

La igualdad constitucional y la interdicción de la discriminación*

Constitutional equality and prohibition of discrimination

ELENA GARCÍA-CUEVAS ROQUE
Profesora Contratada Doctora
Área Derecho Constitucional
Universidad CEU San Pablo
Profesora honorífica UNED
garciacuevaselena@gmail.com

* Discurso pronunciado en el acto de toma de posesión como Académica Correspondiente en la Real Academia de Doctores de España el día 8 de octubre de 2014.

Resumen: La igualdad y la no discriminación son cuestiones harto delicadas que suscitan no pocas dificultades; no en vano, el contenido y significado de estos conceptos va redefiniéndose con el paso del tiempo, lo que intensifica de forma considerable la labor de los Tribunales; con amplia doctrina, el Tribunal Constitucional español no ha sido ajeno a esta realidad.

La pluralidad de sentidos en que la igualdad puede entenderse en el modelo de democracia constitucional sugiere el estudio de algunas vertientes de la misma, de notable interés en la sociedad actual, guiados por el firme propósito de acercarse al primordial objetivo de construir una sociedad más justa, en la que impere la “igual” dignidad de los seres humanos.

Palabras clave: Dignidad, no discriminación, igualdad jurídica, igualdad de oportunidades

Abstract: Equality and non- discrimination are very delicate issues which raises many difficulties. The content and meaning of these concepts will be redefined over time, which considerably enhances the work of the Courts. The Spanish Constitutional Court has not been oblivious to this reality.

The plurality of meanings that equality can be understood on the model of constitutional democracy suggested the study of some aspects of it with considerable interest in today’s society, guided by the firm intention of approaching the primary objective of building a fairer society in which prevail “equal” dignity of humans.

Key words: Dignity, non-discrimination, legal equality, equal opportunities.

Sumario: I. Introducción. -II. Consideraciones previas en torno a la igualdad constitucional. -III. La igualdad y la interdicción de la discriminación. -IV. La controvertida distinción entre igualdad formal e igualdad material. -IV. 1. Planos del principio de igualdad ante la ley como principio general de igualdad. -V. Algunas concreciones de la igualdad jurídica e igualdad material. -V. 1. La igualdad jurídica y el art. 32, 1 CE. -V. 2. El principio de igualdad de oportunidades y la dimensión material de la igualdad. -V. 2. A. La igualdad de oportunidades en la Sociedad de la Información: especial referencia a la desigualdad de acceso de las personas con discapacidad. -VI. Notas finales. -VII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Las diversas esferas en las que incide la igualdad, así como la multiplicidad de significados que se le atribuyen, conducen a un amplio abanico de manifestaciones jurídicas y a diferentes concepciones de la relación entre libertad e igualdad, valores que deben hacerse compatibles. La consecuencia inmediata de esta diversidad es la dificultad de su interpretación y, por ende, de su aplicación, agudizado por el hecho de que el valor de la igualdad ha variado a lo largo de la historia.

Bien de una forma expresa -Igualdad ante la ley, igualdad jurídica, igualdad de derechos, no discriminación...- o implícita - “todos”, “todas las personas”... (indicando una igualdad en el acceso)- hallamos estas expresiones y términos en la mayoría de los textos constitucionales. Siguiendo antecedentes de las Constituciones liberales, entre los que, desde luego y como más cercano, se encuentra el de la Constitución de 1931 (arts. 2 y 25 de la misma), se ha afirmado que nuestra Constitución es una “Constitución de la igualdad”.

En efecto, la igualdad es un concepto relativo, cuyo contenido y significado está vinculado al momento histórico y a la materia de que se trate; siendo un concepto relacional, el art. 14 CE sirve de refuerzo, especialmente de los derechos fundamentales¹. No puede hablarse, entonces, de una “ley de igualdad”; en todo caso, cabe referirse a una normativa genérica sobre igualdad².

Nos detendremos en algunas de las vertientes o planos de la igualdad muy sugerentes en la sociedad actual; es el caso de la igualdad jurídica -de mujeres y hombres- (en la esfera de la igualdad formal) y de la igualdad de oportunidades e igualdad de acceso a la información, en concreto, de las personas con discapacidad (en el ámbito de la igualdad material).

Las razones que me han llevado a optar por estos ejemplos han sido diversas; en el primer caso, y como exigencia de todo Estado social y democrático de Derecho, es necesario eliminar diferencias o desventajas a las que se han visto sometidos determinados sectores de la sociedad, como consecuencia de tradiciones y hábitos arraigados; en el segundo, los motivos de su estudio se han focalizado en los argumentos ya esgrimidos en algunas de mis aportaciones alrededor de la igualdad de oportunidades en el marco de Proyectos de Investigación en los que tuve la fortuna de participar³. Y así es; en aras de la pluralidad de pensamiento y la participación de los

¹ Me he tomado la licencia de reflejar ideas esbozadas con gran acierto por el Presidente Emérito del Tribunal Constitucional, D. Miguel RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER. Cfr. RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., FERNÁNDEZ LÓPEZ, F., “La igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley” en *Comentarios a la Constitución española, XXX Aniversario*, Directores Casas Baamonde, M.E., Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., Madrid, Fundación Wolters Kluwer, 2008, págs. 276 y 280. Por lo demás, un completo estudio sobre la igualdad puede hallarse en SALVADOR MARTÍNEZ, M., “La igualdad” en SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., *Dogmática y Práctica de los Derechos Fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

² GÁLVEZ MUÑOZ, L., *Sinopsis artículo 14. Constitución española*, Congreso de los Diputados, 2003, (actualizada por Sieira, S. 2011), pág. 1. Disponible en <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=14&tipo=2>, 21/07/2014.

³ Proyecto de Investigación de la UNED *El Principio de igualdad en la estructura y actividad del Estado*, Investigador principal Dr. Sánchez González (Referencia: 2006I/PUNED/32), Proyecto de Investigación del MEC *El principio de igualdad en el Estado social y democrático de Derecho*, Investigador principal

ciudadanos, todos debemos tener las mismas posibilidades de acceso a la información -a los servicios universales-, independientemente de los recursos o capacidades que poseamos. Lamentablemente esta distribución de la información no se ha producido de manera uniforme y equitativa, generando un factor de desigualdad social preocupante desde la óptica de la ética democrática.

En este sentido, debemos apuntar hacia políticas sociales y educativas específicas que aseguren el derecho al acceso a la Sociedad de la Información (en lo sucesivo SI) y salvaguardar la vigencia de los imperativos constitucionales, en particular, el de no discriminación y, en general, el del respeto a los derechos de los ciudadanos, así como poner nuestro empeño en lograr un mejor aprovechamiento de estas tecnologías en todos los ámbitos de interés humano.

Junto a la normativa estatal e internacional, en esta sugestiva investigación ha sido necesario acudir a destacada jurisprudencia, fundamentalmente de nuestro Tribunal Constitucional (en lo sucesivo TC). Éste ha tenido que profundizar a lo largo del tiempo en el alcance de nuestro art. 14, precepto de clara “operatividad transversal”. De la larga lista de resoluciones se han seleccionado obviamente aquéllas que guardan estrecha conexión con nuestro trabajo.

II.- CONSIDERACIONES PREVIAS EN TORNO A LA IGUALDAD CONSTITUCIONAL

Los valores que impregnan la Constitución aparecen definidos en el Preámbulo y en el art. 1: “España propugna como valores superiores del ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”, lo que supera el ámbito del Derecho Constitucional -son principios filosóficos-, puesto que dichos valores deberán inspirar todo el ordenamiento jurídico de España. Se pueden considerar, entonces, como postulados previos a la Constitución, haciendo las veces de cimientos del edificio constitucional⁴.

Los cuatro valores citados del art. 1.1, podrían reducirse a dos, libertad e igualdad, pues pluralismo político y justicia, representan conceptos que se encuentran insertos en las ideas de libertad e igualdad. Debemos plantearnos la pregunta de si la igualdad como valor superior de nuestro ordenamiento es posible concebirla de forma autónoma o se presenta como valor subordinado al de la libertad. Nuestra Constitución opta por entender que ambos valores, lejos de ser contrapuestos, han de ser conjugados de forma

Dr. Alzaga Villaamil (Referencia: SEJ2006-14332) y Proyecto de Investigación de la UNED *Realización de vídeos accesibles a personas con discapacidad sensorial*, Investigadora principal Dra. Morán Martín VII Convocatoria de Redes de Investigación para la Innovación Docente: Desarrollo de Proyectos Piloto para la adaptación de la Docencia al Espacio Europeo, curso 2012-13 (BICI nº 4 de 29 de octubre de 2012). Cfr. GARCÍA-CUEVAS ROQUE, E., “La desigualdad de acceso a Internet desde la doble perspectiva política y social” en *En torno a la igualdad y a la desigualdad*, Coordinador: Sánchez González, S., Madrid, Dykinson, 2009, págs. 215, 216. Esta obra nació en el marco del Proyecto que lleva la referencia 2006I/PUNED/32.

⁴ DE ESTEBAN, J., LÓPEZ GUERRA, L., *El régimen constitucional español I*, Barcelona, Labor, 1983, pág. 51. Asimismo, cfr. GONZÁLEZ CASANOVA, J. A., *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, Barcelona, Vicens Vives, 1984, págs. 458 y 459.

conjunta⁵, siendo también ambos una manifestación de la dignidad humana (art. 10 CE) -igual dignidad de los seres humanos-. Sin duda, la igualdad presenta estrechas conexiones con otros principios ideales (justicia, bien común...). El texto constitucional parte de estos dos valores, sin perjuicio de que después se puedan encontrar otros en diversas partes del articulado. En un estudio realizado en el seno del Instituto Internacional de los Derechos Humanos de Estrasburgo, se comprobó que el derecho a la igualdad es, por encima del principio clásico de la libertad, el más invocado en el conjunto de textos normativos, jurisprudenciales y doctrinales analizados⁶.

Pues bien, la adopción de la “igualdad” responde a la idea de que no basta con proteger la libertad individual, sino que debe perseguirse un triple objetivo, que describiremos a medida que avancemos en esta exposición: asegurar una igual eficacia formal de la ley para todos, excluir cualquier tipo de discriminación entre personas y grupos (sin dejar de contemplar la previsible diferenciación fundada en motivos objetivos) y procurar que exista una seguridad mínima para todos los ciudadanos en cuanto a sus condiciones de vida material. Estos valores, libertad e igualdad, son valores relativos sujetos a diversas interpretaciones ideológicas, de modo que habrá que atender, como se acaba de indicar, a la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales. No cabe duda de que, en un sistema democrático, es necesario hacer compatibles libertad e igualdad; al ser los dos valores superiores del ordenamiento jurídico, no sería admisible un entendimiento de la igualdad que implicara la negación de la libertad y viceversa; es una fórmula de equilibrio que asume todo el constitucionalismo europeo⁷. Ya Castelar, en un discurso en las Cortes, dictaminó: “libertad es el derecho de obedecer sólo a la ley e igualdad el derecho de obedecer todos una misma ley”.

Volviendo al art. 1, párr. 1 de nuestro texto constitucional, éste propugna la realización de la igualdad como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico o como “principio básico del mismo en todas sus ramas”⁸, lo que la convierte en uno de los objetivos básicos de nuestro sistema jurídico-político. No en vano, el TC en su sentencia 8/1983 de 20 de julio proclama “el superior valor que en el régimen democrático tiene el principio de igualdad básica de todos los ciudadanos”, considerándolo como “valor preeminente” en el ordenamiento jurídico español. Sin embargo, este valor no aparece en los propósitos del Preámbulo en el que se atribuye a la Nación española un deseo de

⁵ ALZAGA VILLAAMIL, O., GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., RODRÍGUEZ ZAPATA, J., *Derecho Político Español, según la Constitución de 1978 I. (Constitución y fuentes del Derecho)*, Madrid, Ramón Areces, 2010, pág. 284.

⁶ Esta experiencia tuvo por objeto el análisis informatizado de datos referentes a derechos humanos. Cfr. PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos (8ª ed.), 2003, págs. 44 y ss, cit. PÉREZ LUÑO, A. E., *Dimensiones de la igualdad*, Madrid, Dykinson, 2005, pág. 84 en nota 34.

⁷ “La igualdad que reclamamos es la igualdad que implica y es reclamada por la libertad”. Son palabras de SARTORI, G., *Teoría de la democracia*, Madrid, Alianza, 1988, pág. 417. Cfr. MARTÍN CUBAS, J., “El concepto de igualdad en una democracia avanzada: un estudio de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional” en *Revista Española de Derecho Constitucional* n° 53, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, mayo-agosto, 1998, pág. 156, especialmente nota 2. Asimismo, ALZAGA VILLAAMIL, O., GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., RODRÍGUEZ ZAPATA, J., *Derecho Político Español...*, pág. 285.

⁸ STC 38/1986, de 21 marzo. Además de tornarse como principio básico, el juicio de igualdad queda circunscrito al ámbito normativo, esto es, a las desigualdades surgidas en la interpretación y aplicación de la norma, por lo que no se extiende a la apreciación de los hechos (véase STC 285/1994, de 27 octubre). Una interesante exposición sobre los valores y principios en la Constitución, con motivo del carácter normativo de ésta, puede encontrarse en SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., MELLADO PRADO, P., *El sistema de fuentes en el ordenamiento español*, Madrid, Ramón Areces, 2010, págs. 102-103.

“establecer la justicia, la libertad y la seguridad [...]”, sin ninguna otra alusión en todo el texto del Preámbulo a la idea de igualdad.

Sin duda, esta omisión encuentra su fundamento en la pluralidad de sentidos en que la igualdad puede entenderse⁹. Pero esta igualdad del art. 1.1 ¿es la misma igualdad de la que hablan otros artículos de la Constitución?; de inmediato, vienen a la memoria los arts. 9,2 (versión española del art. 3 Constitución italiana de 1947), art. 14, el cual reconoce la igualdad como principio y como derecho de la persona y encierra, a su vez, una pluralidad de significados normativos, art. 149, 1, 1ª..., pluralidad que responde a las diversas significaciones que la idea de igualdad tiene en nuestros días, resultando delicado conseguir que estos diversos conceptos no se contradigan. Es imprescindible partir de la multiplicidad de esferas en las que incide la igualdad y del carácter histórico de su realización; así es, el valor de igualdad ha variado, en cuanto a su contenido, significación y relevancia social a lo largo de la historia¹⁰.

En la Declaración de Derechos del Hombre y del ciudadano de 1789 aparecía ya con un triple sentido; el *art. 6* dispone que “(la ley) debe ser la misma para todos, ya sea que proteja o que sancione [...]”; encontramos una equivalencia con nuestro art. 14 CE; continúa el *art. 6* “todos (los ciudadanos) son igualmente admisibles en toda dignidad, cargo o empleo público, según sus capacidades y sin otra distinción que la de sus virtudes y talentos”¹¹; equivale a los artículos 23,2 CE (derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos) y 103,3 CE (acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad); el *art. 13* de la citada Declaración establece que “para el mantenimiento de la fuerza pública y para los gastos de administración, resulta indispensable una contribución común; ésta debe repartirse equitativamente entre todos los ciudadanos, proporcionalmente a su capacidad”, que equivale al art. 31,1 CE, el cual apunta claramente a una diversa capacidad contributiva (contribución al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad [...]). Por último, no debemos olvidar que con arreglo al *art. 1* de la Declaración de Derechos “los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común”, o los arts. 2 y 3 de la Declaración de 1793 “[...] estos derechos son la igualdad, la libertad, la seguridad, la propiedad” y todos los hombres son iguales por naturaleza y ante la ley”, respectivamente, o, por último, el art. 1 de la Declaración Universal de los Derechos humanos de 1948 “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos [...]”.

En Derecho contemporáneo se perciben nuevos sentidos de igualdad (igualdad ante la ley). Las leyes proceden por categorías y sólo en contadas ocasiones se refiere a “todos” los hombres. Por categorías entendemos cada una de las clases establecidas en una profesión, carrera o actividad o condición social de unas personas respecto de las

⁹ Cfr. SÁNCHEZ AGESTA, L., *Sistema político de la Constitución española de 1978*, Madrid, Edersa, 1989, págs. 102 y ss. Para una mayor concreción de la idea de discriminación, se recomienda la lectura de la obra de RECASENS SICHES, L., “Dignidad, libertad e igualdad” en *Filosofía y Derecho*, Universidad de Valencia, II, 1977, págs. 297-318, cit. *supra*, pág. 104 en nota 15.

¹⁰ Cfr. PÉREZ LUÑO, A. E., *Dimensiones...*, págs. 16 y ss.

¹¹ No olvidemos tampoco el art. 21,2 de la Declaración Universal de los Derechos humanos de 1948, a tenor del cual “Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país”.

demás¹²; a modo de ejemplo, podemos citar, padres, funcionarios públicos, incapacitados, etc, lo que ha llevado a un concepto más preciso de igualdad como “no discriminación”, que señala determinados criterios referentes a condiciones personales o sociales en que no debe establecerse diferencia en esa determinación de categorías de sujetos obligados por la ley. Así, el art. 14, siguiendo el art. 2, 1 de la Declaración Universal de los Derechos humanos de 1948, añade “*sin que pueda prevalecer discriminación alguna* por razón de nacimiento, raza, sexo o religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”; así quedó el texto final, tras una enmienda introducida por el senador Camilo José Cela, pues en el Anteproyecto la redacción de este inciso mostraba menos firmeza: “sin discriminación por razón de...”¹³; de este modo, se dotó a la prohibición de discriminación de mayor autonomía.

Esta cuestión está íntimamente relacionada con la titularidad de este derecho. En nuestro ordenamiento constitucional, los derechos fundamentales “rigen también para las personas jurídicas nacionales en la medida en que, por su naturaleza, resulten aplicables a ellas. Así ocurre con [...] el derecho a la igualdad ante la ley proclamado en el art. 14 CE, derecho que el precepto reconoce a los españoles, sin distinguir [como hacen los textos constitucionales de otros Estados] entre personas físicas y jurídicas” (STC 23/1989, de 2 febrero). Aunque nuestro artículo se refiere con exclusividad a los españoles, deben ser contemplados otros preceptos que ayuden a determinar la posición jurídica de los extranjeros en España; es el caso del art. 13 CE. (Sobre ello, véase STC 107/1984, de 23 noviembre). Por lo demás, los entes públicos o personas jurídico-públicas no son, en principio, titulares del derecho fundamental a la no discriminación.

III. LA IGUALDAD Y LA INTERDICCIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN

Sin duda, la igualdad y la no discriminación son cuestiones delicadas que suscitan numerosas dificultades, por lo que los Tribunales Constitucionales juegan un papel muy relevante; se ha planteado ante los mismos la constitucionalidad de preceptos que entrañaban posibles discriminaciones condenadas en los textos constitucionales.

En efecto, el art. 14 CE, de modo similar al nutrido art. 13 Constitución portuguesa, viene a establecer, en su primer inciso, “una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la ley [¹⁴]. Pero, a continuación, procede a referirse expresamente a una serie de prohibiciones de motivos de discriminación concretos [nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social]” (STC 166/1988, de 26 septiembre). Este segundo inciso implica, no sólo la consagración de un derecho a no ser discriminado sino también un mandato de tutela antidiscriminatoria que la jurisprudencia constitucional ha conectado con el art. 9,2 CE¹⁵. “Esta referencia constitucional expresa no implica [continúa la STC 166/1988...] la creación de una lista cerrada de supuestos de discriminación; pero sí representa una explícita interdicción del mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas y que

¹² Estas son algunas de las acepciones que el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española ofrece de la palabra *categoría*.

¹³ Incluso se planteó en el Senado la posibilidad de no enumerar ninguna causa de discriminación.

¹⁴ De sumo interés se presenta la obra de GARCÍA MORILLO, J., “La cláusula general de igualdad” en LÓPEZ GUERRA, ESPÍN, *et al.*, *Derecho Constitucional*, vol. I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

¹⁵ RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., FERNÁNDEZ LÓPEZ, F., “La igualdad ante la ley...”, pág. 278.

han situado [...] a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 CE”. En sentido análogo, el art. 11 de la Constitución belga garantiza el disfrute de los derechos y libertades sin discriminación.

Es preciso, entonces, matizar el concepto de discriminación; ¿es discriminación exigir a los individuos miopes gafas para conducir?. El TC ha sentado la diferencia entre la “discriminación odiosa”, frente a la que procede el amparo, y la “discriminación razonable”, esto es, tratar razonablemente en forma desigual a los desiguales. Es obvio que los Tribunales Constitucionales de Italia, Alemania, España y el Tribunal Supremo de EEUU, han aceptado como correctas esas discriminaciones en virtud de distintos fundamentos. El problema radica en apreciar si una discriminación es “razonable”; en este sentido, el Tribunal Supremo de EEUU y el TC español (STC 42/1981, de 22 diciembre y STC 49/1982, de 14 julio), destacan que este carácter razonable de la discriminación ha de ser probado por aquel que la estableció, o lo que es lo mismo, corresponde probar que una discriminación es razonable a quien en un acto general o particular establece una discriminación. Ésta se debe mostrar como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados.

“Lo que prohíbe el principio de igualdad jurídica es la discriminación [...], es decir, que la desigualdad de tratamiento legal sea injustificada por no ser razonable” (STC 34/1981, de 10 noviembre). La Constitución ha establecido en el art. 14 los criterios de igualdad (que se enumerarán más adelante siguiendo a Sartori) dentro de los cuales estarían tanto la universalidad de la ley como la diferenciación de situaciones distintas que exigen un tratamiento distinto [...]; a estos efectos se requiere la razonabilidad (o relevancia) de la diferenciación. Un criterio de relevancia sería el art. 9,2 CE.

En consecuencia, no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, como así ha reiterado el TEDH en relación con el art. 14 del Convenio Europeo, cuya versión inglesa, por cierto, utiliza el término “discriminación”; este precepto “no prohíbe toda diferencia de trato en el ejercicio de los derechos y libertades: la igualdad es sólo violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad [es lo que se ha llamado test de proporcionalidad]¹⁶ entre los medios empleados y la finalidad perseguida” (STC 22/1981, de 2 julio y, en análogo sentido, STC 88/2005, de 18 abril). Véase también STC 134/1996, de 22 de julio, relativa a la igualdad y los principios tributarios de generalidad, capacidad, justicia y progresividad. Es obvio que nuestro TC ha estado muy pendiente de la interpretación que ha dado el TEDH al art. 14 del Convenio, aunque se aprecien ciertas diferencias entre ambos preceptos¹⁷.

¹⁶ Sobre este test existe una reiterada doctrina del TC: SSTC 76/1990, 22/1981, 166/1986, 110/1993...: el principio de igualdad exige también que la diferencia de trato “supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida por el legislador”.

¹⁷ El alcance del art. 14 CEDH no es el mismo que el del art. 14 CE; el primero, no garantiza en sí mismo un derecho autónomo a la igualdad y a la no discriminación, pues debe interpretarse en relación con los demás derechos sustantivos reconocidos en el Convenio; en el art. 14 CE, en cambio, la igualdad viene considerada en sí misma, aunque constituya un apoyo para el goce igual de los demás derechos y libertades constitucionales. Cfr. RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., FERNÁNDEZ LÓPEZ, F., “La igualdad ante la ley...”, pág. 277. Asimismo, *vid.*, FERNÁNDEZ SEGADO, F., “El

Ahora bien, resulta problemático afirmar, sin más, que si concurren estas circunstancias, el trato desigual o la desigualdad será admisible y, por tanto, constitutivo de una diferenciación constitucionalmente legítima, desde el momento en que supone una valoración; es el test de desigualdad de trato. Así pues, la interpretación, desde este punto de vista, del mandato constitucional de la igualdad se mueve entre el ámbito competencial del legislador y del TC. Pero, “tal valoración tiene unos límites, ya que no puede dar lugar a un resultado que vaya contra derechos y libertades reconocidos en la Constitución (art. 53.1) ni, en general, contra cualquier precepto o principio de la misma (art. 9, números 1 y 3 [...]); ni, como resulta obvio, contra la esencia del propio principio de igualdad que rechaza toda desigualdad que, por su alcance, sea irrazonable y por ello haya de calificarse de discriminatoria” (STC 34/1981, ya citada). Véase epígrafe 3.1. del presente trabajo.

La clave se encuentra en que, en unos casos se ha considerado que la exigencia de la no discriminación en la igualdad debe referirse al tratamiento igual de situaciones iguales y desigual de situaciones desiguales. En otros, se aceptan diferencias siempre y cuando se impongan “en razón de la capacitación técnica adecuada a la naturaleza propia de las tareas a realizar y que se establezcan con carácter general”. Recuérdese la aserción de Aristóteles “[...] parece que la justicia consiste en igualdad, y así es, pero para todos, sino para los iguales; y la desigualdad se muestra justa y lo es en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales”¹⁸.

El Tribunal Constitucional Federal alemán, en la interpretación que realiza del art. 3.1 *Grundgesetz* (“todos los hombres son iguales ante la ley”) expone que este art. establece un mandato de tratamiento igual, pues “si no existe ninguna razón suficiente para la permisión de un tratamiento desigual, entonces está ordenando un tratamiento igual”; en consecuencia, no se prohíbe el tratamiento desigual, sino que para permitirlo se exige una razón suficiente que lo justifique.

Avanzando en la exposición, en nuestro texto constitucional, se contemplan situaciones de desigualdad en diferentes preceptos; así, el art. 49 (disminuidos físicos, sensoriales o psíquicos para los que se exige una protección o amparo especial para el disfrute de sus derechos), el art. 50 (tercera edad) y los arts.139 y 149, en los que se observa, una vez más, una clara preocupación del legislador por la igualdad en relación con la fórmula de ordenación territorial; no obstante, en este último caso, el TC ha reiterado que el principio de igualdad no impone que todas las CCAA ostenten las mismas competencias ni las ejerzan de manera idéntica o semejante (SSTC 226/2003, 227/2003 y 97/2005). Como concreciones del principio de igualdad, cabe destacar los arts. 32,1 -del que se hará una mención especial más adelante-, 35,1 y el art. 39,2. El art. 23,2 es un ejemplo del principio de diferenciación, exigencia de la igualdad ante la ley, al establecer el acceso de los ciudadanos “en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos [...]” y el art. 103,3 que dispone que “la ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y

principio de igualdad en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos” en *Revista de Administración Pública* nº 25, 1989.

¹⁸ ARISTÓTELES, *Política*, III, 9, 1280 a, cit. ALZAGA VILLAAMIL, O., et al., *Derecho Político Español según la Constitución de 1978 II. (Derechos fundamentales y órganos del Estado)*, Madrid, Ramón Areces, 2012, pág. 67 en nota 17. Cfr., asimismo, SÁNCHEZ AGESTA, L., *Sistema Político...*, pág. 104.

capacidad [...]”. Este precepto nos trae a la memoria el último inciso del art. 6 de la arriba mencionada Declaración de 1789. De esta manera, se está reconociendo implícitamente que no todos los ciudadanos poseen los mismos conocimientos, méritos o competencias para desempeñar los cargos y empleos públicos, por lo que la igualdad genérica de sus posibilidades para acceder a ellos se ve supeditada de hecho a sus concretas y específicas condiciones personales¹⁹.

No podemos concluir estas consideraciones previas a la igualdad en nuestra Constitución sin traer a colación las dimensiones que, de modo soberbio, puntualiza PÉREZ LUÑO²⁰ en torno a aquella, quien considera que en nuestra Carta Magna tienen puntual reflejo las dimensiones trascendente e inmanente de la igualdad que se manifiesta en su texto articulado, no sólo como valor, sino también como principio y derecho fundamental, si atendemos a un plano cualitativo, sin desconocer que en la acepción cuantitativa la igualdad constituye una de las palabras-clave o descriptores significativos del texto²¹.

La igualdad como principio encierra un mayor grado de concreción que los valores respecto a las situaciones a las que pueden ser aplicados, resultando de sumo interés la dimensión de la igualdad como derecho fundamental, cuestión esta última que ha suscitado no pocas controversias. Bajo este prisma se reconocen derechos fundamentales de igualdad en distintos sectores del articulado, algunos ya mencionados con anterioridad: art. 14 (con la prohibición expresa de determinados tipos de discriminación), art. 23,2, art. 31,1, art. 32,1 (derechos y deberes ciudadanos), art. 39,2 (principios rectores política social y económica), arts. 68,1 y 69,2 (sufragio universal) art. 130,1, art.139,1, art. 149,1 1ª CE (organización territorial del Estado).

A mi juicio, muy acertada se muestra esta última dimensión de la igualdad, pues ésta pretende asegurar un determinado status subjetivo, esto es, una determinada esfera de intereses de los ciudadanos, concretado en la garantía de paridad de trato y la consiguiente prohibición de una serie -no cerrada, ni exhaustiva- de discriminaciones. (Véase STC 75/1983, de 3 de agosto).

Ante la pluralidad de sentidos en que la igualdad puede entenderse, como se desprende de estas primeras páginas, considero muy conveniente evocar con estas líneas la tipología y criterios de igualdad en el modelo de democracia constitucional que tan hábilmente nos propone Sartori²²; de entre los siete tipos de igualdad que analiza, deseo retener, por la índole de este trabajo, las siguientes: la “igualdad jurídico-política”, es decir, a cada uno los mismos derechos jurídicos y políticos; la “igualdad social”, entendida como, a cada uno la misma importancia social y, por ende, poder oponerse a la discriminación social, e “igualdad de acceso”, o igual reconocimiento a igual mérito, es decir, a cada uno las mismas oportunidades. Estos tres tipos de igualdad conllevan necesariamente libertad. No olvidemos que, en un régimen democrático, debe concebirse la igualdad compatible con la libertad.

¹⁹ PÉREZ LUÑO, A., E., *Dimensiones...*, pág. 31.

²⁰ *Ibid*, págs. 84 y ss.

²¹ Lo demuestra el estudio realizado por GONZÁLEZ-TABLAS, Rafael sobre Thesaurus informatizado de la Constitución española de 1978, cit. *Ibid*, pág. 84.

²² Un estudio sobre la teoría de la democracia sin citar a SARTORI, resultaría incompleto. SARTORI, G., *Democracia Cosa è*, Milán, Rizzoli Libi, 1993, págs. 183, 185 y 190. Gracias a la cita realizada por MARTÍN CUBAS en su ya mencionado artículo “El concepto de igualdad..., en concreto, en las págs. 157 (nota 6), 158 y 159, he tenido ocasión de recordar esta deliciosa obra.

IV. LA CONTROVERTIDA DISTINCIÓN ENTRE IGUALDAD FORMAL E IGUALDAD MATERIAL

A la vista de lo expuesto, es casi obligado traer a colación la tan común distinción entre igualdad formal, también conocida como igualdad jurídica o igualdad ante la ley, e igualdad material, también denominada igualdad económica real o efectiva.

La primera, típicamente liberal, se podría corresponder con el art. 14 CE, como garantía de generalidad y regularidad inmanente al propio ordenamiento jurídico; la segunda, mal llamada material, en opinión de algunos autores²³, hace referencia a la igualdad de las condiciones materiales, esto es, de bienes y recursos, pudiendo corresponderse con el art. 9,2 CE, como objetivo trascendente a alcanzar en el orden económico y social²⁴. Ambos preceptos han plasmado dos ideas muy distintas de la igualdad que incluso podrían llegar a contraponerse.

Pero esta distinción puede resultar insuficiente, o no del todo válida, para dar una respuesta a la pregunta de si la igualdad a la que se refieren los artículos de la Constitución es la igualdad formal o material²⁵. De nuevo, la jurisprudencia del TC ayudará en esta tarea. Así, en su sentencia 19/1982 de 5 de mayo, el Alto Tribunal considera que en la determinación de qué debe entenderse por desigualdad que entrañe discriminación, la propia Constitución obliga a dar relevancia a determinados puntos de vista: el contenido de la igualdad como valor establecido en el art. 1.1 no es otro que los tipos de igualdad exigidos por la libertad en un Estado social y democrático de Derecho; que los criterios de aplicación de la igualdad son los establecidos en el art. 14 y que el art. 9,2 no se refiere tan sólo a la igualdad material sino que establece un criterio de relevancia. Cuando se habla de obtener una igualdad material no se trata de obtenerla en cuanto bienes económicos, sino de obtener una libertad e igualdad reales y efectivas, lo que se consigue tanto mediante la igualdad formal (que es real y efectiva) como mediante la igualdad material²⁶. El art. 9,2 “puede actuar como principio matizador de la igualdad formal consagrado en el art. 14, permitiendo regulaciones cuya desigualdad formal se justifica en la promoción de la igualdad material” (STC 98/1985, de 29 de julio).

A modo de recapitulación, considero conveniente subrayar algunos detalles de ambos preceptos.

²³ El uso de la igualdad material se ha hecho tan común que la mayor parte de la doctrina lo utiliza, contraponiéndolo, no siempre de forma acertada, a la igualdad formal. Así, MARTÍN CUBAS, J., “El concepto de igualdad...”, pág. 178. El artículo que he hallado de este autor en la Revista Española de Derecho Constitucional, aunque muy apropiado para el tema que aquí nos ocupa, a mi juicio es profundamente crítico.

²⁴ En este sentido, ÁLVAREZ CONDE, E., *Curso de Derecho Constitucional*, vol. 1, Madrid, Tecnos, 1992, pág. 263 y PÉREZ LUÑO, A., E., *Dimensiones...*, págs. 87 y 88; este último autor advierte que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no concibe estas dos vertientes como compartimentos estancos sino que conjuga la interpretación del art. 14 en función del art. 9,2, así como el valor superior de la igualdad plasmado en el art. 1.1.

²⁵ MARTÍN CUBAS, J., “El concepto de igualdad...”, págs. 156 y 157.

²⁶ *Ibid* págs. 167-170. Véase STC/14/1983 de 28 de febrero.

El art. 14 CE, de contenido denso y expansivo, como acabamos de verificar, y alrededor del cual existe una amplia jurisprudencia constitucional, al proclamar la igualdad ante la ley, está estableciendo un derecho subjetivo a obtener un trato igual (principio de no discriminación) y configurando este principio como un “derecho subjetivo de los ciudadanos, evitando los privilegios y las desigualdades discriminatorias entre aquéllos, siempre que se encuentren dentro de las propias situaciones de hecho a las que deben corresponder un tratamiento jurídico igual” (STC 75/1983, de 3 de agosto); es decir, desde el punto de vista de su naturaleza, “la igualdad [...] no constituye un derecho subjetivo autónomo, existente por sí mismo, pues su contenido viene establecido siempre respecto de relaciones jurídicas concretas. De aquí que pueda ser objeto de amparo en la medida en que se cuestione si tal derecho ha sido vulnerado en una concreta relación jurídica [...]”. (STC 76/1983, de 5 agosto). Y añade el Tribunal en su sentencia 34/1981, que “el principio de igualdad jurídica consagrado en el art. 14 hace referencia inicialmente a la universalidad de la ley, pero no prohíbe que el legislador contemple la necesidad o conveniencia de diferenciar situaciones distintas y de darles un tratamiento diverso, que puede venir exigido, en un Estado social y democráticos de derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra [...], como son la justicia y la igualdad”.

A continuación, dicho precepto pone de manifiesto que no serán relevantes como principios discriminatorios las diferencias “por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”; tal y como se ha indicado en páginas anteriores, dado que la igualdad es un valor superior, “toda situación de desigualdad persistente a la entrada en vigor de la norma constitucional, deviene incompatible con el orden de valores que la Constitución proclama” (STC 8/1983, de 18 de febrero)²⁷. El art. 14 proclama, pues, con carácter general, la prohibición de discriminación y, desde luego, recuerda al art. 3,3 *Grundgesetz* y al art. 10 de la Constitución belga.

Es menester traer a colación, de nuevo, los art. 2,1 y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, a tenor de los cuales, “toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición” y “todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”, respectivamente. Sin ninguna vacilación, estos preceptos son suficientemente claros e indiscutibles.

Ahora bien; el TC, en numerosas ocasiones, ha hecho hincapié en la mencionada dimensión diferenciadora que dimana del principio de igualdad (ante la ley) con la intención de mejorar la situación de colectivos que han sufrido una marginación o postergación histórica: así “medidas diferenciadoras a favor de la mujer que se consideran conformes a lo establecido por el art. 14 [...] no toda desigualdad de trato resulta contraria al principio de igualdad [...] y que el tratamiento diverso en situaciones distintas puede venir incluso exigido en un Estado social y democrático de Derecho [...] la situación de determinados grupos sociales definidos por el sexo y colocados en posiciones de innegable desventaja en el ámbito laboral, por razones de tradición y

²⁷ PÉREZ LUÑO, A., E., *Dimensiones...*, pág. 86.

hábitos arraigados en la sociedad, provoca una actuación de los poderes públicos para remediar dicha situación que no puede considerarse vulneradora del principio de igualdad, aunque establezca para ellos un trato más favorable” (STC 128/1987, de 16 de julio); en definitiva, son medidas de acción positiva y de discriminación inversa en relación con grupos sociales desfavorecidos (mujer, discapacitados...). En este sentido, la LO 3/2007, de 22 de marzo para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres ha supuesto un impulso significativo en la tarea de dar cumplimiento al principio de igualdad de trato: corrige, v.g., la menor presencia que tradicionalmente han tenido las mujeres en los órganos de representación política²⁸; lo que nos llevará a las cuestiones planteadas más adelante, sin olvidar que queda fuera de nuestro estudio el derecho a participar en los asuntos públicos y el acceso a cargo público representativo (art. 23 CE).

IV.1. PLANOS DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY COMO PRINCIPIO GENERAL DE IGUALDAD

No podemos concluir esta exposición en torno a la igualdad jurídica, igualdad ante la ley o igualdad formal, sin hacer una breve alusión a los dos planos que ha destacado la doctrina y jurisprudencia constitucional del principio general de igualdad.

Teniendo en cuenta la importancia y transcendencia política y jurídica que la Constitución otorga a la igualdad a partir de su art. 1, no podría faltar una breve alusión a la distinción entre igualdad en la ley -o igualdad en el trato dado por la ley- y en la aplicación de la ley; ambos planos guardan importantes conexiones. El primero constituye un límite impuesto al ejercicio del poder legislativo; el segundo se traduce en que “un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable” (STC 49/1982, de 14 julio).

Analicemos el primero; a pesar de utilizar el término “ante la ley”, la jurisprudencia constitucional, siguiendo el constitucionalismo comparado, ha asumido el uso del parámetro de la igualdad para examinar la constitucionalidad del contenido de las leyes, esto es, la igualdad en la ley, -una igualdad no meramente formal que tiene “sustancia y valor”- y el sometimiento de todos los poderes públicos al principio de igualdad²⁹.

Y así es; la igualdad en la ley opera “frente al legislador o frente al poder reglamentario, impidiendo que uno u otro puedan configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas que [...] se encuentran en la misma situación [elemento de comparación]. [La igualdad en la aplicación de la ley obliga a que aquélla] sea aplicada efectivamente de modo igual a todos aquellos que se encuentran en la misma situación [juicio de igualdad³⁰], sin que el aplicador [órganos

²⁸ Sobre este último aspecto, puede consultarse MARTÍNEZ ALARCÓN, M. L., *Cuota electoral de mujeres y derecho constitucional*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2008.

²⁹ RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., FERNÁNDEZ LÓPEZ, F., “La igualdad ante la ley...”, págs. 278-279.

³⁰ Muy interesantes son las obras GIMÉNEZ GLUCK, D., *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Barcelona, Bosch, 2004 y GAVARA DE CARA, J.C., *Contenido y función del término de comparación en la aplicación del principio de igualdad*, Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2005.

administrativos y órganos judiciales] pueda establecer diferencia alguna en razón de las personas o de circunstancias que no sean precisamente las presentes en la norma” (STC 144/1988, de 12 julio).

La doctrina constitucional, entonces, sobre la igualdad “exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas” (STC 49/2008, de 9 abril); el juicio de igualdad impone el reconocimiento de la existencia de desigualdades de trato, de los motivos y de su justificación, siempre mediante un criterio relacional del que se deduzca una diferencia de trato³¹; como afirma el propio TC (STC 200/2001, de 4 octubre) “de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados y cuyas consecuencias no resulten desproporcionadas”; deben concurrir, entonces, dos garantías: la razonabilidad³² y la proporcionalidad de la medida.

Por último, y en lo que se refiere a la justificación constitucional -objetiva y razonable- de la diferencia de trato, la misma constituye un punto delicado, sobre el que la jurisprudencia constitucional ha sido algo indecisa, no sólo por la propia falta de concreción del principio de igualdad, sino también por el margen de libertad de opción del legislador.

El segundo plano, la igualdad en la aplicación de la ley³³ prohíbe el cambio de criterio judicial arbitrario, pero éste “es legítimo cuando es razonado, razonable y con vocación de futuro” (STC 27/2006, de 30 enero).

V. ALGUNAS CONCRECIONES DE LA IGUALDAD JURÍDICA E IGUALDAD MATERIAL

Como se ha indicado al comienzo, y por las razones allí expuestas sobre su elección, el mejor modo de comprender esta controvertida distinción es acudiendo a sendos ejemplos; el primero de ellos, contemplado expresamente en la CE (art. 32,1) en la esfera de la igualdad formal; el segundo, se infiere implícitamente de distintos preceptos, fundamentalmente del art. 9,2 CE, en la línea trazada por la igualdad material, en concreto, la igualdad de oportunidades en la SI.

V. 1. LA IGUALDAD JURÍDICA Y EL ART. 32.1 CE³⁴

Hace varias décadas, en los años en que se formulan las destacadas Declaraciones de Derechos, lamentablemente se habían presenciado en algunos países discriminaciones para el matrimonio por razón de nacionalidad, raza o religión, lo que motivó que el

³¹ *Ibid*, pág. 281.

³² Un análisis detallado de esta garantía puede obtenerse en MARTÍNEZ TAPIA, R., *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*, Almería, Universidad de Almería, 2001.

³³ Sobre el particular, se recomienda la consulta de OLLERO TASSARA, A., “La igualdad en la aplicación de la ley en la doctrina del Tribunal Constitucional” en *Estudios de Derecho Judicial nº 87*, 2006.

³⁴ Cfr. GARCÍA-CUEVAS ROQUE, E., “El matrimonio en la Constitución española: un enfoque doctrinal y jurisprudencial” en *Revista FORO. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Nueva Época, vol. 17, nº 1, 2014, págs. 196-200.

derecho a contraer matrimonio se contemplara en aquellos documentos de carácter político junto con la igualdad conyugal.

Siguiendo el antecedente republicano y el art. 23.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³⁵, el derecho a contraer matrimonio “con plena igualdad jurídica” contenido en el art. 32.1 CE denota su reciprocidad o bilateralidad, presentándose esta nota tan unida al derecho -que reconoce- que la condiciona³⁶; efectivamente, “la plena igualdad” sostiene distintas implicaciones, como estamos resaltando, en la misma línea que la Constitución italiana (art. 29.2, “igualdad moral y jurídica de los cónyuges”), o la portuguesa (art. 36.1, “en condiciones de igualdad plena”); de otro modo, se iría en contra de la Declaración Universal de Derechos.

Todos tendrán derecho a constituir una familia y a contraer matrimonio en condiciones de igualdad plena. Se ha considerado que esta equiparación jurídica se refiere, no sólo al momento de contraer matrimonio, sino también a la posición de los cónyuges en la comunidad matrimonial y al eventual momento de su disolución por causa distinta de la muerte de uno de los cónyuges³⁷, siguiendo el camino abierto por la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Este aspecto se encuentra íntimamente relacionado con el régimen legal del matrimonio, el cual, en efecto, “está diferido por la Constitución a la Ley [...]; ésta ha de asegurar, en todo caso, la plena igualdad jurídica de los cónyuges [...], un mandato éste del que se deduce [...] la necesidad de que el legislador [...] no condicione o determine la situación de los cónyuges de manera que ésta no sea efectivamente igual en el ejercicio de los derechos, por ejemplo, [...] en el ejercicio del derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio” (STC 45/1989, de 20 febrero).

Sin duda, la CE propugna la configuración de un grupo familiar de base asociativa y la desaparición de los vínculos patriarcales y autoritarios con la correspondiente superación de épocas anteriores, caracterizadas en gran medida por la situación de preeminencia del marido sobre la mujer. No en vano el Alto Tribunal se ha pronunciado en distintos momentos a favor de esta última afirmación; el concepto de cabeza de familia vigente en épocas pasadas y normas anteriores a la CE, con arreglo al cual, “tal cualidad se atribuía expresamente al padre [...] como administrador de la sociedad conyugal y de gananciales y como titular en primer término de la patria potestad sobre los hijos -redacción anterior del CC- [...] resulta hoy en día inadmisibles, una vez que para poner fin a la tradicional postergación de la mujer borrando aquellas diferencias que históricamente la han colocado en situación de inferioridad en la vida jurídica y social -STC 128/1987, de 16 julio-, se ha consagrado en nuestra Constitución el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo, con la consiguiente proclamación de la igualdad jurídica de marido y mujer en el matrimonio y en las responsabilidades familiares (arts. 14 y 32 CE y 66 CC), consagración que -quedó-

³⁵ “Los Estados partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en el caso de disolución del mismo”.

³⁶ ESPÍN CÁNOVAS, D. “Art. 32. Derecho al matrimonio” en *Comentarios a la Constitución española de 1978* (Dir. O. Alzaga), t. III, Madrid, Edersa, 1996, págs. 456 y 459.

³⁷ GÁLVEZ, J., “Artículo 32” en Garrido Falla, F., *Comentarios a la Constitución*, Madrid, Civitas, 1980, pág. 415.

reforzada con la incorporación de nuestro país a la Comunidad Económica Europea³⁸, que mantiene entre sus principios básicos la igualdad de ambos sexos” (STC 241/1988, de 19 diciembre).

Más reciente fue la decisión de considerar contrario al art. 32 CE la prescripción del art. 9.2 CC, relativa a un trato preferente para el varón -nacionalidad del marido- por entrar en conflicto con los arts. 14 y 32 CE (STC 39/2002, de 14 febrero). De hecho, el art. 14 CE constituye la única vía a través de la cual el derecho al matrimonio tiene abierto el recurso de amparo.

Pero, se han planteado otros supuestos interesantes relacionados con la plena igualdad jurídica y el matrimonio. Se ha invocado, con más frecuencia de la deseada, el debate sobre la posición del hombre y la mujer ante las tareas domésticas; en este ámbito, ha de excluirse que la diferencia de trato -por ejemplo, prestación de costes de guardería- entre las trabajadoras con hijos menores y los trabajadores en la misma situación, resida en la distinta situación respecto a la necesidad del cuidado y asistencia de los hijos. No puede admitirse, aclara el TC, “como justificación de la diversidad de trato, que las esposas de los trabajadores casados pueden atender a los hijos pequeños, por lo cual esos trabajadores no necesitarán que se les subvencione los gastos de guardería, mientras que las trabajadoras con hijos sí lo necesitarán para compensar la imposibilidad de prestar tal atención debido a su trabajo”; ello supondría que, mientras las mujeres de los trabajadores tendrán que permanecer en el hogar familiar atendiendo a los hijos menores, en el caso de la mujer trabajadora los padres de los hijos menores no realizarán actividades domésticas de atención de los mismos. Esta perspectiva que excluye “la posibilidad de actividades extradomésticas de la mujer casada [...] y la prestación de colaboración en el cuidado de los hijos de la trabajadora por parte del padre, no puede considerarse justificación suficiente, pues no se adecúa a las previsiones igualitarias entre hombre y mujeres contenidas en la Constitución contrarias a la discriminación por razón de sexo tanto en forma general (art. 14) como [...] en el matrimonio (art. 32.1), el trabajo (art. 35.1) y el cuidado de los hijos comunes (art. 39.3), convirtiendo en inadmisibles una posición que parte de la dedicación exclusiva de la mujer a las tareas domésticas y de la exclusión absoluta del hombre de las mismas [...]” (STC 128/1987, de 16 julio); en el ámbito doméstico el hombre y la mujer son iguales ante las responsabilidades familiares (STC 242/1988, de 19 diciembre).

Continuando en la misma línea de posibles discriminaciones por razón de sexo, ha sido doctrina frecuente del TC la consideración de discriminatorias de determinadas medidas adoptadas en el ámbito de las relaciones laborales por el mero hecho de contraer matrimonio (o de quedar la mujer embarazada)³⁹; “la suspensión del contrato de trabajo para el personal femenino [...] por el hecho de contraer matrimonio constituye una discriminación por razón de sexo, pues no se hace derivar idéntica consecuencia en relación con el personal masculino de la misma empresa [...] y que la situación es discriminatoria <<ex constitutione>>” (SSTC 7/1983, de 14 febrero y 58/1984, de 9 mayo); recuérdese el caso de unas empleadas de la Compañía Telefónica Nacional de España, en el que se pudo apreciar una discriminación doble: además de la discriminación por razón de sexo de las trabajadoras de la Compañía Telefónica, se

³⁸ Art. 19 del Tratado Constitutivo de la CEE y Directivas 75/117/CEE, 76/207/CEE y 79/7/CEE.

³⁹ Vid., ALONSO OLEA, M., “Despido de la mujer embarazada, versión comunitaria europea” en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, 1995.

analizó “la concurrencia de otra posible causa de discriminación derivable del hecho mismo del matrimonio”⁴⁰, al imponer obstáculos a este derecho.

En definitiva, el hecho de que la igualdad entre cónyuges se declare con el máximo rango normativo puede entenderse como la voluntad decidida del constituyente de luchar contra todas aquellas situaciones de discriminación que, debido a la legislación anterior sufría la mujer casada⁴¹; ello exige que la legislación en esta materia sea acorde con el art. 32.1 CE, de modo que tanto el matrimonio como todas las relaciones familiares derivadas de él se conformen según el principio de igualdad entre hombres y mujeres.

V. 2. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES Y LA DIMENSIÓN MATERIAL DE LA IGUALDAD

Se apela a la igualdad porque se considera justa y, por ende, se considera injusta la desigualdad; pero que la discriminación sea injusta no depende del hecho de la diferencia sino del reconocimiento de la inexistencia de “buenas razones” para un tratamiento desigual.

Por lo demás, la igualdad del art. 9,2 CE del individuo y de los grupos que la integran plantea diversas cuestiones. El Estado permite el ejercicio de derechos y libertades por los ciudadanos, pero tutelando que no se generen explotaciones de los más débiles ni la potenciación de las desigualdades existentes en la población⁴². Ya se ha mencionado el art. 6 de la Declaración de Derechos del Hombre y del ciudadano de 1789; pues bien, la idea de una desigualdad como compensación de una injusta distribución o de una desigual situación económica está presente en la Corte Constitucional italiana y también en el TC español, al aceptar la necesidad de adecuar las situaciones económicas para compensar las diferencias reales. Presenta, asimismo, rasgos comunes con la teoría de la justicia distributiva y con la teoría de la justicia social. Por este motivo, la reivindicación de la igualdad -mal o bien llamada- material ha sido una constante en la evolución del pensamiento democrático. Desde el punto de vista jurídico, el reconocimiento del principio de igualdad de oportunidades (igualdad en el disfrute de la libertad⁴³ y justa y equitativa igualdad de oportunidades) ha supuesto un paso de gran transcendencia en el afianzamiento de la dimensión material de la igualdad.

Pero, así como en un principio la igualdad de oportunidades fue interpretada en sentido negativo, como eliminación de barreras o privilegios sociales⁴⁴, ha ido adquiriendo con el tiempo una significación positiva. Su alcance se cifra, ahora, en que cada persona, sea

⁴⁰ Así se pronunció Tomás y Valiente en la ya citada STC 7/1983. Cfr. ESPÍN CÁNOVAS, D., “Art. 32...”, pág. 464.

⁴¹ En este sentido, ARANDA ÁLVAREZ, E. (2003), *Sinopsis artículo 32. Constitución española*, Congreso de los Diputados (actualizada por Sieira, S. 2011), disponible en <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=32&tipo=2>, 26/08/2014., págs. 1 y 2.

⁴² ALZAGA VILLAAMIL, O., GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., RODRÍGUEZ ZAPATA, J., *Derecho Político Español...*, pág. 285.

⁴³ SARTORI, G., *Democracia e definizioni*, Bologna, Il Mulino, 4ª ed., 1976, págs. 214 y ss, cit. PÉREZ LUÑO, A. Enrique, *Dimensiones...*, pág. 62 en nota 71.

⁴⁴ TAWNEY, R.H., *Equality*, London, Allen & Unwin, 4ª ed., 1979, págs. 102-104 y 112, cit. PÉREZ LUÑO, A. Enrique, *Dimensiones...*, pág. 62 en nota 69 y 70.

cual fuere su nacimiento, ocupación o posición social, posea iguales oportunidades para desarrollar plenamente su capacidad natural en el plano físico e intelectual. De esta manera, se permitirá, en primer lugar, garantizar una participación de los diversos sectores que intervienen en el proceso productivo en la dirección y control de las empresas, así como en la administración de los recursos de la tierra, del capital o del crédito; y, en segundo lugar, asegurar un disfrute colectivo de la riqueza, controlando las excesivas disparidades de renta, salud y educación.

Todo ello, sin perjuicio de las distintas tesis (liberal, democrática, socialista,...) que inciden en aspectos muy determinados y provocan que lo dicho anteriormente sea recogido con ciertas reservas. No debemos olvidar que los hombres nacemos en contextos histórico-sociales definidos que condicionan desde un principio nuestras opciones. Deseo destacar, en este instante, la extraordinaria preocupación que la Constitución portuguesa, demuestra por la igualdad de oportunidades en distintos preceptos: art. 58 (derecho del trabajo), art.73 (educación, cultura y ciencia), art. 74 (enseñanza), art. 76 (universidad) y art. 81 (misiones prioritarias del Estado).

V. 2. A. LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN⁴⁵: ESPECIAL REFERENCIA A LA DESIGUALDAD DE ACCESO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Los medios de información, que normalmente son un reflejo de las formas de organización política enraizados en la sociedad en la que se insertan, deben defender la democracia y participar de ella. Su contribución a favor de una mejor forma de organización social consisten en favorecer la libertad e igualdad de todos los ciudadanos; “libres” para poder elegir los medios de información más adecuados a su ideología y forma de pensar, con los que puedan contrastar contenidos e “igualdad” en el sentido de que todo el mundo debe tener las mismas posibilidades de acceso a la información independientemente de los recursos que pudiese tener. Todo ello favorece la pluralidad de pensamiento y la participación de los ciudadanos, para lo cual es de suma importancia que todos tengamos oportunidad de disfrutar de estos contenidos⁴⁶.

La llamada revolución tecnológica ha afectado a una de las bases de los derechos fundamentales que es la igualdad: todas las personas deberían tener acceso a aquello que se considera un bien fundamental y que ha sido definido como un “servicio universal” (al menos, éste ha sido uno de los objetivos del gobierno estadounidense).

En el uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (en lo sucesivo TIC) cabe destacar dos movimientos ideológicos sobre la igualdad: uno de ellos, basado en intereses económicos y empresariales y que, por lo tanto, subyace la economía de mercado -que está colaborando en que los ordenadores sean cada vez más baratos y potentes-, defiende con firmeza que Internet traerá consigo la igualdad para todos, destacando sus magníficos beneficios y bondades; este primer movimiento considera

⁴⁵ Cfr. GARCÍA-CUEVAS ROQUE, E., “La desigualdad de acceso...”, págs. 217-219.

⁴⁶ ROSALES, J.M., “Ciudadanía en Democracia: condiciones para una política cívica” en *Revista de Ciencias Sociales* nº 122, págs. 5-23, cit. GÓMEZ LOZANO, C., “Desigualdades en Internet e implicaciones educativas”, comunicación presentada en *Congreso Internacional de Tecnología, Educación y Desarrollo sostenible*, pág. 1, disponible en <http://www.uib.es/depart/gte/edutec/edutec01/edutec/comunic/DIV13.html> 20/06/2008.

que las desigualdades tenderán a desvanecerse conforme se expanda la utilización de estas tecnologías en el conjunto de las sociedades en el ámbito local e internacional; el segundo movimiento o posición, denuncia que los procesos que definen el paisaje de desigualdad social se reafirmarán, incrementado la distancia entre grupos sociales y los países del orbe, debido en gran parte, al no acceso a esas nuevas tecnologías por determinados sectores de la población, y creando, de este modo, bolsas de exclusión tecnológica⁴⁷. El hecho de marginar a aquellos que tienen más dificultades va en detrimento de la justicia social.

Así es; la llamada SI es una nueva fuente de interrogantes y problemas, entre ellos, la desintegración social. No obstante, “Europa se ha construido sobre un grupo de valores compartidos por todas sus sociedades y combina los valores democráticos, derechos humanos e instituciones basadas en el principio de Estado de Derecho con una economía abierta y los valores de solidaridad y cohesión social; estos valores incluyen el acceso de todos los miembros de la sociedad de los servicios universales o servicios de interés general que contribuyen a la solidaridad e integración de todos los ciudadanos”⁴⁸. En esta línea, el mandato del art. 9,2 CE (que hemos conocido como igualdad material), que establece la obligación de los poderes públicos de promover la igualdad y la facilitación de la participación de todos los ciudadanos en la vida pública, adquiere así una nueva dimensión en la SI; la difusión de las TIC aporta nuevas oportunidades para construir una sociedad más igualitaria y participativa; puesto que el riesgo principal que conllevan las TIC es la división de la sociedad en los que tienen acceso y los que no -se habla de polarización-, evitar la exclusión de parte de la población constituye el reto más importante que plantea la SI. Apuntar hacia una modificación de la noción de servicio público (art. 9,2 CE) acorde con la SI, permitirá incorporar el acceso a la Red Digital de Servicios Integrados y contribuirá a disminuir las desigualdades en la población ante las TIC⁴⁹.

Por último, es amplia la legislación relativa a lo que se viene llamando “servicio universal”, cuyo objetivo permanente es mejorar la “brecha digital”.

En España es el caso de la Ley 34/2002, de 11 de julio de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico y la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, Ley General de Telecomunicaciones⁵⁰; entre los objetivos y principios de esta última destacan, por su interés, “promover [...] la utilización de los nuevos servicios [...] y el acceso a éstos, en condiciones de igualdad, e impulsar la cohesión territorial, económica y social” (art 3, c)) y “[...] salvaguardar en la prestación de [los servicios], la vigencia de los imperativos constitucionales, en particular, el de no discriminación, el del respeto a los derechos al honor, a la intimidad [...], el de la protección a la juventud y a la infancia y la satisfacción de las necesidades de los grupos con necesidades especiales, tales como las personas con discapacidad” (art. 3 e)).

⁴⁷ GÓMEZ LOZANO, C., *Desigualdades en Internet...*, pág. 7 y ARTEAGA BOTELLO, N., “Entre la desigualdad y la polarización: acceso y uso de la Internet”, en *Documentos de Investigación* nº 92, Colegio Mexiquense, México, 2004, pág. 4.

⁴⁸ COMISIÓN EUROPEA, “Growth, Competitiveness, Employment” en *White Paper*, COM (96) 90 final, de 28 de febrero de 1996, cit. FERNÁNDEZ ESTEBAN, Mº L., *Nuevas tecnologías, Internet y Derechos Fundamentales*, (Monografía) Madrid, McGrawHill, 1998, págs. XXIII y XXIV, en nota 13.

⁴⁹ *Ibid*, pág. XXIV, especialmente nota 14.

⁵⁰ Esta Ley en su disposición derogatoria única establece que queda derogada la Ley 11/1998, de 24 de abril, excepto [...] la disposición transitoria duodécima que se ha reflejado *supra*.

En cuanto a la legislación basada en la no discriminación y la igualdad de oportunidades en el contexto de la discapacidad, debemos atender a la Ley 51/2003 de 2 de diciembre, el Real Decreto 1494/2007 de 12 de noviembre y la Ley 49/2007 de 26 de diciembre, que serán objeto de análisis a continuación.

En efecto, lo dicho hasta ahora se puede extrapolar a aquéllos sectores de la sociedad que se enfrentan con algún tipo de discapacidad, que les limita el rutinario acceso a las Nuevas Tecnologías.

El desarrollo, en los últimos años, de las TIC, lejos de haberse detenido, se ha visto magnificado, tecnologías que están al servicio de las personas que forman la sociedad; ahora bien, el espectro de necesidades y tipos de personas que componen la misma y acceden a la Sociedad de la Información es muy amplio, lo que obligará a los diseñadores de productos y entornos a una continua adaptación a esas necesidades y características peculiares, ante los nuevos retos de accesibilidad.

Resulta, a todas luces, muy complicado, en primer lugar, caracterizar todos los tipos de personas que acceden a la SI y sus peculiaridades y, en segundo lugar, conseguir que los desarrolladores o fabricantes de productos y servicios de la misma tengan en cuenta esta diversidad.

La SI es, en potencia, extremadamente inclusiva, pero en la práctica es muy excluyente, elitista y sectaria; para promocionar a las personas, se precisa un servicio universal y una igualdad de acceso tales que provean información significativa y de calidad a través de diversas vías⁵¹.

En efecto, usuarios de esta Sociedad somos todos, pero entre nosotros hallamos personas invidentes, o con problemas de audición, o con niveles de aprendizaje muy diversos por distintas circunstancias, o con discapacidad física..., que constituyen el 20% de la población mundial aproximadamente, motivo suficiente para considerarlas un mercado importante⁵². En concreto, en España y según una encuesta realizada por el Instituto Nacional de Estadística en 2008 sobre Discapacidad, Autonomía personal y situación de Dependencia, encontramos alrededor de 3,8 millones de personas con alguna discapacidad, lo que supone un 8,5% de la población.

Muy sugestivo ha resultado el estudio de la normativa existente sobre el particular. Nuevos retos se presentan día a día para un mejor aprovechamiento de estas tecnologías en todos los ámbitos de interés humano. En efecto, elaborar nuevas leyes para este

⁵¹ BERLEUR, J., WHITEHOUSE, D., *An ethical global information society: Culture and democracy revisited*, Chapman & Hall, 1997, cit. GUIBERT, J.M., “La desigualdad de acceso como problema ético en la sociedad de la información” en *Cultura & Política @ Ciberespacio*, 1^{er} Congreso ONLINE del Observatorio para la Cibersociedad, Grupo 11: Ética aplicada en Internet-Estudio de la ética hacker, octubre 1998, <http://cibersociedad.rediris.es/congreso>, 01/08/2008, pág. 4; información actualizada sobre el citado Congreso, puede verse en <http://www.cibersociedad.net/congreso/comms/g11alco-faura.htm>, 26/08/2014.

⁵² ROMANACH, Javier, *Nuevas Tecnologías de Información y Comunicación, Dignidad y Derechos Humanos en la diversidad funcional*, Foro de Vida Independiente, noviembre, 2005, pág. 2, quien pone de relieve el hecho de que en la franja de los 65 años, el 50% de la población tiene alguna diferencia o diversidad funcional. Éste es un término acuñado por el Foro de Vida Independiente para referirse a lo que habitualmente se conoce como discapacidad, con la pretensión de eliminar la negatividad en la definición del colectivo.

inédito espacio constituye el desafío de los Estados Nacionales y de los gobiernos en la consecución de políticas públicas acordes con el fin último del Estado, el bien común y la protección de los ciudadanos, por lo que, en materia de tecnología, este desafío tiene que ser acometido con una extraordinaria frecuencia. En esta tarea, resulta ineludible la protección de los derechos ciudadanos. Asimismo, constituye un deber de los Estados nacionales garantizar el acceso, en igualdad de condiciones, a los medios de comunicación modernos a todas aquellas personas de sectores “marginales” y otras que no lo pudieron hacer. Evitar que existan personas que pueden acceder a las redes de información y otras que no lo consiguen, constituye un objetivo prioritario a conseguir en el diseño de las políticas públicas en la materia.

Pues bien, en el ámbito internacional existe una gran sensibilidad en torno a la igualdad de oportunidades y a la no discriminación por cualquier condición o circunstancia personal o social. Así, la Organización de Naciones Unidas, el Consejo de Europa y la Unión Europea, entre otras organizaciones europeas, trabajan en la preparación de documentos programáticos o jurídicos sobre la protección de los derechos de las personas con discapacidad.

Pero esta especial sensibilidad con el tema que nos ocupa se ha venido detectando en la última década y, en concreto, ha contado con gran respaldo en el ámbito de las Naciones Unidas, como lo demuestran las “Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad”, resolución aprobada por la Asamblea General en 1993⁵³, que supusieron un paso importante en este proceso de identificar a las personas con discapacidad como un colectivo necesitado de protección. De este modo, se pone de relieve, no sólo la singularidad de sus derechos ante determinadas situaciones, sino, y esto es lo más importante, en la necesidad de que el Estado adopte medidas de protección especiales con el fin de garantizar el ejercicio de derechos universales por parte de dichas personas. Más adelante, la ONU vuelve a interesarse en los derechos humanos de las personas con discapacidad en su resolución 1998/31 al establecer que “cualquier violación del principio fundamental de igualdad y cualquier discriminación o diferencia negativa de trato de las personas con discapacidad que contravenga las Normas Uniformes de las Naciones Unidas sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad vulnera los derechos humanos de esas personas”; en su art. 5 establecen que “los Estados deben reconocer la importancia global de las posibilidades de acceso dentro del proceso de lograr la igualdad de oportunidades en todas las esferas de la sociedad. Para las personas con discapacidades de cualquier índole, los Estados deben, en primer lugar, establecer programas de acción para que el entorno físico sea accesible y, en segundo lugar, adoptar medidas para garantizar el acceso a la información y la comunicación”⁵⁴.

En esta tendencia también están avanzando los Estados Parte en sus legislaciones internas, pues alrededor de 42 Estados⁵⁵ han aprobado ya una legislación basada en la

⁵³ Cuadragésimo octavo período de sesiones de 20 de diciembre de 1993. *Standard Rules on the Equalization of Opportunities for Persons with Disabilities* (A/RES/48/96 85th Plenary Meeting 20 December 1993), cit. *Ibid*, pág. 5.

⁵⁴ Existen once puntos o apartados más que se añaden a este último que versan sobre las medidas que deben de adoptar los Estados para garantizar el acceso a la comunicación y la información, incluyendo la utilización de la lengua de signos.

⁵⁵ Vid. DEGENER, T. y QUINN, G., “A survey of International, comparative and regional Disability Law Reform”, presentado en *From Principles to Practice, an International Disability Law and Policy*

no discriminación y la igualdad de oportunidades en el contexto de la discapacidad. Sin ir más lejos, la Constitución austriaca contempla, en su art. 7, la igualdad de trato a discapacitados y no discapacitados en todos los ámbitos de la vida cotidiana, como un compromiso de la República; en el mismo sentido, el art. 14 de la Constitución de Eslovenia, el art. 2 de la Constitución sueca, el art.48 de la Constitución de Bulgaria, art. 38 de la Constitución de Eslovaquia, art. 110 del texto de Letonia y los ya citados arts. 71 y 74 de la Constitución portuguesa.

España, a partir de la “Ley 51/2003 de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad”⁵⁶, se ha sumado a esta tendencia, constituyendo el punto de inflexión en la orientación de nuestro marco jurídico en esta materia; asimismo, esta ley invoca, en su Exposición de Motivos los ya enumerados, en el epígrafe 1 del presente trabajo, artículos 14. 9,2 10 y 49 CE; estos derechos y libertades constituyen hoy uno de los ejes esenciales en la actuación sobre la discapacidad, debiendo los poderes públicos asegurar que estas personas puedan disfrutar del conjunto de todos los derechos humanos: civiles, sociales, económicos y culturales. En dicha Exposición de Motivos queda también constancia de los esfuerzos realizados en este sentido por la Unión Europea y el Consejo de Europa que reconocen respectivamente el derecho de todas las personas a la igualdad ante la ley y a la protección contra la discriminación tanto en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea como en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Asimismo, el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, en su art. 13, habilita al Consejo para “adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”; en desarrollo de esta competencia se han adoptado las Directivas 2000/43/CE, 2000/78/CE y 2002/73/CE; todas ellas se ocupan del principio de igualdad de trato y no discriminación de las personas.

Más reciente es la Ley 2/2013, de 15 de mayo, de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad (de la Comunidad de Castilla y León). Con arreglo al art. 4, 1º de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 2006⁵⁷, todos los Estados Partes deberán asegurar y promover el pleno ejercicio de todos sus derechos humanos y libertades fundamentales, sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. La Unión Europea y el Consejo de Europa reconocen igualmente el derecho de todas las personas a la igualdad ante la ley y a la protección contra la discriminación.

Por último, instituciones nacionales encargadas de la promoción y protección de los derechos humanos llevan ya tiempo interesándose por las cuestiones relativas a la discapacidad; por otro lado, organizaciones no gubernamentales que se ocupan de las cuestiones relacionadas con la discapacidad empiezan a ser consideradas organizaciones no gubernamentales de derechos humanos y, lo más importante, están promoviendo la

Symposium, 22 al 25 de octubre de 2000, organizado por DREDF (Disability Rights Education & Defense Fund), cit. ROMANACH, Javier, *Nuevas Tecnologías...*, pág. 5 en nota 6.

⁵⁶ Esta Ley se aprueba coincidiendo en el tiempo con el Año Europeo de las Personas con Discapacidad por lo que constituye una de las aportaciones más significativas de la sociedad española al esfuerzo colectivo de emancipación histórica de las personas con discapacidad.

⁵⁷ Debe destacarse la Ley 26/2011, de 1 de agosto de adaptación normativa a dicha Convención y el Real Decreto 1266/2011, de 16 de septiembre que la desarrolla.

búsqueda y procesamiento de información concreta sobre presuntas violaciones de derechos humanos de las personas con discapacidad.

Pero, ¿qué ocurre si se no se cumplen estas normas que, “grosso modo” acabamos de describir. La no accesibilidad de los entornos, productos y servicios constituye, desde luego, una forma sutil pero muy eficaz de discriminación, de discriminación indirecta en este caso, pues genera una desventaja cierta a las personas con discapacidad en relación con aquéllas que no lo son⁵⁸. Es evidente que, al violarse las Normas Uniformes siguiendo lo indicado por la Resolución de la ONU 1998/31, se estarían vulnerando los derechos humanos de las personas con discapacidad; diseñar o comercializar productos que no sean accesibles o, incluso, desarrollar una simple página web sin que sea accesible para todas las personas es una vulneración de estos derechos. Y aunque el incumplimiento de las Normas Uniformes afecta sólo a los Estados, éstos, a su vez, van haciendo transposiciones a su legislación nacional⁵⁹.

Y así se ha hecho en España; el Real Decreto 1494/2007, de 12 de noviembre aprueba el “Reglamento sobre las condiciones básicas para el acceso de las personas con discapacidad a las tecnologías, productos y servicios relacionados con la sociedad de la información y medios de comunicación social”⁶⁰, cuyo objeto es establecer dichas condiciones o criterios, de acuerdo con los principios de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal, además de establecer, en su disposición adicional segunda, los apoyos complementarios que ordena el art. 10,2 c) Ley 51/2003, tales como ayudas económicas, tecnológicas de apoyo, servicios o tratamientos especializados, etc.; igualmente, situaciones como las que se han descrito en el párrafo anterior, serán denunciabes al amparo de la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad”, lo que demuestra que la igualdad de oportunidades y la accesibilidad universal no son meras declaraciones programáticas, sino que se acompañan de la exigencia de medidas concretas que las garanticen.

Con la entrada en vigor de la Ley 29/2005, de 29 de diciembre, de Publicidad y Comunicación Institucional, “se procurará el completo acceso a la información a las personas con cualquier tipo de discapacidad” (art. 5). Presenta, asimismo, particular importancia la Ley 39/2006, de 14 de diciembre de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, como la Ley 27/2007, de 23 de octubre por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas.

Del análisis de la normativa citada a lo largo de estas líneas, puede extraerse una definición muy completa del concepto de Igualdad de oportunidades en el ámbito que estamos analizando como “ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por

⁵⁸ Exposición de Motivos Ley 51/2003.

⁵⁹ En este sentido, ROMANACH, Javier, *Nuevas Tecnologías...*, pág. 6.

⁶⁰ En su disposición adicional primera se detallan los términos de la modificación que sufre el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, para su adaptación a este Reglamento sobre las condiciones básicas para el acceso de las personas con discapacidad.

motivo de o sobre la base de discapacidad, incluida cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones por las personas con discapacidad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. [Dicho concepto alberga también] la adopción de medidas de acción positiva orientadas a evitar o compensar las desventajas de una persona con discapacidad para participar plenamente en la vida política, económica, cultural y social”; así se desprende de la Ley 26/2011 y del Real Decreto 1266/2011 (véase nota 57 *ut supra*).

A la vista de lo expuesto, y a modo de conclusión, deseo enfatizar que las personas con discapacidad constituyen un sector de la población heterogéneo, pero todas tienen en común que, en mayor o menor medida, precisan de garantías suplementarias para vivir con plenitud de derechos o para participar en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos en la vida económica, social y cultural del país [...]. En esta perspectiva se mueven dos estrategias de intervención relativamente nuevas y que desde orígenes distintos van, sin embargo, convergiendo progresivamente. Se trata de la estrategia de la “lucha contra la discriminación” y la de “accesibilidad universal” (Exposición de motivos Ley 51/2003).

El concepto de accesibilidad aparece, en su origen, muy unido al movimiento promovido por algunas organizaciones de personas con discapacidad, organismos internacionales y expertos a favor del modelo de “vida independiente”⁶¹, que defiende una participación más activa de este colectivo en la comunidad, pues como afirmó el Defensor D. Enrique Múgica, “[...] la exclusión de un tramo importante como es el de los discapacitados no beneficia a nadie”.

VI. NOTAS FINALES

Se ha dicho al comienzo de esta lección que el valor de la igualdad ha variado a lo largo de la historia; es incuestionable, entonces, que el art. 14 CE no impide que, a través de cambios normativos se ofrezca un tratamiento desigual a lo largo del tiempo como consecuencia de la necesaria evolución del ordenamiento jurídico. En efecto, nuestro Alto Tribunal, en distintas ocasiones (SSTC 70/1983, de 26 julio y 119/1987, de 9 julio), ha manifestado que dicho precepto “no exige que todas las situaciones, con independencia del tiempo en que se originaron [...] deban recibir un tratamiento igual por parte de la ley”.

Y así es y así ha sido; la idea de Rousseau de que los hombres “pudiendo ser desiguales en fuerzas o talento, advienen todos iguales por convención y derecho” requiere obligadas matizaciones; se trata de encontrar una nivelación, en el ordenamiento jurídico, de las situaciones personales por medio de una desigualdad jurídica que compense las desigualdades naturales, económicas y sociales o, lo que es lo mismo, contemplar desigualmente a quienes son desiguales, estableciendo para todos una igualdad de oportunidades; de este modo, se transforma el principio de igualdad jurídica

⁶¹ Por “vida independiente” se entiende la situación en la que persona con discapacidad ejerce el poder de decisión sobre su propia existencia y participa activamente en la vida de su comunidad conforme al derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 2 principio a) Ley 51/2003).

en un principio de “desigualdad jurídica” que proteja la parte natural o socialmente más débil⁶².

Esta ha sido la razón del recurso, quizá excesivo en algunos apartados de este trabajo, a la amplia jurisprudencia constitucional. Es necesario contar con “una institución que redefina de modo continuo y autorizado el texto constitucional [<<la Constitución es lo que los jueces dicen que es>> como afirmara Hughes...]; pero los jueces constitucionales han de atenerse al texto, interpretarlo de acuerdo con razones que resulten convincentes para la sociedad del momento [...] y actuar con la medida propia de la función jurisdiccional, cuyo *tempo*, tan distinto del de la función política, repugna el cambio súbito; [de ahí la conveniencia de respetar los nuevos rumbos], no siempre afortunados, de esa interpretación. En estos términos, se expresa Rubio Llorente en un bellissimo prólogo⁶³.

Bajo el amparo de la numerosa normativa nacional e internacional y la doctrina constitucional sobre el tema que nos ha ocupado, debemos volcarnos en el propósito de que se produzca un acercamiento a la igualdad de todos. Evitando la discriminación se respetará ese valor tanpreciado que es la dignidad de todas las personas incluidas aquellas que habitualmente son discriminadas por su discapacidad, contribuyendo, de este modo, a crear una sociedad más justa en la que se respeten los Derechos Humanos. En esta difícil, pero necesaria, tarea, todos debemos hacer nuestra pequeña aportación; sólo así, conseguiremos que el desarrollo tecnológico, o de otra índole, sea más humano. No olvidemos que sin unas condiciones efectivas y reales de igualdad, la convivencia se deteriora y la democracia se debilita.

Como dijo Canalejas en un discurso en la Academia de Jurisprudencia “no ha de contentarse el Estado con proclamar la igualdad política y la igualdad civil; está obligado a intervenir activamente para prestar condiciones positivas que hagan posible la vida plenamente humana de todos sus miembros”.

⁶² Cfr., SÁNCHEZ AGESTA, L., *Principios de Teoría Política*, Madrid, Editora Nacional, 1983, págs. 488 y 489, donde puede encontrarse una magnífica exposición de los sentidos de la igualdad que se han ido incorporando progresivamente.

⁶³ PULIDO QUECEDO, M., *Constitución Española* (Códigos con Jurisprudencia), Quinta edición, Navarra, Aranzadi, 2009, pág. 155. El ex presidente del TC cuenta con numerosos estudios sobre el principio de igualdad: RUBIO LLORENTE, F., “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción” en *Revista Española de Derecho Constitucional* n° 31, 1991, así como, su trabajo “La igualdad” en ARAGÓN REYES, M., (Coord.) *Temas Básicos de Derecho Constitucional*, Tomo III, Madrid, Civitas, 2001, son algunos de ellos.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO OLEA, M., “Despido de la mujer embarazada, versión comunitaria europea” en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, 1995.

ÁLVAREZ CONDE, E., *Curso de Derecho Constitucional*, vol. 1, Madrid, Tecnos, 1992.

ALZAGA VILLAAMIL, O., GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., RODRÍGUEZ ZAPATA, J., *Derecho Político Español, según la Constitución de 1978 I. (Constitución y fuentes del Derecho)*, Madrid, Ramón Areces, 2010.

ALZAGA VILLAAMIL, O., et al., *Derecho Político Español según la Constitución de 1978 II. (Derechos fundamentales y órganos del Estado)*, Madrid, Ramón Areces, 2012.

ARANDA ÁLVAREZ, E. (2003), *Sinopsis artículo 32. Constitución española*, Congreso de los Diputados (actualizada por Sieira, S. 2011), disponible en <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=32&tipo=2>, 26/08/2014.

ARTEAGA BOTELLO, N., “Entre la desigualdad y la polarización: acceso y uso de la Internet”, en *Documentos de Investigación* nº 92, Colegio Mexiquense, México, 2004.

BERLEUR, J., WHITEHOUSE, D., *An ethical global information society: Culture and democracy revisited*, Chapman & Hall, 1997.

COMISIÓN EUROPEA, “Growth, Competitiveness, Employment” en *White Paper*, COM (96) 90 final, de 28 de febrero de 1996.

DE ESTEBAN, J., LÓPEZ GUERRA, L., *El régimen constitucional español 1*, Barcelona, Labor, 1983

DEGENER, T. Y QUINN, G., “A survey of International, comparative and regional Disability Law Reform”, presentado en *From Principles to Practice, an International Disability Law and Policy Symposium*, 22 al 25 de octubre de 2000, organizado por DREDF (Disability Rights Education & Defense Fund).

ESPÍN CÁNOVAS, D. “Art. 32. Derecho al matrimonio” en *Comentarios a la Constitución española de 1978* (Dir. O. Alzaga), t. III, Madrid, Edersa, 1996.

FERNÁNDEZ ESTEBAN, M^o L., *Nuevas tecnologías, Internet y Derechos Fundamentales*, (Monografía), Madrid, McGrawHill, 1998.

FERNÁNDEZ SEGADO, F., “El principio de igualdad en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos” en *Revista de Administración Pública* nº 25, 1989.

GÁLVEZ, J., “Artículo 32” en Garrido Falla, F., *Comentarios a la Constitución*, Madrid, Civitas, 1980.

GÁLVEZ MUÑOZ, L., *Sinopsis artículo 14. Constitución española*, Congreso de los Diputados, 2003, (actualizada por Sieira, S. 2011), pág. 1. Disponible en <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=14&tipo=2,21/07/2014>.

GARCÍA MORILLO, J., “La cláusula general de igualdad” en LÓPEZ GUERRA, ESPÍN, *et al.*, *Derecho Constitucional*, vol. I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

GARCÍA-CUEVAS ROQUE, E., “La desigualdad de acceso a Internet desde la doble perspectiva política y social” en *En torno a la igualdad y a la desigualdad*, Coordinador: Sánchez González, S., Madrid, Dykinson, 2009.

“El matrimonio en la Constitución española: un enfoque doctrinal y jurisprudencial” en *Revista FORO. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Nueva Época, vol. 17, nº 1, 2014.

GAVARA DE CARA, J.C., *Contenido y función del término de comparación en la aplicación del principio de igualdad*, Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2005.

GIMÉNEZ GLUCK, D., *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Barcelona, Bosch, 2004.

GÓMEZ LOZANO, C., “Desigualdades en Internet e implicaciones educativas”, comunicación presentada en *Congreso Internacional de Tecnología, Educación y Desarrollo sostenible*, disponible en <http://www.uib.es/depart/gte/edutec/edutec01/edutec/comunic/DIV13.html> 20/06/2008.

GONZÁLEZ CASANOVA, J. A., *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, Barcelona, Vicens Vives, 1984.

GUIBERT, J.M., “La desigualdad de acceso como problema ético en la sociedad de la información” en *Cultura & Política @ Ciberespacio*, 1^{er} Congreso ONLINE del Observatorio para la Cibersociedad, Grupo 11: Ética aplicada en Internet-Estudio de la ética hacker, octubre 1998. <http://cibersociedad.rediris.es/congreso>, 01/08/2008, <http://www.cibersociedad.net/congreso/comms/g11alco-faura.htm>, 26/08/2014.

MARTÍN CUBAS, J., “El concepto de igualdad en una democracia avanzada: un estudio de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional” en *Revista Española de Derecho Constitucional* nº 53, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, mayo-agosto, 1998.

MARTÍNEZ ALARCÓN, M. L., *Cuota electoral de mujeres y derecho constitucional*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2008.

MARTÍNEZ TAPIA, R., *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*, Almería, Universidad de Almería, 2001.

OLLERO TASSARA, A., “La igualdad en la aplicación de la ley en la doctrina del Tribunal Constitucional” en *Estudios de Derecho Judicial* nº 87, 2006.

PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos (8ª ed.), 2003.

Dimensiones de la igualdad, Madrid, Dykinson, 2005.

PULIDO QUECEDO, M., *Constitución Española* (Códigos con Jurisprudencia), Quinta edición, Navarra, Aranzadi, 2009.

RECASENS SICHERS, L., “Dignidad, libertad e igualdad” en *Filosofía y Derecho*, Universidad de Valencia, II, 1977.

RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., FERNÁNDEZ LÓPEZ, F., “La igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley” en *Comentarios a la Constitución española, XXX Aniversario*, Directores Casas Baamonde, M.E., Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., Madrid, Fundación Wolters Kluwer, 2008.

ROMAÑACH, Javier, *Nuevas Tecnologías de Información y Comunicación, Dignidad y Derechos Humanos en la diversidad funcional*, Foro de Vida Independiente, noviembre, 2005.

RUBIO LLORENTE, F., “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción” en *Revista Española de Derecho Constitucional nº 31*, 1991.

“La igualdad” en ARAGÓN REYES, M., (Coord.) *Temas Básicos de Derecho Constitucional*, Tomo III, Madrid, Civitas, 2001.

SALVADOR MARTÍNEZ, M., “La igualdad” en SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., *Dogmática y Práctica de los Derechos Fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

SÁNCHEZ AGESTA, L., *Sistema político de la Constitución española de 1978*, Madrid, Edersa, 1989.

Principios de Teoría Política, Madrid, Editora Nacional, 1983.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., MELLADO PRADO, P., *El sistema de fuentes en el ordenamiento español*, Madrid, Ramón Areces, 2010.

SARTORI, G., *Teoría de la democracia*, Madrid, Alianza, 1988.

Democrazia Cosa è, Milán, Rizzoli Libi, 1993.

Democrazia e definizioni, Bologna, Il Mulino, , 4ª ed., 1976.

TAWNEY, R.H., *Equality*, London, Allen & Unwin, 4ª ed., 1979.