

LA IGUALDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ
Magistrado de la Corte Constitucional

Se propone este estudio presentar las modalidades de incorporación positiva del principio de la igualdad en la Constitución colombiana y analizar algunos de los desarrollos jurisprudenciales más relevantes.

En la primera parte, se intenta ordenar y explicar el contenido de las disposiciones constitucionales que de manera más explícita y directa regulan la igualdad. Deliberadamente, se han dejado instituciones y esquemas normativos que contribuyen a profundizar la igualdad, pero que por sí mismos no descubren de manera inmediata sus trazos esenciales. La sistematización que se ensaya, tiene algunas peculiaridades y matizaciones con respecto a la tradicional que se conoce en los manuales. Se ha querido que ésta responda, ante todo, al texto constitucional que, a diferencia del de otros países, contiene numerosas acepciones de la igualdad. En este sentido, discursos foráneos, inspirados en el propósito de ampliar semánticamente el sentido de la igualdad que surge de las normas positivas, adquiere sólo valor de registro histórico e intelectual cuando, como ocurre en Colombia, la Constitución reivindica para la igualdad un espectro notable que comprende todas las posibilidades

que se discuten. La jurisprudencia que acompaña a cada texto constitucional, permitirá apreciar el alcance que la interpretación de la Corte Constitucional le ha dado a los mismos.

En la segunda parte, se abre un espacio de reflexión sobre el significado de la judicialización de la igualdad. El valor normativo de la igualdad, en el campo de los otros poderes e incluso de los particulares, obliga a los jueces a determinar en cada momento histórico el grado de igualdad exigible y el margen de autonomía que los agentes públicos y privados tienen para obrar sin esta restricción.

Es evidente que los mandatos constitucionales sobre la igualdad —así se entiendan como principios cuya obligatoriedad se supedita a lo fáctico y legalmente posible—, sustraen a los poderes públicos cierta libertad de acción y, al mismo tiempo, les obliga a obrar positivamente en cierta dirección. Tratándose de otros derechos fundamentales, la definición de la zona de acción positiva y negativa que se demanda de los poderes públicos, si bien es compleja y siempre inacabada, no deja de ser discernible. Los mandatos legales sobre la igualdad,

por ser relacionales, se asocian a la incesante acción del Estado y se erigen en parámetro o medida cuya aplicable a diferentes contextos. Los mandatos promocionales de la igualdad, a su vez, requieren de la voluntad política de las instituciones y de sus posibilidades materiales, lo que no hace fácil la sujeción a un criterio normativo. Con respecto a los particulares, el ámbito en el que deben obrar en términos de igualdad, colisiona con la regla general de su actuación, que no es otra que la de la autonomía.

El juez constitucional se enfrenta a delicados problemas de límites y a la imperiosa necesidad de darle valor normativo a la igualdad, conforme lo expresan los textos constitucionales. Frente

a una determinada actuación pública o privada, relativa a la creación o aplicación del derecho o al uso de prerrogativas, cabe preguntar ¿cuándo es procedente que se aplique el examen de igualdad? ¿qué zonas o ámbitos de la actividad del agente, institución o poder se somete al escrutinio del contencioso de la igualdad y qué zona se libra a su autonomía? ¿el juicio de igualdad del juez constitucional es un juicio de segundo grado en cuanto recae sobre el que ha debido realizar el autor de la desigualdad cuestionada? ¿qué consecuencias tiene lo anterior en relación con el margen de libertad que el agente u operador jurídico demandado tiene de realizar distinciones y llevar a cabo tratamientos diferenciados? ¿cuál debe ser la intensidad del examen de igualdad? ¿cuándo un mandato de igualdad promocional puede resultar exigible judicialmente? ¿cómo se restablece la igualdad quebrantada? ¿el control constitucional de la igualdad de la ley dirigido a proscribir las distinciones que carezcan de objetividad y razonabilidad, suponen un concepto material de aquélla?

"El valor normativo de la igualdad, en el campo de los otros poderes e incluso de los particulares, obliga a los jueces a determinar en cada momento histórico el grado de igualdad exigible y el margen de autonomía que los agentes públicos y privados tienen para obrar sin esta restricción."

El juez constitucional no es el órgano encargado de distribuir bienes y males en la sociedad. Tampoco es el órgano al cual se confía la tarea de hacer las distinciones y diferenciaciones que se trazan para ordenar la conducta humana y adaptar ésta al entorno cambiante que a diario la realidad ofrece. Sin embargo, el juez constitucional está llamado a calificar la igualdad de las distribuciones y la objetividad y razonabilidad de las diferenciaciones. La respuesta que el juez constitucional le da a las preguntas que se formulan y a otras que pueden plantearse sobre este tema, tiene la utilidad de servir de indicio sobre el alcance y eficacia posibles de la pretensión constitucional de regular las funciones sociales parcialmente articuladas por el Estado y

por particulares poderosos a través del poder jurídico de diferenciación y distribución de los males y bienes de la convivencia social. Se anticipa, desde ahora, que el principio de igualdad y sus desarrollos normativos correspondientes, es una de las técnicas que ofrece el derecho para intentar controlar el poder en la sociedad. Si la igualdad es una medida, falta, pues, ver cuál es la medida de la medida y esto ayudará a precisar cuál es el poder que tiene aquélla para controlar el poder, lo mismo que el poder que tienen sus titulares para no permitir que su poder sea controlado.

La positivización del principio de igualdad

El Preámbulo

1. En el preámbulo de la Constitución Política se enuncian sumariamente los fines superiores que persigue. Entre ellos se designa la igualdad como componente fun-

damental (valor) del orden jurídico que se establece y que busca garantizar un sistema político, económico y social justo.

Según la Corte Constitucional, la declaración contenida en el preámbulo, en cuanto sintetiza los fundamentos, valores y principios en los que se asienta la entera Constitución y que ella en su cuerpo normativo desarrolla, goza de poder vinculante. Ninguna autoridad podría contrariar los fines señalados sin lesionar la Constitución¹.

La igualdad, en su doble condición de principio y de derecho fundamental, tiene, en efecto, múltiples expresiones y manifestaciones normativas en el articulado de la Carta, las cuales bien pueden considerarse concreciones positivas de la opción valorativa que se formula desde su mismo preámbulo. El fin de la igualdad, en consecuencia, no corresponde a una simple declaración solemne. El preámbulo evidencia un compromiso de fondo con la igualdad en los procesos económicos, sociales y políticos, en los que se considera esencial que las relaciones que traban las personas y el Estado se informen en este principio.

Sin embargo, podría, en gracia de discusión, negarse todo contenido deóntico al expreso señalamiento que el preámbulo hace de la igualdad como ethos del Estado y de la sociedad —a este respecto puede sostenerse que la mera explicación o fundamento de una norma jurídica, así se declare, no adquiere la obligatoriedad de ésta—, sin que este principio llegue a sufrir mengua como base de variadas pretensiones positivas de justicia. La igualdad, a través de distintas proposiciones normativas que se encuentran a lo largo de la Constitución, es fuente de derechos, deberes, cargas, instituciones garantías y de múltiples consecuencias jurídicas.

La cláusula general de igualdad

2. El primer inciso del artículo 13 de la C.P., consagra el derecho fundamental a la igualdad. Es importante analizar detenidamente la estructura y contenido de este derecho.

Sujeto activo. Los titulares de este derecho son “todas las personas”. La jurisprudencia reiterada de la Corte Constitucional ha considerado que, en determinadas circunstancias y en relación con ciertos derechos, las personas jurídicas podrían ser titulares de derechos fundamentales. Por esta vía, se ha extendido a las personas jurídicas la titularidad activa de este derecho.

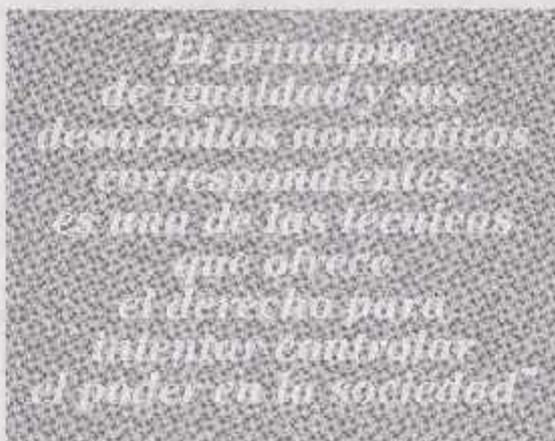
Sujeto pasivo. Todos los órganos del Estado y los servidores públicos deben respetar y proteger el derecho a la igualdad. Las funciones de producción y aplicación del derecho por parte de los órganos del Estado, están sujetas al principio de igualdad.

Los particulares, si bien al hacer uso de su libertad y autonomía, deben respetar los derechos de los demás, no están vinculados por un deber general de aplicar un mismo patrón de trato a las personas que se encuentren en una idéntica situación de hecho. No obstante, en los eventos en los cuales de acuerdo con el Decreto 2591 de 1991, sea procedente el ejercicio de la acción de tutela, ésta puede solicitarse cuando el particular injustificadamente haya recurrido a un factor de diferenciación prohibido por la Constitución Política.

Contenido. El contenido del derecho a la igualdad y las correlativas obligaciones que impone, se aprecian mejor a través del estudio de las distintas modalidades que ofrece:

Derecho de igualdad ante la ley

3. Según la primera frase del artículo 13 de la C.P., “todas las

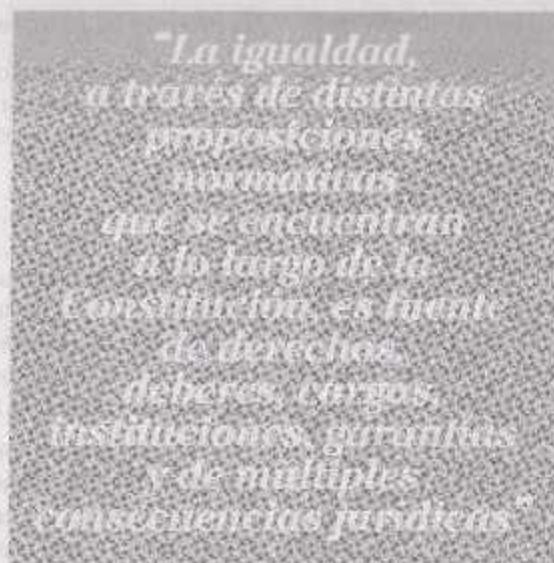


1. Sentencia C-479 DE 1992 Magistrados Ponentes José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero.

personas nacen libres e iguales ante la ley". El ideal democrático ateniense, entre otros principios, postuló la "isonomía" (igualdad ante la ley), como regla esencial de la polis.

En la época moderna, este enunciado reivindicado con firmeza por la Revolución Francesa, pone fin al régimen feudal, basado en las diferencias estamentales, las jurisdicciones especiales, las denominaciones y prerrogativas hereditarias. La idea de igualdad de las democracias liberales burguesas, tendrá una exacta traducción en el concepto de ley como expresión soberana de la voluntad general que se concreta en una norma abstracta –no referida a situaciones o circunstancias particulares–, que a todos a los que se aplica confiere idéntico tratamiento y cuya duración es indefinida. Siempre que se respetasen estas condiciones, el legislador podía considerarse libre de anudar a los supuestos de hecho o factores de diferenciación que eligiese las consecuencias que estimase pertinentes. Las personas se reputaban iguales o diferentes de acuerdo con su inclusión o no en la determinación hecha por la ley.

El principio de igualdad, de este modo, inexorablemente terminó por ser absorbido o identificado con el de legalidad. Observar la regla de igualdad equivalía simplemente a cumplir la ley. Los jueces, por su parte, al aplicar exactamente la ley al caso concreto, se pensaba, no hacían otra cosa que realizar la igualdad. De ahí que su deber no podía ser otro que el de estar completamente sometidos al imperio de la ley, pues, de lo contrario, sacrificarían la democracia, la libertad y la igualdad. La imparcialidad, como regla de oro de la actuación judicial, consistía en la estricta aplicación del mandato legal al supuesto de hecho que encajara con la hipótesis normativa.



El comportamiento de la administración, expresado en el principio de legalidad, no podía ser distinto del judicial. El concepto de igualdad liberal burgués, escindía el plano jurídico del plano real. La igualdad prometida y realizada era exclusivamente la jurídica. Sólo ante la ley, las personas, en su condición de ciudadanos, eran equiparadas. Las condiciones reales de la existencia, en la esfera económica y social, gobernadas por la libertad y autonomía, generaban diferencias y asimetrías que en modo alguno trascendían al orden jurídico, el cual sólo garantizaba la igualdad jurídica formal. Por

consecuencia, los jueces y los demás funcionarios públicos, en su función de aplicadores de la ley, no podían diferenciar ni conceder tratos distintos o uniformes, sino con base en los criterios plasmados en aquélla.

Cumplir el principio de igualdad, en suma, se limitaba a aplicar la ley, lo que, por lo demás, estaba en plena consonancia con las ideas de constitución, democracia, ley, juez y administración propias de la concepción liberal que animó la Revolución Francesa y sus desarrollos posteriores, fundadas en la concepción de la sociedad civil como hecho natural autónomo e independiente del Estado.

4. La igualdad jurídica, considerada por la mayoría "formal", aparte de la evolución histórica que concluyó con su consagración en las Constituciones de Occidente, complementada con la igualdad de trato y la interdicción de toda discriminación –que se examinará más adelante–, por sí sola posee un valor trascendental en el ordenamiento jurídico y, por ello, figura en el encabezamiento del artículo 13 de la Constitución Política.

En efecto, lejos de ser una simple remembranza histórica, asociada a la eliminación del principio

aristocrático y del régimen estamental, lo que en todo caso como rechazo constitucional corresponde a una decisión de fondo sobre la configuración esencial del Estado y la sociedad, la igualdad ante la ley introduce una condición o presupuesto básico del sistema jurídico, cuyo sentido "formal" resulta indispensable como garantía del concepto de norma que prohija el constituyente: la ley, independientemente de su contenido, se aplica a todos los sujetos concernidos por ella de manera semejante, sin importar las condiciones sociales y económicas de mayor o menor supremacía de éstos últimos.

El reclamo popular, que se hunde en la historia colombiana y alimenta su escepticismo y apatía hacia las instituciones, condensado en la proposición descriptiva de la realidad socio-jurídica, "la ley sólo es para los de ruana", subraya la importancia de hacer efectivo un principio formal que es sustancial como condición de existencia y funcionamiento de un ordenamiento jurídico democrático, que aspire a ser legítimo no sólo en el momento de su producción, sino también en el de su aplicación. La "igualdad ante la ley", cuyo carácter formal es necesario con el objeto de asegurar la realización de la finalidad que la inspira, incorpora una prohibición material: la interdicción del privilegio en la aplicación del derecho. Este primer contacto de la igualdad y el poder es decisivo. Su revestimiento formal es el sello de una exigencia material absoluta.

5. Otras normas de la Constitución enriquecen el principio de igualdad jurídica y postulan la

equiparación *a priori* de las personas en relación con ciertos atributos y funciones. Así, el artículo 14 de la C.P., dispone que toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica. La plenitud de la protección constitucional, demuestra también en este caso, que sólo una garantía formal, sin acepción de personas y sin reparar en sus específicas condiciones sociales, es capaz de asegurar el cumplimiento del fin propuesto por el constituyente.

El status de sujeto jurídico igual, desde el punto de vista de la personalidad jurídica, entraña así mismo la prohibición –de contenido material–, de la degradación de la persona a la condición de esclavo, siervo u objeto, que se contiene en el artículo 17 de la C.P.

Por su parte, la vida democrática demanda la participación de las personas como iguales. Desde este punto de vista, el mundo de la política, hace caso omiso de toda consideración singular de la persona que, como ciudadano, es objeto de un tratamiento genérico y simétrico (C.P. art. 40).

En fin los derechos constitucionales se reconocen a las personas de manera general y, justamente, en este elemento formal estriba la eficacia de su garantía, a la que luego se agregará su protección judicial.

6. En síntesis, el derecho a la igualdad implica: (1) El deber de los órganos y autoridades encargadas de aplicar el derecho de cumplir su tarea rectamente, sin incurrir en favoritismos o exclu-

La igualdad ante la ley introduce una condición o presupuesto básico del sistema jurídico, cuyo sentido "formal" resulta indispensable como garantía del concepto de norma que prohija el constituyente: la ley, independientemente de su contenido, se aplica a todos los sujetos concernidos por ella de manera semejante, sin importar las condiciones sociales y económicas de mayor o menor supremacía de éstos últimos.

siones arbitrarias; (2) El derecho de toda persona a exigir el fiel cumplimiento de los criterios de igualdad establecidos en las leyes. Si la Constitución, como se verá, impone la "igualdad en la ley", es claro que la inobservancia de la ley altera la igualdad instituida y compromete tanto el principio de legalidad como el de igualdad. La infracción de la ley, que en sí misma no sea violatoria de la igualdad o que la promueva, tiene carácter pluriofensivo en cuanto que afecta dos bienes jurídicos (legalidad e igualdad) y suprime las expectativas legítimas que en cada uno de los dos sentidos abrigan las personas (certeza e imparcialidad).

7. La regla de justicia –según la cual se impone tratar a los iguales de modo igual y a los desiguales de modo desigual–, como fórmula vacía, sólo opera luego de que previamente se han determinado los criterios de justicia, esto es, los factores que deciden las asignaciones y retribuciones sociales. La regla de justicia se inscribe en el momento de la aplicación y su función estriba en asegurar que el tratamiento igual se otorgue a quienes de acuerdo con los criterios establecidos en la norma se encuentren en la misma situación. El carácter formal de la regla de justicia, no se deriva únicamente de su formulación abierta, sino del hecho de que la misma no pone en discusión la conveniencia o bondad del tratamiento previsto en la norma antecedente.

Es inevitable que la aplicación de la regla de justicia se resuelva, como apunta Bobbio², "en la aplicación escrupulosa e imparcial de la ley: en efecto, aplicándola escrupulosa e imparcialmente a todos los sujetos que están bajo la categoría regulada

por la ley y según el tratamiento previsto, también se observa la regla de justicia que quiere que sean tratados de modo igual los iguales".

8. Dos sentencias de la Corte Constitucional ilustran la significación y actualidad del derecho de igualdad ante la ley. En la primera, la Corte rechaza la posibilidad de que a través de una convención colectiva, los trabajadores oficiales y la empresa pública, estipulen que los puestos y cargos de los primeros puedan transferirse a sus herederos, una vez cesen en sus funciones. A este respecto, señala la Corte:

"Finalmente, para las personas que sin ser familiares del trabajador fallecido desean ocupar su lugar, la convención les cercena injustificadamente esta oportunidad. Para estas personas su origen familiar –inexistencia de vínculos de parentesco con el ex trabajador–, se erige en barrera para el ingreso al servicio público. La convención consagra un privilegio en favor de los hijos del trabajador fallecido para sucederlo en el servicio público y, correlativamente, una discriminación

contra las personas ajenas a su familia y que aspiren a llenar la vacante dejada. Si se profundiza en las razones del tratamiento diferenciado que se observa, no se descubre ninguna que le sirva de sustento. No se puede presumir en abstracto que los hijos del ex trabajador, por el sólo hecho de serlo, tengan más capacidades o aptitudes para ocupar el respectivo empleo o puesto. En el evento de que el privilegio de los hijos se quiera explicar como una forma de subvenir a las necesidades familiares, insatisfechas como consecuencia del deceso del padre, la pretendida discriminación positiva carece igualmente de fundamento, pues discrimina contra las demás personas que se encuentran en

*Lo mismo protección
y trato se bien puede
referirse a las más
distintas relaciones
y tiene por tanto,
carácter general.
No exige la uniformidad,
sino la coherencia
de la respuesta
o de la acción estatal
ante supuestos que bajo
un mismo aspecto
referente pueden
ser comparables
y similares.*

2. Norberto Bobbio, igualdad y libertad, Paidós, 1a. Ed. 1993, p. 67.

idéntica o más crítica situación de pobreza y, en todo caso, el medio al cual se apela resulta inconstitucional en cuanto repudia a la concepción del Estado democrático (Art. 1 C.P.). En consecuencia, la cláusula analizada por violar el principio de igualdad de oportunidades y consagrar una discriminación en razón del origen familiar, viola flagrantemente el artículo 13 de la CP³.

En la segunda, la Corte observa que la tolerancia y negligencia de las autoridades de policía ambiental, que consiente a una empresa privada ejercer su actividad económica sin contar con la respectiva licencia ambiental, aparte de constituir una violación a la ley sujeta a las respectivas sanciones, amplía, en detrimento de los demás, el poder social de la primera. De lo anterior, se deriva, a juicio de la Corte, una violación a la igualdad y para enfrentarla considera que es procedente la acción de tutela. Las razones de la Corte, que sustentan su aserto, son las siguientes:

Relaciones de igualdad y supremacía entre particulares

9. Las relaciones entre los particulares discurren, por regla general, en un plano de igualdad y de coordinación. La actividad privada que afecte grave y directamente el interés colectivo, adquiere una connotación patológica que le resta toda legitimación, máxime en un Estado social de derecho fundado en el principio de solidaridad y de prevalencia del interés general. De otro lado, la equidistancia entre los particulares se suspende o se quebranta cuando a algunos de ellos se los encarga de la prestación de un

"El derecho a la igualdad de trato específicamente genera límites al ejercicio de las competencias administrativas y judiciales en sus ámbitos de discrecionalidad relativa"

servicio público, o el poder social que, por otras causas, alcanzan a detentar puede virtualmente colocar a los demás en estado de subordinación o indefensión. En estos eventos, tiene lógica que la ley establezca la procedencia de la acción de tutela contra los particulares que prevalecidos de su relativa superioridad u olvidando la finalidad social de sus funciones, vulneren los derechos fundamentales de los restantes miembros de la comunidad (CP art. 86). La idea que inspira la tutela, que no es otra que el control al abuso del poder, se predica

de los particulares que lo ejercen de manera arbitraria.

Es claro para esta Sala que la inacción y la negligencia de la administración, encargada de aplicar y administrar las normas legales, entre otras graves consecuencias, genera y expande supremacías y poderes privados, a la par que aumenta la indefensión de amplios sectores sociales. Definitivamente es él expediente eficaz de un género perverso de distribución del poder social⁴.

Derecho a recibir la misma protección y trato de las autoridades (igualdad de trato)

9. A tenor del artículo 13 de la C.P. "todas las personas (...) recibirán la misma protección y trato de las autoridades".

La norma no ordena que todas las personas deban ser iguales en todo. En otras palabras, no es un mandato igualitarista. "La misma protección y trato", si bien puede referirse a las más diversas relaciones y tiene, por tanto, carácter general, no exige la uniformidad, sino la coherencia de la respuesta o de la acción estatal, ante supuestos que bajo un mismo aspecto relevante puedan ser comparables y semejantes.

"Las autoridades" a las que se refiere la norma son tanto los órganos de creación, como los de aplicación del

3. Sentencia T-018 de 1995 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

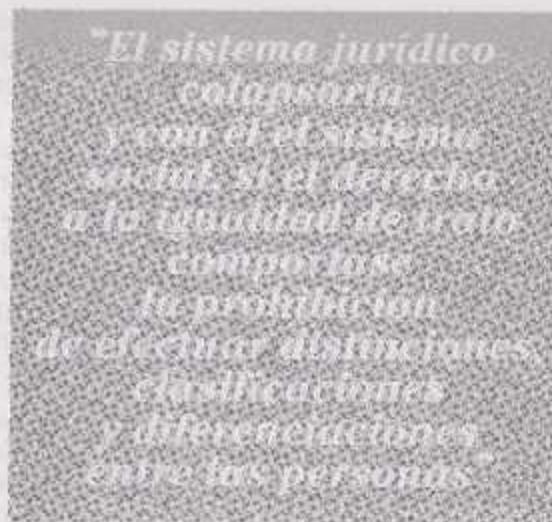
derecho. En realidad, todos los órganos y sus titulares, en ejercicio de las funciones atribuidas disponen del poder público, y lo que la norma se propone es impedir que éste se use de manera inequitativa e imparcial. Por consiguiente, ninguna rama del poder público puede quedar sustraída de las obligaciones que se derivan de este derecho.

La igualdad de trato, por lo visto, puede violarse en los distintos momentos de creación de las normas, aplicación y decisión de controversias. El derecho a la igualdad de trato, obliga al legislador y a todo órgano creador de normas— a expedir reglas cuyo contenido no quebrante dicha igualdad (igualdad en la ley). La igualdad en el contenido de la ley, como requisito intrínseco de validez constitucional, introduce un requerimiento que puede teóricamente conducir a un concepto material de esta fuente del derecho.

En este mismo sentido, el derecho a la igualdad de trato, impone limitaciones a la administración y a los jueces. Además del deber de sujeción a la ley, ya analizado bajo el prisma del derecho de igualdad ante la ley. El derecho a la igualdad de trato específicamente genera límites al ejercicio de las competencias administrativas y judiciales en sus ámbitos de discrecionalidad relativa.

10. La configuración de la igualdad de trato como derecho subjetivo, cuyo cumplimiento queda asegurado a través de las acciones de inconstitucionalidad y de tutela, entre otras, coloca al juez llamado a su defensa, en la posición de tener que juzgar, desde el punto de vista de la igualdad, la obra del legislador, de la administración y del mismo poder judicial.

Como quiera que el Legislador, el administrador y el juez están obligados, en virtud de este derecho, a plasmar la igualdad de trato en sus distintos actos, inevitablemente en éstos subyace un juicio de igualdad, que podría deno-



minarse constitutivo con el objeto de distinguirlo del que forzosamente realiza más adelante el juez constitucional. En estricto rigor, el juicio de este último, que podría denominarse de control, es de segundo grado y recae sobre el constitutivo. De lo anterior surgen problemas complejos relacionados con el alcance de la autonomía y libertad de los diferentes órganos del Estado y, particularmente, sobre las modalidades y las intensidades que en cada caso ha de revestir el juicio de control de la igualdad.

Por razones de orden en la exposición, conviene que ésta se divida en dos apartados: igualdad de trato y órganos creadores de derecho, el primero; igualdad de trato y aplicación del derecho, el segundo.

Igualdad de trato y órganos creadores de derecho (igualdad en la ley)

11. Los órganos del Estado a los que se confía la función de dictar, modificar y derogar normas, en los distintos campos, difícilmente pueden cumplir con su cometido, vinculado con la constante necesidad de reducir la complejidad del entorno y de responder a ésta mediante respuestas adaptativas y transformadoras, si no es estableciendo supuestos de acción, indicando posiciones, adscribiendo deberes, atribuyendo bienes y ventajas, creando categorías y clasificaciones etc.

No cabe la menor duda de que el sistema jurídico colapsaría y con él el sistema social, si el derecho a la igualdad de trato comportase la prohibición de efectuar distinciones, clasificaciones y diferenciaciones entre las personas. La universalidad de los supuestos de las normas y el alcance general de sus consecuencias, carece de toda sindéresis y no se desprende del principio de igualdad.

Desde un principio, la Corte Constitucional, siguiendo la huella del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, formuló el concepto de diferenciación ilegítima.

“Cabe anotar que la creación de clasificaciones y distinciones es algo connatural a la función normativa, cuyo desenvolvimiento sólo en teoría puede ser figurado de manera simétrica (...).

“La **igualdad sustancial** no es compatible con clasificaciones y distinciones entre personas y grupos, basadas en elementos diferenciales desprovistos de justificación objetiva y razonable en relación a la finalidad y efectos de la medida en cuestión, debiéndose en todo caso descartar aquéllos que no guarden una razonable proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida. La promoción de la igualdad sustancial consiste en estos casos en eliminar dichas diferencias de trato, de modo que supuestos de hecho sustancialmente iguales deben recibir igual tratamiento jurídico. Así los supuestos sean distintos, y se justifique por tanto un trato jurídico diverso, la medida y su aplicación deben ser proporcionales al grado de desviación respecto del supuesto a partir del cual se hace la comparación (hipótesis o término de comparación) y al grado de desviación de sus consecuencias”.

Más adelante, en la Sentencia C-530 de 1993, la Corte reiteró la distinción entre discriminación y diferenciación.

“Por esta vía se transita hacia la *distinción entre discriminación y diferenciación*, que es el elemento fundamental para calibrar el alcance del principio de igual-

4. Sentencia C-511 de 1992 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

dad. Dicho principio, en efecto, veta la discriminación, pero no excluye que el poder público otorgue tratamiento diverso a situaciones distintas –la diferenciación–. El artículo 13 de la Constitución no prohíbe, pues, tratamientos diferentes a situaciones de hecho diferentes. La distinción entre discriminación y diferenciación viene, a su vez, determinada porque la primera es injustificada y no razonable. Discriminación es, por tanto, una diferencia de tratamiento no justificada ni razonable, o sea arbitraria, y solo esa conducta esta constitucionalmente vetada. *A contrario sensu*, es dable realizar diferenciaciones cuando tengan una base objetiva y razonable”.

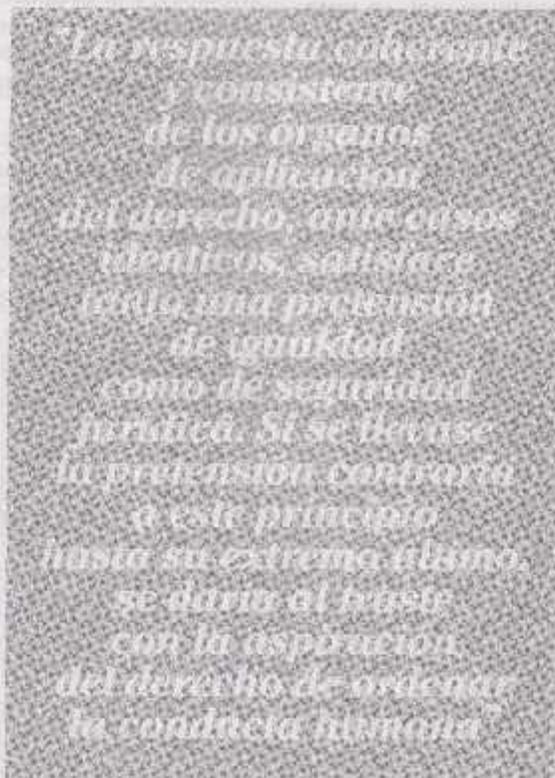
La distinción entre diferenciación legítima e ilegítima (que la Corte asimila a discriminación), permite concluir que del derecho a la igualdad de trato se sigue la correlativa obligación del legislador y de los demás órganos de crea-

ción del derecho, de abstenerse de consagrar distinciones que carezcan de justificación objetiva y razonable. En sucesivos fallos (C-530/93 y T-230/94), la Corte Constitucional, con base en la experiencia decantada de los Tribunales Constitucionales Europeos, adoptó un “test de razonabilidad” con el objeto de evaluar la justificación de un trato desigual.

La versión más depurada del “test de razonabilidad”, se recoge en la sentencia C-022 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz, en los siguientes términos:

“Una vez se ha determinado la existencia fáctica de un tratamiento desigual y la materia sobre la que él recae (cf. 6.3.1.)⁵, el aná-

5. Según la sentencia, la igualdad es un concepto relativo, del cual cabe destacar tres aspectos: “a. los sujetos entre los cuales se quieren repartir los bienes o



lisis del criterio de diferenciación se desarrolla en tres etapas, que componen el test de razonabilidad y que intentan determinar:

a) La existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual.

b) La validez de ese objetivo a la luz de la Constitución.

c) La razonabilidad del trato desigual, es decir, la relación de proporcionalidad entre ese trato y el fin perseguido.

El orden de estas etapas corresponde a necesidades no sólo lógicas sino también metodológicas: el test del trato desigual pasa a una etapa subsiguiente sólo si dicho trato sorteó con éxito la inmediatamente anterior. El primer paso no reviste mayor dificultad, como quiera que puede llevarse a cabo a partir del solo examen de los hechos sometidos a la decisión del juez constitucional; se trata únicamente de la determinación del fin buscado por el trato desigual. El segundo paso, por el contrario, requiere una confrontación de los hechos con el texto constitucional, para establecer la validez del fin a la luz de los valores, principios y derechos consignados en éste. Si el trato desigual persigue un objetivo, y éste es constitucionalmente válido, el juez constitucional debe proceder al último paso del test, que examina la razonabilidad del trato diferenciado. Este es el punto más complejo de la evaluación, y su comprensión y aplicación satisfactoria dependen de un análisis (descomposición en partes) de su contenido.

La teoría jurídica alemana, partiendo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal,

gravámenes; b. los bienes o gravámenes a repartir; c. el criterio para repartirlos". Despejados los dos primeros puntos, el "test de razonabilidad" se propone señalar un método para evaluar el criterio de evaluación usado por el legislador.

ha mostrado cómo el concepto de razonabilidad puede ser aplicado satisfactoriamente sólo si se concreta en otro más específico, el de proporcionalidad⁶. El concepto de proporcionalidad sirve como punto de apoyo de la ponderación entre principios constitucionales: cuando dos principios entran en colisión, porque la aplicación de uno implica la reducción del campo de aplicación de otro, corresponde al juez constitucional determinar si esa reducción es proporcionada, a la luz de la importancia del principio afectado⁷.

El concepto de proporcionalidad comprende tres conceptos parciales: la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes.

En el caso concreto del principio de igualdad, el concepto de proporcionalidad significa, por tanto, que un trato desigual no vulnera ese principio sólo si se demuestra que es (1) adecuado para el logro de un fin constitucionalmente válido; (2) necesario, es decir, que no existe un medio menos oneroso, en términos del sacrificio de

otros principios constitucionales, para alcanzar el fin; y (3) proporcionado, esto es, que el trato desigual no sacrifica valores y principios (dentro de los cuales se encuentra el principio de igualdad) que tengan un mayor peso que el principio que se quiere satisfacer mediante dicho trato.

6. Robert Alexy, op.cit. p. 112.
7. Cf., entre otras, las sentencias T-403/92, T-422 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) y U-089/95, M.P. Jorge Arango Mejía.



Igualdad de trato y órganos de aplicación del derecho

12. Como simple corolario del derecho de igualdad ante la ley, la administración y los jueces, deben aplicar rectamente el derecho. El complejo sistema orgánico y funcional dispuesto para verificar y sancionar los actos de aplicación disonantes de las previsiones subjetivas y objetivas de la ley, en los dos ámbitos de la actuación estatal, garantiza el principio de legalidad y, a la vez, como ya se expuso, el principio de igualdad.

El derecho a la igualdad de trato, refuerza el principio de la igualdad ante la ley, en un sentido particular. Existen actos y omisiones que aisladamente consideradas, pueden no significar violación a la norma legal, pero que examinadas en el contexto concreto de aplicación del derecho y del patrón normal de comportamiento del órgano, entrañan arbitrariedad. No se apunta a las distinciones no contempladas positivamente en la ley, que se considerarían vicios de pura legalidad, sino a las que se crean en el complejo curso de aplicación del derecho y que se vinculan en mayor o menor grado a un pernicioso voluntarismo selectivo del órgano que engendra autónomamente tratamientos diferenciados, legales en apariencia, aunque sólo justificables en aquél.

El derecho a la igualdad de trato en la aplicación de la ley, ampara la expectativa razonable de que los casos y situaciones sustancialmente iguales, gobernados por la misma ley, se resuelvan de la misma manera por parte del órgano de aplicación, salvo que el cambio obedezca a un motivo legítimo. No se pretende petrificar el proceso de aplicación del derecho, pues entre los motivos válidos de cambio de conducta, podrán invocarse la transformación de las circunstancias o su diferente apreciación en virtud de una mutación o transformación de los criterios de



interpretación. La respuesta coherente y consistente de los órganos de aplicación del derecho, ante casos idénticos, satisface tanto una pretensión de igualdad como de seguridad jurídica. Si se llevase la pretensión contraria a este principio hasta su extremo último, se daría al traste con la aspiración del derecho de ordenar la conducta humana. La entera e irrestricta libertad del órgano de aplicación del derecho ante situaciones idénticas, extirpa el mínimo de previsibilidad que sea justa abrigar sobre la conducta de los poderes públicos y anuncia la ruina del derecho como sistema de normas mini-

mamente estable.

En relación con la administración no es dable exigir una estricta observancia del precedente. Sin embargo, la acción de contradecir injustificadamente sus propios actos, lo mismo que la comisión de arbitrariedades en la aplicación de la ley, han sido sancionadas gracias a una visión amplia del control de legalidad. En este sentido, la evolución de los recursos y técnicas judiciales de control de la actuación administrativa, en especial de las dirigidas a poner coto a la desviación de poder, ha sido fecunda y ha secundado un intenso y profundo escrutinio de la actuación administrativa desde el punto de vista de la igualdad, más allá del estricto examen de pura legalidad.

Tampoco el juez está sujeto a mantener el precedente. La Constitución le otorga autonomía e independencia, matizada desde luego por la existencia de recursos e instancias. No obstante, la libertad absoluta del juez, podría socavar todo vestigio de seguridad jurídica y de igualdad. Si el mismo juez, ante un caso semejante, pudiera apartarse de una ininterrumpida línea de actuación, sin aportar explícita o implícitamente razón alguna, se propiciaría una disparidad de trato en la aplicación del derecho arbitraria y, por tanto, repudiable como violatoria

de la regla de imparcialidad, inherente a la función judicial. De otro lado, si bien los jueces no están vinculados a la jurisprudencia de los órganos superiores de la justicia, visto que ésta propende a la unificación plausible de los diferentes criterios interpretativos con miras a realizar el principio de igualdad en la aplicación del derecho, se impone como fórmula que concilia los valores de la autonomía y la igualdad, que al apartarse de la doctrina sentada por los órganos colocados en el vértice de cada una de las jurisdicciones, se aduzcan las razones para hacerlo.

Derecho a la no discriminación

13. Ninguna persona puede ser objeto discriminación en razón de los factores de diferenciación que el artículo 13 de la C.P. repudia expresamente: sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. La interdicción de la discriminación se predica tanto de las leyes como de los actos de aplicación del derecho, ya que cubija a "todas las autoridades".

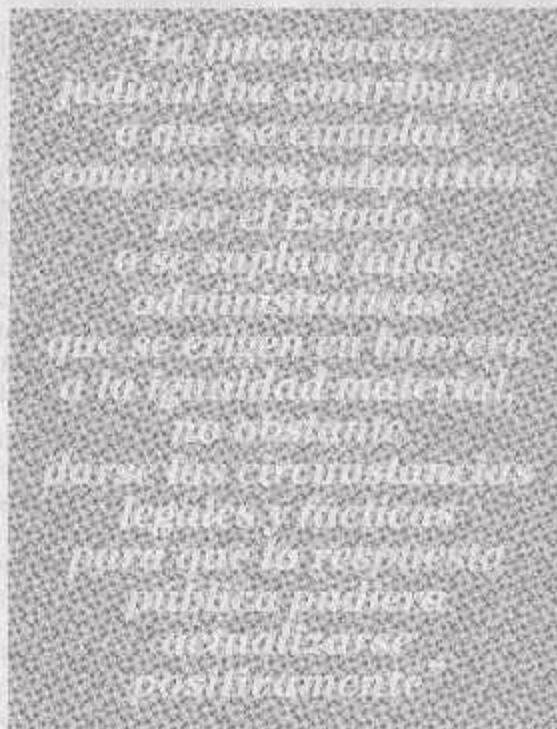
La lista de factores de discriminación, no se limita a los expresados en la norma. Allí aparecen los criterios que en distintos momentos de la historia, han servido de base para someter a ciertos individuos y grupos sociales a tratamientos denigrantes y vejatorios, contra los cuales justamente ha reaccionado la conciencia universal consagrando en distintos tratados internacionales una proscripción y condena que pretende ser universal. Como quiera que bajo formas distintas, pueden surgir otros criterios inhumanos de diferenciación, manifiestamente inicuos e infamantes, la enumeración sólo puede tener

un sentido ejemplificativo. De hecho, así lo comprendió la Corte Constitucional que, en la sentencia (T-230 de 1994), estimó que la condición de sindicalizado, so pena de incurrir en discriminación, no podía ser causa de tratamientos carentes de un fundamento objetivo y razonable.

Podría sostenerse que el derecho a la no discriminación queda abarcado por el derecho a la igualdad de trato. Conviene, sin embargo, respetar su propia singularidad. Tanto la Constitución como el derecho internacional, de manera expresa, rechazan las discriminaciones animadas en la motivación indicada. La fuerza de la prohibición, por ende, debe traducirse en un control judicial más estricto de la actuación estatal que apele a dichos criterios, los cuales en la jurisprudencia norteamericana, se conocen con el revelador nombre de "categorías sospechosas".

Adicionalmente, como lo ha precisado la jurisprudencia constitucional, la demostración de que el trato basado en estos criterios es justificado corresponderá con mayor intensidad a la autoridad demandada o a la persona que lo defiende.

Dado que históricamente los factores de discriminación enunciados se han empleado contra vastos sectores de la población y que no es suficiente su prohibición para que desaparezcan automáticamente hábitos y prácticas que explican su postración o debilidad socioeconómica y política, se impone, en muchas ocasiones, que las autoridades utilicen los criterios sospechosos con el objeto de dar un tratamiento o brindar una oportunidad vital a personas o grupos tradicionalmente colocados en condiciones de inferioridad respecto de los demás,



con el objeto de propender a su nivelación. Estas acciones que emprende el Estado, denominadas de "discriminación favorable" o "acciones de diferenciación positiva", comportan un trato desigual favorable que, por estar dirigida a este fin, no vulneran el principio de igualdad. Su filosofía se fundamenta en la igualdad material; la técnica puede, a primera vista, ser opuesta a la igualdad formal.

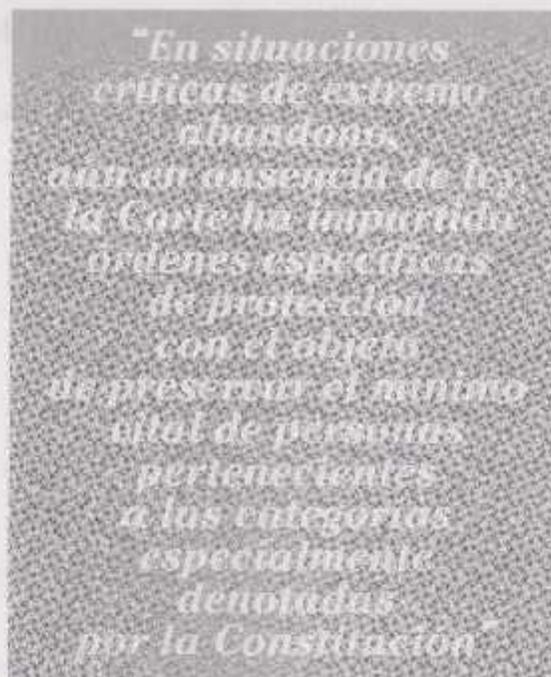
En diversas ocasiones la Corte ha declarado la constitucionalidad de acciones de diferenciación positiva, decretadas por el Congreso.

Igualdad promocional

14. La igualdad promocional corresponde al mandato que el Constituyente le imparte en el inciso segundo del artículo 13 de la Carta a todos los poderes constituidos con el objeto de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, el que se adiciona con la autorización para que adopten "medidas en favor de grupos discriminados o marginados".

Esta es una de las llamadas "cláusulas transformadoras" de la Constitución, directamente inspirada en la disposición del artículo 30. de la Constitución italiana, la que se consagró con base en la propuesta del diputado Lelio Basso y gracias a la aceptación de las fuerzas de la derecha, al decir de Calamandrei, para compensar a las fuerzas de la izquierda de la revolución fallida con la consagración constitucional de una revolución prometida.

En la Asamblea Nacional Constituyente varios discursos y ponencias se articularon alrededor de la deuda social contraída y no pagada con cerca de la mitad de la población irredenta y marginada de los beneficios del progreso material. La proyección más significativa de este



mandato, dentro de la misma constitución, son los capítulos de la misma dedicados a los derechos económicos y sociales, a los servicios públicos y a la hacienda pública. En este último caso, en particular, las disposiciones sobre transferencias de recursos para atender las necesidades básicas insatisfechas de los más pobres. De otro lado, varias normas de la Constitución sobre la promoción del acceso a la propiedad, al crédito y a los servicios públicos, reiteran y especifican esta consigna normativa de la Carta.

La promoción de la igualdad material, aunque no se reduce a la órbita legislativa, requiere de su decidido impulso y de la afectación de recursos públicos, no menos que de la habilitación y

puesta en marcha de estructuras y procedimientos administrativos adecuados para adelantar los programas que se decida ejecutar. No obstante, en muchos casos, la Corte Constitucional, luego de establecer en situaciones críticas –para la salud, la vida, la educación, la igualdad de oportunidades etc.–, la conexidad de un derecho económico y social con uno fundamental, ha considerado que la respectiva prestación a cargo del Estado se torna exigible.

Aunque, en la generalidad de los casos, la Corte no ha pretendido sustituir a los agentes competentes para adelantar una determinada distribución de recursos públicos, la intervención judicial ha contribuido a que se cumplan compromisos adquiridos por el Estado o se suplan fallas administrativas que se erigen en barrera a la igualdad material, no obstante darse las circunstancias legales y fácticas para que la respuesta pública pudiese actualizarse positivamente. Una parte significativa de la jurisprudencia de la Corte puede inscribirse, entonces, en la línea de remover obstáculos al primado de la igualdad material cuya realización no escapa históricamente a las

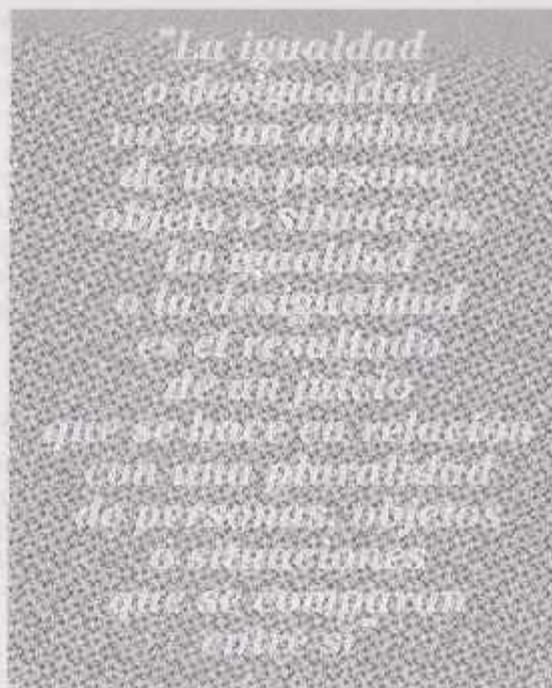
capacidades presentes del Estado.

La norma constitucional permite ordenar acciones positivas "en favor de grupos discriminados o marginados". La disposición transcrita brinda sustento constitucional a las diferenciaciones positivas, ya analizadas. Pero, su empleo puede ir más allá de las clásicas acciones de discriminación positiva. "Ser pobre", por regla general, no se ha considerado una clasificación sospechosa. No obstante, en Colombia, la condición de pobreza extrema y de marginalidad social, se individualizan en la Constitución con el objeto de que el Estado activamente utilice sus herramientas de intervención en una lucha permanente de erradicación de la pobreza. Es una meta que trasciende a los gobiernos de turno. La formula el mismo constituyente. Esta es una de las novedades de la Constitución colombiana y para que ella no devenga en mera retórica, tiene específicas proyecciones en dos leyes claves: la ley anual de presupuesto y la ley del plan de desarrollo.

Protección especial a los débiles

15. El valor dignidad, el valor igualdad y el valor solidaridad, coinciden en la necesidad de que el Estado y la sociedad asuman la protección especial de las personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta (C.P., art. 13).

Otras normas de la Constitución, completan el mandato de protección especial. Así, los artículos 44 y 50 se refieren a la protección especial del niño; el artículo 43



se ocupa del apoyo especial a la madre desempleada o desamparada y a la mujer cabeza de familia; el artículo 46 impone al Estado, la sociedad y la familia el deber de proteger y asistir a las personas de la tercera edad; finalmente, el artículo 47 ordena al Estado adelantar una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran.

En situaciones críticas de extremo abandono, aún en ausencia de ley, la Corte ha impartido órdenes específicas de protección con el objeto de preservar el mínimo vital de personas pertenecientes a las categorías especialmente deno-

tadas por la Constitución.

Cláusulas específicas de igualdad

16. La cláusula general de igualdad, se complementa con precisas reglas de equiparación, que se aplican en materias de especial relevancia constitucional. El artículo 19 de la C.P., consagra la igualdad entre las confesiones religiosas y las iglesias. El artículo 42 de la C.P., dispone que las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes. La misma norma prescribe la igualdad jurídica entre los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica. El artículo 43 de la C.P., reitera la igualdad jurídica del hombre y la mujer. De otro lado, el artículo 53, enumera entre los principios mínimos fundamentales del estatuto del trabajo, la igualdad de oportunidades para los trabajadores.

La judicialización del principio de igualdad

Elementos y particularidades del juicio de igualdad

17. La igualdad o desigualdad no es un atributo de una persona, objeto o situación. La igualdad o la desigualdad es el resultado de un juicio que se hace en relación con una pluralidad de personas, objetos o situaciones que se comparan entre sí. La comparación, por su parte, no se puede hacer sin determinar previamente un aspecto, rasgo, factor, característica o factor relevantes desde el punto de vista de quien la realiza, y para los efectos de la misma.

Los elementos (personas, objetos y situaciones) que se confrontan, se denominan "términos de comparación". El criterio de comparación o punto de vista que se selecciona para efectuar el cotejo, se define como "TERTIUM COMPARATIONIS" ("criterio de diferenciación o valoración").

El "TERTIUM COMPARATIONIS", o "criterio de diferenciación", lo determina el legislador, en cada ley, de acuerdo con la finalidad que persigue realizar, la cual, a su turno, se deduce de la consecuencia jurídica (TRATO) que se asigna a los destinatarios de la norma.

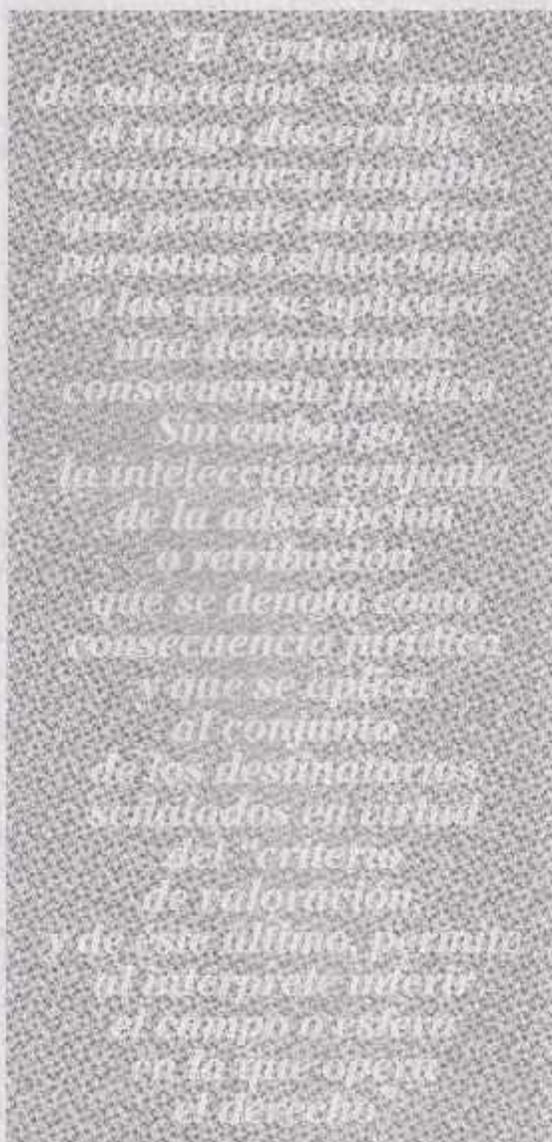
El arte de legislar debería enseñar la manera de armonizar perfectamente la finalidad de la

norma, el criterio de diferenciación que adopta, el trato que concede y los destinatarios. Se trata de un ideal que difícilmente se alcanza en la práctica, lo que, de paso, abona la necesidad de graduar la intensidad del control constitucional de la igualdad, que teóricamente podría superponerse a todas las actuaciones legislativas.

18. Los problemas de igualdad (en la ley y en la aplicación de la ley), que se hacen visibles en el momento en que una determinada actuación estatal se somete al examen constitucional por este concepto, son múltiples y muy complejos. Menciono los más frecuentes:

(1) Ineptitud total o parcial del "criterio de diferenciación" en relación con la finalidad. La frustración del fin legítimo de la norma, por esta causa, puede conducir a la anómala integración de la población destinataria de aquella. En efecto, el "criterio de diferenciación", puede excluir personas e incluir personas en clasificaciones, categorías o clases de una manera errónea. En este orden de ideas, las clasificaciones, categorías o clases resultantes, pueden en variados grados pecar por exceso –abarcan más de la cuenta– o por defecto –excluyen más de la cuenta.

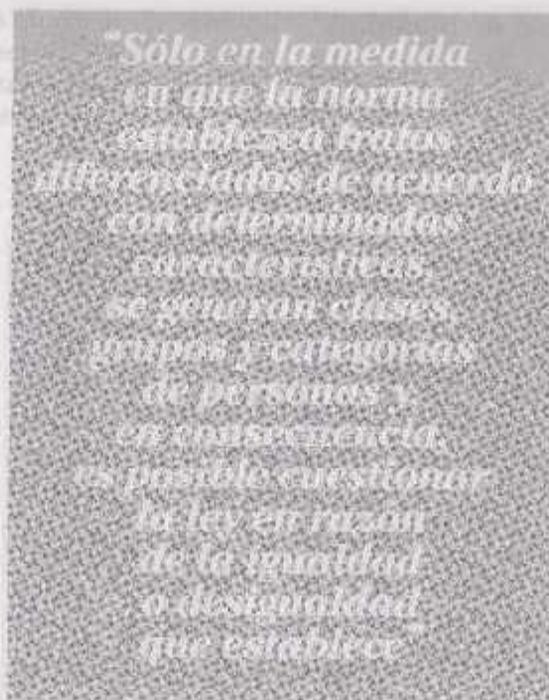
(2) Trato inadecuado. El trato o consecuencia jurídica que se incorpora en el mandato o norma, puede ser inidóneo para alcanzar el objetivo trazado o siendo idóneo, resultar excesivo



en cuanto a la restricción de derechos o la afectación de "criterios de diferenciación" básicos aplicables a otros bienes. También cuando el trato es inidóneo, la restricción que comporta, por innecesaria, repercute en una restricción indebida de los derechos y la libertad. Puede estipularse que bajo este concepto de trato inadecuado se comprenden diversas hipótesis de desconexión o hiato entre trato y finalidad de la norma: (i) hiato de racionalidad (carencia de relación lógica entre el trato y el fin); (ii) hiato de eficacia (defecto de idoneidad del trato para alcanzar el fin); (iii) hiato de proporcionalidad (balance neto negativo de los pros y contras jurídicos y materiales del trato). Tal como ocurre con la ineptitud del

"criterio de diferenciación", los defectos imputables al trato, admiten diversos grados, lo que así mismo se predicaría del juicio de control de este elemento.

(3) "El criterio de valoración" y su relación con el trato. Es posible que entre los dos se presente un hiato de racionalidad, pero también una ruptura de la equidad, lo que acontece cuando ciertas relaciones se pretenden gobernar según una pauta contraria a la exigida por su propia naturaleza (v.g.r. asignar cátedra de acuerdo con los ingresos de los aspirantes y no de conformidad con sus capacidades intelectuales). En estas circunstancias, gracias a la indiscriminada aplicación de ciertos criterios de valoración a ámbitos distintos regidos por otros que le son contrarios, se auspicia un crecimiento patológico y nocivo de determinados valores sociales en detrimento de los demás. El análisis de Michael Walzer⁸ sobre las esferas de la justicia, apunta justamente en esta dirección.



Rara vez el autor de la norma define explícitamente el principio o método en los que se informa la regulación de la asignación de bienes o la adscripción de castigos, cargas y retribuciones de variada índole. El "criterio de valoración" es apenas el rasgo discernible, de naturaleza tangible, que permite identificar personas o situaciones a las que se aplicará una determinada consecuencia jurídica. Sin embargo, la intelección conjunta de la adscripción o retribución que se denota como consecuencia jurídica y que se aplica al conjunto de los destinatarios señalados en virtud del "criterio de valoración", y de éste último, permite al intérprete inferir el campo o esfera en la que opera el derecho (educación, trabajo, servicio militar etc.), el

contexto más específico en el que se sitúa un problema de distribución de bienes o adscripción de responsabilidades o cargas (distribución de cupos escolares escasos, selección para trabajar horas extras, envío de conscriptos al campo de batalla) y el fundamento, principio o método de reparto o distribución (v.g. inteligencia, habilidad, destreza adquirida).

Normalmente, el criterio de valoración escogido por el legislador no agota el número total de personas o situaciones que la correspondiente regla o criterio de justicia podría abarcar. Sin duda podrán aducirse en muchos casos, razones de conveniencia y discrecionalidad política para no hacerlo. Sin embargo, los conflictos se amplían y profundizan en la medida en que la solución normativa ofrezca un radio de cobertura menor.

Puede ocurrir que el criterio o regla de justicia que se deduzca de la regla, no encaje en mayor o menor grado, con el criterio o regla de justicia que objetivamente convenga a la naturaleza propia del campo o esfera en la

8. Walzer Michael, *Esferas de la Justicia*, México, FCE, 1993.

que opera la norma y al contexto específico en el que se sitúa el problema de distribución de bienes o adscripción de responsabilidades y cargos.

La importancia que reviste la correcta selección del criterio o método de la justicia, se comprende mejor —no se resuelve— si se hace un breve repaso de la complejidad que envuelve esta materia, que es lo que se ha pretendido subrayar.

19. Si el sujeto de la ley fuera universal, ésta no podría ser demandada por violar el principio de igualdad. Sólo en la medida en que la norma establezca tratos diferenciados de acuerdo con determinadas características, se generan clases, grupos y categorías de personas y, en consecuencia, es posible cuestionar la ley en razón de la igualdad o desigualdad que establece. Si no es este el caso, la ley sólo podrá demandarse por el trato mismo que adopta. En este evento, se determinará si la medida legislativa constituye una intervención legislativa desproporcionada que por ser tal viola un derecho o libertad distintos del de la igualdad. El hecho de que el juez constitucional examine la proporcionalidad de la medida es un corolario de la prohibición constitucional general que obliga al legislador a no inferir arbitrariamente en el campo de los derechos constitucionales, y no puede interpretarse en el sentido de que toda lesión a un derecho constitucional representa para el agraviado, por sí sola, una afectación del derecho a la igualdad.

20. El análisis de la proporcionalidad en el test de la igualdad, tiene que circunscribirse a sopesar las razones que militan en favor o en contra de la regla de asignación normativa y cuyo balance finalmente decide la procedencia de la fórmula de reparto empleada. Es evidente que si el

aspecto dominante de la controversia, más que el esquema de distribución es el relativo a un derecho constitucional en particular, el debate debe centrarse sobre la violación del derecho sustancial, que sería netamente distinguible del cargo sobre la igualdad (derecho relacional). En definitiva, dependiendo dónde esté el acento o peso de la demanda —en la fórmula de la asignación y en la consiguiente disparidad que suscita— o en el trato como tal, el examen judicial debe enfocarse en uno o en otro sentido.

De lo contrario, la violación a la igualdad, podría esgrimirse haciendo caso omiso de toda disparidad de trato, con el objeto de que la Corte Constitucional efectuara el análisis de estricta proporcionalidad de la medida y conforme a él declarara su exequibilidad o inexecuibilidad. Hipotéticamente un ciudadano podría convenir en que la norma correctamente identifica a los sujetos destinatarios conforme a un criterio admisible de valoración con el objeto de imponer un trato cuya finalidad no viola la Constitución, pero no obstante advertir que se viola la Carta

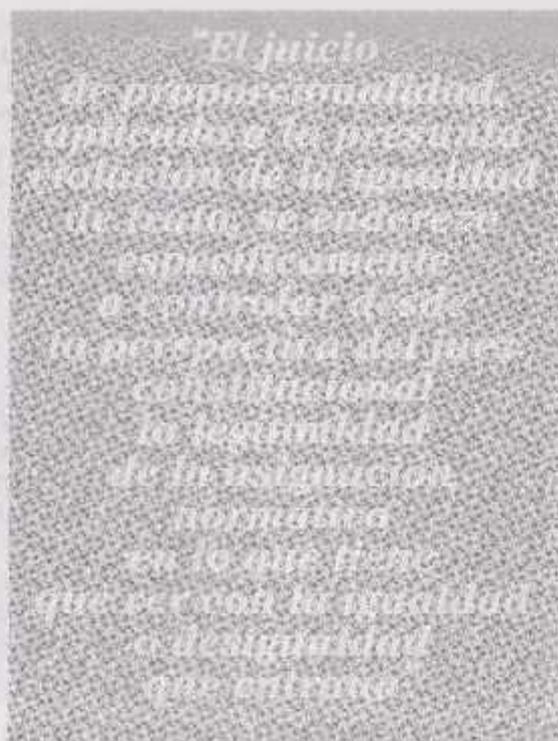
por los restantes conceptos que se estudian sucesivamente en el test de razonabilidad, a saber: idoneidad, racionalidad y estricta proporcionalidad.

El anterior planteamiento sería inaceptable. El juicio de proporcionalidad, en sentido general y estricto, se asocia siempre a una violación constitucional de un derecho constitucional que debe establecerse, de suerte que no es independiente ni autónomo de un cargo principal. De otro lado, el juicio de proporcionalidad, aplicado a la presunta violación de la igualdad de trato, se endereza específicamente a controlar desde la perspectiva del juez constitucional la legitimidad de la asignación normativa en lo que tiene que ver con la igualdad o

“El hecho de que el juez constitucional examine la proporcionalidad de la medida es un corolario de la prohibición constitucional general que obliga al legislador a no inferir arbitrariamente en el campo de los derechos constitucionales.”

desigualdad que entraña. Precisamente, si el resultado final arroja que el esquema de distribución es proporcionado, esto quiere decir que la distinción o clasificación hecha corresponde a la diferencia existente entre los términos de comparación. Ahora, si el resultado es negativo, esto significa que no es congruente con la diferencia postulada o que incluso va más allá o se queda corta en relación con aquélla. En cierta medida, el juicio de igualdad es un juicio de armonía. De ahí que sea inconcebible hablar de igualdad o desigualdad sin una pluralidad de objetos y situaciones que se comparan y sin una medida común que sirva de patrón a los juicios que se emitan.

21. La última parte del "test", –predicable del derecho a la igualdad de trato–, tal vez la más decisiva, se contrae a efectuar un análisis de estricta proporcionalidad, cuyo objeto último es el de mantener o rechazar la fórmula de asignación utilizada por la ley. Aquí el término "proporcionalidad", exhibe una marcada ambigüedad. De una parte, la proporcionalidad parecería denotar una concreta regla de asignación, entre varias posibles. La proporcionalidad asume la existencia de diferencias entre los pretendientes de un mismo bien y divide éste en proporción a las diferencias. Sin embargo, la proporcionalidad como método de distribución no siempre es factible. Se dificulta sobremanera cuando no se dispone de una escala precisa para medir las contribuciones o méritos de cada parte y, particularmente, cuando los bienes no son divisibles, pues si bien, en este último caso, se puede intentar convertir en divisible lo que no lo es, la posibilidad de conversión es limitada y en esta medida el criterio de reparto pierde la plausibilidad en la que radica su atractivo.



Otras reglas de asignación pueden ser la paridad –que impone forzosamente un trato igual a las partes– y la prioridad que concede el bien a quien obtenga la calificación más alta. A esta lista podrían agregarse otros principios que se enuncian en la distintas teorías distributivas.

En la práctica, las reglas y criterios de asignación, difícilmente responden con exactitud a la estructura de las concepciones generales de la justicia. Ya se anotaron las dificultades de la fórmula aristotélica de la igualdad. Basta agregar que las soluciones generales de raigambre utilitarista, se tornan difíciles de implementar por la falta de un método certero para comparar los niveles o curvas individuales de satisfacción utilidad y, en todo caso, los resultados podrían resultar

insostenibles en razón del sacrificio que algunos deberían soportar con miras a maximizar el bienestar general.

Por su parte, el principio de diferencia de Rawls, obligaría a adjudicar los bienes primarios (ingresos económicos, poder, respeto por uno mismo, libertad de expresión, de religión y asociación) de manera que se maximice la posición de los que poseen menos bienes. No obstante, se torna vaga la forma de vincular la distribución al resultado indicado y definir la redistribución necesaria para declarar en cada momento cumplido el principio de diferencia. Dado que lo que es materia de distribución es un conjunto de bienes primarios de distinta naturaleza, la comparación entre ellos puede ser ardua o imposible y, por lo tanto, las exigencias de la teoría tienden a perder posibilidades de verificabilidad.

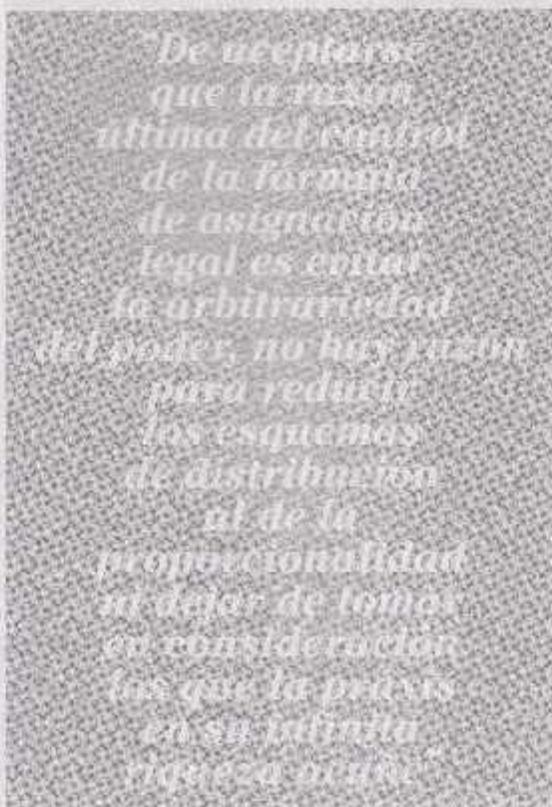
22. Escapa a los objetivos de este escrito, hacerse cargo de una crítica minuciosa de las principales teorías

sobre la justicia distributiva. Se quiere sólo apuntar que sin perjuicio de que en ellas se inspiren diversos esquemas de asignación, quizá por su estructura general, ofrecen escasa utilidad a la hora de resolver los variados problemas que en la práctica apareja la distribución de bienes y cargas. En efecto, las fórmulas de distribución que en su momento examinan los jueces, las más de las veces emplean mecanismos y procedimientos complejos y matizados que se resisten a ser encasillados en un principio normativo único, característica ésta todavía más acusada en los casos de microasignación que, en definitiva, son los más frecuentes.

Ilustra el aserto anterior, la variada gama de principios que gobiernan la asignación de bienes escasos, que ensaya Jhon Elster en su obra "justicial local" (ps 77- 122): principios de igualdad (igualdad absoluta; sorteos; igual desvío a partir de una línea de base; rotación); principios relacionados con el tiempo (hacer cola; lista de espera; antigüedad); principios definidos por el estatus (edad; género; inclinaciones sexuales; estatus étnico; otras características físicas; características mentales; libertad; nobleza; casta; estado civil; situación familiar; residencia; situación laboral; religión; alfabetización); principios definidos por otras propiedades (niveles individuales de bienestar; necesidad; incrementos individuales de bienestar; eficiencia; contribución; carácter); mecanismos basados en el poder (poder de compra; influencias); sistemas mixtos (sistemas lineales de puntos; sistemas conjuntivos y disyuntivos; principios lexicográficos; selección de entre un grupo de elegibles; intercambios intuitivos; comercio posterior a la asignación).

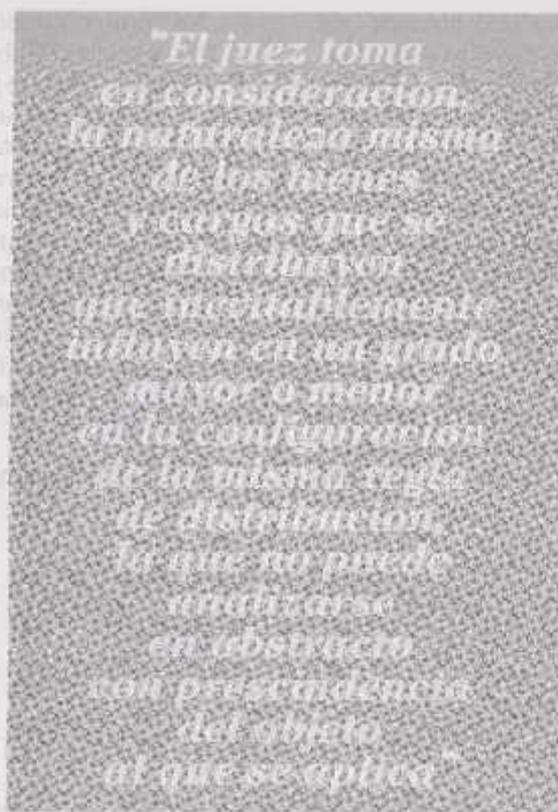
Así como no puede confundirse la parte con el todo (un método de distribución con todos los métodos de distribución), si lo que propone el "test de razonabilidad", no es entonces revisar la concreta regla de asignación desde el punto de vista del principio que se conoce con su nombre, si no la corrección o control de aquélla a partir de la perspectiva de la propia Constitución, lo indicado sería convenir en que tal designación es puramente estipulativa. En realidad, de aceptarse que la razón última del control de la fórmula de asignación legal es evitar la arbitrariedad del poder, no hay razón para reducir los esquemas de distribución al de la proporcionalidad ni dejar de tomar en consideración los que la praxis en su infinita riqueza acuñe.

23. Si se acepta que el examen de proporcionalidad no se refiere a la convalidación del sistema de distribución que lleva dicho nombre, sino que se orienta a verificar la adecuación de la regla de asignación que contiene la ley, es importante señalar que el juez no se limita a considerar los aspectos que recuerda la doctrina constitucional —a saber, la necesidad de la medida, la existencia de otras alternativas, las consecuencias, los principios constitucionales en juego, los pros y contras etc.—, que parecen no diferir de los elementos que se toman en cuenta en el examen de constitucionalidad de las leyes y que inciden en cualquier otro derecho fundamental, aunque desde luego centrados en este caso en el análisis de la razonabilidad de la diferencia o de la indiferenciación. El examen de adecuación de la fórmula de asignación es y debe ser mucho más profundo y más directamente enderezado a descubrir la estructura y dinámica de la decisión legislativa.



En cierta medida el examen de proporcionalidad se ha querido equivocadamente presentar como un mecanismo aséptico que permite aplicar un complejo raciocinio a elementos previamente dados: la medida adoptada por un órgano del Estado se somete al control de arbitrariedad que, en últimas, dependerá de su razonabilidad intrínseca. El proceso de control constitucional, en el fondo, difícilmente puede adelantarse de esta manera.

Fuera de los casos en los que la Constitución expresamente prohíbe ciertas fórmulas que se construyen sobre criterios de valoración vedados por ella, en los demás casos, el juez toma en consideración, junto a los elementos arriba expresados, la naturaleza misma de los bienes y cargas que se distribuyen que inevitablemente influyen en un grado mayor o menor en la configuración de la misma regla de distribución, la que no puede analizarse en abstracto con prescindencia del objeto al que se aplica. En los casos de los trasplantes de órganos, por ejemplo, las instituciones los distribuyen de acuerdo con listas de espera que reflejan diversas valoraciones que, en buena medida, se explican por la naturaleza misma del bien objeto de distribución entre los pacientes. No es necesario asumir a este respecto un visión inflexiblemente determinista; basta con aceptar la notable influencia que sobre el autor de la norma distributiva tiene la escasez y demás características del objeto y que logran individualizarlo con un determinado significado social. Ciertos criterios de distribución pueden indebidamente quebrantar las expectativas culturales sobre el significado social de un determinado bien y sobre las reglas de reparto que le son compatibles.



De otro lado, aparte de reiterar que el análisis de igualdad, por lo menos relativamente, es diferenciable del examen de constitucionalidad derivado de la violación de un derecho fundamental distinto, cabe advertir que los casos suelen en su mayor número tener una relación con alguno de ellos. Naturalmente, la conexión que es relevante para la igualdad, es la que se refiere exclusivamente a la igualdad que se puede predicar del goce de cada uno de los derechos constitucionales. En este sentido, es apropiado pensar que cada derecho sea en sí mismo un bien primario. Prescribe la Constitución: "Todas las personas (...) gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades".

24. Las fórmulas concretas de asignación, por lo visto, pueden ser incompatibles tanto con la naturaleza del bien o carga a distribuir, como con la cláusula

constitucional que consagra el igual acceso al goce de los derechos constitucionales. De ahí que el juez constitucional deba en cada caso confrontar el criterio de valoración de la norma legal con los criterios que sean afines al derecho constitucional de que se trate.

La Corte Constitucional, en la sentencia C-022 de 1996, encontró que la circunstancia de haber prestado el servicio militar no podía, sin violar la igualdad, atribuir a los estudiantes que reunieran dicho requisito la ventaja de obtener, por ése sólo hecho, diez puntos en el examen oficial de Estado requerido para ingresar a la educación superior. La capacidad militar o la necesidad de compensar el cumplimiento de un deber militar, a juicio de la Corte no correspondían al criterio básico de asignación del bien primario materia de asignación que

en este contexto estaba constituido por la capacidad intelectual (mérito).

De esta manera, con el paso del tiempo, la jurisprudencia constitucional configurará una doctrina sobre los criterios de distribución afines y no afines con el igual goce de los derechos constitucionales.

25. Dado que el juez constitucional ha de examinar la validez constitucional de la regla de asignación, sus juicios sobre sus diversos elementos, tienen distintas connotaciones y propósitos. Puede presentarse de manera abreviada la regla legal de asignación de un bien o carga, así: A toda persona que reúna la característica (a) se le concederá el derecho a obtener el bien (s). Desde el punto de vista de la igualdad en la ley, se puede cuestionar que el conjunto de sujetos de la norma que contiene la mencionada regla, teniendo presente su finalidad y el trato que ella confiere, debe ser mayor o menor, de modo que las exclusiones o inclusiones resultantes violan la igualdad respecto de quienes han sido indebidamente excluidos o incluidos. Pero también el cargo de igualdad, puede referirse no a la forma de configuración del conjunto de los destinatarios de la norma, sino a la desigualdad que ella establece en relación con el universo de las demás personas no cobijadas por ella y que no sufren el gravamen que se deriva de su respectiva regla de asignación gozan del beneficio que de la misma se deriva.

En el primer caso, normalmente no se controvierte la fórmula de asignación, sino su radio de acción. El juez tendrá que deducir a partir del dato normativo que provee el criterio de valoración escogido y del respectivo trato jurídico, el criterio básico que

inspira la concesión del derecho o la imposición de la carga a que alude la ley. De esta manera se amplía o reduce lógicamente la población virtual que encierra la norma. El análisis integral y la ponderación inherentes al "test" de razonabilidad, permitirá al juez determinar cuál de las dos normas debe prevalecer: si la hipotética que puede, sin incurrir en un error lógico o de sentido, operar la inclusión o exclusión denunciadas o la dictada efectivamente por el Legislador. Si llegare a primar la norma hipotética, reconstruida para los solos efectos del control sobre la impronta de la real, quiere decir que la regla de asignación de esta última era portadora de una ilegítima designación del sujeto destinatario. Esta parte del "test" podría denominarse "juicio de configuración del sujeto" que, adicionado a otros componentes suyos, puede contribuir significativamente a poner coto a la arbitrariedad, razón última del control constitucional de la igualdad. Cabe anotar que este "test", en principio, no pretende tener sino

"vida hermenéutica" y corresponde a la canónica regla interpretativa que reza: "donde existe la misma razón debe existir la misma disposición". *A contrario sensu*, donde no existe la misma razón, no debe existir la misma disposición.

El segundo caso contribuye a ilustrar otro tipo de "test" que no necesariamente es interno a la regla legal de asignación, como el anterior. En efecto, aquí es probable que el juez deba reparar en el trato mismo, vale decir, en el predicado normativo en cuanto que, como tal, se traduzca en un trato ilegítimo capaz de alterar sustancialmente el principio de igual goce de los derechos fundamentales. Este "test" es procedente siempre que se reúnan dos condiciones: (1) se cuestione la arbitrariedad de la regla de

La capacidad mérito o la necesidad de compensación al cumplimiento de un deber militar de parte de la Corte no correspondían al criterio básico de asignación del bien primario porque de asignación que en este contexto estaba constituido por la capacidad intelectual (mérito).

asignación; (2) el reparto o distribución de bienes o cargas sociales determinado por la norma se proponga generar entre los grupos sociales –la clase de los sujetos de la norma y los demás– un quebrantamiento del principio de igual acceso al goce de los bienes primarios (derechos constitucionales).

Se reitera que el cargo, para que no desborde el contencioso de la igualdad, deberá tener su acento dominante en la existencia de una disparidad de trato. Cada vez que se viola a una persona o a un grupo un derecho constitucional, teóricamente se puede hacer una escisión entre la persona y el grupo y los demás, pero equivocadamente se podrá concluir que por esta sola circunstancia se da la “disparidad de trato” que justifica el examen de un cargo de desigualdad. Si bien la igualdad, por referirse a un concepto puramente relacional, carece de contenido propio, tiene no obstante su propia especificidad ligada a la presunta existencia de distinciones dirigidas directa y principalmente a producir arbitrarias agregaciones o segregaciones entre los miembros de la comunidad.

Naturalmente, las situaciones en las que sin desvirtuar la singularidad del examen de igualdad y los demás derechos constitucionales, se acercan más los dos tipos de análisis (el de la igualdad y el relativo a los otros derechos), son aquéllas en las que la arbitrariedad de trato, originada en una determinada distinción o clasificación, repercute de manera directa en el principio de igual goce de los derechos cons-

titucionales. Aquí lo que se debate no es si la ley viola un determinado derecho constitucional, sino si la regla de asignación que ella contiene, incide de manera directa en el reparto de los bienes constitucionales primarios (los derechos constitucionales), que a todos se otorgan sin acepción de personas de conformidad con la pauta de asignación de este tipo de bienes consagrada por el mismo constituyente.

El juicio que se realiza, en estas condiciones, puede denominarse “juicio de afinidad constitucional”. Como se insinuó antes, su propósito es el de contrastar el criterio básico de distribución que establece la norma legal con el criterio básico de distribución que sea afín al derecho constitucional que en cada caso se considere.

El indicado escrutinio garantiza que no se quebrante el derecho al disfrute igual de los derechos constitucionales, pero adicionalmente evita que el balance del poder social no se rompa mediante el predominio de ciertos grupos que por gozar de ciertos rasgos y atributos (ej. poder económico, político, intelectual, etc.), quieran asumir más oportunidades de las que razonable y legítimamente les corresponda. La función de la Corte Constitucional, a este respecto, es decisiva para evitar el desbordamiento del poder de las mayorías y el predominio nocivo de algunos grupos, para todo lo cual debe desarrollar un pensamiento coherente y consistente sobre los criterios básicos de distribución que subyacen a las normas constitucionales.

“También el cargo de igualdad, puede referirse no a la forma de configuración del conjunto de los destinatarios de la norma, sino a la desigualdad que ella establece en relación con el universo de las demás personas no cobijadas por ella y que no sufren el gravamen que se deriva de su respectiva regla de asignación gozan del beneficio que de la misma se deriva”

Existen ciertos derechos constitucionales, como por ejemplo, los políticos que son esencialmente opuestos a criterios de asignación basados en el poder económico (propiedad), hasta el punto de que las leyes que incorporen clasificaciones y distinciones informadas en ellos, quebrantarían el principio de igualdad de acceso y disfrute de esta clase de derechos. En otros casos, un criterio básico de asignación legal, puede permitir clasificaciones y reglas de asignación diversas. Es el caso del nivel de inteligencia (capacidad) que no podría ser utilizado para limitar el acceso a la educación primaria, fundado en la paridad absoluta, mas si podría servir de base a clasificaciones y distinciones enderezadas a limitar el conjunto de los estudiantes elegibles para los programas de doctorado.

Finalmente, la ley que crea clasificaciones o distinciones que producen una disparidad de trato entre sus destinatarios y los demás –sin afectar el derecho a la igualdad de goce de un derecho constitucional–, se sujeta al “test” ordinario de razonabilidad, con el objeto de determinar si el trato es injustificado por aparejar un trato irrazonable y desproporcionado, en cuyo caso se violaría la igualdad, toda vez que al legislador le está vedado prescribir tratos diferenciados que sean arbitrarios. La procedencia del examen de igualdad, también en este caso, se supedita a la existencia de una circunstancia real de disparidad de tratamiento, ya que de lo contrario, por sustracción de materia carecería de sentido. Tampoco conviene confundir el cargo y el estudio relativos a la igualdad con el control de constitucionalidad general de la ley.

“Cada vez que se viola a una persona o a un grupo un derecho constitucional, teóricamente se puede hacer una distinción entre la persona y el grupo y los demás, pero equivocadamente se podrá concluir que por esta sola circunstancia se da la “disparidad de trato” que justifica el examen de un cargo de desigualdad”

Intensidad del juicio de control de la igualdad

26. Igualdad en la ley. La Corte Constitucional ha considerado necesario graduar el examen de razonabilidad del trato diferente que consagra el legislador. En este sentido aplica un “test” fuerte en relación con las clasificaciones efectuadas por el legislador o por otras autoridades y que apelen a criterios de discriminación expresamente prohibidos en la Constitución, desconozcan mandatos específicos de igualdad consagrados en la Carta, restrinjan derechos fundamentales a ciertos grupos minoritarios o afecten a personas o grupos sociales que se encuentren en condiciones de debilidad manifiesta.

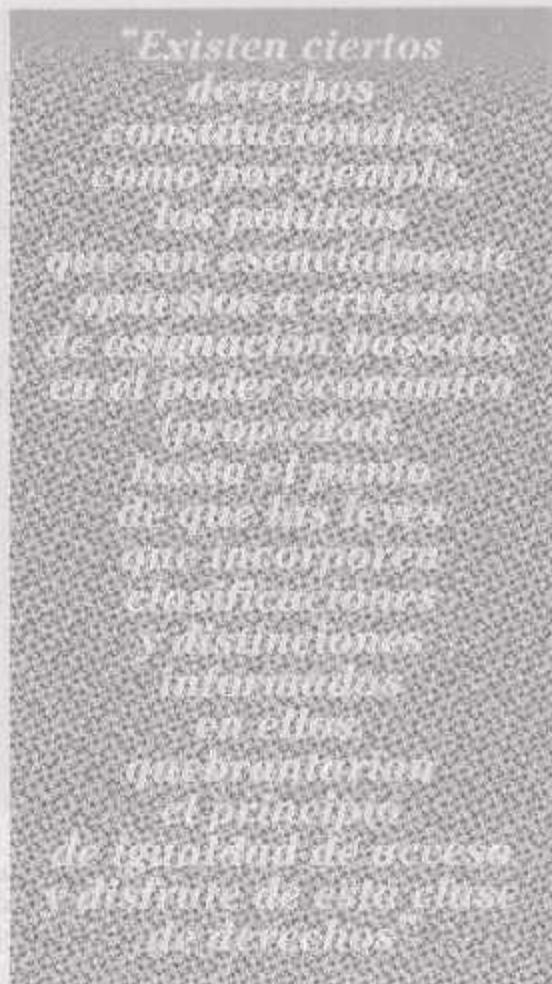
El “test” fuerte o estricto supone: (1) “la diferencia de trato debe ser necesaria, y el objetivo buscado debe ser expreso”; (2)

“si la diferencia de trato se enmarca dentro de una de las razones explícitamente señaladas por el artículo 13 de la Carta como discriminatorias, quien la lleve a cabo asume la carga de la prueba que justifique su actuación, pues si ello no es así, se mantiene la presunción de trato inequitativo” (Sentencia C-444 de 1995 y T-230 de 1994).

En los otros eventos –la Corte indica como ejemplo el de la actividad económica–, son de recibo las diferenciaciones que sean simplemente “adecuadas” para alcanzar una finalidad legítima. En punto a las acciones afirmativas, y en otros campos “son procedentes las pruebas intermedias del respeto a la igualdad por las autoridades, en virtud de las cuales es legítimo aquel trato diferente que está ligado de manera sustantiva con la obtención de una finalidad constitucionalmente importante” (Sentencia C-445/95).

Los principios que los diferentes "test" busca conciliar son, de una parte, el pluralismo político y el principio de mayorías y, de otra parte, el principio de igualdad. Se parte de la premisa cierta de que un intenso control de la igualdad, puede llevar a vaciar el principio democrático y afectar negativamente el pluralismo político. Por su parte, un examen laxo de los tratos diferentes que imponga el legislador, puede anular el principio de igualdad. La ponderación de los valores en juego, como se ha visto, le da mayor o menor prevalencia a uno y otro principio según la gravedad que revestiría su desplazamiento y el mayor o menor conocimiento de la materia controvertida por el juez y de su cercanía a la misma.

27. Igualdad en la aplicación de la ley. Como se ha visto la igualdad ante la ley se resuelve en la recta e imparcial aplicación de sus mandatos a los sujetos contemplados en sus categorías. Sin embargo, desde el punto de vista constitucional, el juicio de igualdad de las actuaciones u omisiones de los órganos de aplicación del derecho (administración y jueces), no puede convertirse en un mero control de legalidad, la que de ordinario se confía a otras jurisdicciones y a la dinámica de los recursos internos. En principio, la materia señalada corresponde a la zona vedada al juez constitucional, que no está llamado a sustituir a la administración y a los otros jueces en el desarrollo de sus funciones. Este es un primer límite al juicio de igualdad que pueda recaer sobre los actos u omisiones de los administradores y los jueces.



El objeto del eventual control de igualdad se refiere, por lo tanto, a la conducta que observa el órgano de aplicación y a los criterios que objetivamente motivan su actuación. Cada vez que sin una razón suficiente, ante una misma situación, el mismo órgano de aplicación, modifica sus criterios precedentes de aplicación del derecho, es posible que se configure en la realidad concreta una disparidad de tratamientos frente a varias personas, cuya única explicación sea el capricho del funcionario. Si a estas situaciones de desigualdad de trato en la aplicación del derecho, no es posible encontrarles una justificación objetiva, razonable y proporcionada, no habrá duda de que la actuación u omisión respectiva es discriminatoria.

La intensidad del control de la constitucionalidad en la fase de aplicación del derecho es la resultante de los factores que lo estimulan y lo restringen. Lo estimulan: la inconsistencia inopinada e injustificada del órgano de aplicación en relación con su conducta anterior referida a las mismas situaciones. Lo restringen: el respeto al margen razonable y legítimo de interpretación y de cambio que es necesario reconocer a los órganos de aplicación del derecho a fin de que se facilite el proceso de permanente adaptación del derecho a las nuevas circunstancias y concepciones.

28. Igualdad promocional. Las leyes del Congreso dirigidas a promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y que adoptan medidas en favor de grupos discriminados o marginados, pueden teóricamente

sujetarse a un "test" sobre el grado de eficacia e idoneidad que la Constitución exige en aras del cumplimiento del propósito constitucional planteado.

En punto a la omisión legislativa, por el momento no existe vía constitucional que le pueda poner término. En cuanto al cumplimiento de deberes específicos de promoción de la igualdad, como el que se consagra en el artículo 60 de la C.P., la Corte reaccionó enérgicamente y declaró la inexequibilidad del inciso 3o. del art. 306 del Decreto 663 de 1993 Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Sentencia C-037/94), que sólo consagraba el derecho preferencial de los trabajadores y del sector solidario a un 15% de las acciones de instituciones financieras en poder del Estado cuandoquiera que ellas se ofrecieran en venta. Según la Corte, la oferta restringida desconocía el derecho preferencial que la Constitución atribuía a aquéllos y no conducía a la democratización efectiva. En una segunda oportunidad, declaró la inexequibilidad de la norma legal que establecía que las condiciones especiales para los trabajadores y el sector solidario se debería señalar en los programas de venta que elaboraba el ejecutivo. Según la Constitución, a juicio de la Corte, la reglamentación del marco general de tales condiciones era materia de ley. Finalmente, en sentencia C-342 de 1996, se declaró la exequibilidad de la Ley 226 de 1995, que regulaba las facilidades en favor de los trabajadores, sindicatos y cooperativas. En esta ocasión la Corte renunció a hacer un control exigente de las condiciones económicas enunciadas en la ley y defirió al legislador un poder amplio de configuración de las mismas. En otras palabras, adoptó la Corte un "test" débil para calificar la idoneidad de las medidas legislativas tendientes a realizar una finalidad promocional de la igualdad expresamente dispuesta por la Constitución.



29. Omisiones del deber estatal de proteger personas colocadas en circunstancias de debilidad manifiesta. Pese al perentorio mandato de protección impartido por el constituyente, la omisión del órgano legislativo en punto a la protección de los débiles, está sujeta a un control exclusivamente político.

En cambio, las omisiones administrativas referidas a medidas de protección de indigentes, ha escapado a la regla general de respeto a la órbita de la actuación administrativa y al prin-

cipio de legalidad del gasto público. La conexidad, en este caso, del derecho de protección especial con la situación de extremo peligro para la vida y la salud, ha contribuido a estimar que en la situación límite el deber del Estado de protección especial genera un correlativo derecho de aplicación inmediata y que, bajo distintas formas, se aglutina en torno del mínimo vital.

En definitiva, la intensidad del control del deber administrativo de protección especial, desde la perspectiva de la igualdad, sólo adquiere intensidad notable cuando se enfrentan casos de mínimo vital en los que está de por medio la supervivencia y la dignidad de la persona humana. En los demás eventos, particularmente los que involucran derechos prestacionales, la Corte ha sido consciente de que su desarrollo compromete primordialmente al legislativo y al ejecutivo, y que la vía judicial no es apta para generar titularidades efectivas activas, al margen de las posibilidades legales y fácticas de cada momento histórico.

La carga de la prueba

30. Desde un comienzo la Corte, refiriéndose a la igualdad en la ley, señaló que la justificación del elemento diferenciador debía ofrecerse por parte de la autoridad

pública que lo estableció (Sentencia C-511 de 1992 caso "saneamiento aduanero").

En la sentencia T-230 de 1994, la Corte de manera explícita sintetizó las reglas a seguir en punto a la carga de la demostración de la desigualdad, en los siguientes términos:

"5. Los elementos probatorios involucrados en la aplicación del principio de igualdad han sido definidos de la siguiente manera. Cuando se trata de un problema de igualdad "en" la ley o discriminación "de jure", el término de comparación o "patrón de igualdad" debe ser aportado por el accionante. El análisis de la desigualdad se concentra en la norma jurídica que introduce la desigualdad de trato y no en cuestiones de hecho. En los casos de igualdad por razón de la aplicación de la ley, en cambio, corresponde al aplicador de la norma la justificación del trato diferenciado.

5.1. Cuando la diferencia de trato se enmarca dentro de una de las razones explícitamente señaladas por el artículo 13 de la Carta como discriminatorias, quien la lleve a cabo asume la carga de la prueba que justifique su actuación, pues si ello no es así, se mantiene la presunción de trato inequitativo. En todo caso el trato diferenciado es de recibo si el mismo se orienta a promover la igualdad de una categoría de personas ubicadas en situación de desigualdad.

5.2. Las condiciones laborales, si bien no se encuentran enunciadas de manera explícita dentro de las razones objeto de discriminación del artículo 13, deben tener un tratamiento similar si se tiene en cuenta la espe-

"Cada vez que sin una razón suficiente ante una misma situación, el mismo órgano de aplicación imputa si se aplican precedentes de aplicación del derecho, es posible que se configure en la realidad como una desigualdad de tratamientos frente a ciertas personas, que a única justificación que se alega es la del artículo 13 de la Constitución."

cial protección constitucional de la calidad de trabajador. En consecuencia, si el trabajador aporta los indicios generales que suministren un fundamento razonable sobre la existencia de un trato discriminatorio, o que permitan configurar una presunción de comportamiento similar, le corresponde al empleador probar la justificación de dicho trato".

31. Las reglas sobre la carga de la demostración de la desigualdad, deben, sin embargo, precisar aún más, lo que se intentará a continuación.

(1) Si se admite la demanda de inconstitucionalidad y no se objeta la respectiva formulación del cargo, la búsqueda del "tertium comparationis" es una tarea que la Corte debe acometer por sí misma como guardiana de la integridad de la Constitución, máxime si se tiene presente que sus fallos hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. La única alternativa que podría estudiarse

sería la de inadmitir la demanda cuandoquiera que no se singularice el criterio de diferenciación, pero aún habiéndolo hecho el demandante, la Corte no podrá limitarse a validarlo. Deberá libremente examinar todas las alternativas. En suma, dentro del sistema colombiano de control constitucional, es difícil seguir sosteniendo que la carga de aportar el término de comparación sea exclusivamente del demandante, particularmente cuando ya se le ha dado curso a la demanda o cuando el criterio de diferenciación corresponda a los factores expresamente prohibidos por la Constitución. Por lo demás, la solución de una sentencia inhibitoria para el caso de que el cargo se declare fallido por encontrarse inepto, prima facie no es convincente.

(2) Siempre que se ofrezca la prueba del trato diferenciado—cuando se discuta la igualdad en la aplicación de la ley—, es necesario que se mantenga la regla de que la carga de la demostración sobre su justificación repose en cabeza del aplicador de la norma. Resta por establecer elementos cruciales para la demostración de la disparidad de trato, tales como, la prueba del comportamiento anterior del órgano de aplicación y la relativa a la distinción operada en detrimento del demandante.

(3) Cuando esté de por medio la sospecha de que con ocasión de la expedición de la ley o de su aplicación, se han hecho diferenciaciones con base en los factores de discriminación prohibidos, la Corte debería como corresponde al tipo de “test fuerte”, ordenar y practicar las pruebas que sean conducentes, pues ellas generalmente se dan en circunstancias que no se aprehenden con facilidad a partir de un examen puramente formal o deductivo.

Conclusiones

Igualdad y poder

1. La positivización de la igualdad y su consiguiente judicialización, tienen una relación íntima con la limitación y la utilización del poder en la sociedad.

1.1. La cláusula general de igualdad, controla el poder de diferenciación confiado a los poderes públicos y de hecho practicado por los sujetos privados que detentan poder social o económico en la sociedad, al cual se conecta el poder de distribuir los bienes y males inherentes a la vida social. Aquí la igualdad actúa como restricción.

1.2. La igualdad promocional y el mandato de protección a los

débiles, busca imprimirle un sentido al uso del poder público. Aquí la igualdad obra como estímulo a la acción.

1.3. El “thelos” de la igualdad, suscita variados interrogantes, sobre las posibilidades y límites de dicha positivización y judicialización. Entre otras preguntas se formulan las siguientes:

¿Qué sustrae y qué contenidos obligatorios agrega al principio democrático las normas constitucionales sobre la igualdad?

¿Qué ámbitos de la actividad del órgano público o del agente social, se sujetan al escrutinio del contencioso de la igualdad, y qué otros se libran a su autonomía?

¿Qué margen de libertad debe gozar el órgano u operador jurídico para realizar diferenciaciones?

¿Cuál debe ser la intensidad del juicio de igualdad?

¿Cuándo se toma exigible un mandato de igualdad promocional?

¿Cómo se restablece la igualdad quebrantada?

¿Cuál es la legitimidad del juez para juzgar las reglas de asignación de bienes y cargas sociales que determina el órgano de representación popular?

¿Si se admite que el fin del control de la igualdad se confunde con el control de la arbitrariedad, se modifica el concepto formal de ley y ésta adquiere una connotación material en cuanto debe estar informada por el principio de imparcialidad?

¿El límite del principio de igualdad, corresponde al límite de la eficacia de la Constitución misma?

“La intensidad del control del deber administrativo de protección especial de la igualdad, desde la perspectiva de la igualdad, sólo adquiere intensidad notable cuando se enfrentan casos de mínima vital en los que está de por medio la supervivencia y la dignidad de la persona humana”

1.4. Para controlar el poder público y social, el principio de igualdad lo hace aportando como técnica la contrastación de ciertas acciones con una medida. Precisar, la medida de la medida, es básico para entender el poder de este instrumento de control del poder y, para anticipar, cuál es el poder que tienen los titulares del poder para no permitir que su poder sea controlado.

La positivización de la igualdad

2. La pretensión normativa de la Constitución se integra de manera sucesiva y agregativa a través de cuatro proposiciones normativas, en las que se funden las tradición liberal, la tradición socialista y el pensamiento cristiano.

2.1. Primera proposición: la ley se aplica a todos sus destinatarios, sin acepción de personas (interdicción del privilegio en la aplicación del derecho). Es el rechazo a que las supremacías sociales se prolonguen al mundo del derecho y que éstas al final se pongan a salvo de la democracia y logren desvirtuarla. La regla de justicia –tratar a los iguales de modo igual y los desiguales de modo desigual–, se inscribe en el momento de aplicación de la ley, para lo cual se precisa que el tratamiento igual se otorgue a quienes de acuerdo con los criterios establecidos en la norma se encuentren en la misma situación. Observar la legalidad escrupulosa e imparcialmente –como dice Bobbio–, satisface tanto la pretensión de la ley como la de la regla de justicia.

2.2. Segunda proposición: Todas las personas deben recibir la misma protección y trato de las autoridades. De

*"Dentro del sistema
de gobierno de control
constitucional,
es el juez quien
sustentado que la causa
de aportar el límite
de cooperación
no es exclusivamente
del demandante.
No es el público cuando
no se le ha dado su caso
a la demanda
y cuando el objeto
de diferenciación
no responde
a las facturas
expresamente
prohibidas
por la Constitución"*

este mandato surgen limitaciones al ejercicio del poder y que se concretan en la prohibición de establecer frente a alguna o algunas personas tratos asimétricos que carezcan de una base objetiva y razonable.

2.2.1. En la creación del derecho (igualdad en la ley), las diferenciaciones que no resistan un análisis de objetividad y razonabilidad, según un "test" específicamente diseñado para este propósito –en el cual se analiza secuencialmente la existencia de la disparidad de trato, su finalidad, la constitucionalidad de ésta última, la razonabilidad del trato desde el punto de vista de su idoneidad para alcanzar el fin al que apunta la norma, su necesidad frente a otras alternativas igualmente eficaces y menos odiosas, y la estricta proporcionalidad de la relación entre el fin y el medio escogido, con miras a que no se sacrifiquen principios o valores de mayor peso que el

principio que se pretende servir mediante el respectivo trato–, se estiman violatorias de la igualdad de trato.

2.2.2. En la aplicación del derecho, la igualdad de trato, se traduce en la proscripción del comportamiento del administrador o del juez que contraste de manera manifiesta e injustificada con el mismo comportamiento observado a propósito de casos sustancialmente semejantes. Este mandato reviste particularidades cuando se predica de los jueces o de los administradores. La exigencia de igualdad de trato que se deriva de este principio, no significa que se establezca un sistema de precedentes obligatorios.

2.3. Tercera proposición: Nadie puede ser discriminado en razón de su sexo, raza, origen nacional o

familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El poder de diferenciación público –y en ciertos casos privado–, sufre una restricción severa al no poder utilizar estos factores de distinción prohibidos por el Constituyente. La prohibición sufre una excepción en los eventos de acciones de diferenciación positiva, justamente por su finalidad igualitaria y mitigadora de pasadas discriminaciones.

2.4. Cuarta proposición: El poder jurídico y material del Estado debe utilizarse en el sentido de promover la igualdad real y efectiva. Esta es la cláusula transformadora de la Constitución. Se complementa con las normas sobre derechos económicos y sociales y las disposiciones de la Constitución económica. La jurisprudencia de la Corte sobre los criterios de conexidad entre algunos derechos económicos y sociales y los fundamentales, responde al cumplimiento de este mandato, cuando quiera que lo ordenado por la Corte corresponda a las capacidades fácticas y legales del Estado en el momento presente. Se descubre una nueva causal de arbitrariedad: inacción injustificada del Estado para obrar en términos de igualdad material, pese a que ello entre en el cálculo de lo posible. La jurisprudencia sobre el derecho al mínimo vital, es una forma de establecer en cada momento histórico umbrales a la capacidad niveladora del Estado.

2.5. Quinta proposición: El Estado debe proteger a las personas que se encuentren en situación de debilidad manifiesta por su condición económica, física o mental. La potenciación del sujeto sumido en una situación crítica, constituye una reacción de elemental solidaridad –no asistencialismo– y respeto a la dignidad humana. Se trata de oponer un mínimo contrapeso a las fuerzas del mercado y de la naturaleza. La jurisprudencia sobre el mínimo vital, ha tenido en esta materia un campo de expansión significativo.

"La positivización de la igualdad y su consiguiente judicialización, tienen una relación íntima con la limitación y la dilatación del poder en la sociedad"

2.6. Sexta proposición: En asuntos religiosos, familiares y de género, la regla es la estricta igualdad. La Constitución impone en esta materias un mandato de equiparación específicamente dirigido a anular los actos de los poderes constituidos y sociales que pretendan apartarse de dicho precepto.

La judicialización de la igualdad

1. Definiciones previas. La igualdad expresa un juicio relacional. Los "términos de comparación", son las personas, objetos, o situaciones que se comparan.

El "criterio de diferenciación" o "criterio de valoración" –*tertium comparationis*–, designa al rasgo, factor, característica o elemento relevante que se toma como parámetro o medida para hacer la comparación.

"Trato" denota la consecuencia jurídica que se sigue de aplicar el criterio de diferenciación.

El "Criterio o regla de justicia", corresponde a la regla de asignación de bienes o de cargas que se deduce abstractamente de la norma legal o constitucional. A través del criterio o regla de justicia se identifica el método o principio que preside la solución de un problema de distribución de un bien o carga social.

El "Campo o esfera en la que opera el derecho", abarca genéricamente las materias –educación, trabajo etc.–, que en términos generales son objeto de las reglas de asignación.

El "Contexto específico de un problema de distribución", se refiere tanto al bien concreto materia de distribución –cupos escolares escasos– como a las particularidades históricas que asume su asignación social y jurídica.

2. Problemas de igualdad. Los más frecuentes, se pueden esquematizar de la siguiente manera:

2.1. Ineptitud total o parcial del "criterio de diferenciación" en relación con la finalidad. Conduce a la frustración del fin legítimo de la norma, por causa de la anómala integración del conjunto de sus destinatarios.

2.2. Trato inadecuado. Puede obedecer a una desconexión o hiato entre el trato y la finalidad de la norma, en términos de racionalidad, eficacia o proporcionalidad.

2.3. "Criterio de valoración" y su relación con el trato. Aparte de un eventual hiato de racionalidad, puede presentarse una ruptura de la equidad, lo que sucede cuando se aplican criterios de valoración contrarios o incompatibles con los que gobiernan ciertos campos o esferas de derecho. En este caso, es posible que el criterio o regla de justicia que se deriva de la norma legal, no corresponda al criterio de justicia que convenga al campo o esfera en la que opera la norma y al contexto específico en el que se sitúa el problema de distribución.

3. La exigencia de la disparidad de trato como condición para emprender un juicio de igualdad. Si el sujeto de la norma fuera universal, ésta sólo podría demandarse por otros aspectos relacionados con el trato mismo. Aunque la igualdad se proyecte sobre otro derecho, el aspecto dominante debe girar sobre la primera, para que pueda someterse a este control especial. No toda afectación individual o plural a un derecho fundamental, conlleva un problema de igualdad.

4. Objeto del análisis de la proporcionalidad en los casos de igualdad de trato. Se endereza a analizar desde la perspectiva del juez constitucional, la legitimidad de la regla o fórmula de asignación que contiene o se deduce de la norma examinada, para lo cual será decisivo que la distinción o clasificación hecha corresponda a la diferencia existente entre los términos de comparación.

Como quiera que la "proporcionalidad" como tal es una entre otras muchas reglas de asignación –asume diferencias entre los pretendientes de un mismo bien y divide éste en proporción a las diferencias–, cuando no es factible, debe darse curso a otros métodos de distribución, lo mismo que a su control en términos de equidad. De ahí

que se sostenga que el nombre de "proporcionalidad" sea puramente estipulativo u obedezca a la importancia histórica de uno de los métodos. Otras reglas de asignación, pueden inspirarse en la paridad o en la prioridad, en este último caso, según una combinación de factores.

En la práctica, las reglas y criterios de asignación, difícilmente corresponden a la estructura de las concepciones generales de justicia. Son ellas fórmulas generales de macroasignación, cuando lo más frecuente es enfrentar problemas específicos de microasignación y examinar fórmulas de justicia complejas y matizadas que se resisten a ser encasilladas bajo un principio normativo único. A este respecto es útil repasar algunos de estos criterios en la obra de Jhon Elster ("Justicia Local").

La razonabilidad y objetividad de la fórmula de asignación, no depende únicamente de su

La cláusula general de igualdad, controla el poder de diferenciación confiado a los poderes públicos y de hecho practicado por los sujetos privados que detentan poder social o económico en la sociedad, al cual se conecta el poder de distribuir los bienes y males inherentes a la vida social. Aquí la igualdad actúa como restricción

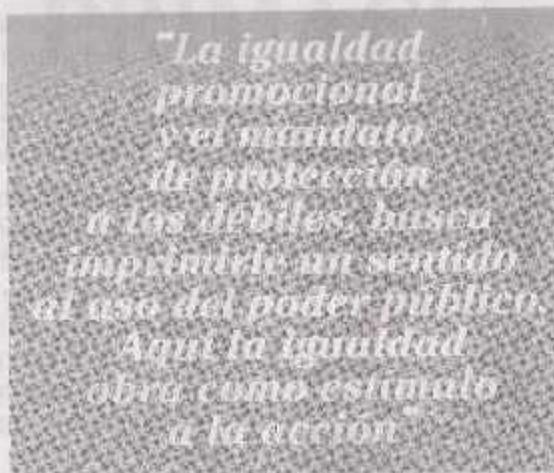
razonabilidad intrínseca. El juez debe tomar en cuenta, además, la naturaleza misma de los bienes y cargas que se distribuyen, la cual en mayor o menor grado influye en la configuración de la regla de asignación, la que por ello no puede estudiarse en abstracto. En ocasiones, los criterios de asignación están estrechamente vinculados con el significado social del respectivo bien.

5. Método judicial y examen de igualdad. El juicio de igualdad del juez, es un juicio de segundo grado, pues recae sobre el que previamente ha realizado, así sea implícitamente el órgano o agente cuya acción es objeto de control desde el punto de vista de la igualdad.

5.1. Normalmente los problemas que suscitan las acusaciones de ineptitud del "criterio de valoración" en relación con el fin de la norma, se resuelven mediante un "juicio de configuración del sujeto". A partir de la norma legal, se reconstruye la regla de justicia que le corresponde y, de esta manera, se amplía o reduce la población virtual que encierra la norma. El análisis de razonabilidad, a continuación, decidirá cuál de las dos normas deberá prevalecer, si la hipotética o la real. Si permanece la primera, ello indicará que aquella realizó una indebida exclusión o inclusión.

5.2. Cuando se cuestiona el "trato" mismo que repercute en el derecho de acceso igual a los bienes primarios (derechos constitucionales), resulta oportuno aplicar un "juicio de afinidad constitucional", cuyo propósito es contrastar el criterio básico de distribución que establece la norma legal con el criterio básico de distribución que sea compatible con el derecho constitucional que en cada caso se considere. De esta manera, la Corte podrá desarrollar un pensamiento coherente y consistente sobre los criterios básicos de distribución que subyacen a las normas constitucionales.

5.3. Cuando la disparidad de trato, afecta la igualdad de goce de otro derecho ordinario, se apela al "test"



convencional sobre la razonabilidad de la diferenciación y si resulta arbitraria, se declarará su inconstitucionalidad.

6. Intensidad del juicio de control de la igualdad.

6.1. Razones para su limitación. El respeto al pluralismo y al principio mayoritario, determinan límites naturales a los juicios de igualdad. De otro lado, el poder del control, podría superar al poder originario de diferenciación, si se propusiese extremar el arte de dictar reglas y aplicarlas.

La Corte, por lo anterior, ha establecido el test fuerte, para los casos de discriminación y violación de mandatos específicos de igualdad de origen constitucional. También ha extendido este test a las violaciones de derechos fundamentales de minorías y grupos o personas en situación de debilidad manifiesta. Se exige, según el test, que la diferencia sea necesaria y el objetivo buscado expreso. Una consecuencia del test, es el desplazamiento más riguroso de la carga de demostrar la justificación del trato diferente a quien lo ha dispuesto o aplicado. La Corte propone un "test" intermedio, para los casos de diferenciación positiva y, uno débil, para cuestiones económicas, que sólo analiza la adecuación de la medida para alcanzar el objetivo buscado.

6.2. Aplicación del derecho. No se analiza la legalidad en sí misma, sino el comportamiento del juez y sus motivaciones. Estimula la intensidad del juicio: la inopinada e injustificada variación del patrón de respuesta del órgano ante casos semejantes. Lo restringe: el respeto al margen razonable y legítimo de interpretación y de cambio.

6.3. Igualdad promocional. Puede resultar difícil sustentar un "test" fuerte para calificar el grado de idoneidad y eficacia que cabe exigir a las medidas legales tendientes a cumplir metas constitucionales específicas en punto a la igualdad.

6.4. Omisiones de deber de protección a personas débiles. Las omisiones del legislativo, se sujetan a un control político exclusivamente. Las omisiones del órgano administrativo, cuando está de por medio una situación de extremo peligro para la vida o salud de las personas, se han juzgado con rigor y, muchas veces, se ha ordenado judicialmente la prestación correspondiente. En los demás casos, se ha estimado por la Corte que el desarrollo de derechos prestacionales corresponde al resorte del legislativo y de la respectiva acción administrativa.

7. La carga de la prueba.

7.1. Según la jurisprudencia de la Corte, en general, la carga de la justificación de la diferencia o desigualdad, corresponde a la autoridad que la ha establecido. Este desplazamiento de la demostración es todavía mayor cuando el criterio de diferenciación corresponde a un factor expresamente prohibido por la Constitución.

7.2. El control de constitucionalidad por la vía de la acción de inconstitucionalidad, puede hacer pensar que el criterio jurisprudencial, según el cual el término de comparación lo debe aportar el demandante, no siempre puede cumplirse si se toma en serio la función de guardar la integridad de la Constitución y del efecto definitivo de sus sentencias.

7.3. En los casos de discriminación en la creación o aplicación del derecho, es conveniente que la Corte en algunos casos ordene la práctica de pruebas, en atención a que las discriminaciones no se infieren siempre de un análisis puramente deductivo.

8. Restablecimiento de la igualdad. En algunos casos, acreditada la desigualdad en la ley o en la aplicación de la ley, se impone el restablecimiento del derecho. En el caso de la ley, la Corte excepcionalmente ha ido más allá de la declaración simple de inconstitucionalidad. En algunas ocasiones, sin embargo, ha recurrido a las sentencias de constitucionalidad condicionadas y así ha podido corregir la deficiente configuración subjetiva de la norma. Tratándose de actos judiciales, teóricamente, la única posibilidad de restablecer el derecho, es la de encontrar una vía de hecho. Finalmente, en el evento de que la desigualdad de trato se origine en la administración, el juez constitucional puede, a través de la acción de tutela, si ésta es procedente, ordenar el respectivo restablecimiento.