

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD MATERIAL EN LA CONSTITUCIÓN EUROPEA

Encarna Carmona Cuenca

SUMARIO: 1. Igualdad formal e igualdad material. 2. El principio de igualdad material en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. 3. El principio de igualdad material en el Derecho Comunitario. 4. El principio de igualdad material en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en la Constitución europea. 5. Conclusiones.

1. IGUALDAD FORMAL E IGUALDAD MATERIAL

Según la interpretación clásica –que tiene sus raíces en la obra de Hermann Heller- se venía distinguiendo entre un principio de igualdad formal o igualdad ante la ley, como mandato de igual trato jurídico a personas que están en la misma situación, e igualdad material, como una reinterpretación de aquélla en el Estado social de Derecho que, teniendo en cuenta la posición social real en que se encuentran los ciudadanos, tiende a una equiparación real y efectiva de los mismos¹. Para lograr esta igualdad material, los poderes públicos deberán, en ocasiones, dictar normas aparentemente desiguales o contrarias a la igualdad formal, con el objetivo de elevar la posición social de los colectivos que se encuentran en una situación continuada de inferioridad social real.

En la terminología de Robert Alexy la dicotomía se plantearía entre los conceptos de igualdad *de iure* e igualdad de hecho². Como quiera que en la Constitución alemana se reconoce únicamente la denominada igualdad formal, en el artículo 3.1³, se

¹ Vid. H. HELLER, “Las ideas socialistas” en *Escritos Políticos* (selección y prólogo de A. López Pina), Alianza, Madrid, 1985, pág. 322. Vid., también, E. CARMONA CUENCA, “El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista de Estudios Políticos* Núm. 84, 1994, págs. 271 y sigs.

² R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993 (versión española de Ernesto Garzón Valdés de la obra original, aparecida en 1986), págs. 402 y sigs.

³ Este precepto establece: “Todas las personas son iguales ante la ley”. En el apartado 2 del mismo artículo 3 de la Ley Fundamental de Bonn parece aceptarse la igualdad material en lo referente a las diferencias de género: “Hombres y mujeres tendrán los mismos derechos. El Estado fomentará la realización efectiva de la igualdad de derechos de hombres y mujeres y procurará suprimir las desventajas existentes”, si bien este segundo apartado fue incorporado a la Constitución en 1994, con posterioridad a la obra de Alexy.

pregunta este autor si se puede adscribir a este principio general de igualdad tanto una igualdad *de iure* como una igualdad de hecho, como derechos subjetivos fundamentales esgrimibles ante los tribunales.

Concebir la igualdad *de iure* como un derecho fundamental no plantea problemas⁴, pues existe ya una importante tradición jurisprudencial que así lo consagra. Sin embargo, concebir la igualdad de hecho como un derecho fundamental sí plantea algunos problemas. Ello supondría reconocer un derecho subjetivo fundamental a recibir un trato jurídico desigual y favorable para conseguir la igualdad real, la igualdad en las condiciones reales de la existencia.

La funcionalidad del principio de igualdad de hecho puede ser de dos tipos⁵. En primer lugar, puede constituir una razón suficiente para la permisión o justificación de un tratamiento desigual. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional Federal alemán en algunas sentencias, a menudo bajo el nombre de “principio de Estado social”⁶. Comprendido de esta forma, legitimaría medidas legislativas que, siendo aparentemente contrarias a la igualdad *de iure*, tendiesen a la consecución de la igualdad de hecho.

En segundo lugar, el principio de igualdad de hecho puede constituir una razón suficiente para la imposición de un tratamiento desigual. Este tipo de funcionalidad, más interesante para Alexy, permitiría extraer del principio de igualdad de hecho un derecho a un tratamiento desigual *de iure* en determinados supuestos.

Pero en este segundo entendimiento del principio de igualdad de hecho es donde se plantean los problemas. Esta comprensión de la igualdad fáctica podría suponer una contradicción con la propia igualdad *de iure*. También podría entrar en contradicción con el principio general de distribución de competencias entre el Tribunal Constitucional Federal y el Poder Legislativo, en cuanto que es a éste a quien compete dictar la legislación que tienda a conseguir la igualdad real. En esa tarea, el Tribunal Constitucional Federal no debe sustituir al Legislador.

⁴ Vid. J.M. BAÑO LEÓN, “La igualdad como derecho subjetivo”, en *Revista de Administración Pública* Núm. 14, 1987.

⁵ R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., págs. 408-409.

⁶ Vid., por ejemplo, BverfGE 29, 402 (412), citada por R. Alexy en *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit. pág. 409.

El profesor Alexy concluye que, aunque es cierto que la concepción de la igualdad de hecho como derecho subjetivo fundamental plantea problemas de posible contradicción con estos principios enunciados (y también con los derechos de libertad), no por ello hay que descartar totalmente este entendimiento. Efectivamente, el Tribunal Constitucional Federal podrá ponderar en cada caso cuál es el principio que debe prevalecer, pero es posible que en algún caso determinado, deba prevalecer el principio de igualdad de hecho. Esto ya ha sucedido en algunas Sentencias que cita el autor⁷, referidas al llamado “derecho de pobres”, es decir el derecho a la asistencia jurídica gratuita. El Tribunal entendió que el trato igual (negando este derecho) a las personas con recursos y sin ellos supone, en la práctica y en cuanto a las consecuencias, un trato desigual, pues impide a las personas sin recursos acceder a la justicia. En este caso, la decisión se apoyaba también en otro precepto constitucional, la garantía de la protección jurídica del art. 19.4 de la Ley Fundamental, pero, según entiende el autor, la argumentación podría aplicarse también en otros supuestos y, muy particularmente, en lo que se refiere a la concesión de un mínimo vital.

Como conclusión, el profesor Alexy considera que el principio de la igualdad de hecho puede ser entendido como un derecho subjetivo fundamental a un trato jurídico desigual para conseguir la igualdad real sólo si desplaza a todos los otros principios opuestos que estén en juego⁸.

Sobre la estructura de los derechos subjetivos derivados del principio general de igualdad, el profesor Alexy concluye: “es insuficiente interpretar el artículo 3 párrafo 1 LF (Ley Fundamental de Bonn) en el sentido de un derecho de status negativo; más bien, a esta disposición iusfundamental hay que adscribir un haz de derechos subjetivos de estructura sumamente diferente”⁹, es decir, el principio constitucional de igualdad no

⁷ BverfGE 2, 336, citada por R. ALEXY en *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit., pág. 403.

⁸ R. ALEXY, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit., pág. 409. En España, L. PRIETO SANCHÍS ha sostenido la naturaleza de derecho fundamental de la denominada igualdad material, en base a una interpretación conjunta de los arts. 9.2 y 14 de la Constitución española (vid., del autor, “Igualdad y minorías”, en *Tolerancia y Minorías*, Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo, 1996, págs. 57 y sigs.). En este sentido, puede verse, también, J. M. HERREROS LÓPEZ, “Igualdad y Mercado de Trabajo”, Comunicación presentada al VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional (Mesa “Igualdad y no discriminación”), celebrado en Sevilla del 3 al 5 de Diciembre de 2003, pág. 8 del original publicado en CD-ROM.

⁹ R. ALEXY, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit., pág. 418.

sólo otorga el derecho a no sufrir discriminación (status negativo), sino también el derecho a acciones positivas del Estado, que pueden consistir en prestaciones (status positivo) o en acciones para favorecer la participación política (status activo). Merece la pena transcribir estas líneas del autor:

“Si alguien –debido a una violación de la máxima de igualdad- es afectado por una prohibición, puede tener un derecho definitivo concreto basado en la máxima de igualdad, a la omisión de la intervención, es decir, un derecho de status negativo¹⁰. En este caso, la ‘omisión de un tratamiento desigual’ es una acción negativa. Si, en cambio, alguien –como consecuencia de una violación de la máxima de la igualdad- no es favorecido puede tener un derecho definitivo concreto basado en la máxima de igualdad a ser favorecido, es decir, un derecho de status positivo¹¹. En este caso, la ‘omisión de un tratamiento desigual’ consiste en un hecho positivo. Si –en violación de la máxima de igualdad- a alguien no se le concede la competencia de la participación en la formación de la voluntad política, puede tener un derecho concreto de status activo basado en la máxima de igualdad”¹².

Dentro de la tradición occidental, la primera Constitución que recoge esta idea de la materialidad del principio de igualdad es la Constitución italiana de 1947, en el segundo párrafo de su art. 3¹³. En los primeros años de vigencia de la Constitución, la tendencia predominante fue negarle el carácter de verdadera norma jurídica, considerándola como una disposición de las denominadas “programáticas”, lo que significaba que no adquiriría verdadera eficacia mientras no fuese concretada por una ley futura¹⁴.

En la jurisprudencia constitucional italiana no se ha hecho un uso claro de este precepto. En general, la Corte Constitucional italiana ha argumentado poniendo en conexión los dos párrafos del art. 3, considerando que los principios de igualdad formal y material no son antitéticos, sino que la igualdad material enriquece el contenido de la igualdad formal¹⁵. De esta forma, el art. 3, 2º párrafo, sirve de justificación de aquellos

¹⁰ Vid., por ejemplo, BverfGE 21, 292 (301 ss.), citada por el autor.

¹¹ Vid., por ejemplo, BverfGE 27, 220 (230), citada por el autor.

¹² R. ALEXY, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit., págs. 417-418.

¹³ El art. 3 de la Constitución italiana establece: “Todos los ciudadanos tienen la misma dignidad social y son iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas ni circunstancias personales y sociales. Constituye obligación de la República suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país”.

¹⁴ Vid. U. ROMAGNOLI, “Il principio d’uguaglianza sostanziale” (comentario al art. 3.2), en G. BRANCA (Dir.), *Commentario della Costituzione. Principi Fondamentali (arts. 1-12)*, Zanichelli, Bolonia, 1975, pág. 167. Vid., también, V. CRISAFULLI y L. PALADIN, *Comentario breve alla Costituzione*, Cedam, Padua, 1999, págs. 29 y sigs.

¹⁵ Vid. L. PALADIN, *Diritto Costituzionale*, Cedam, Padua, 1991, pág. 578.

“supuestos legislativos que, aparentemente discriminatorios en la comparación de categorías o grupos de ciudadanos, en realidad restablecen la igualdad de condiciones”¹⁶, particularmente cuando se trata de intervenciones positivas de los poderes públicos, que favorecen a los sujetos o sectores de la sociedad más débiles¹⁷. Para ello, se argumenta en base al art. 3, 2º párrafo en relación con otras normas constitucionales, en especial, aquellas que reconocen los derechos sociales. Parece, pues, que la funcionalidad con que se ha utilizado el art. 3, 2º párrafo de la Constitución italiana es como legitimador de determinadas medidas legislativas que establecen un trato desigual con la finalidad de conseguir la igualdad de hecho.

Sin embargo, en alguna Sentencia, puede apreciarse una eficacia más cercana a la consideración de la igualdad de hecho como un verdadero derecho subjetivo a un trato desigual y favorable de los ciudadanos pertenecientes a colectivos tradicionalmente discriminados. Así, por ejemplo, basándose en el art. 3, 2º párrafo, en conexión con los arts. 30, 31 y 34 de la Constitución italiana, la Sentencia de la Corte Constitucional 215/1987, de 8 de junio, declaró la invalidez de una norma que no aseguraba la asistencia de los alumnos minusválidos, en el ámbito de la escuela media superior.

La interpretación actual del art. 3 de la Constitución italiana señala que –contra lo que pudo pensarse en un principio– los principios de igualdad formal e igualdad sustancial o material no son inconciliables, sino interdependientes. Puesto que el principio de igualdad formal no prohíbe toda diferencia de trato normativo, sino que sólo exige que esa diferencia debe estar basada en una razón relevante, se puede afirmar que la diferente posición social y económica de los individuos es una razón relevante para ser tratados jurídicamente de forma diferente. La igualdad entendida en este sentido amplio justificaría, por ejemplo, las limitaciones a la libertad de contratación del empleador en lo que se refiere al despido de las trabajadoras embarazadas. El Legislador debe encontrar el punto de equilibrio entre las exigencias de la igualdad formal y las

¹⁶ Vid. la Sentencia de la Corte Constitucional italiana 106/1962, de 19 de diciembre, y también la 28/1957, de 26 de enero.

¹⁷ L. PALADIN, *Diritto Costituzionale*, op. cit., pág. 578.

exigencias de la igualdad material (igualación en las condiciones reales de la existencia como tarea de los poderes públicos)¹⁸.

En la Constitución española de 1978 se incluyó un precepto similar al art. 3, 2º párrafo, de la Constitución italiana. Se trata del art. 9.2¹⁹ de aquélla que, según la interpretación más común, consagra el principio de igualdad material, en tanto que el art. 14²⁰ de la misma Constitución española reconocería el principio de igualdad formal. La Norma Fundamental española plantea nuevos interrogantes con respecto a la Constitución italiana, puesto que los dos preceptos que reconocen el principio de igualdad se encuentran en distinto Título de la Constitución y ello condiciona las garantías de que goza cada uno de ellos. En efecto, el artículo 14 está ubicado en el Título I, relativo a los derechos y deberes fundamentales, y goza de la máxima protección constitucional, que incluye el recurso de amparo constitucional, mientras que el art. 9.2 está situado en el Título Preliminar, cuyo valor jurídico es –cuando menos– más problemático²¹.

Sobre la eficacia jurídica del art. 9.2, se ha dicho que su estructura normativa como norma de programación final impide su consideración como norma fundamentadora de derechos subjetivos de los ciudadanos esgrimibles ante los tribunales. Su eficacia se traduciría en su utilización como criterio interpretativo del resto del ordenamiento (también del art. 14 de la Constitución) y –aunque esto es más discutible– en su carácter de parámetro de la constitucionalidad de las leyes²².

En la mayor parte de sus sentencias que se refieren al art. 9.2 de la Constitución española, el Tribunal Constitucional español ha interpretado dicho precepto como un

¹⁸ R. BIN y G. PITRUZZELLA, *Diritto Costituzionale*, G. Giappichelli, Turín, 2003, pág. 451.

¹⁹ “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”

²⁰ “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social”.

²¹ Sobre el Título Preliminar de la Constitución española, puede verse: VV.AA., *Jornadas de estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988.

²² Vid. E. CARMONA CUENCA, “Normas constitucionales de contenido social: delimitación y problemática de su eficacia jurídica”, *Revista de Estudios Políticos* Núm. 76, 1992 y J. A. MONTILLA MARTOS, “El mandato constitucional de promoción de la igualdad real y efectiva en la jurisprudencia constitucional. Su integración con el principio de igualdad”, en VV.AA., *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico, Vol. I*, Tecnos, Madrid, 1997, especialmente págs. 462-463.

correctivo de la igualdad formal del art. 14 del Texto Constitucional, haciendo hincapié en la necesidad de que el Legislador no trate a todos los individuos de la misma manera, sino que sea capaz de tratar de forma diferente aquellas situaciones que son distintas en la vida real. Así, ha afirmado en varias sentencias que “lo proclamado en el art. 9.2 puede exigir un mínimo de desigualdad formal para progresar hacia la consecución de la igualdad sustancial”²³. La finalidad general de esta diferencia de trato legal no es otra que proteger a ciertos sectores sociales discriminados. De este modo, puede decirse que el Tribunal Constitucional español ha utilizado el art. 9.2 de la Constitución en su funcionalidad justificadora de tratos normativos favorables a ciertos sectores sociales, impidiendo, así, que éstas normas contradigan el principio de igualdad enunciado en el art. 14.

Sin embargo, existe otra línea en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español sobre el principio de igualdad que justifica los supuestos de trato normativo diferenciado y favorable a ciertos sectores sociales tradicionalmente discriminados basándose únicamente en el art. 14 de la Constitución española. Sosteniendo un concepto más amplio del principio general de igualdad de este precepto, a él pueden reconducirse aquellos supuestos que antes eran resueltos en base al art. 9.2²⁴. Esta interpretación amplia del principio de igualdad del art. 14 de la Constitución como justificador de las diferencias de trato que persiguen corregir las desigualdades de hecho es sostenida también por algunos autores en la doctrina española²⁵. En concreto, los profesores Bilbao Ubillas y Rey Martínez ponen de manifiesto la innecesariedad –a mi modo de ver bien fundamentada- de la dicotomía igualdad formal-igualdad material, desde el momento en que el principio general de igualdad no impide toda diferencia de

²³ Fundamentalmente, las Sentencias 114/1983, de 6 de diciembre; 98/1985, de 29 de julio, y 19/1988, de 16 de febrero. Vid. E. CARMONA CUENCA, “El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, cit., págs. 275 y sigs.

²⁴ Así se hace en las Sentencias 65/1983, de 21 de julio; 25/1989, de 3 de febrero; 180/191, de 23 de septiembre y, especialmente, en la Sentencia 19/1989, de 31 de enero, donde se afirma: “La virtualidad del art. 14 de la Constitución no se agota en la cláusula general de igualdad que inicia su contenido, sino que también persigue la interdicción de determinadas diferencias, históricamente muy arraigadas, que, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, han situado a amplios sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 de la Constitución. De ahí que, en principio, no puedan considerarse lesivas del principio de igualdad, aun cuando establezcan un trato más favorable, las medidas que tengan por objeto compensar la situación de desventaja de determinados grupos sociales...”.

²⁵ Así, por ejemplo, A. E. PÉREZ LUÑO, “El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Anuario de Derechos Humanos*, 1981; A. GARRORENA, *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 66 y E. CARMONA CUENCA, “El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, cit., pág. 280.

trato, sino sólo aquella que carece de una justificación objetiva y razonable. La finalidad estatal de equiparación de ciertos colectivos discriminados sí posee una justificación objetiva y razonable en un Estado que se proclama “social y democrático de Derecho”²⁶.

Lo que no se encuentra en la jurisprudencia constitucional española es el reconocimiento del principio de igualdad material como fundamentador de un derecho subjetivo a un trato jurídico desigual²⁷. Es más, en su Sentencia 86/1985, de 10 de julio, el Tribunal Constitucional concluye que el art. 14 de la Constitución no reconoce un “derecho a la singularización normativa”. Es decir, del art. 14 no cabe derivar un derecho subjetivo jurisdiccionalmente protegido a recibir un trato diferente y favorable en determinadas circunstancias, del mismo modo que sí existe un derecho subjetivo a no ser discriminado fundado en dicho precepto²⁸. La determinación de en qué casos procede aplicar un trato jurídico diferente y favorable a determinados colectivos corresponde al Legislador²⁹.

Puesto que una línea de la jurisprudencia constitucional ha interpretado el art. 14 de la Constitución española como integrador de la igualdad formal y la igualdad material, podríamos preguntarnos si realmente era necesario el art. 9.2 de la Constitución. El profesor Torres del Moral se plantea esta cuestión y concluye afirmando su innecesariedad. Efectivamente, de otra forma no podría incorporarse la llamada igualdad material a las finalidades del Estado en aquellos países cuyas Constituciones no contuviesen un precepto similar³⁰. Hemos visto el ejemplo de

²⁶ J. M. BILBAO UBILLOS y F. REY MARTÍNEZ, “El principio constitucional de igualdad en la jurisprudencia española” en M. CARBONELL (Comp.), Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2003, pág. 109.

²⁷ Aunque en algunas Sentencias –como la STC 17/2003, de 30 de enero–, el Tribunal Constitucional afirma que las prohibiciones de discriminación del art. 14 de la Constitución española imponen la “parificación”, sin embargo, no extrae de esta afirmación la consecuencia de configurar un derecho subjetivo a un trato desigual y favorable de los colectivos discriminados. En la Sentencia mencionada sólo concluyó la nulidad de un despido de una mujer embarazada considerado discriminatorio.

²⁸ También en contra de la denominada “discriminación por indiferenciación”, se manifiesta J.M. BAÑO LEÓN, “La igualdad como derecho público subjetivo”, cit., págs. 191-192, mientras que J. SUAY RINCÓN se muestra partidario de introducir una cierta flexibilización de esta doctrina. Vid. “El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en el colectivo *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo II, Civitas, Madrid, 1991, cit., pág. 868.

²⁹ Vid. E. CARMONA CUENCA, “El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, cit., pág. 280.

³⁰ A. TORRES DEL MORAL, “¿Qué igualdad?”, *Revista de Derecho Político Núm. 44*, 1998, pág. 97. En expresión de este autor: “El principio político de igualdad, la igualdad real y efectiva como conquista, como punto de llegada, no sólo no está enfrentado, ni real ni dialécticamente, al principio jurídico de igualdad, a la igualdad ante la ley y en la ley, sino que es su proyección más plausible en un Estado social

Alemania, cuya Constitución consagra formalmente la igualdad formal y no la igualdad material (al menos no con carácter general), aunque la doctrina más autorizada y alguna jurisprudencia realizan una interpretación integradora de ambas.

Con este entendimiento del principio de igualdad como comprensivo de la igualdad material, este principio serviría para justificar –incluso, tal vez, exigir en algunos casos- las que vienen denominándose acciones positivas³¹, esto es, aquellas normas que disponen un trato diferenciado y favorable a ciertos colectivos en situación de discriminación o inferioridad social con la finalidad de conseguir su plena equiparación con el resto de la sociedad.

2. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD MATERIAL EN EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

En el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) no existe un reconocimiento formal del principio de igualdad material. Es más, ni siquiera existe un reconocimiento del principio de igualdad formal con carácter general, puesto que el art. 14³² sólo establece la prohibición de discriminación en el disfrute de los derechos reconocidos en el Convenio³³.

y democrático de Derecho. En éste, la igualdad no es ni puede ser únicamente formal, sino también real, sin mengua de su juridicidad; la igualdad no puede medirse meramente en términos de presente, sino también de futuro.” No obstante, termina reconociendo el autor la utilidad del art. 9.2 en cuanto que da cobertura constitucional a la interpretación integradora de la igualdad formal y la igualdad material en el art. 14 de la Constitución.

³¹ Sobre el concepto de “acción positiva” –en mi opinión preferible al de “discriminación positiva”, ya que el término “discriminación” tiene una connotación negativa- existe ya una amplia bibliografía, entre la que destaco: M. A. BARRÈRE UNZUETA, *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, Civitas, Madrid, 1997; de la misma autora “Problemas de Derecho antidiscriminatorio: subordinación *versus* discriminación y acción positiva *versus* igualdad de oportunidades”, en *Revista Vasca de Administración Pública Núm. 60*, 2001 y M. MACÍAS JARA, “Algunas precisiones en torno a la noción de acción positiva”, en A. GARCÍA INDA y E. LOMBARDO (Coords.), *Género y Derechos humanos*, Mira, Zaragoza, 2002.

³² El art. 14 del CEDH establece lo siguiente: “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.

³³ Sobre la jurisprudencia del TEDH relativa al art. 14 del CEDH, puede verse: E. CARMONA CUENCA, “La prohibición de discriminación (el art. 14 del CEDH)”, en J. GARCÍA ROCA y P. SANTOLAYA MACHETTI (Coords.), *La Europa de los derechos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, de próxima publicación.

Donde sí se reconoce el principio general de igualdad es en el art. 1³⁴ del Protocolo adicional nº 12 al CEDH, abierto a la firma en Roma el 4 de noviembre de 2000, que aún no ha entrado en vigor. Es más, en este Protocolo parece consagrarse también el principio de igualdad material, de forma similar a como lo hacen las Constituciones italiana y española, según hemos visto. El Preámbulo de dicho Protocolo establece lo siguiente:

“Los Estados miembros del Consejo de Europa, signatarios del presente Protocolo(...),

Reafirman que el principio de no discriminación *no impide a los Estados partes adoptar medidas a fin de promover una igualdad plena y efectiva*, a condición de que estas medidas respondan a una justificación objetiva y razonable.”

En la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no se encuentra ningún reconocimiento explícito del principio de igualdad material, algo normal teniendo en cuenta los términos restrictivos con que se consagra en el art. 14 del CEDH la prohibición de discriminación en el disfrute de los derechos reconocidos en el Convenio. Sin embargo, en la Sentencia dictada en el Caso Thlimmenos contra Grecia, de 6 de abril de 2000, parece admitirse la posibilidad de que se produzca la “discriminación por indiferenciación”³⁵, puesto que se afirma que el derecho a la no discriminación “es también transgredido cuando, sin justificación objetiva y razonable, los Estados no aplican un trato diferente a personas cuyas situaciones son sensiblemente diferentes”.

En este Caso, el demandante recurría contra una norma que prohibía el acceso a la profesión de experto contable a las personas a las que se les hubiese impuesto una condena penal. Él había sido condenado por su negativa a cumplir el servicio militar por motivos religiosos. El Tribunal resolvió que el hecho de que la norma no

³⁴ El art. 1 del Protocolo adicional nº 12 del CEDH dispone lo siguiente: “Prohibición general de discriminación: 1 El ejercicio de cualquier derecho reconocido por la ley será asegurado sin ninguna discriminación fundada, en particular, en razón de género, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, riqueza, nacimiento o cualquier otra situación”. 2 Nadie puede ser objeto de discriminación por parte de una autoridad pública, especialmente de aquellas discriminaciones fundadas en los motivos mencionados en el párrafo 1.”

³⁵ Sobre la “discriminación por indiferenciación”, vid. nota 28 de este trabajo.

distinguiéndose entre las diferentes causas de condena constituía violación del art. 14 en combinación con el art. 9 del Convenio (libertad de religión). No se trataba, pues, de medidas de acción positiva tendentes a elevar la situación social de colectivos desfavorecidos, pero la forma de argumentar podría suponer un avance en la comprensión del principio de igualdad como justificador de diferencias de trato normativo a personas que se encuentran en una situación social diferente e inferior. Ahora bien, esta interpretación no ha tenido –hasta ahora– continuidad en la jurisprudencia posterior del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La entrada en vigor del Protocolo adicional nº 12 puede contribuir notablemente a una comprensión amplia del principio de igualdad en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, que incluya no sólo la igualdad formal o igualdad ante la ley, sino también la igualdad material, en el sentido que hemos visto. Esta comprensión avanzada del principio de igualdad supondría reconocer que el Convenio impondría no solamente obligaciones negativas a los Estados, para no dictar normas ni adoptar medidas discriminatorias en el sentido de tratar más desfavorablemente a personas en la misma situación, sino también obligaciones positivas de dictar normas y adoptar medidas que traten más favorablemente a aquellas personas que pertenezcan a colectivos que se encuentran en una situación de inferioridad social real (mujeres, discapacitados, determinados grupos étnicos o religiosos minoritarios...). La finalidad sería elevar la condición social de estos colectivos hasta su equiparación real con los demás ciudadanos en el disfrute de los derechos reconocidos en el Convenio. Una vez conseguida esta finalidad, las medidas de acción positiva adoptada dejarían de tener sentido y deberían ser derogadas³⁶.

³⁶ A este respecto, puede verse E. SIERRA HERNÁIZ, *Acción positiva y empleo de la mujer*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1999, págs. 28 y 29 y A. GUDE FERNÁNDEZ, “El principio de igualdad: a propósito de las discriminaciones y acciones positivas (una visión europea)”, en *Parlamento y Constitución*. Anuario de las Cortes de Castilla-La Mancha . Universidad de Castilla-La Mancha Núm. 5, 2001, pág. 156.

3. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD MATERIAL EN EL DERECHO COMUNITARIO

Como es sabido, hasta la proclamación en Niza, el día 7 de diciembre de 2000, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea no existía un reconocimiento formal en el Derecho Comunitario de los derechos fundamentales ni, por lo tanto, del principio de igualdad formal o material con carácter general. El carácter no vinculante³⁷ de esta Carta impide que pueda considerarse que ahora la situación es distinta desde el punto de vista del reconocimiento formal de los derechos.

Ahora bien, también es sabido que los derechos fundamentales formaban parte del ordenamiento comunitario desde los años setenta, cuando el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE) impulsó una jurisprudencia decisiva sobre esta materia. En efecto, ante las alegaciones de supuestas violaciones de derechos fundamentales por parte de cierta normativa comunitaria de Derecho derivado, el Tribunal de Justicia, en algunas importantes Sentencias³⁸, consideró que los derechos fundamentales formaban parte de los principios generales del Derecho Comunitario, tal y como estaban reconocidos en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos³⁹. De esta forma, la incorporación de los derechos fundamentales al

³⁷ A pesar de este carácter no vinculante, se ha puesto de manifiesto la posibilidad de que la Carta despliegue efectos jurídicos. Vid. A. SÁIZ ARNÁIZ, “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y los ordenamientos nacionales: ¿qué hay de nuevo?”, *Cuadernos de Derecho Público* Núm. 13, 2001 y J. GARCÍA ROCA, “Originario y derivado en el contenido de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: los test de constitucionalidad y convencionalidad”, *Revista de Estudios Políticos* Núm. 119, 2003. Más adelante se abordará esta cuestión.

³⁸ Entre estas primeras Sentencias del TJCE cabe citar las dictadas en los Casos Stauder, de 12 de noviembre de 1969; *Internationale Handelsgesellschaft*, de 17 de diciembre de 1970 y Nold, de 14 de mayo de 1974.

³⁹ Sobre los derechos fundamentales en el Derecho Comunitario, vid. L. M. DÍEZ-PICAZO, “Una Constitución sin declaración de derechos? (Reflexiones constitucionales sobre los derechos fundamentales en la Comunidad Europea)”, *Revista Española de Derecho Constitucional* Núm. 32, 1991; M. PI LLORENS, *Los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario*, Ariel, Barcelona, 1999; A. CHUECA SANCHO, *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Bosch, Barcelona, 1999; SALINAS DE FRÍAS, A., *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Comares, Granada, 2000; RODRÍGUEZ, A., *Integración europea y derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2001; UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J.L., *El Derecho Comunitario y el legislador de los derechos fundamentales*, IVAP, Oñati, 2001; MATIA PORTILLA, J. (Dir.), *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002 y J. CORCUERA ATIENZA (Coord.), *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2002.

Derecho Comunitario fue, en principio, una construcción meramente jurisprudencial.

La primera referencia en el articulado de los Tratados a estos derechos llegó con el Tratado de la Unión Europea o Tratado de Maastricht, que incluyó en su artículo F.2 (actual 6.2) una declaración general del respeto de los derechos fundamentales por parte de la Unión, remitiéndose a los derechos reconocidos en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y al Convenio Europeo de Derechos Humanos, tal y como había hecho la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

Sin embargo, hasta la proclamación de la Carta no era posible encontrar una Declaración o enumeración formal de derechos en el Derecho Comunitario, ni en los Tratados constitutivos, ni en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Por lo tanto, para concretar cuáles eran los derechos fundamentales reconocidos en el Derecho Comunitario había que recurrir a un concepto material de derechos fundamentales y buscar entre los principios y disposiciones propios de este ordenamiento⁴⁰.

La doctrina coincidió unánimemente en señalar que uno de los derechos fundamentales que reconocía el Tratado de la Comunidad Europea era el principio de igualdad de trato, reflejado de modo particular en algunos artículos de este Tratado.

Así, varios artículos del Tratado de la Comunidad Europea (TCE) reconocen diversas concreciones del principio de igualdad formal: el art. 2 (igualdad entre el hombre y la mujer); el art. 12 (prohibición de toda discriminación por razón de nacionalidad, en el ámbito de aplicación del Tratado); el art. 34.2 (prohibición de discriminación entre productores o consumidores en el ámbito de las organizaciones comunes de mercados agrícolas); el art. 39.2 (prohibición de discriminación por razón de nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo); el art. 43 (derecho

⁴⁰ Vid. M. PI I LLORENS, *Los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario*, op. cit., págs. 90 y sigs.

reconocido a los profesionales independientes de ejercer actividades no asalariadas en las condiciones fijadas por las legislaciones de los Estados miembros para sus propios nacionales); el art. 50, respecto a los servicios, y el art. 141 (igualdad de retribución para los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo).

Según el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, estas disposiciones del Tratado de la Comunidad Europea que consagran específicamente prohibiciones de discriminación no eran sino el reflejo de un principio general de igualdad que formaba parte de los principios fundamentales del Derecho Comunitario⁴¹. Así, por ejemplo, el art. 141 del Tratado se consideró, desde la Sentencia dictada en el Caso Defrenne⁴², como expresión de un derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo.

Pero podemos encontrar también en el Tratado de la Comunidad Europea concreciones del principio de igualdad material, en especial, en lo relativo a la equiparación entre hombres y mujeres. El art. 3.2 del TCE establece lo siguiente:

“En todas las actividades contempladas en el presente artículo, la Comunidad se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad”.

El art. 13.1 TCE dispone:

“Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual”.

Y, por último, transcribo el art. 137.1.i) TCE:

“Para la consecución de los objetivos del art. 136, la Comunidad apoyará y completará la acción de los Estados miembros en los siguientes ámbitos: i) la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo”.

⁴¹ Vid., entre otras, las Sentencias del TJCE de 31 de marzo de 1981, Caso Jenkins contra Kingsgate, y de 30 de mayo de 1989, Caso Allué y Coonan contra Università degli Studi di Venecia.

⁴² Sentencia del TJCE de 15 de junio de 1978.

No sólo en el Derecho Comunitario originario existen normas sobre la igualdad material. Las Directivas comunitarias contienen preceptos que se refieren a esta forma de igualdad –especialmente referidos también a la igualdad entre hombres y mujeres- desde antes de la incorporación de tales normas a los Tratados. En efecto, en el art. 2 de la Directiva 1976/207/CEE, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesional y a las condiciones de trabajo, se establecen algunas excepciones al principio de igualdad, entre las que destaca la prevista en el apartado 4, según la cual la propia Directiva no impedirá las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las materias contempladas en el art. 1. Esta Directiva ha sido modificada por la Directiva 2002/73/CEE, que insta a los Estados a potenciar activamente la igualdad entre hombres y mujeres, adoptando medidas que tiendan a conseguir una igualdad real y efectiva entre los géneros y no meramente formal⁴³.

4. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD MATERIAL EN LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA Y EN LA CONSTITUCIÓN EUROPEA

La situación del reconocimiento formal de los derechos fundamentales en el Derecho Comunitario cambió radicalmente con la proclamación el 7 de diciembre de 2000, en Niza, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁴⁴. Bien

⁴³ El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha tenido ocasión de interpretar esta Directiva en varias Sentencias, entre las que pueden destacarse: SSTJCE de 17 de octubre de 1995 (Caso Kalanke); de 11 de noviembre de 1997 (Caso Marschall); de 28 de marzo de 2000 (Caso Badeck y otros) y de 6 de julio de 2000 (Caso Abrahamson y Anderson). Estas sentencias han dado lugar a una interesante polémica sobre las medidas de acción positiva. En particular, sobre el Caso Kalanke, en el que el Tribunal de Justicia declaró contraria a la normativa comunitaria una ley alemana que establecía medias de este tipo a favor de las mujeres, puede verse, en castellano: M. ATIENZA, “Un comentario al Caso Kalanke”, *Doxa Núm. 19*, Alicante, 1996; REY MARTÍNEZ, F., “La discriminación positiva de mujeres (Comentario a propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad de 17 de octubre de 1995, asunto Kalanke)”, *Revista Española de Derecho Constitucional Núm. 47*, 1996 y RUIZ MIGUEL, A., “La discriminación inversa y el caso Kalanke”, *Doxa Núm. 19*, Alicante, 1996.

⁴⁴ La bibliografía sobre la Carta es abundante. Sin ánimo exhaustivo, podemos citar, en castellano: A. FERNÁNDEZ TOMÁS, *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch,

es verdad que esta Carta no quedó incorporada a los Tratados y que tampoco constituye ninguna otra fuente de Derecho Comunitario, con lo que se puede afirmar que no tiene valor vinculante⁴⁵, pero también es cierto que es la primera vez en la historia de la Comunidad Europea y la Unión Europea que los órganos comunitarios (Parlamento Europeo, Consejo y Comisión) han proclamado una auténtica Declaración de Derechos.

Y también es verdad que, como reconoce la mayoría de la doctrina, la Carta puede desplegar y, de hecho, ha desplegado ya efectos en los ordenamientos internos de los Estados miembros de la Unión Europea. El fundamento de dicha eficacia se encuentra en el art. 51.1 de la Carta, cuando establece que sus disposiciones están dirigidas, además de a las instituciones y órganos de la Unión, “a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión”⁴⁶. Así pues, los tribunales de los Estados miembros podrán utilizar la Carta como criterio interpretativo cuando apliquen el Derecho Comunitario (y habría que entender que no sólo éste)⁴⁷. Y lo mismo cabe decir del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁴⁸.

En cuanto al contenido de la Carta, el profesor García Roca ha puesto de manifiesto que estamos ante una Declaración derivada antes que originaria⁴⁹. Fundamentalmente se recopila y sistematiza un conjunto de derechos bien conocidos, que se proclaman.

Valencia, 2001; CARRILLO SALCEDO, J. A., “Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Núm. 9, 2001; L. M. Díez-PICAZO, “Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, en *Constitucionalismo de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002; A. LÓPEZ CASTILLO, “Algunas consideraciones en torno a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Revista de Estudios Políticos* Núm. 113, 2001; B. OLIVER LEÓN, “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el debate constitucional europeo”, *Revista de Estudios Políticos* Núm. 119, 2003; A. PACE, “¿Para qué sirve la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea?. Notas preliminares, *Teoría y Realidad Constitucional* Núm. 7, 2001; F. RUBIO LLORENTE, “Mostrar los derechos sin destruir la Unión (Consideraciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea), *Revista Española de Derecho Constitucional* Núm. 64, 2002 y A. WEBER, “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Constitucional* Núm. 64, 2002, además de los artículos citados de J. GARCÍA ROCA y A. SÁIZ ARNÁIZ.

⁴⁵ Buena prueba de ello es que el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* publicó el texto, en fecha 18 de diciembre, en la serie C (Suplemento al Diario Oficial. Licitaciones y contratos públicos) y no en la serie L (Legislación). Vid. A. SÁIZ ARNÁIZ, “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y los ordenamientos nacionales: ¿qué hay de nuevo?”, cit. pág. 154.

⁴⁶ *Ibidem.*, pág. 156.

⁴⁷ Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional español ha utilizado la Carta de Niza como criterio interpretativo en sus Sentencias 290 y 292/2000, de 3 de noviembre.

⁴⁸ Vid. J. GARCÍA ROCA, “Originario y derivado en el contenido de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: los test de constitucionalidad y convencionalidad”, cit., pág. 188.

⁴⁹ *Ibidem.*, pág. 167.

Algunos de estos derechos proceden del Derecho Comunitario, originario o derivado, otros del Convenio Europeo de Derechos Humanos y otros de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros. Las Explicaciones de la Convención relativas al texto de la Carta lo aclaran en cada caso.

Por lo que ahora nos interesa, el principio de igualdad encuentra en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea un reconocimiento extenso y completo del mismo en su vertiente formal. En su vertiente material, la Carta sólo lo reconoce en lo que se refiere a la igualdad entre hombres y mujeres, recogiendo, así, las disposiciones existentes en el Derecho Comunitario, según hemos visto.

La Carta contiene un Capítulo entero dedicado a la igualdad, que abarca los artículos 20 a 26. En el art. 20 se enuncia el principio general de igualdad formal en los siguientes términos: “Todas las personas son iguales ante la ley”. El art. 21⁵⁰ se refiere a la no discriminación y está inspirado en el art. 13 del Tratado de la Comunidad Europea y en el art. 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, además de incluir una referencia a la no discriminación por razón de características genéticas basada en el art. 11 del Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina, firmado en Oviedo el 4 de abril de 1997. Según las Explicaciones de la Convención⁵¹, en la medida en que coincide con el art. 14 CEDH, se aplica de acuerdo con éste, con lo que quedaría incorporada toda la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre este precepto.

El reconocimiento de la igualdad material puede considerarse incluido en el art. 23 de la Carta, si bien sólo referido a la igualdad entre hombres y mujeres:

“La igualdad entre hombres y mujeres será garantizada en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución. El principio de igualdad *no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas en favor del sexo menos representado*”.

⁵⁰ El art. 21 de la Carta establece: “- Se prohíbe toda discriminación y, en particular, la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual. Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea y sin perjuicio de las disposiciones particulares de dichos Tratados.”

⁵¹ En Internet: www.europarl.eu.int/charter/default. Fecha de consulta: 26 de marzo de 2004.

Este precepto está basado en el art. 141.4 del Tratado de la Comunidad Europea, que recoge con una fórmula más breve, y en el art. 2.4 de la Directiva 1976/207/CEE⁵².

Podríamos preguntarnos ¿cuál es la virtualidad –actual o futura- de este artículo de la Carta?. Según la primera funcionalidad del principio de igualdad material de la que hablaba Robert Alexy, se puede considerar que legitima aquellas medidas de acción positiva que pudieran adoptar los Estados con la finalidad de equiparar la situación social real de hombres y mujeres, uno de los objetivos establecidos con carácter prioritario en el Derecho Comunitario. De forma menos clara, se contemplan también en la Carta otras medidas que pudieran adoptarse en favor de otro colectivo tradicionalmente discriminado, como es el de los discapacitados. Así, el art. 26 de la Carta reconoce su derecho a “beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad”. También se refiere la Carta a los derechos de los menores y de las personas mayores, como colectivos precisados de especial protección, en sus artículos 24 y 25. Podrían entenderse estos artículos (23, 24, 25 y 26) como concreciones de un principio general de igualdad en su vertiente material reconocido implícitamente en la Carta.

Una interpretación amplia del principio de igualdad reconocido en la Carta, englobando el principio de igualdad material con carácter general, también sería posible entendiendo incluidas en el principio de igualdad ante la ley del art. 20 las exigencias de equiparación de todos aquellos colectivos tradicionalmente situados en una posición de inferioridad social. Bastaría con asumir un concepto amplio de discriminación prohibida⁵³, que incluyese –para impedir-la- no sólo la discriminación causada por la ley o por la aplicación de la ley, sino también la discriminación que se produce en la vida real, debida a prácticas sociales reiteradas desde tiempo, a veces, inmemorial. Aplicar, en estos casos, un trato jurídico igual, supone, de hecho, discriminar, consolidar la discriminación realmente existente.

Si se admite la existencia de estas discriminaciones reales que padecen determinados colectivos, como las mujeres, los discapacitados, los homosexuales,

⁵² También según las Explicaciones de la Convención sobre el contenido de la Carta. Vid. la dirección de Internet citada en la nota anterior..

⁵³ En este sentido, vid. A. TORRES DEL MORAL, “¿Qué igualdad?”, *Revista de Derecho Político*, cit., págs. 97-98.

determinados grupos étnicos, religiosos, etc., el principio de igualdad –sea formal o material- obligaría a los Estados a dictar normas y adoptar medidas que, mediante un trato favorable temporal a estos colectivos, tendiesen a conseguir su equiparación plena con el conjunto de la sociedad. Una vez conseguida esta finalidad, las medidas de acción positiva deberían ser derogadas por innecesarias.

Sin duda habría que modular cuidadosamente en qué consisten estas obligaciones estatales derivadas del principio de igualdad y en qué medida los tribunales pueden controlar si los poderes públicos -Legislativo y Ejecutivo- cumplen o no estas obligaciones, sobre todo si pretendemos dotar al principio de igualdad material reconocido en la Carta de la segunda funcionalidad de la que hablaba Alexy, esto es, como configurador de un verdadero derecho subjetivo a un trato desigual en favor de los colectivos tradicionalmente discriminados. Para ello, sería conveniente distinguir cada uno de los supuestos posibles, tratando de dilucidar cuáles son los bienes y derechos que están en juego y cuáles prevalecerían en cada caso. Ello nos desplazaría a consideraciones que exceden de la intención de este trabajo. Pero, como ya entendió Robert Alexy, no se debe descartar la idea de que el principio de igualdad reconocido en las Constituciones –nacionales y en la futura Constitución europea- configura verdaderos derechos subjetivos de los ciudadanos a conseguir su equiparación social con el resto de la sociedad⁵⁴.

Habría que tener en cuenta el reparto de poderes establecido en un ordenamiento entre el Legislador y el Tribunal Constitucional –o equivalentes en el Derecho europeo- y las exigencias del principio de igualdad formal o igualdad ante la ley y de los demás derechos fundamentales. Pero, en esta ponderación de bienes y derechos, seguramente habrá ocasiones en que deba prevalecer el derecho subjetivo del ciudadano a ser equiparado en su posición social al conjunto de la sociedad.

El Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, formalmente aprobado el pasado 29 de octubre de 2004 en Roma y pendiente de ratificación por los veinticinco Estados miembros de la Unión Europea, incorpora, en su Parte II, el contenido de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Los

⁵⁴ R. ALEXY, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit., págs. 406-408.

artículos referidos a la igualdad se contienen en el Título III, bajo la rúbrica “Igualdad”, en los artículos II-20 a II-26. Con la ratificación de este Tratado se habrá dado un paso de gigante en la integración europea y en la garantía de los derechos fundamentales en el marco de la Unión. La Declaración de Derechos que incluye la Constitución europea será un componente fundamental y vinculante de ésta y, en el futuro, cualquier ciudadano podrá reivindicar ante los tribunales, tanto nacionales como europeos, sus derechos fundamentales reconocidos en este Texto Fundamental. La igualdad será uno de estos derechos y su correcto entendimiento puede contribuir a construir una Europa más justa, una Europa de los derechos.

5. CONCLUSIONES

I.- En el Título III de la Parte II de Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa (arts. II-20 a II-26) se contiene un reconocimiento completo del principio de igualdad, que incluiría no sólo su vertiente formal (igualdad ante la ley), sino también su vertiente material, si realizamos una interpretación integradora de ambas vertientes, siguiendo la tendencia presente en el Derecho Comunitario y en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros de la Unión Europea.

II.- Esta interpretación integradora supondría que el principio de igualdad consagrado en la Constitución europea no sólo contiene un mandato negativo, prohibiendo que la ley trate de diferente forma a personas que están en la misma situación, sino también un mandato positivo, exigiendo que los poderes públicos apliquen, en ocasiones, un trato jurídico desigual en favor de personas pertenecientes a colectivos que se encuentren en una situación real de discriminación social. En suma, se trataría de corregir jurídicamente las discriminaciones realmente existentes.

III.- Este mandato positivo que impone el principio de igualdad a los poderes públicos puede tener dos funcionalidades –siguiendo la elaboración del profesor Robert Alexy. En primer lugar, legitimaría las medidas que puedan adoptar los Estados estableciendo un trato jurídico desigual en favor de determinados colectivos discriminados (mujeres, discapacitados, minorías étnicas o religiosas, etc.) con la finalidad de conseguir la equiparación real de estos colectivos con el resto de la

sociedad, sin que esas medidas sean consideradas contrarias al principio de igualdad formal. Esta primera funcionalidad ya había sido aceptada en el Derecho Comunitario y en la jurisprudencia constitucional de algunos Estados miembros, según hemos visto. En segundo lugar –y esta funcionalidad resulta más problemática–, el principio de igualdad configuraría un auténtico derecho subjetivo de las personas pertenecientes a estos colectivos tradicionalmente discriminados a recibir un trato jurídico desigual y favorable en determinados casos, con la finalidad de conseguir su equiparación social. Será preciso determinar en cada caso concreto cuándo este derecho subjetivo prevalece sobre otros bienes y derechos en juego (distribución de competencias entre el Tribunal Constitucional y el Poder Legislativo, principio de igualdad formal y otros derechos), pero no se debería descartar *a priori* la existencia de aquél derecho derivado del principio de igualdad en su vertiente material.

IV.- Entendido de esta forma el principio general de igualdad, se diluye la diferencia entre sus vertientes formal y material. El principio de igualdad no prohíbe toda diferencia de trato, sino sólo aquella que carece de una justificación objetiva y razonable. La finalidad de equiparación de colectivos tradicionalmente discriminados constituye una razón suficiente para establecer un trato jurídico desigual en ciertas condiciones, que habrá que determinar en cada caso.