

IV. LOS “DIFERENTES”, A PROPÓSITO DE LA IGUALDAD

Hasta aquí, se ha tratado de hacer una aproximación a los valores de dignidad y libertad como esencia de los derechos y como barrera infranqueable frente al tratamiento discriminatorio entre individuos.

Se ha puesto de manifiesto que estamos ante valores imponderables, que no pueden ceder ante conductas arbitrarias que injustificadamente diferencian entre unas personas y otras. Se ha dejado ver cómo, entre todos, están especialmente expuestos a este tipo de conductas las personas y los grupos “diferentes” al resto, cuya dignidad es agredida por el mero hecho de ser de determinada manera.

No es lo mismo diferenciar que discriminar, ya que mientras el trato desigual entre dos supuestos aparentemente similares es perfectamente admisible 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.⁴⁸

⁴⁸ Véase A. Ruiz Miguel, “Discriminación e igualdad” en A. Valcárcel (comp.), *El concepto de igualdad*. Madrid, Pablo Iglesias, 1994, pp. 77-93. Véase, sobre

María Martín Sánchez

Cosa distinta es la “discriminación positiva”, cuyo fundamento es precisamente eliminar situaciones de discriminación preexistentes.⁴⁹

Así las cosas, antes de calificar un trato como discriminatorio, hay que comprobar si se está o no ante una diferenciación inadmisibles, pues existirán supuestos en los que el trato diferente resulta incluso beneficioso, y así lo ha admitido el Tribunal Constitucional, otorgar un tratamiento desigual a ciertas personas y en determinadas circunstancias con la finalidad de mejorarlas en algún sentido —“discriminación positiva”.⁵⁰ Hasta aquí no encontramos dificultades para discernir entre diferenciación y discriminación, entendiendo que las desigualdades establecidas entre los ciudadanos, obedecen a razones objetivas que la justifican. No sería discriminatorio dar un trato desigual atendiendo a la mayoría de edad para obtener la plena capacidad de obrar, o al nivel de renta para recibir determinadas ayudas económicas, por poner algún ejemplo. Ahora bien, el trato desigual hacia determinados individuos, atendiendo a alguno

igualdad, J. Jiménez Campo, “La igualdad jurídica como límite frente al legislador”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 9, 1983, pp. 71-114.

⁴⁹ En la STC 128/1987, de 16 de julio, caso “complemento de guardería para trabajadoras del INSALUD”, el Tribunal Constitucional afirmó que la pretensión de este tipo de medidas no era otro que remediar la situación de inferioridad de: “[...]de determinados grupos sociales definidos, entre otras características, por el sexo [...] y colocados en posiciones de innegable desventaja en el ámbito laboral, por razones que resultan de tradiciones y ámbitos profundamente arraigados en la sociedad y difícilmente eliminables”.

⁵⁰ Véase D. Giménez Gluck, *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*. Madrid, Tirant lo Blanch, 1998. También véase, entre otros: M. Atienza, “Un comentario al caso Kalanke”, *Doxa*, núm. 19 (Igualdad y discriminación inversa), 1996, p. 119, y A. Ruiz Miguel, “La discriminación inversa y el caso Kalanke”, *Doxa*, núm. 19 (Igualdad y discriminación inversa), 1996, p. 123.

de los rasgos que le identifican como “diferente” de la generalidad o la mayoría, ¿se trata de un trato diferenciado atendiendo a razones justificadas o, por el contrario, no existiría tal justificación razonable y motivada? 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 considerar dicho trato como 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.

Esto es lo que ocurre cuando se diferencia a grupos como las personas dependientes, los enfermos o quienes tienen una orientación homosexual.

En este plano conviene recordar que diferencias y **desigualdades** no son la misma cosa, tal y como defiende L. Ferrajoli.⁵¹ Mientras que desigualdades son: “disparidades entre sujetos producidas por la diversidad de sus derechos patrimoniales, así como de sus posiciones de poder y sujeción” (ya sean sociales o económicas); las **diferencias** son: “los rasgos específicos que diferencian y al mismo tiempo individualizan a las personas y que, en cuanto a tales, son tutelados por los derechos fundamentales” (pudiendo ser naturales o culturales).

Es decir, al contrario que las desigualdades, no se deben ignorar ni limar las “diferencias”, ya que conforman la “**identidad**” de cada individuo y los derechos fundamentales deben garantizarlas.

⁵¹ L. Ferrajoli, *Derec garantías. La ley del más débil*. Madrid, Trotta, 1999.

María Martín Sánchez

Esto supone identificar el derecho a la igualdad con el derecho a la identidad de cada individuo —con todas sus diferencias—, es decir, el derecho a la igualdad con el derecho a la identidad diferente. Es desde los derechos fundamentales desde los que se garantiza esto, desde los derechos de libertad, de libre expresión y de autodeterminación.

Es cierto que se reconoce el derecho a la identidad diferente para todos, pero de nada les sirve reconocer su diferente identidad en el plano jurídico, porque llevado a la práctica se obstaculiza el goce de determinados derechos en razón de aquélla, cuando los individuos presentan ciertos rasgos “diferentes” a los de la generalidad.

Entonces, ¿qué alcance tiene el reconocimiento del derecho a la identidad diferente?

Hasta la fecha, se ha logrado la protección legal de la igualdad a través de numerosas iniciativas de carácter legislativo y jurisprudencial, pero aún no se ha logrado su auténtica efectividad.

La solución podría pasar por la adopción de medidas de protección específicas para aquellos grupos de individuos “diferentes”, especialmente susceptibles de sufrir un trato discriminatorio, precisamente por aquellos rasgos personales que los identifican; dichas medidas deberán estar encaminadas a protegerlos y a eliminar los obstáculos que de alguna manera dificultan el goce de sus derechos y libertades.⁵²

Ésta podría ser una opción. Sin embargo, considero que ésta no es la respuesta más respetuosa con los derechos. El

⁵² Sobre este tema véase F. Rousso-Lenoir, “¿Derechos de las minorías o igualdad?”, *Tolerancia y Minorías. Problemas jurídicos y políticos de las minorías en Europa*. Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha, 1996, pp. 141 y ss. (Colección Humanidades).

establecimiento de medidas concretas diseñadas para un grupo específico de individuos supone per se, un tratamiento desigual en atención a alguna de sus condiciones personales. Resultaría muy peligroso catalogar a la población por “grupos” o “categorías” de personas.

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 propósito 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.

Es un hecho la existencia de diferencias fácticas en cualquier ámbito que rodea a los individuos, desde su aspecto físico hasta su coeficiente intelectual. En cierta medida estas diferencias pueden ser limadas o compensadas de algún modo para lograr mayores estándares de igualdad real en algunos aspectos, pero, llegados a un punto, su eliminación resulta imposible, ya que se encuentra con límites infranqueables.

Así, el principio general de igualdad debe exigirse, pero no puede suponer la igualdad de todos en todos los aspectos ni que todos deban ser tratados exactamente del mismo modo. Es aquí donde se hace preciso tener en cuenta y salvar las diferencias, no como un factor discriminante, sino como un factor individualizador de cada uno.

El principio de igualdad, en palabras de R. Alexy: “no puede permitir toda diferenciación y toda distinción”,⁵³ ya-

⁵³ R. Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid, CEPC, p. 385.

María Martín Sánchez

que en ese caso lo vaciaría de contenido. Así, aparece la necesidad de encontrar un término medio, “tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual”, máxima empleada por el Tribunal Constitucional español, siguiendo la línea marcada por su homónimo alemán.⁵⁴

En definitiva, el respeto a la identidad de cada individuo se sostiene precisamente desde el respeto a la diversidad.

Cierto es que algunas cualidades personales marcan diferencias entre la generalidad de los individuos y quienes presentan rasgos “diferentes” a aquéllos. Aquí es donde entra en juego la ponderación, para valorar si se justifica un trato desigual hacia la minoría “diferente”.

Desde el respeto a la personalidad, la dignidad y la libertad, las cualidades innatas al individuo parecen no tener el peso suficiente como para permitir un trato desigual, que, en ese caso, más que desigual, deviene en arbitrario o discriminatorio. El libre desarrollo de la personalidad, la dignidad, la libertad, son valores no ponderables. No existen causas razonables y objetivas que puedan reducirlos, limitarlos ni hacerlos desaparecer.

Recordemos el modelo generalmente utilizado en las Cartas de Derechos, prohibiendo expresamente la discriminación por causas que tradicionalmente han sido objeto de

⁵⁴ Máxima de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre el artículo 3.1 de la Ley Fundamental de Bonn. En palabras del Tribunal Constitucional Federal Alemán, esto es: “cuando para la diferenciación legal no es posible encontrar una razón razonable, que surja de la naturaleza de la cosa o que, de alguna forma, sea concretamente comprensible”. Es decir, que una diferenciación entre sujetos estaría prohibida cuando fuese arbitraria, considerándose como tal cuando no sea posible encontrar una razón justificada para realizar tal diferenciación.

trato discriminatorio hacia determinados grupos de personas: “nacimiento, raza, sexo, religión, opinión...”

Son básicamente de dos tipos: o bien se trata de características inmanentes al ser humano, con las que nace, por lo que entra en juego llanamente la igualdad, o bien, se trata de características que el individuo adquiere a lo largo de su formación personal, en las que pueden influir multitud de factores como el componente hereditario o las propias decisiones que adopte, por lo que además de la igualdad entra en juego el ejercicio de su libertad. El Constituyente ha querido reforzar su protección, impidiendo de esta forma que se restrinjan derechos desde la irrazonabilidad.⁵⁵

Ahora bien, ante la imposibilidad de que aparecieran otras “causas” merecedoras de idéntica protección, previó intencionadamente su apertura, añadiendo: “o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.⁵⁶

Estamos ante la denominada fórmula de las “cláusulas genéricas”, utilizada en numerosos tratados internacionales y muchas constituciones, aunque quizá el ejemplo más claro, que ha servido de modelo a muchas Cartas de Derechos posteriores, ha sido la Declaración Universal de Derechos del Hombre, que ya utilizó esta fórmula en sus trabajos preparatorios. Las cláusulas de cierre “abiertas” ofrecen la oportunidad de completar el mandato de igualdad adaptándolo a los nuevos tiempos y a la nueva realidad. La noción “discrimina-

⁵⁵ M. Rodríguez-Piñero y M. F. Fernández López, *Igualdad y discriminación*. Madrid, Tecnos, 1986, pp. 179 y ss.

⁵⁶ Cláusula de cierre del artículo 14 de la CE: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

María Martín Sánchez

ción” no tiene unos parámetros exactos e inamovibles en virtud de los cuáles considerar si 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 podía constituir causa de discriminación, ahora no, por el cambio de ideología de la sociedad, del modo de vida.

En efecto, con el devenir social afloran nuevos grupos que, si bien no fueron contemplados en un principio por los constituyentes entre los más vulnerables por no haber advertido que recaía sobre ellos una fuerte sospecha de discriminación, con los años se ha puesto de manifiesto su situación de vulnerabilidad. Se trata de minorías que bien se han hecho presentes con los años —homosexuales y personas con discapacidad o bien han sido las propias circunstancias sociales, culturales y económicas las que han puesto de manifiesto dicha vulnerabilidad —así, en la actualidad, personas en situación de pobreza y determinadas minorías culturales. Todos ellos, aunque no están protegidos de manera expresa, bien podrían entenderse incluidos aplicando la teoría de la “cláusula abierta”: “[...] o cualquier condición o circunstancia personal o social”⁵⁷

La realidad es que las minorías son incómodas para las instituciones, la diversidad ha sido considerada en numerosas ocasiones como un “obstáculo para la cohesión e integración sociales”,⁵⁸ de manera que la propia pertenencia a grupos minoritarios ha supuesto situaciones de desventaja de sus miembros. Discriminar a las minorías es más común de lo

⁵⁷ Artículo 14 de la CE.

⁵⁸ E. J. Ruiz Vieytez, *Minorías, inmigración y democracia en Europa. Una lectura multicultural de los derechos humanos*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 446-447.

que puede presumirse, ya que más allá de la discriminación directa a estos grupos se les ha venido discriminando por omisión —“omisión normativa”—, consecuencia de alguna exclusión legislativa. Sea como fuere, la diversidad presente es un factor determinante, las minorías cada vez ocupan un estrato más fuerte en las sociedades actuales y sus derechos deben ser protegidos. Es interesante recordar la Declaración Universal de la UNESCO sobre Diversidad Cultural, donde en su artículo 4 se proclama que:

La defensa de la diversidad cultural es un imperativo ético, inseparable del respeto de la dignidad de la persona humana. Ella supone el compromiso de respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales, en particular los derechos de las personas que pertenecen a minorías y los de los pueblos autóctonos. Nadie puede invocar la diversidad cultural para vulnerar los derechos humanos garantizados por el derecho internacional, ni para limitar su alcance.

Recordemos que existe una obligación impuesta a los Estados de dar un trato determinado a sus minorías, protegiendo incluso internacionalmente sus derechos.⁵⁹ En numerosas ocasiones, ha sido el Tribunal Constitucional quien, a través de su jurisprudencia, ha reparado las discriminaciones normativas sufridas por las minorías ante la pasividad del legislador ordinario que, por otra parte, es quien ha estable-

⁵⁹ F. M. Mariño, “Desarrollos recientes en la protección internacional de los derechos de las minorías y de sus miembros”, en *Tolerancia y minorías. Problemas jurídicos y políticos de las minorías en Europa*. Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha, 1996, pp. 76 y ss.: “...el trato a las minorías y a las personas que las integran es en el fondo un problema de protección de derechos humanos; en su solución, pues, la dignidad del ser humano debe ser respetada como valor fundamental”.

cido dichas discriminaciones, al omitir las consecuencias jurídicas que debieran darse a los supuestos que la norma no contempla expresamente.

La *discapacidad*, la *vejez* o la *juventud* son causas que la Constitución española no ampara expresamente, sino tan solo como principios rectores de la política social y económica. No queremos decir con esto que la Constitución deje en desamparo a las personas con discapacidad, a los mayores o a los jóvenes, pero, en efecto, no les otorga idéntica protección que a aquellos otros sí reconocidos, frente al trato desigual. 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. De entre estos grupos, en la actualidad la discapacidad constituye una condición o circunstancia especialmente susceptible de discriminación, pese a su falta de previsión por el constituyente. Así lo ha expresado el propio Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia, justificándolo en razón de las circunstancias actuales.

La *discapacidad*⁶⁰ se ha convertido en los últimos años en una de las prioridades de las políticas públicas. El legislador ha realizado una ardua labor con el propósito de cumplir con el mandato constitucional:

⁶⁰ Con respecto a la discapacidad, artículo 49 de la CE: “Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”.

El derecho a ser diferente: dignidad y libertad

[...] 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”.⁶¹

Lo anterior, de manera que las personas con discapacidad no sufran discriminación. Así, además de numerosas medidas de discriminación positivas encontramos una fuerte actividad legislativa. En el caso de España se han aprobado importantes leyes, como la Ley 51/2003, del 2 de diciembre, *de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad*, o la cuestionada Ley 39/2006, del 14 de diciembre, *de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia*.

Tanto la *orientación sexual* como la discapacidad constituyen una causa personalísima del individuo que ha servido en numerosas ocasiones como factor discriminatorio. El legislador ha mostrado un especial interés en los últimos años, reflejo de la situación actual en España y de las exigencias requeridas por la propia sociedad. Así, contamos con la aparición de ciertas leyes en las que —realizando una interpretación extensiva del texto constitucional y entendiendo la vinculación al Derecho Europeo—⁶² se prohíbe la discriminación por orientación sexual, tales como la Ley 62/2003, del 30 de diciembre, *de medidas fiscales, administrativas y del*

⁶¹ Artículo 9.2 de la CE

⁶² Véase nuestro trabajo: M. Martín Sánchez, *Matrimonio homosexual y Constitución*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

María Martín Sánchez

orden social, cuyo Capítulo III, sobre medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato, establece:

Las medidas [...] para la aplicación real y efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación, en particular por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual [...].

El máximo exponente de la no discriminación por orientación sexual lo constituye la Ley 13/2005, del 1 de julio, de *modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio*, con la que se permite contraer matrimonio a la persona con otra, con independencia del sexo de ésta, abriendo la posibilidad del matrimonio entre homosexuales. El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 198/2012, del 6 de noviembre, ha ratificado la constitucionalidad de esta ley reforzando así el trato en igualdad con independencia de la orientación sexual. En la misma línea se han manifestado un buen elenco de países, que crece progresivamente, especialmente en Europa y América.

Diferente es el caso del resto de los grupos desfavorecidos hacia los que se destinan políticas de igualdad. Tanto los *mayores*⁶³ como los *jóvenes*⁶⁴ constituyen grupos que, por sus concretas circunstancias el legislador debe atender de manera especial, mediante políticas sociales y económicas. En

⁶³ En relación a los mayores: artículo 50 de la CE: "Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda cultura y ocio".

⁶⁴ En relación con los jóvenes: artículo 48: "Los poderes públicos promoverán las condiciones para la participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural".

El derecho a ser diferente: dignidad y libertad

efecto, la Constitución deja en manos del legislador la satisfacción de los estándares de igualdad de estos grupos y la consecución de unos niveles de calidad mínimos. En este caso, la cuestión gira en torno a la imposibilidad de alcanzar los márgenes de igualdad efectiva en caso de no ser atendidos por los poderes públicos con políticas de asistencia, atención, sanidad, educación, vivienda y cualquiera 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.

Junto a las anteriores, la actualidad evidencia la aparición de un nuevo grupo desfavorecido notablemente respecto al resto, la *pobreza*. No es que se trate de algo nuevo, si bien hasta ahora no había adquirido la presencia y la entidad que hoy en día ocupa, situación de vulnerabilidad vinculada a la grave situación financiera y económica por la que atraviesa nuestra sociedad, en la que los desempleados y las personas bajo el umbral de la pobreza han alcanzado cotas históricas. Se trata, en definitiva, de un grupo necesitado de ayudas y políticas sociales que lo proteja frente a la marginación.

Una vez expuesta la realidad, constatada la existencia de otros rasgos de la personalidad distintos a los que expresamente se contienen en las Cartas de Derechos, pero que igualmente identifican a la persona por ser cualidades o condiciones innatas, es cuando entran en juego imponderables como la dignidad, la libertad y el libre desarrollo de la personalidad.

El trato desigual entre individuos, sólo es admisible constitucionalmente en tanto se respeten las cualidades que definen la identidad de cada quién, blindadas desde su dignidad y su libertad.