar su participación en la vida política; al respecto, en su sesudo discurso justifica que esa medida legislativa no es necesaria ya que sería suficiente implementar solo medidas de fomento o educación y conceder una mayor confianza en los partidos políticos aumentar esa presencia; sin embargo, a mi modesto entender, estos argumentos podrían servir eficientemente en democracias más consolidadas; mas no así en aquellos países –como el Perú- donde existe problemas de discriminación estructural fuertemente enraizados como la violencia, pobreza, exclusión y marginación social, etc., no olvidemos los postulados teóricos y jurisprudenciales han de ajustarse la realidad para plantear posibles soluciones a tan complejas disyuntivas sociales. Las relaciones jurídicas de asimetría son reales y una forma de enfrentarlas para darles solución son las medidas de acción afirmativa, incluso cuando se sustenten en motivos prohibidos de discriminación –que debe ser excepcional- siempre que superen el *test* de proporcionalidad desarrollado en el presente trabajo.

2. La igualdad es un concepto jurídico indeterminado –textura abierta- sumamente complejo porque puede estar asociado a diversos factores que influyen y determinan a lo que nos referimos cuando la invocamos. Para desentrañar el concepto de la igualdad debemos recurrir a la interpretación jurídica a fin de determinar las descripciones y características necesarias en función al preeminente contexto del orden jurídico constitucional que respalda determinados valores –dignidad, libertad, justicia, etc.- e influencias ideológicas –liberal, social, fundametalista, etc.- y jurídicas –positivista, iusnaturalista, etc.-; de otro lado, rechaza algunas prácticas –discriminación, tortura, etc.- y problemas sociales –pobreza-. En este sentido, el constituyente preconció y reguló estructuras, valores, principios y derechos en los enunciados normativos constitucionales que constituyen un parámetro para definir los contenidos de la igualdad.

3. El carácter relacional de la igualdad permite identificar tres elementos: entidades diferentes, un estándar de comparación y un agente comparador. Por consiguiente, la idea de igualdad constitucional nos lleva a identificar dos nociones básicas: la idea de comparación -un agente comparador, entidades comparadas y estándares o parámetros de comparación relevantes- y la prohibición de discriminación –solo se admiten tratos diferenciados siempre que sean objetivos y razonables-.

4. La igualdad ante la ley es una prescripción general orientada a eliminar los privilegios de hecho de aquellos que están en mejor posición que otras personas; asimismo, se erige como un mandato a los poderes públicos - eficacia vertical- y privados –eficacia horizontal- de no establecer tratos discriminatorios. La igualdad ante la ley se bifurca en la igualdad en la ley y la igualdad en la aplicación de la ley; la primera, es una exigencia dirigida específicamente a que el poder legislativo en la elaboración de sus leyes respete el principio/derecho de igualdad y no establezca tratamientos jurídicos discriminatorios directos o indirectos; y el segundo, es una imposición a los aplicadores del Derecho –jueces, administración pública, etc.- que en casos sustancialmente homogéneos se decida de modo similar y, en caso corresponda variar la postura de su auto precedente fijado, se justifique indicando explícitamente las razones de hecho y derecho que motivaron el cambio de postura o posición, para cumplir con el principio de interdicción a la arbitrariedad e igualdad.

5. El concepto de igualdad formal postulado originalmente por el pensamiento liberal en la revolución francesa -clásicamente entendido como igualdad en la ley-, a lo largo del proceso histórico al no satisfacer las exigencias de la mayoría de la población incorporó como nueva acepción a la igualdad material, real, sustantiva o de oportunidades -del Estado social-. Este fenómeno nos muestra que el proceso evolutivo comienza con la idea de igualdad formal y acaba en la concepción de igualdad sustantiva, que genera una fusión de ambas y consecuente positivización jurídica para dar paso al concepto de igualdad constitucional.

6. El derecho a la igualdad en general tiene un contenido bastante amplio que exige la interdicción de los tratamientos jurídicos disímiles cuando estamos ante situaciones de hecho comparables -similares o sustancialmente homogéneos-; y la prohibición de discriminación específica por los motivos de raza, sexo, etc. tiene como contenido la igualdad de trato -prohibición de discriminaciones directas e indirectas- y la igualdad de oportunidades o mandato positivo de acciones afirmativas -o licitud de tratos preferentes, ajustes o acomodaciones razonables y cuotas (son las expresiones como se concretizan)-.

7. La doctrina explica que la igualdad sería el género y la prohibición de discriminación la especie, sin apartarnos de esta interesante idea, podemos afirmar además que ambas categorías al formar parte de una misma idea, la igualdad -sería el anverso y reverso de la moneda- como concepto genérico en sentido más de principio, para que se efectivice necesita concretarse a través de reglas jurídicas como el derecho a la prohibición de discriminación - contorno y límite que define la forma y el contenido de la moneda-. Esta es una de las formas prácticas cómo el Derecho va dotando contenidos jurídicos concretos y garantías específicas a las razones subyacentes que desea proteger -va del principio a concretar una regla jurídica-.

8. La diferenciación es admitida constitucionalmente porque este tipo de trato jurídico está justificado en criterios objetivos y razonables -razones constitucionales que lo avalan-; por el contrario, un trato jurídico discriminatorio de plano es inconstitucional, debido a que se basa en criterios subjetivos, arbitrarios y desproporcionados.

9. Los motivos prohibidos de discriminación pueden ser: a. expresos, son aquellos reconocidos literalmente en los textos constitucionales -raza, sexo,

etc., y b. implícitos, los cuales no están enumerados de forma textual en las constituciones, pese a ello, pueden ser protegidos gracias a una cláusula abierta que permite acoger nuevas categorías prohibidas y se configura generalmente como “otra condición social” –edad, identidad de género, etc.-, esta regulación debe entenderse como una cláusula de cierre que puede incorporar supuestos de discriminación que surjan en contextos específicos del devenir histórico.

10. La discriminación directa, ocurre cuando una persona recibe un trato menos favorable que otro en situación similar por una causa relacionada a los motivos prohibidos de discriminación –en el artículo 2º,2 de la Constitución Política del Perú se indican: “origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole”-, asimismo, por actos u omisiones que en ese mismo contexto causen perjuicio por estos motivos prohibidos; y la discriminación indirecta se refiere a leyes, políticas y prácticas que aparentemente son neutrales pero generan un impacto desproporcionado en los derechos de las personas –no previsto o no tomado en cuenta-.

11. Las discriminaciones erróneas –por presunción fáctica incorrecta-, ocultas –se encubre el motivo- y por asociación –por su relación con otras personas de especiales características-, son manifestaciones *sui generis* de cómo se afecta el derecho a la prohibición de discriminación en función a los diversos factores y contextos determinados.

12. La discriminación múltiple, agravada o interseccional, es cuando en una misma persona recae sucesivamente dos o más criterios prohibidos de discriminación que le agrega un plus de vulnerabilidad, circunstancia que sin duda constituye una grave y compleja vulneración sus de derechos fundamentales que debe merecer especial y privilegiada atención por el Estado. Por ejemplo, se da cuando dentro de un grupo minoritario dominado – el cual de por sí ya sufre discriminación del grupo mayoritario dominante- los subgrupos integrados por mujeres, niños y niñas, personas con discapacidad, adultos mayores, etc., tienen una mayor vulnerabilidad porque pueden sufrir discriminación además por parte de los miembros mejor posicionados de su propio subgrupo; así se pueden presentar una combinación múltiple de factores de discriminación que concurren en determinados individuos, lo que agrega un plus de vulnerabilidad y exige que el Estado en su posición de garante les dote de una protección especial -medidas de acción afirmativa-.

13. La discriminación sistemática está referida a aquella que periódicamente subsiste y está fuertemente arraigada en el comportamiento y organización de la sociedad, está identificada con la discriminación indirecta ya que es poco visible y cuestionada, además es muy difícil de superar por referirse a complejos problemas estructurales de asimetría jurídica subsistente. En este tipo de problema de discriminación, las acciones afirmativas resultan ser el instrumento idóneo para enfrentar y revertir graves problemas estructurales enraizados en la sociedad –discriminación, pobreza, exclusión social, violencia, etc.-.

14. La discriminación inversa o positiva, son términos comúnmente utilizados por autores que se refieren a las medidas de acción positiva o afirmativa – *affirmative action*-. Al respecto, no comparto el uso terminológico porque se ha explicado que la discriminación es un trato diferenciado arbitrario carente de justificación objetiva y razonable, por eso, consideramos que utilizar el término discriminación positiva –no afecta a terceros de forma directa- es un contra sentido porque se trataría de una medida estatal favorable que es plenamente inconstitucional; de otro lado, discriminación inversa –afecta a terceros de forma directa- tiene el mismo vicio pues se refiere a una medida arbitraria que no genera un efecto inconstitucional, por el contrario, es legítima o admisible constitucionalmente; por estos motivos los usos de discriminación inversa y positiva no son acertados, preferimos referirnos a medidas de acción afirmativa o positiva indistintamente. Esta precisión de términos nos permite establecer con claridad el uso adecuado del lenguaje con la finalidad de construir una terminología que incluya palabras precisas, sin que puedan generarse discusiones innecesarias que en nada contribuyen a la formación de un lenguaje jurídico apropiado, por tal motivo hablar de discriminaciones positivas o favorables no son admisibles constitucionalmente.

15. El desarrollo del derecho antidiscriminatorio va incorporando los motivos prohibidos de discriminación en las cláusulas normativas de los Estados, principalmente por la exigencia histórica de grupos humanos discriminados de acuerdo a cada contexto social. En términos generales podemos afirmar que es admisible constitucionalmente el uso de una categoría prohibida de discriminación, siempre que se expongan buenas razones para justificar objetiva y razonablemente el trato diferenciado y se supere satisfactoriamente



cada una de las fases del análisis del examen de proporcionalidad aplicado a la igualdad.

16. Debemos tener presente que, para evaluar la discriminación necesariamente nos remitimos a determinados motivos prohibidos –expresos o implícitos- en relación con los derechos –constitucionales o legales- que están regulados en los ordenamientos jurídicos, en función a cómo se presenten sus combinaciones se definirá los grados de intensidad en el escrutinio –débil, intermedio, estricto- para evaluar su proporcionalidad; no olvidemos que el uso de criterios prohibidos de discriminación de entrada activa un alto grado de sospecha contra la medida diferenciadora que se propone, el cual debe ser superado, en caso contrario, esta será inconstitucional.

#### **B. Sobre las medidas de acción afirmativa y el principio de proporcionalidad.**

17. Las medidas de acción afirmativa buscan materializar el principio de igualdad real y en ese camino es innegable que pueden verse enfrentados con derechos de terceros –de forma directa e indirecta- o principios que el ordenamiento jurídico constitucional protege y promueve, respectivamente; el principio de proporcionalidad constituye un límite a las limitaciones, proscribire la intervención arbitraria y desproporcionada en los derechos, y nos da un procedimiento racional y operativo que nos permite evaluar la constitucionalidad de dichas intervenciones.

18. La configuración actual del Estado constitucional es el resultado del desarrollo evolutivo de los contextos histórico-sociales y la respuesta del Derecho para regular cada una de esas relaciones sociales; con la revolución francesa se establece un Estado liberal –valor preponderante la libertad como autonomía- que reconoce jurídicamente la igualdad entre los hombres –varones y mujeres-; sin embargo, de hecho se generan ciertas castas o grupos privilegiados jerarquizando características en función a una mejor posición social, ello implicó que solo algunos tenían reconocidos sus derechos; también el concepto de democracia liberal instaurado significó el predominio de las decisiones de la mayoría sobre la minoría -que evidentemente tenía una posición de desventaja o asimetría jurídica- sin ninguna garantía para este último, circunstancia que ahondó su relegación y marginación social por siglos.

19. El Estado liberal reconoció con énfasis los derechos civiles y políticos que tienen la configuración de derechos de libertad –negativa- que imponen al Estado una obligación de abstención u omisión de afectarlos –se reconoce un ámbito de inmunidad garantizado donde el Estado no puede entrometerse-; de este modo, la influencia de la filosofía liberal respecto al “*laissez faire, laissez passer*” –dejen hacer, dejen pasar” se concretiza en su máxima expresión, lo que genera un postergación de los derechos sociales -derechos de prestación- ya que su satisfacción por su naturaleza necesita de una acción estatal.

20. La crítica al Estado liberal radica en el hecho que no garantizaba las mínimas condiciones socioeconómicas básicas para asegurar el desarrollo de los planes de vida de todos los seres humanos, esta exigencia se materializó en protestas históricas de los grupos relegados y olvidados por el Estado, quienes exigieron un mayor protagonismo estatal en la vida social para los que se encontraban en una posición desventajosa y vulnerable frente a otros grupos – pretenden que se revalúe la regular inactividad estatal instaurada-.

21. El Estado social centra su mirada en la satisfacción los derechos económicos sociales y culturales –derechos de igualdad- olvidados por el Estado liberal, busca romper el rígido dogma de la universalidad de la ley y plantea una igualdad de oportunidades para disminuir las desigualdades materiales. Por tanto, los postulados del Estado liberal son complementados con los del Estado social que nos llevan a la configuración de los actuales Estados constitucionales.

22. La forma cómo el contenido de los postulados del Estado social –igualdad social y bien común- ingresan a los ordenamientos jurídicos, es a través de cláusulas jurídicas incorporadas en las constituciones que adhieren a la igualdad de oportunidades, también conocida como igualdad material, real, sustantiva o efectiva. El Estado social establece un cambio de paradigma por el que se obliga a realizar una actividad positiva benefactora con sustento social para eliminar las desigualdades de hecho, se justificación así realizar medidas estatales –actuación positiva- que buscan establecer regímenes jurídicos específicos –medidas de acción afirmativa- para equiparar condiciones de desigualdad en las relaciones sociales.

23. La Constitución Política de Perú de 1993 no adscribe formalmente al Estado social de Derecho ni a la igualdad de oportunidades como sí lo hace el Estado de España y Colombia; sin embargo, de la interpretación sistemática de sus artículos 3° -cláusula de derechos innominados-, 44° y 45, sí se puede derivar el reconocimiento de Estado social y democrático de Derecho, ya que dicha cláusula

abierta puede incluir otros derechos de naturaleza análoga o que se funden en la dignidad de hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

24. La exigencia de que se efectivicen los derechos sociales con perspectiva de igualdad, pasa por entender que por su naturaleza y estructura requieren no una, sino varias acciones encaminadas a conseguir su fin, lo que nos lleva a inferir que se debe considerar la implementación de reformas estructurales o directivas reconstructivas en forma de políticas públicas de igualdad dirigidas a superar graves violaciones de derechos humanos generados por problemas de discriminación estructural. Esto permitirá la incorporación de todos los responsables e interesados y una actuación efectiva de los operadores de justicia a través de órdenes de ejecución compleja para superar la exclusión estructural –instaurar un litigio estructural-.

25. El antecedente de las medidas de acción afirmativa se encuentra en el derecho estadounidense que las configuró como políticas públicas educativas multiculturales que buscaban reducir la exclusión estructural; en la actualidad se las concibe como preferencias para la recuperación socioeconómica de grupos vulnerables –políticas de integración-, pero fundamentalmente exponen la idea de una representación equitativa sustentada en la igualdad proporcional, que les reconoce participación permanente en la vida pública por su condición de ser humano digno que representa un colectivo diverso. También en la India, por investigaciones académicas, se conoce que existieron manifestaciones de su estructura filosófica esencial a través de reservas de plazas a instituciones para las minorías relegadas y excluidas.

26. Siguiendo a Luigi Ferrajoli, las diferencias son los rasgos naturales o culturales jurídicamente protegidos porque constituyen las diversas identidades de las personas; en cambio, las desigualdades son disparidades de carácter socioeconómico en los derechos patrimoniales; motivo por el que se protege la diferencia y se busca eliminar las desigualdades.

27. La medida de acción afirmativa está fuertemente ligada al concepto de igualdad sustantiva o real, porque constituyen el principal instrumento para materializarla; la pregunta sería cómo llegamos a este escenario, sobre este asunto Norberto Bobbio y Luigi Ferrajoli nos permiten entender la evolución de los derechos y el tratamiento de las diferencias, respectivamente; comenzamos en un periodo de anarquía o estado de naturaleza que todavía no reconocía derechos, por eso, es lógico pensar que la igualdad no era relevante y con

mayor razón la diferencia entre los seres humanos –indiferencia jurídica de las diferencias-; después se presenta el proceso de positivización de los derechos producto de la revolución francesa que los reconocen jurídicamente en cartas y normas nacionales, en esta etapa aparecen castas privilegiadas que por su mejor posición social acceden a ser sujetos de derecho frente a otros que quedan excluidos, así se produce una jerarquización de las identidades valorando unas y dejando de lado otras –la diferenciación jurídica de las diferencias-; el proceso de generalización produce la expansión del reconocimiento de los derechos a más personas, es el clásico modelo igualitario que supuestamente valora las diferencias, pero en realidad las niega o neutraliza –la homologación jurídica de las diferencias-; el proceso de internacionalización de los derechos se da en el siglo XX después de la segunda guerra mundial, donde las comunidades del mundo deciden crear los sistemas de derechos humanos; y finalmente tenemos el proceso de especificación de los derechos, en esta etapa se asume que existe cierto grupo de personas a quienes se debe particularizar medidas a su favor para garantizarles sus derechos, por eso tenemos que la diferencia es valorada y considerada jurídicamente para reconocimientos específicos a favor de mujeres, minorías étnicas, personas con discapacidad, adultos mayores, niños, niñas y adolescentes, etc., ello con la finalidad de mejorar su participación y posición de vulnerabilidad - la igual valorización jurídica de las diferencias-.

28. Las medidas de acción afirmativa como exigencia histórico-social desde su aparición han buscado mejorar la posición de desventaja en que se encuentran los grupos vulnerables –mujeres, afrodescendientes, minorías étnicas o pueblos originarios, personas con discapacidad, adultos mayores- mediante tratamientos jurídicos preferentes para facilitarles el acceso a mejores condiciones de desarrollo y goce pleno de sus derechos.

29. Las principales dificultades para implementar medidas de acción afirmativa son la asignación necesaria de recursos económicos por los Estados, a fin de implementar efectivas políticas públicas de igualdad para conseguir la integración y gestión de la diversidad; la estructuración institucional para la aplicación de estas políticas debe estar dirigida por entidades especializadas que puedan incluso imponer sanciones efectivas – forma exigida a los países de la Unión Europea-, la educación constituye el eje que sostendrá e impulsará la erradicación de la discriminación estructural, claro

está que se deben sumar a esta todas las acciones estatales necesarias –y no solo una- para cumplir los fines -dentro de las cuales están las medidas afirmativas-.

30. Muchos autores para referirse a las medidas de acción afirmativa usan indistintamente los términos discriminación positiva –no afecta a terceros directamente- o discriminación inversa –afecta a terceros directamente-, dando a entender se tratan de conceptos jurídicos similares, aunque con ciertos matices; como ya hemos mencionado, no compartimos el uso del término “discriminación positiva” porque ninguna medida arbitraria, inconstitucional o desproporcionada puede ser considerada positiva o favorable, debido a que no resulta legítima para el Derecho dado que su invalidez es evidente; de otro lado, no es adecuado el uso de la frase “discriminación inversa” pues da a entender que pese a que la medida es inconstitucional, esta produce un efecto jurídicamente legítimo. Ocurre que generalmente cuando una concepción nueva pretende integrar alguna categoría del Derecho, la concepción arraigada tradicionalmente siempre busca “bautizar” o atribuir una nomenclatura que implícitamente desacredita y expresa su rechazo a la nueva categoría caricaturizándola –la falacia del hombre de paja-.

31. El uso adecuado de los términos resulta importante para transmitir con precisión los contenidos jurídicos de forma clara; en este escenario, se postula una división bipartita para clasificar las medidas según su legitimidad constitucional o no; la primera, sería medida de acción afirmativa o positiva –sinónimas- cuando tenga una justificación objetiva y razonable y, supere satisfactoriamente el test de proporcionalidad, sin importar si afecta o no a terceros; y la segunda, medida discriminatoria en sentido estricto cuando no exista justificación objetiva y razonable, o no supere el examen de proporcionalidad.

32. Las medidas de acción afirmativa están sustentadas en el principio de protección y son acciones estatales concretas para materializar la igualdad de oportunidades compensando el déficit de desarrollo a fin de reducir las desigualdades estructurales, que subsisten con determinados factores como los prejuicios y estereotipos negativos que generan discriminación; para lo cual aquellas medidas establecen un trato jurídico preferente justificado en causas objetivas y razonables a favor de los grupos vulnerables para superar desventajas históricas, que puedan afectar de forma general o específica a

terceros. Además, el concepto de medida de acción afirmativa en la actualidad ha incorporado el de ser un elemento estructural relevante para cumplir la finalidad de eliminar el déficit democrático generado por la subrepresentación política que padecen estos colectivos sujetos a discriminación sistemática; en consecuencia, estas medidas deben dotar a los grupos vulnerables, de la debida representación política equitativa sustentada en la igualdad proporcional que les garantice participar con “voz y voto” en los procesos democráticos para que puedan decidir sobre los cambios importantes que les interesa y pueden afectarlos –se enfoca más en el grupo-. En ese sentido, las medidas de acción afirmativa pueden presentarse como reglas de preferencia -más enfocados a consolidar una igualdad de entrada o partida- y las cuotas –garantizan una igualdad de llegada influyendo en el resultado-.

33. Entre las diversas características de las acciones afirmativas tenemos que: deben ser aprobadas normativamente a través de la ley; materializan el mandato de igualdad sustantiva; son transitorias o temporales hasta cumplir la finalidad de eliminar desigualdades y factores estructurales, aunque posiblemente se requieran décadas para conseguir dicho resultado; tienen un carácter excepcional dado a que suelen ser utilizados específicamente en contextos de discriminación sistemática, siempre que estén justificados en causas objetivas y razonables; son proporcionales debido a que deben superar satisfactoriamente el *test* de proporcionalidad; otorgan una preferencia que no debe ser permanente –no tener un reparto perenne-, excesiva –no desproporcionado-, flexible –solo admite la rigidez en casos excepcionales-, incondicional –deben varias condiciones para el acceso-, automática -no hay un reparto directo e inmediato-, ni exclusiva –el único requisito no puede ser la pertenencia al grupo vulnerable-.

34. El principio de proporcionalidad permite evaluar la constitucionalidad del trato jurídico diferenciado que pretenden establecer las medidas de acción afirmativa, el cual no debe ser excesivo, arbitrario o desproporcionado para declarar su constitucionalidad.

35. La singular naturaleza relacional de la igualdad –exige comparar dos entidades- ha generado una nueva estructura del *test* de proporcionalidad con una concepción de igualdad, que la doctrina ha denominado *test* de igualdad o *test* de proporcionalidad aplicado a la igualdad. Esta estructura ha sido el resultado de la asimilación del *test* de razonabilidad –identificar los entes

comparables, la relevancia de la comparación y los niveles de intensidad de los escrutinios en relación con el fin legítimo- de origen norteamericano en el test de proporcionalidad –idoneidad, la necesidad y proporcionalidad en sentido estricto- de procedencia alemana. En el Perú el Tribunal Constitucional en la sentencia del “caso PROFA”, expediente N° 45-2004-PI/TC –igualdad de oportunidades en el acceso a la función pública-, de fecha veintinueve de octubre del dos mil cinco articuló el test de proporcionalidad aplicado a la igualdad en seis pasos.

36. El primer paso del test de proporcionalidad aplicado a la igualdad se denomina “determinación del tratamiento legislativo preferente: intervención en la prohibición de discriminación”; previamente, resulta obvio que quien alega un trato discriminatorio y pretende cuestionar su constitucionalidad, debe plantear el supuesto fáctico concreto que desea se evalúe jurídicamente, a partir del cual se inicia el primer paso que exige determinar el término de comparación –*tertium comparationis*- razonable y relevante, por el que se elige solo un rasgo homogéneo o similar –sexo, condición económica, etc.-, pues de otro modo, sería imposible concretizar el análisis del *test* de igualdad dada la abstracción y complejidad de las diversas características que presentan cada una de las entidades comparables. Luego se deben comparar los dos supuestos de hecho, el primero, acusado de discriminatorio –persona excluida de un derecho-, y el segundo, que sirve de término de comparación –incluida en el derecho-, de ser iguales o existe igualdad sustancial entre ambas la medida será inconstitucional por establecer un trato diferente ante supuestos de hecho similares y, si son diferentes se prosigue al segundo paso. Por este motivo, precisar un paso específico para definir el término de comparación y los supuestos de hecho objeto de comparación, resulta sumamente favorable para el análisis de racionalidad que exige la igualdad.

37. El segundo paso se conoce como: “determinación de la intensidad de la intervención de los derechos”; el Tribunal Constitucional se refiere a la intensidad de la intervención en los derechos sean de naturaleza constitucional o legal, en relación con los motivos constitucionalmente proscritos de discriminación o no, de la combinación de ambos –posiciones iusfundamentales- se llega a definir según la doctrina norteamericana el tipo de “escrutinio” –y no intensidad como refiere el Tribunal- aplicable al caso concreto. Hay tres tipos de escrutinios: a) escrutinio débil.- es aplicable cuando la discriminación se sustenta en motivos distintos a los proscritos constitucionalmente y genera como consecuencia el

impedimento del ejercicio de derechos de rango legal o el de un interés legítimo, el legislador goza de un ámbito de apreciación más extenso; b) escrutinio intermedio.- es aplicable según el Tribunal Constitucional solo cuando la discriminación se sustenta en: *i.* motivos proscritos constitucionalmente y genera como consecuencia el impedimento del ejercicio de derechos de rango legal o el de un interés legítimo; sin embargo, se olvidó del supuesto referido a cuando la discriminación se sustenta en motivos distintos a los proscritos constitucionalmente y genera como consecuencia el impedimento del ejercicio de derechos de rango constitucional, el cual proponemos se incorpore y precise para evitar vacíos; también es preciso indicar que el escrutinio aplicable a las medidas de acción afirmativa exige un análisis de lo siguiente: al estar sustentadas en motivos prohibidos de discriminación *prima facie* son sospechosas de discriminación, por tanto, les correspondería un escrutinio estricto; pero la finalidad imperiosa –materializar la igualdad real de grupos vulnerables- que buscan conseguir les otorgan una presunción –*iuris tantum*- de validez que exige evaluar un escrutinio menos exigente; en consecuencia, consideramos que la finalidad perseguida constituye una razón suficiente sumamente relevante para flexibilizar la exigencia en el análisis de proporcionalidad, para que se les aplique el escrutinio intermedio; y c) escrutinio estricto o más riguroso.- es aplicable cuando la discriminación se sustenta en motivos proscritos constitucionalmente y genera como consecuencia el impedimento del ejercicio de derechos de rango constitucional, el margen de apreciación que goza el legislador para definir legislativamente tratos diferenciados es bastante restringido; en este último punto, cuando corresponde aplicar el escrutinio estricto, a nivel procesal y probatorio, se produce la inversión de la carga de la prueba consistente en trasladar excepcionalmente el deber de probar -con prueba directa o indirecta que existe justificación objetiva y razonable de respaldo- a quien propone la medida de trato diferenciado; en caso contrario, se ratificará la presunción de invalidez -por discriminatorio- declarando inconstitucional la medida. Asimismo, para los tres tipos de escrutinio consideramos que se debe verificar que exista una verosimilitud en la relación de racionalidad entre el trato diferenciado, el fin legítimo y su idoneidad para alcanzarlo, pues si bien en nuestro test de igualdad todavía no se analizará estas fases; sin embargo, por lo menos deben identificarse en grado probable.



El escrutinio intermedio es también como escrutinio normal, es de origen norteamericano y tiene como finalidad favorecer especialmente a grupos tradicionalmente discriminados para garantizarles la igualdad real; claramente se puede apreciar que grado de intensidad del escrutinio intermedio o normal es mayor respecto al exigido para el escrutinio débil, pero menor con relación al escrutinio estricto –verificándose un grado de racionalidad diferenciado-; un aspecto importante para definir si corresponde o no este tipo de escrutinio es entender, que el concepto de grupo en situación de vulnerabilidad está referido al colectivo de seres humanos hacia el que va dirigido el trato diferenciado preferente pretendido por la medida de acción afirmativa, que busca compensar o equiparar la relación jurídica asimétrica de desventaja que padecen sus miembros debido a los graves problemas estructurales que los excluyen y marginan –si una medida de trato diferenciado tuviera esta finalidad, no solo sería importante, sino imperioso y superaría fácilmente el escrutinio normal-.

La implementación de las medidas de acción afirmativa es obligatoria por ser especialmente exigidas por el constituyente, al formar parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la no discriminación – prohibición de trato discriminatorio (directo e indirecto) y la licitud de medidas de acción afirmativa-; además resulta indispensable que la medida de trato diferenciado deba ser sustancialmente idónea –o conducente- para cumplir satisfactoriamente con la objetivo, es decir, debe existir una relación lógica de causa-efecto; en tanto que aplicar una medida de esta naturaleza genere, por un lado, la satisfacción efectiva de la igualdad material –fin en términos jurídicos- y, por el otro, la eliminación de supuestos discriminatorios de hecho que afectan a los grupos vulnerables –objetivo en términos fácticos como dotar de autonomía y representatividad proporcional a los colectivos en desventaja-. Por eso la Corte Constitucional de Colombia, ha incorporado en su jurisprudencia la exigencia de verificar si el trato diferenciado tiene una finalidad constitucionalmente importante y una relación de idoneidad sustantiva o conducente a alcanzar ese objetivo.

En el sistema norteamericano el escrutinio estricto se asoció al término categoría sospechosa, haciendo alusión a un grupo históricamente discriminado; por su parte, Sistema Interamericano la Corte ha adoptado la terminología “grupo vulnerable” por ser más apropiado identificar hacia quién o

quiénes se dirige el trato acusado de discriminatorio, el cual efectivamente permite captar quid del asunto y adoptar una decisión más diáfana sobre lo que se discute; ahora bien, para establecer si nos encontramos ante un escrutinio estricto según la Corte Constitucional de Colombia –que ha incorporado el juicio integrado de la igualdad-, nos ilustra y orienta en el sentido que se debe evaluar si existen criterios sospechosos o potencialmente discriminatorios – motivos prohibidos de discriminación- en el tratamiento diferenciado, para lo cual se verificará si existe *a)* un mandato constitucional expreso, *b)* restringen derechos fundamentales y *c.1)* afectan de modo desfavorable a los grupos sociales o minorías vulnerables; agrega otros tres supuestos que deben analizarse junto con los dos primeros, *c2)* se funden en rasgos personales permanentes imprescindibles que constituyen la identidad, *c3)* afecten a grupos históricamente discriminados y *c4)* se funden en criterios que imposibiliten efectuar una distribución o reparto racional y equitativo –bienes, derechos o cargas sociales-.

Para superar el escrutinio estricto la medida de trato diferenciado, además de cumplir con los presupuestos citados precedentemente, debe ser buscar un fin constitucionalmente imperioso –para la sociedad o Estado- y ser la medida más idónea -indispensable- entre todas; en consecuencia, vemos que el grado de exigencia del escrutinio estricto es sumamente riguroso, pues el trato diferenciado se enfrenta con derechos -constitucionales- y mandatos – negativos y positivos- constitucionales especialmente promovidos por el constituyente que configuran nuestra democracia constitucional, para lo cual necesita superar una exigencia agravada de justificación racional; hemos dicho que este tipo de escrutinio no es aplicable a las medidas de acción afirmativa, pese a ello, en nuestra opinión cuando están dirigidas a eliminar obstáculos derivados de discriminación estructural, podrían fácilmente superar el escrutinio estricto; en sentido contrario, resulta poco probable que medidas que no estén sustentadas en superar los problemas estructurales puedan superarlo y serán inadmisibles constitucionalmente.

En este sentido, el problema de escoger un escrutinio específico dependerá del caso concreto, las características, problemáticas y virtudes de la medida de trato diferenciado que se pretende implantar; esta metodología incorpora los juicios de adecuación –examen idoneidad- e indispensabilidad – examen de necesidad- al establecer pautas específicas sirven de guía y

representan una manifestación de cómo es posible establecer grados de intensidad y pautas racionales diferenciadas para hacer más viable un razonamiento judicial coherente que va de lo racional a lo razonable – legitimidad por la aceptabilidad social de la decisión en base a las buenas razones-; toda vez que a primera vista, al parecer, no hay diferencias sustanciales, pero cuando se comienzan a seguir el procedimiento de análisis y solución planteado empiezan a aparecer matices sustanciales que resultan muy útiles al momento de definir la cuestión, que tienen que ver con identificar si hay más motivos prohibidos o protegidos constitucionalmente nos inclinaremos por un escrutinio estricto; en sentido contrario, si nos encontramos ante razones que solo tienen sustento legal o intereses que no son especialmente protegidos por la constitución, preferiremos el escrutinio débil; por último, cuando estemos frente a ambos tipos –legales y constitucionales-, o medidas de acción afirmativa tendremos como parámetro someterlos a un escrutinio normal porque al sopesarlos razonablemente ese es el estándar jurídico dentro del marco de un Estado constitucional.

Se puede apreciar que las categorías prohibidas de discriminación son motivos especialmente indeseados por los ordenamientos jurídicos constitucionales –existen cláusulas jurídicas antidiscriminatorias a nivel nacional e internacional-, son identificadas porque esencialmente buscan anular o excluir del ejercicio o goce de uno o varios derechos a seres humanos dignos que son sustancialmente iguales –aunque con diferencias naturales y culturales-; se puede apreciar que existe una relación de necesidad entre los motivos prohibidos de discriminación y la intensidad del escrutinio a aplicar en el análisis del test integrado de igualdad, ya que si se presentan en el caso concreto motivos prohibidos de discriminación, nuestro parámetro de análisis con mayor probabilidad será el escrutinio estricto; por el contrario, si no se presentan estos motivos constitucionalmente prohibidos el parámetro será un escrutinio débil o intermedio –según el afectado sea legal o constitucional, respectivamente-; en este escenario, las consecuencias que generan el uso de las categorías prohibidas para sustentar tratos diferenciados, pueden devenir en dos resultados: a) el primero, de constatarse que existe un trato jurídico diferenciado debidamente justificado en razones objetivas y razonables –y proporcional-, el motivo prohibido que la sustenta no genera el efecto de la inconstitucionalidad por ser un trato

diferenciado y no discriminatorio; –en este sentido, me atrevería a decir que la prohibición de discriminación al ser una norma tipo regla –de aplicación todo o nada-, es derrotada por el principio de igualdad (razón moral derivada del Derecho), así se produce una excepción implícita a la aplicación de la regla-, y 2) el segundo, de verificarse que la medida no supera la exigencia de estar justificada en razones objetivas y razonables, genera como efecto que la medida de trato diferenciado sea catalogada de discriminatoria, en consecuencia, es inconstitucional –se genera una antinomia que el ordenamiento jurídico constitucional expulsa-.

38. El tercer paso es “verificación de la existencia de un fin constitucional en la diferenciación”; en este examen el Tribunal Constitucional exige que la medida diferenciadora persiga siempre un fin constitucional –razón indispensable que justifica la medida-; de lo contrario, será inconstitucional; en doctrina la finalidad comprende el fin –elemento normativo: principio, derecho o bien jurídico- y el objetivo –elemento fáctico: estado de cosas que se desea alcanzar- de la intervención. El Tribunal Constitucional peruano exige que la medida persiga un fin constitucional -en términos generales- como único parámetro; sin embargo, consideramos que es importante proponer una racionalidad diferenciada en este paso, toda vez, que no resulta tener sentido desarrollar los tipos de escrutinio –o intensidades según el Tribunal- si ello no se va a traducir en la verificación del fin que busca conseguir la medida diferenciadora, para cuyo efecto lo desarrollado por el autor Carlos Bernal Pulido resulta muy acertado, así proponemos que ante un escrutinio débil basta exigir que el trato diferente busque un fin permitido o no prohibido por la constitución; ante un escrutinio intermedio se exigirá que el trato diferenciado busque un fin legítimo, y ante un escrutinio estricto se exigirá que el trato diferente busque un fin constitucionalmente imperioso; estos parámetros de análisis permitirán hacer más operativo la evaluación de las medidas.

39. El cuarto paso es el examen de idoneidad, el Tribunal Constitucional indica que la medida legislativa diferenciadora debe ser congruente –idónea para conseguir el resultado- con el fin legítimo que trata de proteger; por tanto, se trata un paso donde se valúa la relación racional recíproca de correspondencia entre el medio y fin – relación de causalidad-; el Tribunal también hace alusión en términos generales que la medida diferenciadora debe ser idónea para conseguir un fin constitucional; sin embargo, debería establecerse una racionalidad diferenciada para hacer más minucioso el

análisis de idoneidad en relación con la finalidad y los tipos de escrutinio, por eso lo planteado por el autor Carlos Bernal Pulido resulta importante; en ese sentido, se debería establecer que ante un escrutinio débil basta exigir que el trato diferente busque un fin no prohibido por la constitución y la medida tenga algún grado de idoneidad; ante un escrutinio intermedio se exigirá que el trato diferenciado busque un fin legítimo y la medida sea sustancialmente idónea – exigencia mínima que deben superar las medidas de acción afirmativa-, y para un escrutinio estricto se exigirá que el trato diferente busque un fin constitucionalmente imperioso y la medida sea la más idónea; estos parámetros de análisis permitirán hacer más racional y detallada la evaluación de las medidas.

40. El quinto paso es el examen de necesidad, por el que se exige analizar si existen medios alternativos al optado por el legislador que no sean gravosos o al menos lo sean en menor intensidad –con el derecho afectado- y revistan la misma idoneidad para alcanzar la finalidad; se trata de un examen que evalúa la relación medio con medio para determinar cuál es más eficiente en término del óptimo de Pareto –mejorar una posición perjudicando en la menor medida la otra posición-; para el caso de las medidas afirmativas se deben verificar con exhaustividad si existen medios alternativos que puedan promover del mismo modo el fin perseguido, obstaculizando en menor medida los derechos de terceros –menor coste-, de existir, la medida será inconstitucional; en caso contrario, se proseguirá al siguiente paso.

41. El sexto paso es el examen de proporcionalidad –en sentido estricto- o ponderación, el Tribunal Constitucional establece: para que una intromisión a un derecho fundamental sea admisible constitucionalmente, el grado de realización de la finalidad legítima de tal intromisión debe ser, por lo menos, equivalente al grado de afectación al derecho fundamental; en este paso se sopesa el grado de realización o satisfacción del fin y el grado de afectación o injerencia al derecho en controversia; así pues, bastará que se produzca una equivalencia entre estos dos grados de intensidades -magnitudes- para que la medida esté justificada y sea constitucionalmente legítima, lo que se conoce como empate y significa que la medida será constitucional porque no es desproporcionada, es decir, el Derecho admite afectaciones a los derechos siempre que no sean desproporcionadas, de ese modo opera la preferencia conocida como *pro legislatioris*. En esa misma línea de

pensamiento, se excluyen los sacrificios desmesurados, desmedidos o excesivamente gravosos cuando se afecte al derecho fundamental a la igualdad, frente a la realización del fin perseguido por el trato diferenciado; finalmente, para que una medida de acción afirmativa resulte constitucional, necesariamente al dividirse el grado de afectación y satisfacción debe resultar un peso equivalente o mayor al grado de intervención al derecho a la igualdad.

42. Principalmente consideramos que las críticas de reproche a las medidas de acción afirmativa vienen de la cantera de concepciones filosóficas liberales - que enaltecen el valor libertad y la autonomía del ser humano frente a otros-, esta respetable perspectiva que es el sustento del surgimiento de los derechos tiene un tinte eminentemente individualista, poco tolerante con visiones que postulen tratamiento de derechos en clave colectiva -la igualdad general es más compatible con una visión individual y las medidas de acción afirmativa con una colectiva-, por eso la igualdad se centra menos en los individuos y más en los grupos; en dicho contexto, se genera un intenso debate y su aceptación plena siempre es poco probable, aunque en términos jurídico constitucionales sí gozan de plena validez; de otra parte, existe una concepción de Estado social que tiene como fundamento a la igualdad y exige una intervención razonable para equiparar relaciones jurídicas asimétricas que padecen los grupos vulnerables, quienes pretenden se les reconozcan sus necesidades frente al grupo mayoritario o históricamente dominante. La existencia de desacuerdos razonables constituye la esencia de nuestras democracias constitucionales y es aquello que hay que promover para mejorar como sociedad, porque el carácter dialéctico del discurso permite corregir errores aplicativos que deben ser superados con una revisión y reelaboración permanente de estos postulados orientados siempre hacia la satisfacción de los derechos humanos y el bienestar social.

43. Las medidas de acción afirmativa son cuestionadas por acoger los criterios prohibidos de discriminación para sustentar su elaboración; al respecto, debe precisarse que el motivo prohibido de discriminación como término de comparación solo sirve como elemento indispensable para seleccionar adecuadamente hacia qué colectivo está orientada la medida de acción afirmativa - implica reconocer cuáles son los estigmas sociales comunes que pesan sobre ellos-, el mismo resulta un paso procedimental necesario para la elaboración del objetivo y finalidad; el hecho que la categoría prohibida y el

término de comparación coincidan, no significa necesariamente que se ha producido trato diferenciado constitucionalmente ilegítimo.

44. Se critica que las medidas de acción afirmativa al usar criterios de discriminación estigmatizan a los individuos de los grupos vulnerables, esto es, les asignan *a priori* un estatus de seres humanos inferiores; sin embargo, como ya se explicó la coincidencia entre el término de comparación y una categoría prohibida de discriminación solo representa un paso procedimental necesario para comparar dos supuestos de hecho y proseguir el análisis de proporcionalidad; esto no implica de ningún modo desconocer la igual dignidad de cada ser humano, lo que se produce en realidad es un reconocimiento de su posición fáctica de desventaja estructural -vulnerabilidad-, que el Estado debe superar con instrumentos normativos como las medidas de acción afirmativa para garantizar –por lo menos- las mínimas condiciones de subsistencia; ocurre entonces que no se deja de partir de la igual dignidad, pero se añade el reconocimiento de su posición socioeconómica para revertir la discriminación estructural que padece.

45. Se discute que las medidas de acción afirmativa no resulta ser un mecanismo adecuado para cumplir la finalidad de recuperación de grupos marginados y conseguir la igualdad real, quienes plantean esta discusión obvian que estadísticamente donde se han implementado éstas, el porcentaje de reducción de la discriminación e inclusión de los colectivos relegados es positivo, en comparación a los lugares donde no se han aplicado; vemos entonces que estas son el instrumento indispensable para materializar el mandato de igualdad real en un Estado constitucional, no se puede restarles importancia o denegar absolutamente su aplicación porque quienes las controvierten tampoco han propuesto mejores mecanismos para superar la discriminación sistemática enraizada en las estructuras de nuestra sociedad, no han planteado mecanismos más eficientes y efectivos para superar este lastre, lo que nos lleva a pensar que ellos desean se mantenga el *statu quo*, por tales motivos consideramos que se trata de una medida necesaria, pero no suficiente. Para enfrentar un problema es necesario atacarlo desde diferentes enfoques con una visión interdisciplinaria que conforme a la naturaleza de las cosas estará sujeto a prueba-error. La medida de acción afirmativa como trato preferente necesita ser supervisada e implementada con un estricto seguimiento de las políticas públicas de igualdad, con datos estadísticos que

permitan verificar avances o retrocesos en el cumplimiento de las finalidades y objetivos, sanciones efectivas por entidades especializadas, entre otros; poniendo énfasis en una asignación suficiente y manejo apropiado de los escasos y limitados recursos económicos del gobierno.

46. Se debate que las medidas de acción afirmativa lesionan derechos de terceros y esta característica no sería compatible con la idea de Estado constitucional, es preciso indicar que según la teoría conflictivista de los derechos fundamentales que goza de gran aceptación por los ordenamientos jurídicos, se postula que la justificada limitación o restricción de los derechos está admitida por el Derecho, más aún si se trata de atender grupos históricamente discriminados, para este efecto el *test* de proporcionalidad aplicado a la igualdad es la herramienta metodológica que permite evaluar la constitucionalidad de la medida de trato diferenciado cuestionada; en términos generales, la afectación o intervención de un derecho para que sea legítima constitucionalmente, debe estar justificada y no ser arbitraria, excesiva o desproporcionada.

47. Se cuestiona que en el análisis del *test* de igualdad las medidas de acción afirmativa generan un desequilibrio procesal en cuanto a la carga de la prueba o peor aún la supresión total de la carga de la prueba, en este punto debemos mencionar que por regla general la carga de la prueba le es atribuible a quien alega haber sufrido el trato discriminatorio –salvo excepciones-, para entender este asunto clasificaremos en dos grupos el tipo de medidas trato diferenciado: 1) el primero, referido a aquellos casos donde nos encontramos ante medidas de trato diferenciado pasibles de someterse a un escrutinio débil y medio, aquí la carga de la prueba siempre recae sobre quien alega el trato discriminatorio, quien debe probar haberlo sufrido, en caso contrario, se declarará que no existió y ratificará su constitucionalidad, y 2) el segundo, se trata de las medidas de trato diferenciado que merecen un escrutinio estricto, como se ha detallado en la parte pertinente; las medidas de esta naturaleza sustentadas en motivos prohibidos de discriminación resultan ser una excepción a la regla, por ello los requisitos son muy exigentes ya que deben conseguir un fin legítimo imperioso, ser el medio más idóneo para conseguir el fin, necesaria y estrictamente proporcional, a partir de este punto, se produce una inversión –en realidad ocurre una distribución- de la carga de la prueba que consiste en trasladar la responsabilidad de probar que el tratamiento



diferenciado es legítimo constitucionalmente, a quien pretende instaurarlo – quien debe probar es el otro, por tanto dicha responsabilidad no desaparece; sin embargo, se debe aclarar que en realidad la carga de la prueba se distribuye porque el sujeto que alega un trato discriminatorio debe acreditar mínimamente la existencia de un tratamiento diferente fundado en un motivo prohibido, sin que medie justificación objetiva y razonable, y el sujeto que pretende se instaure la medida diferenciadora, por encontrarse en una mejor posición para probar, debe desvirtuar la presunción de discriminación –que se activa a favor de la parte más débil por el especial grado de sospecha que genera el uso de los motivos prohibidos de discriminación- demostrando que es completamente admisible jurídicamente, sino se declarará la inconstitucionalidad del trato diferenciado. Importa resaltar que una medida de acción afirmativa conforme a lo postulado en este trabajo, debe ser sometida a un escrutinio intermedio, en ese sentido, quien se sienta afectado por un trato discriminatorio deberá probarlo, porque hay una presunción de constitucionalidad de este tipo de medidas por la finalidad respaldada por el principio de igualdad de oportunidades.

48. Se controvierte que las medidas de acción afirmativa no resultan ser idóneas, necesarias y proporcionales porque existen otras medidas menos invasivas que llevan al mismo resultado; no olvidemos que el análisis de proporcionalidad aplicado a la igualdad establece parámetros y exigencias racionales definidos para cada paso, orientadas a reducir los márgenes de discrecionalidad de los jueces; el asunto citado se centra sustancialmente en cuestionar que tales medidas no cumplirían con el examen de necesidad; al respecto, vemos que el análisis de necesidad exige escoger la medida idónea más eficiente para cumplir la finalidad con el menor daño al derecho fundamental –óptimo de Pareto-, motivo por el que no resulta consistente –en términos del *test* de igualdad- que se sugiera escoger la medida menos lesiva a los derechos de terceros porque al ser inversamente proporcional se estaría reduciendo la posibilidad de obtener un mejor resultado de satisfacción respecto a la finalidad –lo que no se condice con el examen de necesidad-; además el examen de necesidad exige escoger la medida que cumpla con la eficiencia de Pareto -y no otra- para pasar al examen de proporcionalidad.

49. Se controvierte que las medidas de acción afirmativa asignan recursos escasos a individuos de los grupos vulnerables, para lo cual se altera la

competencia a fin de privilegiar el acceso con preferencia sobre el valor meritocrático requerido, en base a la igualdad de oportunidades de llegada – cuotas-; a fin de atender esta controversia resulta necesario referirnos en especial a la igualdad de oportunidades de llegada que suele materializarse en las cuotas electorales, laborales o educativas, etc., las cuales como medidas de acción afirmativa son esencialmente temporales –sujetas a revisión periódica- y excepcionales porque solo deben usarse por un periodo definido para corregir los graves problemas de discriminación sistemática enraizada en las estructuras de nuestra sociedad; se caracterizan por incidir directamente en el resultado asignando un número definido o porcentaje para que los individuos del grupo vulnerable puedan acceder a los bienes escasos, por ejemplo, a una plaza electoral, de estudios o trabajo; el fundamento que por razones de justicia justifica esta intervención en la competencia para compensar favoreciendo la asignación de ciertas plazas al colectivo marginado, reside en la especial dificultad que sus miembros tienen para obtener los escasos bienes valiosos, a los que regularmente no podrían acceder sin ningún tipo de preferencia o compensación jurídica de la diferencia; además no se elimina la exigencia del sistema meritocrático, sino solo se flexibiliza pues no existe una asignación directa por la sola pertenencia del individuo al grupo discriminado, sino una evaluación de las capacidades o cualidades –académicas, laborales, entre otras- para cubrir los puestos.

50. Las críticas dirigidas a las acciones afirmativas las catalogan de medidas elitistas y no políticas de justicia social para reducir la discriminación, se sustentan en que tienen vocación de remediar o permitir el acceso de solo la porción más privilegiada del grupo vulnerable; esta controversia es una de las más difíciles de superar, debido a que, es verdad que no todos los miembros del grupo vulnerable pueden acceder a los escasos bienes ofertados, dicha dificultad trasciende sus limitadas posibilidades de materializar la igualdad para cada uno de ellos, puesto que el Estado no asigna la cantidad de recursos económicos suficientes para elaborar las políticas de igualdad de integración que constituye la finalidad perseguida; mientras más importancia se le asigne a la materialización de la igualdad un mayor número de personas podrán mejorar su posición de vulnerabilidad; en caso contrario, serán solo algunos los que logren acceder a estos escasos bienes y el objetivo no será alcanzado. El binomio antagónico de necesidades ilimitadas y recursos escasos define la

problemática de las medidas de acción afirmativa cuando se busca equilibrar la desigualdad socioeconómica estructural de los derechos económicos, sociales y culturales, pues si bien la perspectiva programática de estas ha cambiado a una progresiva, la concepción de la igualdad material en la estructura de los Estados, el elemento económico y la voluntad política muchas veces determinan las complicaciones de las políticas de igualdad pluridimensionales con visión de integración para la erradicación de la pobreza, exclusión social a fin de elevar la calidad de vida de las personas e infrarrepresentación de éstos.

51. Finalmente, las elaboraciones teóricas de las acciones afirmativas deben servir para transformar la sociedad, en especial, los graves problemas vigentes de violación de los derechos fundamentales en nuestra sociedad –discriminación y desigualdad estructural-; sin embargo, siempre que se apliquen a la realidad van a traer problemas empíricos que generan cuestionamientos, los cuales deben ser analizados para mejorar la operatividad de las mismas; la exigencia de una debida elaboración de estas en función a la realidad propia y la asignación de recursos económicos necesarios, así como el seguimiento del cumplimiento de los objetivos a corto y largo plazo permitirán garantizar mejores resultados, las medidas de acción afirmativa como parte de las políticas públicas de igualdad e integración de la diversidad, constituyen el instrumento indispensable para garantizar las mínimas condiciones de subsistencia y permitir el acceso al desarrollo de estos grupos históricamente marginados.

52. En el Perú, mediante la ley 26859 en su artículo 116 estableció en 25% la cuota de mujeres y varones en las listas de candidatura al Congreso y a las Municipalidades, en el año 2002 mediante la ley 27683 se incrementó ese porcentaje en 30%; sin embargo, no aumentó el número de candidatas electas debido a que no son ubicadas en la parte inicial de la lista. De otro lado, también existen reconocimientos para candidatos políticos indígenas del 15% de plazas reservadas y una bonificación en puntaje para personas con discapacidad para concurso de méritos para cubrir vacantes en el sector público. El hecho de establecer normativamente cuotas rígidas para incrementar el nivel de representación de los individuos pertenecientes a grupos marginados -mujeres- o minoritarios –indígenas, discapacitados, entre otros-, parece indicar que estas medidas no resultan suficientes; el problema es más complejo y requiere evaluar cuáles son todos los factores -como la

posición que se le asigna en la lista por la que postulan, verificación del cumplimiento efectivo de las cuotas o porcentajes y otros que se presenten en cada contexto- que influyen en la exclusión discriminatoria para la elaboración de las medidas de acción afirmativa junto con otras acciones políticas de igualdad. Es decir, las cuotas en su aplicación no han satisfecho las expectativas que persiguen las medidas de acción afirmativa.

53. Las cuotas se responden con el principio de igualdad proporcional, representación democrática en igualdad de condiciones del grupo o sector que proviene, si bien los grupos vulnerables muchas veces no tienen personería jurídica, pero sí constituyen conglomerados con las mismas desventajas e intereses, así que incorporar obligatoriamente un representante para concederle a través de éste el ejercicio de sus derechos políticos, no resulta descabellado, la contienda y competencia dentro de una democracia constitucional debe permitir la posibilidad al grupo equivalente -mujeres- o minoritario participar y acceder a cargos de poder, y si las condiciones son adversas, hay que crear las condiciones a través de políticas públicas de igualdad, aunque si vemos comparamos la igualdad de partida y la igualdad de llegada o resultado, ésta última es más eficiente para garantizar un mínimo de representación, ahora, el problema surgiría al preguntarnos si son medidas completamente eficientes para la paridad, ahí encuentro el problema referido a que, si bien cuando se trata de minorías lo que se pretende es garantizar el mínimo de representación, cambia el contexto cuando se desea conseguir una paridad entre varones y mujeres, porque el flujo de elección en la democracia intrapartidaria no necesariamente tiene esa división 50-50%, al parecer se generarían más controversias con derechos de terceros cuando se trata de la paridad de género que cuando nos remitimos a concederle representatividad a minorías, pero no deja de ser importante elevar la participación política de la mujer –en búsqueda de la anhelada paridad- en la esfera pública en condiciones de igualdad; lo cual debe ser evaluado a la luz del test de proporcionalidad aplicado a la igualdad en cada caso concreto; estas cuotas también han sido aplicadas en España (Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres) aunque en una proporción 60-40%, y han superado satisfactoriamente el análisis de constitucionalidad –con un interesante voto particular-, pese a que existe una mayor incidencia e intensidad en la afectación de derechos de terceros.

## VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS GENERALES.

1. Aaulis, Aarnio. "Sobre la justificación de las decisiones jurídicas. La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico", en *Doxa-8*, México DF., 1990.
2. Aba Catoira, Ana, *La Limitación de los Derechos en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.
3. Abramovich, Víctor, "De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", en *Sur - Revista Internacional de Derechos Humanos, Red Universitaria de Derechos Humanos*, V.6, n.11, 2009 (semestral). Disponible en: <[www.revistasur.org](http://www.revistasur.org)>.
4. Andrés Ibáñez, Perfecto y Alexy, Robert. *Jueces y ponderación argumentativa*, primera edición, Universidad Autónoma de México, México DF., 2006.
5. Bahamonde, Macarena, "La falsa concepción de la acción positiva a favor de las mujeres como medida de discriminación directa", en *revista USFQ Law Review* año 02, volumen 02, N° 01, Colegio de Jurisprudencia. Universidad de San Francisco de Quito, Quito. Disponible en: <[http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/lawreview/Documents/edicion003/law\\_review\\_004.pdf](http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/lawreview/Documents/edicion003/law_review_004.pdf)>.
6. Barrere Unzueta, M<sup>a</sup>. Ángeles, *La acción positiva: análisis del concepto y propuestas de revisión*, Jornadas sobre "Políticas locales para la igualdad entre mujeres y hombres", Palacios de Congresos Europa, Vitoria-Gasteiz, Facultad de Derecho UPV/EHU 11, 12, 13 de diciembre de 2013.
7. Bernal Pulido, Carlos (editor), *La doble dimensión del derecho. Autoridad y razón en la obra de Robert Alexy*, Palestra Editores, Lima. 2011.
8. Bernal Pulido, Carlos, *El juicio de la igualdad en la jurisprudencia de la corte constitucional colombiana*, Universidad Externado de Colombia. Disponible en: Disponible en: Disponible en: <

[http://www.derecho.usmp.edu.pe/instituto/Investigaciones\\_Centros2014/ALCANCES\\_DEL\\_PRINCIPIO\\_DE\\_IGUALDAD.pdf](http://www.derecho.usmp.edu.pe/instituto/Investigaciones_Centros2014/ALCANCES_DEL_PRINCIPIO_DE_IGUALDAD.pdf) >.

9. Bernal Pulido, Carlos, *El juicio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana*. Disponible en: < <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/344/5.pdf> >.
10. Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos* (traducido por De Asís Roig, Rafael), Editorial Sistema, Madrid, 1991. Disponible en: < [http://culturadh.org/ue/wp-content/files\\_mf/144977835110.pdf](http://culturadh.org/ue/wp-content/files_mf/144977835110.pdf) >.
11. Bolaños Salazar, Elard Ricardo, “*Las acciones afirmativas como expresiones de la igualdad material: propuesta de una teoría general*”, en *Revista Pensamiento Jurídico*, N° 44, Bogotá, julio-diciembre 2016. Disponible en: < <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/2449/AD-10-41.pdf?sequence=1> >.
12. Briones, Guillermo, *Métodos y Técnicas de Investigación para las Ciencias Sociales*, Editorial Trillas, México, 1986.
13. Chano Regaña, Lorena, “*Igualdad y principio de proporcionalidad en el Derecho Europeo*”, en *Revista Universitaria Europea*, número 23, AUDESCO, Madrid, julio-diciembre 2015. Disponible en: < <http://www.revistarue.eu> >.
14. Carbonell, Miguel y Grández Castro, Pedro Paulino (coordinadores), *El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo*, Palestra Editores SAC., Lima, 2010.
15. Carbonel, Miguel, *Igualdad*, en: <<http://www.miguelcarbonel.com/docencia/igualdad/shtml>>.
16. Castillo Córdova, Luis y Grández Castro Pedro Paulino, *Igualdad, derechos sociales y control de políticas públicas en la jurisprudencia constitucional*, cuaderno 12, Lima, 2017.
17. Castillo Córdova, Luis y Grández Castro, Pedro Paulino (directores), *Sobre la interpretación constitucional y convencional, Un enfoque transversal del derecho*, Palestra Editores SAC., Lima, 2016.
18. Castillo Córdova, Luis, *et. al.*, *Pautas para interpretar la Constitución y los derechos fundamentales*, guía N° 06, Gaceta Jurídica, Lima, 2009.
19. Carrasco Durán, Manuel, “*Amparo judicial: presente y futuro*”, en *Revista de Derecho Político*, N° 68, UNED, Madrid. Disponible en: <

- <http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/viewFile/9013/8606> >.
20. Díaz Revorio, Francisco Javier, Estado, Constitución, Democracia. Tres conceptos que hay que actualizar, Palestras Editores, Lima, 2017.
  21. Díaz Revorio, Francisco Javier y Rebato Peño, M<sup>a</sup> Elena (directores), *La justicia constitucional en Iberoamérica: una perspectiva comparada*, UBIJUS Editorial, Ciudad de México, 2016.
  22. Díaz Revorio, Francisco Javier, "Sobre los valores en la filosofía jurídica y en el derecho constitucional", en *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*, número 08, jul./dez., Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC), São Paulo, 2016. Disponible en: < [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-08/RBDC-08-033-F\\_Javier\\_Diaz\\_Revorio.pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-08/RBDC-08-033-F_Javier_Diaz_Revorio.pdf) >.
  23. Díaz de Valdés J., José Manuel, "La igualdad constitucional: múltiple y compleja", en *Revista Chilena de Derecho*, volumen 42, número 01, Santiago de Chile, abril, 2015. Disponible en: < <http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v42n1/art07.pdf> >.
  24. Dulitzky, Ariel E, "El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros de la jurisprudencia interamericana", en *Anuario de Derechos Humanos* N° 03, 2007. Disponible en: <[www.anuariocdh.uchile.cl](http://www.anuariocdh.uchile.cl)>.
  25. Durán, Carmenza (14 de abril de 2016), Test de Razonabilidad [Mensaje en un blog], Prezi. Disponible en: < <https://prezi.com/hil5yyk52au4/test-de-razonabilidad/> >.
  26. Ferrajoli, Luigi, "Igualdad y diferencia", en *Igualdad y diferencia de género*, México, 2010.
  27. Ferrajoli, Luigi, *La igualdad y sus diferencias* (Giménez Sánchez, Isabel M. Trad.), en Ruíz Miguel, Alonso y Macia Morillo, Andrea (directores), *Desafíos de la igualdad. Desafíos a la igualdad*, primera edición, N° 13, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2009. Disponible en: <<https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/13/la-igualdad-y-sus-garantias-luigi-ferrajoli.pdf>>.
  28. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón, Teoría del Garantismo Penal*, Trotta, Madrid, 1998.

29. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995.
30. García Jaramillo, Leonardo, "Desafíos de la internacionalización del Derecho: la contribución del *ius constitutionale commune*", en *Revista de Derecho Político*, número 97 septiembre-diciembre, UNED, Madrid. Disponible en: < <file:///D:/Libros%20para%20el%20M%C3%A1ster/Lecturas%20del%20M%C3%A1ster/Derechos%20Fundamentales%20I/Leonardo%20Garc%C3%ADa%20Jaramillo%20-%20Desaf%20dos%20de%20la%20Internacionalizaci%C3%B3n%20-%20Lectura%20Adicional.pdf> >.
31. García Guerrero, José Luis (director), *La vida, la igualdad y los derechos de libertad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.
32. García Roca, Javier, Fernández Sánchez, Pablo Antonio, Santolaya Machetti, Pablo y Canosa Usera, Raúl (editores), *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*, segunda edición, ECB Editores S.A.C., Lima, 2015.
33. González Martín, Nuria, *El principio de igualdad, la prohibición de discriminación y las acciones positivas*. Disponible en: < <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/340/18.pdf> >.
34. Guzmán Napurí, Christian, *La Constitución Política: un análisis funcional*, Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2005.
35. Hernández Sampieri, Roberto y otros, *Metodología de la Investigación*, Editorial McGrawHill, México, 2010.
36. Huerta Guerrero, Luis Alberto, "El derecho a la igualdad", en revista *Pensamiento Constitucional*, año XI, N° 11, Lima, 2005. Disponible en: < <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/7686/7932> >.
37. Huesca Rodríguez, Mauricio, "El lado oscuro de las acciones afirmativas. Una visión crítica", en revista *Quid Iuris*", año 09, volumen 28, Ciudad de México, 2015. Disponible en Biblioteca Jurídico Virtual del Instituto de investigaciones Jurídicas de la UNAM: < <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/quid-iuris/article/view/17548/15756> >.



38. Iníguez Manso, Andrea Rosario, “La noción de ‘categoría sospechosa’ y el derecho a la igualdad ante la ley en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLIII*, 2º semestre, Valparaíso, 2014. Disponible en: < <http://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n43/a13.pdf> >.
39. Insignares-Cera, Silvana y Molinares-Hassan, Viridiana, *Juicio integrado de constitucionalidad: análisis de la metodología utilizada por la corte constitucional colombiana*, N° 124, Vniversitas, Bogotá, 2012. Disponible en: < <http://www.scielo.org.co/pdf/vniv/n124/n124a05.pdf> >.
40. Hugo Cárdenas, Víctor, *et. al.*, *Participación política indígena y políticas públicas para pueblos indígenas en América Latina*, Fundación Korad Adenauer Stiftung (KAS), La Paz, 2011.
41. Jiménez Gluck, David, *Una manifestación polémica del principio de igualdad*, Tirant Monografías, Valencia, 1999.
42. Kresalja, Baldo y Ochoa, Cesar, *Derecho Constitucional Económico*, Fondo Editorial PUPC, Lima, 2009.
43. Martín Sánchez, María, *Derecho a ser diferente: dignidad y libertad*, en Colección sobre la protección constitucional de los derechos humanos, Fascículo 11, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México DF., 2015.
44. Martín Sánchez, María, *La mujer inmigrante: espacios de doble discriminación*, en el material entregado con motivo del II Máster Universitario Oficial de derecho Constitucional 2016-2017, organizado por la Universidad Castilla La Mancha y el Instituto Palestra, correspondiente al módulo IV, asignatura 1, Derechos Fundamentales en el Sistema Constitucional I a cargo de la profesora María Molero Martín-Salas, Lima, 2017.
45. Mendoza Escalante, Mijail, *Derecho a la igualdad y discriminación por raza*. Disponible en: < <http://www.consultoriaconstitucional.com/articulos/pdf/iii/igualdad.pdf> >.
46. Nogueira Alcalá, Humberto, “*El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas*”, en revista *Anuario da Facultade Dereito da Universidade da Coruña*, 10, 2006. Disponible en: < <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/2449/AD-10-41.pdf?sequence=1> >.

47. Nogueira Alcalá, Humberto, *Justicia y tribunales constitucionales en América del Sur*, Editorial Palestra, Lima, 2006.
48. Otárola Malassis, Janine Madeline, “*La evolución del principio constitucional de la paridad de género en la jurisprudencia*”, en revista *Quid Iuris*, año X, volumen 31, Ciudad de México, 2016. Disponible en Biblioteca Jurídico Virtual del Instituto de investigaciones Jurídicas de la UNAM: < <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/quid-juris/article/view/17548/15756> >.
49. Palomino, Rafael, *La discriminación positiva en la UE y los límites de la discriminación positiva: carencias y debilidades de las actuales políticas de discriminación positiva en Europa*, en Anuario de Derechos Humanos, Nueva Época, Volumen 09, 2008.
50. Pazo Pineda, Oscar Andrés, *Los derechos fundamentales y el Tribunal Constitucional*, Gaceta Jurídica SA., Lima, 2014.
51. Pérez Casaverde, Efraín, *Manual de Derecho Constitucional*, Adrus D&L Editores SAC., Lima, 2003.
52. Portocarrero Quispe, Jorge Alexander, apuntes de cátedra y resumen de los materiales de clase entregados con motivo del curso de Actualización Jurídica en Metodología de la Argumentación Jurídica, organizado por el Instituto Palestra - Escuela Iberoamericana de Derecho y la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, los días del 2 de febrero al 7 de marzo de 2015, soporte de audio en formato MP3.
53. Presno Linera, en Miguel Ángel (coordinador), *La metamorfosis del Estado y del Derecho*, Fundamentos N° 08, Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, 2014.
54. Prieto Sanchís, Luis, *Los derechos sociales como derechos fundamentales*. En el material entregado con motivo del II Máster Universitario Oficial de derecho Constitucional 2016-2017, organizado por la Universidad Castilla La Mancha y el Instituto Palestra, correspondiente al módulo IV, asignatura 1, Derechos Fundamentales en el Sistema Constitucional I a cargo de la profesora María Molero Martín-Salas, Lima, 2017.

55. Quiroga León, Aníbal, *El debido proceso legal en el Perú y en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Jurisprudencia*, segunda edición, Idemsa, Lima, 2014.
56. Rey Martínez, Fernando, *El principio de igualdad en el contexto de la crisis del Estado social: diez problemas actuales*, en Presno Linera, Miguel Ángel (coordinador), *La metamorfosis del Estado y del Derecho*, Fundamentos N.º 8, Junta General del Principado de Asturias, 2014. Disponible en: < <https://www.unioviedo.es/constitucional/fundamentos/octavo/pdfs/Rey-Igualdad.pdf> >.
57. Rey Martínez, Fernando y Giménez Glück, David (coordinadores), *Por la diversidad, contra la discriminación. La igualdad de trato en España: hechos, garantías, perspectivas*, documentos de trabajo 4/2010, Fundación IDEAS, 2010. Disponible en: < <http://www.fundaciónideas.es> >.
58. Rey Martínez, Fernando, *Sentido y alcance de la igualdad constitucional*, en Rey Martínez, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Universidad de Valladolid, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, México DF., 2005. Disponible en: < <http://repositorio.dpe.gob.ec/bitstream/39000/912/1/CONAPRED-012.pdf> >.
59. Ruiz Miguel, Alfonso, *La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, en la *Igualdad y discriminación inversa*, proyecto de investigación número PB94-0193 del Programa de Promoción del Conocimiento de la DGICYT. Disponible en: < <file:///C:/Users/Miguel/Downloads/la-igualdad-en-la-jurisprudencia-del-tribunal-constitucional-0.pdf> >.
60. Robles Trejo, Luis y otros, *Fundamentos de la investigación científica y jurídica*, Editorial Fecatt, Lima, 2012.
61. Rodríguez Santander, Roger, apuntes de cátedra del Módulo 4: Argumentación, derrotabilidad y teoría de los precedentes, con motivo del curso de Especialización en Argumentación Jurídica y Estado Constitucional, organizado por el Instituto Palestra - Escuela Iberoamericana de Derecho y la Facultad de Derecho de la Pontificia

- Universidad Católica del Perú, los días del 30 de enero al 19 de marzo de 2016, soporte de audio en formato MP3.
62. Rubio Llorente, Francisco, *Los derechos fundamentales y principios constitucionales (Doctrina jurisprudencial)*, Editorial Ariel SA., Barcelona, 1995.
  63. Rubio Llorente, Francisco, *Igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 31, año 11, enero-abril 1991. Disponible en: < <file:///C:/Users/Miguel/Downloads/Dialnet-LaIgualdadEnLaJurisprudenciaDelTribunalConstitucio-79432.pdf> >.
  64. Ruiz Chiriboga, Oswaldo, *Cláusulas autónomas, subordinadas e incorporadas de igualdad y no discriminación en el Sistema Interamericano*, en Mejía R., Joaquín A. (coordinador), *Los derechos humanos en las sentencias de la Corte Interamericana sobre Honduras*, editorial Casa San Ignacio, Guaymuras, 2012. Material de lectura entregado con motivo del Curso de Actualización Jurídica “Diálogo Jurisprudencial entre la Corte IDH y las Cortes nacionales”, realizado por el Instituto Palestra – Escuela Iberoamericana de Derecho y la Pontificia Universidad Católica del Perú, los días 02 al 23 de febrero de 2015.
  65. Sagües, Néstor Pedro, *Teoría de la Constitución*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2001.
  66. Sagües, Néstor Pedro, *"El control de convencionalidad como instrumento para la elaboración de un iuscommune interamericano"*. En A.A.V.V. *La justicia constitucional y su internacionalización: ¿Hacia un iusconstitutionalecommune en América Latina?*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2010.
  67. Salgado, Yudith, *El género en el derecho. Ensayos críticos*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Ecuador, Quito, 2009.
  68. Salomé Resurrección, Liliana, *"Igualdad y no discriminación en las sentencias y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos"*, en: *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional*, Tomo 103, Lima, 2016.

69. Santiago Juárez, Mario (coordinador), *Acciones afirmativas*, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, México DF, 2011. Disponible en: < [http://www.conapred.org.mx/documentos\\_cedoc/AA\\_MSJ.pdf](http://www.conapred.org.mx/documentos_cedoc/AA_MSJ.pdf) >.
70. Solís Espinoza, Alejandro, *Metodología de la Investigación Jurídico Social*, Lima, 1991.
71. Sosa Sacio, Juan Manuel, *Resolución de conflictos entre bienes y/o derechos constitucionales: el examen de proporcionalidad*, en *Guía teórico-práctica para utilizar los criterios interpretativos del Tribunal Constitucional*, Lima, 2011.
72. Sosa Sacio, Juan Manuel, "El principio-derecho de igualdad en la Carta de 1993, con especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *Revista Peruana de Derecho Público*, N° 11, julio-diciembre 2005.
73. Sosa Sacio, Juan Manuel, "Una mirada constitucional a la defensa del consumidor, con especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *Ensayos sobre protección al consumidor en el Perú*, Lima.
74. Steiner, Christian y Uribe, Patricia (editores), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Konrad Adenauer Stiftung e.V., México DF., 2014.
75. Torres Zúñiga, Natalia. *El control de convencionalidad: alcances y características. Algunos aspectos de su aplicación en la práctica del Tribunal Constitucional Peruano y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Cuaderno de Trabajo N° 6. Nueva Serie, del Centro de Investigación Capacitación y Asesoría Jurídica (CICAJ), Lima, 2013.
76. Treacy, Guillermo, F., *Categorías sospechosas y control de constitucionalidad*, en *Lecciones y Ensayos*, N° 89, 2011. Disponible en: < <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/89/treacy-quillermo-f-categorias-sospechosas-y-control-de-constitucionalidad.pdf> >.
77. Urteaga, Eguski, "Las políticas de discriminación positiva", en *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, número 146, Madrid, octubre-diciembre 2009.

78. Zapata Zapata, Russela, *Las políticas de Género ¿son de obligatorio cumplimiento en el Perú?* en Ledesma Narváez, Mariella (coordinadora), *Género y justicia. Estudios e Investigaciones en el Perú e Iberoamérica*, colección "Derecho & Sociedad", Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú, Lima, 2016.

### **Jurisprudencia y otros.**

1. Tribunal Constitucional de Perú, Caso *Importadora y Exportadora A.S.S.R.L. contra la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT)*, expediente N° 6626-2006-PA/TC, sentencia del 19 de abril del 2007,
2. Tribunal Constitucional de Perú, caso *Arturo Castillo Chirinos*, Expediente N° 2730-2006-PHC-TC, sentencia del 21 de julio de 2006.
3. Tribunal Constitucional del Perú, caso *Pedro Andrés Lizana Puelles*, Expediente N° 05854-2005-PA/TC, sentencia del 08 de noviembre de 2005.
4. Tribunal Constitucional de Perú, Caso *PROFA*, expediente N° 045-2004-PI/TC, sentencia del 29 de octubre del 2005.
5. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Atala Riffo y niñas contra Chile*, sentencia de fondo, reparaciones y costos del 24 de setiembre del 2012, serie C, N° 239.
6. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 20, *La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, E/C.12/GC/20, 4 al 22 de mayo de 2009.
7. Tribunal Constitucional de España. Caso *Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Expediente N° 12/2008, sentencia del 29 de enero de 2008 (BOE núm. 52, de 29 de febrero de 2008). Disponible en: <  
<http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/6244> >.

