

II. Sobre el principio de la igualdad

El principio de igualdad en el proyecto de Reforma Constitucional de 2007

Carlos Urdaneta Sandoval
Abogado y Doctor en Derecho

I. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y EL PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN

En el Numeral Séptimo de la Reforma de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela decretada por la Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela de fecha 2 de noviembre de 2007 se establece:

“Se reformó el artículo 21, en la forma siguiente:

Artículo 21. Todas las personas son iguales ante la ley; en consecuencia:

1. **Se prohíbe discriminaciones fundadas en lo étnico, género, edad, sexo, salud, credo, orientación política, orientación sexual, condición social o religiosa** o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades.
2. La ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva; adoptará medidas positivas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables; protegerá especialmente a aquellas personas que por alguna de las condiciones antes especificadas, se encuentran en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.
3. Sólo se dará el trato oficial de ciudadano o ciudadana, salvo las fórmulas diplomáticas.
4. No se reconocen títulos nobiliarios ni distinciones hereditarias.” (Resaltado nuestro)¹

¹ Asamblea Nacional. *Reforma constitucional*. Disponible en: <http://www.asambleanacional.gov.ve/uploads/biblio/Reforma-%20Constitucional-%20final.doc>

En el Derecho comparado, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966) expresa en su art. 26: “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Por su parte, la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (Diario Oficial N° C 364 de 18/12/2000) prevé en su Artículo 21 referido a la “No discriminación. 1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales,

1. *El principio de igualdad*

El Art. 21 trata de la igualdad ante la Ley. No es esta una norma que reconoce un derecho, sino un *principio* con dimensión objetiva del que, si bien potencialmente pueden derivar titularidades subjetivas², vale también como principio jurídico informador de todo el orden jurídico-constitucional, el cual debe siempre asociarse al principio de no discriminación social.³

Permite eliminar discriminaciones arbitrarias entre las personas⁴, importa un grado suficiente de razonabilidad y de justicia en el trato que se depara a los hombres, y no significa igualitarismo pues hay diferencias justas que debe ser tomadas en consideración, a fin de no incurrir en el trato igual a los desiguales, ya que el derecho a la identidad y el derecho a ser diferente obligan, desde la igualdad, a tomar en consideración lo que en cada ser humano y en cada grupo social hay de diferente con los demás.⁵

características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual”.

Asimismo, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 1o, tercer párrafo, introducido en la reforma de 14 de agosto de 2001, establece que: “(...) Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”.

- 2 C. Zoco Zabala, *Mandato de igualdad ante la ley en la constitución española y en la carta europea de derechos fundamentales: un estudio comparado*. Pamplona: Universidad Pública de Navarra. p. 4. Disponible en: http://www.unizar.es/derecho/doctorado_humanos/CZoco.doc

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su opinión Consultiva OC-4/84 del 11 de enero de 1984, ha establecido:

“55. La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza”.

- 3 J.J. Gomes Canotilho, (2002) *Direito constitucional e teoria da Constituição*. (5ta ed) Coimbra, Portugal: Almedina. p. 430.

- 4 En Venezuela, la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 01131 de 24 de septiembre de 2002, ha dicho respecto al derecho a la igualdad:

“Este derecho ha sido interpretado como el derecho de los ciudadanos a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos lo que se le concede a otros, en paridad de circunstancias. Es decir, que en virtud de este principio, no deben establecerse diferencias entre los que se encuentran en las mismas condiciones. La verdadera igualdad consiste en tratar de manera igual a los iguales y desigualmente a los que no pueden alegar esas mismas condiciones y circunstancias predeterminadas por la Ley, ya que estas no obedecen a intereses de índole individual sino a la utilidad general”.

Asimismo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 244 de 20 de febrero de 2001, ha expresado en forma conteste: “...la violación al derecho a la no discriminación se configura cuando se trata de forma desigual a los iguales”. Disponibles en: <http://www.tsj.gov.ve/>

- 5 G.J. Bidart Campos, (2001) *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*. Buenos Aires: Ediar. Tomo I-B. p. 71.

Asimismo, la igualdad se configura con una eficacia trascendente, de modo que toda situación de desigualdad que persista a la entrada en vigor de la norma constitucional debe ser considerada como no admitida, si no demuestra compatibilidad con los valores que la Constitución, como norma suprema, proclama.⁶

El derecho judicial argentino ha pormenorizado los alcances de la igualdad⁷: a) la igualdad exige que se trate del mismo modo a quienes se encuentran en iguales situaciones; b) por eso, implica el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias; c) la regla de igualdad no es absoluta, ni obliga al legislador a cerrar los ojos ante la diversidad de circunstancias, condiciones o diferencias que puedan presentarse a su consideración, pues dicha regla lo que estatuye es la obligación de igualar todas las personas afectadas por una medida, dentro de la categoría, grupo o clasificación que les corresponda, evitando distinciones arbitrarias u hostiles⁸; d) la razonabilidad es la pauta para ponderar la medida de la igualdad⁹, por lo que el

Conforme a Bobbio, "mientras la libertad se refiere a la situación de la persona, la igualdad indica una relación entre dos o más personas o grupos. Prueba de esto es que la sentencia "X está libre" tiene sentido en sí misma, mientras que sentencia "X es igual" no significa nada". Cf. N. Bobbio, (1999): **Destra e sinistra. Ragioni e significati di una distinzione politica**. Roma: Donzelli. p. 68. *Apud.* M. Roccató; S. Gattino; E. Patris, (2000) "Personalidad, valores y orientación política". En: *Revista de Psicología Política*, Valencia, España: Ed. Promolibro. N° 21, p. 79.

Por la necesaria vinculación entre personas se dice que "la igualdad designa un concepto relacional, no una cualidad de una persona, de un objeto (material o ideal), o de una situación, cuya existencia pueda ser afirmada o negada como descripción de esa realidad aisladamente considerada; es siempre una relación que se da al menos entre dos personas, objetos o situaciones. Es siempre el resultado de un juicio que recae sobre una pluralidad de elementos (en el caso límite, al menos una dualidad), los "términos de la comparación", entre los cuales debe existir al mismo tiempo alguna diversidad, aunque solo sea espacial y temporal (...). La diferencia, al menos numérica, entre los elementos comparados es condición de posibilidad del juicio de igualdad". Cf. F. Rubio Llorente, (1993) **La forma del poder. Estudios sobre la Constitución**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. p. 640. *Apud.* R. Brito Melgarejo, "El principio de igualdad en el derecho constitucional comparado". En: N. González Martín, (Coord.) (2006) *Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau*. México: UNAM. Tomo II. p. 136-137.

La Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 004 de 25 de enero de 2001, ha dicho al respecto:

"Respecto a la denunciada amenaza de violación de los derechos a la igualdad y a la no discriminación (artículo 21 de la Constitución), observa esta Sala que, como ha señalado reiteradamente la jurisprudencia de este Supremo Tribunal, incluyendo este órgano judicial, para que se produzca una lesión a dichos derechos constitucionales se requiere que las situaciones jurídicas subjetivas a comparar se encuentren en las mismas condiciones fácticas, a los fines de que deban ser objeto de idéntica regulación jurídica. En otros términos, para que se produzca una violación, o amenaza de violación al derecho a la igualdad y a no ser sometido a trato discriminatorio, es necesario que se esté en presencia de una situación en la cual se otorgue un tratamiento jurídico distinto a dos sujetos en idéntica situación". Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/>

6 A. de Moraes, (2007) *Direito constitucional*. (22 ed) Sao Paulo: Atlas. p. 32.

7 G.J. Bidart Campos, *Ob. Cit.* pp. 76-77.

8 La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su opinión Consultiva OC-4/84 del 11 de enero de 1984, ha dicho al respecto:

"56. Sin embargo, por lo mismo que la igualdad y la no discriminación se desprenden de la idea de unidad de dignidad y naturaleza de la persona es preciso concluir que no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana. Ya la Corte Europea de Derechos Humanos basándose " en los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran

legislador puede crear categorías, grupos o clasificaciones que irroguen trato diferente entre los habitantes, a condición de que el criterio utilizado para discriminar sea "razonable"; e) las únicas desigualdades constitucionales son las arbitrarias, y por arbitrarias han de estimarse las que carecen de toda razonabilidad, las persecutorias, las hostiles, las que deparan indebidos favores o privilegios, etcétera.

¿Qué constituye la finalidad limitadora del principio de igualdad?

El principio de igualdad consagrado en la Constitución opera en tres planos diversos, lo que constituye la triple finalidad limitadora del principio de igualdad: Igualdad en la ley o

número de Estados democráticos " definió que sólo es discriminatoria una distinción cuando "carece de justificación objetiva y razonable" (Eur. Court H.R., Case "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" (merits), judgment of 23rd July 1968, p. 34). Existen, en efecto, ciertas desigualdades de hecho que legítimamente pueden traducirse en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que tales situaciones contraríen la justicia. Por el contrario, pueden ser un vehículo para realizarla o para proteger a quienes aparezcan como jurídicamente débiles. Mal podría, por ejemplo, verse una discriminación por razón de edad o condición social en los casos en que la ley limita el ejercicio de la capacidad civil a quienes, por ser menores o no gozar de salud mental, no están en condiciones de ejercerla sin riesgo de su propio patrimonio."

- 9 Para que las diferencias normativas puedan ser consideradas no discriminatorias, se torna indispensable que exista una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con criterios y juicios valorativos generalmente aceptados, cuya exigencia se debe aplicar en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo estar presente por eso una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida, siempre de conformidad con los derechos y garantías constitucionalmente protegidos. Cf. Moraes, A. de *Ob. Cit.* p. 32.

La Corte Constitucional de Colombia ha dicho:

"- Mientras que la razonabilidad hace relación a lo constitucionalmente admisible, la racionalidad hace relación a la conexidad;

- La primera apunta a una finalidad legítima mientras que la segunda apunta a una finalidad lógica;

- Una -la primera- hace alusión a la coherencia externa, esto es, con los supuestos de hecho; la otra -la segunda- hace alusión a la coherencia interna, es decir, es un fenómeno estructural;

- Por último, lo razonable es de la esfera de la lógica de lo humano -material-, mientras que lo racional es de la esfera de la lógica formal". (C-530 de 1993). *Apud.* H. López Sterup, (2002) *Discriminación en la jurisprudencia constitucional de Colombia*. p. 6. Disponible en: <http://www.cajpe.org.pe/RIJ/bases/nodiscriminacion/LOPEZ.PDF>

En Alemania, a partir de la Sentencia del Primer Senado del Tribunal Constitucional Federal, de 7 de octubre de 1980, la antigua fórmula según la cual "se vulnera el principio de igualdad cuando la disposición que se enjuicia debe ser catalogada como arbitraria", fue remplazada por una nueva, según la cual, se vulnera el principio y el derecho a la igualdad, "cuando un grupo de destinatarios de una norma es tratado de manera distinta, en comparación con otros destinatarios de la misma, a pesar de que entre los dos grupos no existan diferencias de tal tipo y de tal peso, que puedan justificar el trato diferente. En esta nueva fórmula, el principio de proporcionalidad es el criterio para determinar el principio de igualdad. Mediante dicho principio se determina si el tipo y el peso de las diferencias que existen entre los grupos de destinatarios implicados en el caso, justifican el trato diferente de unos en comparación con el de los otros. Cf. C. Bernal Pulido, *El juicio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte constitucional colombiana*. pp. 4-5. Disponible en: <http://www.cajpe.org.pe/rij/bases/nodiscriminacion/BERNAL.PDF>

Sin embargo, se debe tomar en consideración que motivos de prohibición de discriminación, tales como las características genéticas, o la orientación sexual, en cuanto inherentes a la persona humana, no pueden ser objeto de distinciones razonables en la norma; mientras que en motivos de discriminación como el patrimonio o la edad es posible establecer diferencias por dichas causas cuando la finalidad es objetiva y razonable. Cf. C. Zoco Zabala, *Ob. Cit.* p. 11.

igualdad en cuanto a la creación del derecho, igualdad ante la ley o en la aplicación del derecho e igualdad en las relaciones privadas.

a) Igualdad en la ley o igualdad en cuanto a la creación del derecho: el legislador o el propio ejecutivo, en la promulgación, respectivamente, de leyes y actos normativos, no pueden crear tratamientos diferenciados a personas que se encuentran en situaciones idénticas.¹⁰

Gomes Canotilho se pregunta ¿Que significa “creación de derecho igual”? El principio de igualdad, en el sentido de igualdad en la propia ley, es un postulado de racionalidad práctica, esto es, para todos los individuos con las mismas características deben preverse, a través de la ley, iguales situaciones o resultados jurídicos. Pero reducido a un postulado de universalidad, permite pocos avances, ya que permite discriminación en cuanto al contenido, por ejemplo, todos los individuos de raza judía deben ser señalados en la cabeza; todos los individuos de “raza negra” deben ser tratados “igualmente” en “escuelas” separadas de las escuelas reservadas a los blancos. De modo pues que reducido a un sentido formal, el principio de igualdad acabaría por traducirse en un simple principio de prevalencia de la ley en sede jurisdiccional y administrativa. A diferencia de la estructura lógica formal de identidad, la igualdad presupone diferencias, pues designa una relación entre diversas personas y cosas, reconduciéndose, así, a una igualdad relacional, pues ella supone una relación tripolar (Podlech): el individuo A es igual al individuo B, teniendo en cuenta determinadas características. *Exempli gratia*, una persona casada es igual a una persona soltera en cuanto al acceso al servicio militar de la Marina, desde que reúnen las condiciones de admisión legal y regularmente exigidas.

Se exige entonces una igualdad material a través de la ley, pero la fórmula de tratar por “igual al que es igual y desigualmente al que es desigual”¹¹ no contiene ese criterio material de un juicio de valor sobre la relación de igualdad (o desigualdad). ¿Cual es el criterio de valoración para una relación de igualdad justa?

10 El Tribunal Constitucional español ha establecido: “en su sentido originario, del principio de igualdad se ha derivado, en la tradición constitucional europea un derecho de los ciudadanos a la igualdad ante la Ley, es decir, un derecho a que ésta sea aplicada a todos por igual, sin acepción de personas, o lo que es lo mismo, sin tener en cuenta otros criterios de diferenciación, entre las personas o entre las situaciones, que los contenidos de la Ley misma. Por eso como tantas veces se ha repetido, el principio de igualdad se identifica en la práctica con el de legalidad, puesto que cualquier aplicación desigualitaria de la ley es una violación de la Ley misma. Sólo al término de una evolución secular, y ya en nuestro siglo, se ha derivado del principio de igualdad también un derecho frente al legislador (o más generalmente, frente al autor de la norma), cuyas decisiones pueden así ser anuladas por la jurisdicción competente cuando establezcan distinciones basadas en criterios específicamente prohibidos (raza, sexo, etc.), o que no guarden una razonable conexión con la finalidad propia de la norma”. STC 68/91, F. J. 4. *Apud.* A. Pardell Vea, “La igualdad ante la ley”. En: *XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Lleida, 28-29 de mayo de 2004.

11 De hecho, existen autores que concretan el deber de igualdad en cuatro mandatos, los cuales tienen una dimensión objetiva, el principio de igualdad, y una dimensión subjetiva, el derecho de igualdad, a saber: a) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas; b) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no compartan ningún elemento común; c) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes que las diferencias (trato igual a pesar de la diferencia); y d) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso, las diferencias sean más relevantes que las similitudes (trato diferente a pesar de la similitud). *Cf.* C. Bernal Pulido, *Ob. Cit.* p. 1.

Gomes Canotilho consigue una posible respuesta derivada de algunas sentencias del Tribunal Constitucional portugués: existe observancia de la igualdad cuando individuos y situaciones iguales no son arbitrariamente (prohibición general de arbitrariedad) tratados como desiguales, por lo que el principio de igualdad es violado cuando la desigualdad de tratamiento surge como arbitraria. Pero el principio de prohibición de arbitrariedad, como simple principio de límite, debe ligarse a un razonable fundamento material o criterio material objetivo que posibilite valorar la relación de igualdad o desigualdad, por ejemplo, existe una violación arbitraria de la igualdad jurídica cuando la disciplina jurídica no se basa en un fundamento serio o no tiene un sentido legítimo o establece diferenciación jurídica sin un fundamento razonable.¹²

b) Igualdad ante la ley o en la aplicación del derecho: existe la obligatoriedad del intérprete, básicamente, la autoridad pública, de aplicar la ley y actos normativos de manera igualitaria, sin el establecimiento de diferencias en razón del sexo, religión, convicciones filosóficas o políticas, raza, clase social, etc., pues las llamadas libertades materiales tienen por objetivo la igualdad de condiciones sociales, meta a ser alcanzada, no solo por medio de las leyes, sino también por la aplicación de políticas o programas de acciones estatal.¹³

c) Finalmente, no obstante que el principio de igualdad es propio del Derecho público, sería exagerado afirmar que no encuentra aplicación en las relaciones privadas, pues el particular no podrá aplicar conductas discriminatorias, prejuiciosas o racistas, bajo pena de la responsabilidad que la ley establezca.¹⁴

2. El principio de prohibición de discriminación

Las discriminaciones arbitrarias configuran una negación a la igualdad.¹⁵ De acuerdo al Comité de Derechos Humanos, la no discriminación, entendida la discriminación como

“(...) toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición

12 J.J. Gomes Canotilho, *Ob. Cit.* pp. 424-426.

A mayor abundamiento, Bandeira de Mello expresa que hay violación del principio constitucional de isonomía cuando: a) la norma singulariza actual y definitivamente un destinatario determinado, en vez de abarcar una categoría de personas, o una persona futura e indeterminada; b) la norma adopta como criterio discriminador, para fines de diferenciación de regímenes, un elemento no residente en los hechos, situaciones o personas de tal modo desequiparadas. Es lo que ocurre cuando se pretende tomar el factor "tiempo" como criterio diferencial, no obstante, que dicho factor no descansa en el objeto; c) la norma atribuye tratamientos jurídicos diferentes en atención al factor de discriminación adoptado que, entretanto, no guarda relación de pertinencia lógica con la disparidad de regímenes otorgados; d) la norma supone relación de pertinencia lógica existente en abstracto, pero la discriminación establecida conduce a efectos contrapuestos o de cualquier modo disonantes de los intereses protegidos constitucionalmente; e) en la interpretación de la norma se deben extraer las distinciones, discriminaciones, desequiparaciones que no fueren *ex professo* asumidas por ella de modo claro, o aun de manera implícita. Cf. C.A. Bandeira de Mello, (2007) *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. (3ra ed, 15ta reimpressão) São Paulo: Malheiros. pp. 47-48.

13 A. Moraes, de *op. cit.*, pp. 31-33, con sustento en Comparato, F. K. (1996) *Direito público: estudos e pareceres*. Sao Paulo: Saraiva. p. 59; J.J. Gomes Canotilho, *ob. cit.* p. 424.

14 A. de Moraes, *ob. cit.* pp. 31-33; Sundfeld, C. A. (2005) *Fundamentos de direito público*. (4ª ed, 6ª tiragem) Sao Paulo: Malheiros. p. 173.

15 G.J. Bidart Campos, *ob. cit.* p. 79.

social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas¹⁶,

es un principio básico y general relativo a todos los derechos humanos, por lo que se trata en consecuencia de un principio que subyace a ellos e informa su goce y ejercicio.¹⁷

Conforme al Dictamen de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del 3 de octubre de 2000 "Hanriquez, Marcelino y otros", una distinción implica discriminación cuando: a) hay una diferencia de tratamiento entre situaciones análogas o similares; b) la diferencia no tiene una justificación objetiva y razonable; c) no hay razonable proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo cuya realización se persigue.¹⁸

16 Comité de Derechos Humanos (1989) *Observación general 18*. Punto 7.

En sentencia T-098 de 1994, la Corte Constitucional de Colombia definió el acto discriminatorio:

"11. El acto discriminatorio es la conducta, actitud o trato que pretende - consciente o inconscientemente - anular, dominar o ignorar a una persona o grupo de personas, con frecuencia apelando a preconcepciones o prejuicios sociales o personales, y que trae como resultado la violación de sus derechos fundamentales.

Constituye un acto discriminatorio, el trato desigual e injustificado que, por lo común, se presenta en el lenguaje de las normas o en las prácticas institucionales o sociales, de forma generalizada, hasta confundirse con la institucionalidad misma, o con el modo de vida de la comunidad, siendo contrario a los valores constitucionales de la dignidad humana y la igualdad, por imponer una carga, no exigible jurídica ni moralmente, a la persona.

El acto de discriminación no sólo se concreta en el trato desigual e injustificado que la ley hace de personas situadas en igualdad de condiciones. También se manifiesta en la aplicación de la misma por las autoridades administrativas cuando, pese a la irrazonabilidad de la diferenciación, se escudan bajo el manto de la legalidad para consumar la violación del derecho a la igualdad." *Apud*. H. López Sterup, *Ob. Cit.* pp. 7-8.

17 Comisión Andina de Juristas (1997) *Protección de los Derechos Humanos (Definiciones operativas)*. Lima: CAJ. Disponible en: <http://www.cajpe.org.pe/guia/s7.htm>

En Venezuela, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 01459 de 12 de julio de 2001, ha dicho respecto de la prohibición de discriminación:

"*la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela consagra la igualdad de todas las personas ante la Ley, por lo cual a diferencia de lo que ocurría con la Constitución de 1961, que aludía expresamente a la discriminación fundada en la raza, el sexo, el credo o la condición social, en este nuevo texto constitucional se logra extender el concepto de discriminación a todas aquellas situaciones que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona. Es así como esta norma constitucional ha venido a consagrar los principios que la jurisprudencia ha ido delineando, pues ésta ha sido conteste en señalar que la discriminación existe también cuando situaciones análogas o semejantes se deciden, sin aparente justificación, de manera distinta o contraria, resultando así necesario que la parte afectada en su derecho demuestre la veracidad de sus planteamientos, toda vez que sólo puede advertirse un trato discriminatorio en aquellos casos en los cuales se compruebe que ante circunstancias similares y en igualdad de condiciones, se manifieste un tratamiento desigual.*" Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/>

18 Disponible en <http://www.derhumanos.com.ar/igualdad%20ante%20la%20ley.htm>

II. LA NUEVA CASUÍSTICA EN MATERIA DE PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN

Además de los tradicionales casos de prohibición de discriminación previstos de manera expresa en el Art. 21 constitucional (sexo, credo y condición social)¹⁹, se insertan en la norma nuevos supuestos (género, edad, salud, orientación política, orientación sexual, condición religiosa) e incluso se sustituye un vocablo por otro (“raza” por “lo étnico”).

1. “Se prohíbe²⁰ discriminaciones fundadas en lo étnico”

Como primera observación, se sustituye el vocablo “raza” por “lo étnico”. Se trata de afianzar así el principio constitucional de la igualdad a favor de los indígenas y de todas las minorías étnicas, raciales y nacionales.²¹

Aunque generalmente, el término “etnia” se usa a veces erróneamente como un eufemismo para raza, o como un sinónimo para grupo minoritario. La diferencia entre estos términos radica en que mientras el término etnia comprende los factores culturales (nacionalidad, afiliación tribal, religiosa, fe, lenguaje, o tradiciones) y biológicos de un grupo humano, la raza específicamente alude a los factores morfológicos distintivos de esos grupos humanos (color de piel, contextura corporal, estatura, rasgos faciales, etc.) desarrollados en su proceso de adaptación a determinado espacio geográfico y ecosistema (clima, altitud, flora, fauna, etc.) a lo largo de varias generaciones. Así, la palabra “raza” es solo un concepto que ha sido asociado al de etnia.²²

En efecto, las “razas humanas” constituyen “grupos de seres humanos que por el color de su piel y otros caracteres se distinguen en raza blanca, amarilla, cobriza y negra”, mientras que “Étnico” es un adjetivo que significa para el caso “Pertenece a una nación, raza o etnia”²³

Por su parte, la *Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial* (art.1), ha definido ésta como toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado, anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condicio-

19 Como ejemplo de discriminación por condición social, la cual no implica la condición económica, las personas que salen de centros de reclusión después de cumplir su condena sufren también tratos discriminatorios, pues algunas veces se les pide sus antecedentes penales o policiales para realizar algún trámite personal, situación que de alguna u otra manera prolonga en el tiempo el castigo que ya han cumplido durante su detención y obstaculizan su reintegración social. Cf. Comisión Andina de Juristas *ob. cit.*

20 En realidad, en vez de decir el precepto de la reforma aprobada por la Asamblea Nacional “Se prohíbe discriminaciones fundadas en...”, debería decir “**Se prohíben las discriminaciones fundadas en...**” (Resaltado nuestro), o como dice el Art. 21 de la Constitución de 1999 “No se permitirán discriminaciones fundadas en...”

21 Cf. G.J. Bidart Campos, *ob. cit.* p. 73.

22 Disponible en <http://es.wikipedia.org/wiki/Etnia>

23 Real Academia Española (1992) *Diccionario de la Lengua Española*. (21ma ed) Madrid: Espasa Calpe. pp. 1227 y 653.

nes de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y en cualquier otra esfera de la vida pública.²⁴

Como puede apreciarse, al contrario de lo que establece el proyecto de reforma constitucional de 2007 que sustituye el vocablo "raza" por "lo étnico", en la Convención Internacional citada la discriminación racial no sólo implica cualquier clase de trato desigual por criterios de raza, sino que asimismo incluye las que se originen por razón del color, linaje u origen nacional o étnico de las personas²⁵.

2. "Se prohíbe discriminaciones fundadas en (...) género"

Según el Centro Interamericano para el Desarrollo del Conocimiento en la Formación Profesional, adscrito a la Organización Internacional del Trabajo (OIT), género es el conjunto de características psicológicas, sociales y culturales, socialmente asignadas a las personas. Estas características son históricas, se van transformando con y en el tiempo y, por tanto, son modificables. El género es un elemento constitutivo de las relaciones sociales, es una construcción social que supone un conjunto de acuerdos tácitos o explícitos elaborados por una comunidad determinada en un momento histórico determinado y que incluye a los procesos de enseñanza-aprendizaje.

El género es una variable de base sobre la que actúan las otras dimensiones generadoras de diferencias (etnia, edad, nivel educativo, clase social, ingresos, condición rural o urbana, etc.) por lo que los frenos y transformaciones en el ámbito de género influyen en las otras y viceversa.

Como elemento constitutivo de las relaciones sociales, el género se expresa en: a) Símbolos culturales: visualizan las representaciones sociales de ambos sexos; b) Conceptos normativos: polarizan y reprimen comportamientos y tareas; c) Instituciones y políticas: reproducen y valorizan la asignación de roles y capacidades; y d) Identidad subjetiva: posiciona y determina el proyecto de vida de unos y otras.²⁶

24 Las prácticas de discriminación racial abarcan diferentes aspectos. De acuerdo al art. 2.2 de la *Declaración sobre la raza y los prejuicios raciales* (Adoptada el 27 de noviembre de 1978 por la UNESCO durante su 20ª. reunión), estas:

- engloban las ideologías racistas, las actitudes fundadas en los prejuicios raciales, los comportamientos discriminatorios, las disposiciones estructurales y las prácticas institucionalizadas que provocan la desigualdad racial, así como la idea falsa de que las relaciones discriminatorias entre grupos son moral y científicamente justificables;
- se manifiestan por medio de disposiciones legislativas o reglamentarias y prácticas discriminatorias, así como por medio de creencias y actos antisociales;
- obstaculizan el desenvolvimiento de sus víctimas, pervierten a quienes las practican, dividen a las naciones en su propio seno, constituyen un obstáculo para la cooperación internacional, crean tensiones políticas entre los pueblos; y
- son contrarias a los principios fundamentales del derecho internacional y, por consiguiente, perturba gravemente la paz y la seguridad internacionales. *Apud.* Comisión Andina de Juristas. *Ob. cit.*

25 *Ibidem.*

26 Disponible en: <http://www.cinterfor.org.uy/public/spanish/region/ampro/cinterfor/temas/gender/doc/glosario/ii.htm>

Como consecuencia, de la redacción del Art. 21 propuesto, al insertarse la discriminación por género, debió desaparecer la mención a la discriminación por sexo²⁷, ya que el primer concepto incluye al segundo, esto es,

“el género de una persona está determinado por el sexo de ésta -hombre o mujer-, pero es un concepto más amplio en cuanto va más allá de la sexualidad biológica para incluir patrones y valores sociológicos. En vista de que nuestra sociedad es de carácter patriarcal, es decir, domina en ella la visión del hombre como eje o centro del poder, la discriminación por razones de género se da sobre todo respecto a las mujeres, aunque se dan también situaciones de discriminación contra los hombres.”²⁸

Así, el sexo siempre ha sido un factor de discriminación (discriminación por sexo o basada en el género), pues el sexo femenino siempre ha ocupado un sitio inferior en el orden jurídico, y solo más recientemente, a duras penas, ha conquistado una posición paritaria, en la vida social y jurídica, a la del hombre.²⁹

3. “Se prohíbe discriminaciones fundadas en (...) edad”

La edad también ha sido motivo de discriminación, normalmente en lo que atañe a las relaciones de trabajo. Por ejemplo, se rehúsa el empleo a las personas de más edad, y cuando no, se les da salarios inferiores a los de los demás trabajadores. También se paga menos a los jóvenes, aún cuando se trate de la ejecución de un trabajo idéntico al de los hombres adultos. Como corolario, si bien se deben considerar las situaciones concretas que comporten comparación entre personas de edades diferentes (adultos, menores y ancianos), con este nuevo agregado explícito a la norma del artículo 21 de la Constitución quedará, por ejemplo, prohibido establecer una edad máxima para el ingreso en el servicio o en un determinado empleo.³⁰

4. “Se prohíbe discriminaciones fundadas en (...) salud”

La Organización Mundial de la Salud (OMS) en su Constitución de 1946, define salud como el estado de completo bienestar físico, mental, espiritual, emocional y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. La salud implica que todas las necesidades fundamentales de las personas estén cubiertas: afectivas, sanitarias, nutricionales,

27 Según el Centro Interamericano para el Desarrollo del Conocimiento en la Formación Profesional, adscrito a la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sexo es el conjunto de características físicas, biológicas y corporales con las que nacen los hombres y las mujeres, son naturales y esencialmente inmodificables. Disponible en <http://www.cinterfor.org.uy/public/spanish/region/ampro/cinterfor/temas/gender/doc/glosario/ii.htm>

28 Rama Judicial del Estado Libre Asociado de Puerto Rico. Voz: Discriminación. Disponible en: <http://www.tribunalpr.org/orientacion/discrimen-2.html>

29 Silva, J.A. da. (2007) *Curso de direito constitucional positivo*. (29 ed) Sao Paulo: Malheiros. pp. 223-224.

Sobre el tema, la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* (adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 7 de noviembre de 1967), en su artículo 1.1 define la discriminación contra la mujer como: “Toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural, civil o en cualquier otra esfera”. *Apud*. Comisión Andina de Juristas *Ob. Cit.*

30 J.A. Da Silva, *Ob. Cit.* p. 225.

sociales y culturales. Se critica que esta definición es utópica, pues se estima que sólo entre el 10 y el 25% de la población mundial se encuentra completamente sana.

Una definición más dinámica de salud es el logro del más alto nivel de bienestar físico, mental, social y de capacidad de funcionamiento que permitan los factores sociales en los que viven inmersos el individuo y la colectividad.³¹

Por ejemplo, las personas enfermas sufren discriminación, como ocurre en el caso de los portadores del SIDA, a quienes se les suele limitar la prestación de servicios médicos, se les trata ofensivamente o se les despide de su centro de labores por tener ese mal, situación preocupante si se toma en consideración que el 90% de las personas afectadas por esta enfermedad en todo el planeta se hallan en edad económicamente productiva³²

También suelen ser objeto de discriminación las personas discapacitadas, que en muchas ocasiones suelen tener menos oportunidades para acceder a un puesto de trabajo por su limitación física o mental, lo cual implica adoptar medidas a fin de revertir esta situación. En este sentido, la *Declaración de los derechos de los impedidos* (Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante Resolución 3447) señala que quienes se encuentran en estas condiciones tienen los mismos derechos civiles y políticos que sus conciudadanos y que deben ser protegidos contra toda explotación, trato discriminatorio, abusivo o degradante.³³

5. “*Se prohíbe discriminaciones fundadas en (...) orientación política*”

La discriminación por orientación política es uno de los puntos cruciales del principio de isonomía o de igualdad ante la ley, pues ha sido totalmente irrespetado, ya que si bien, como ha expresado Paolo Barile se trata de “impedir que los órganos del Estado lleven a cabo discriminaciones en perjuicio de los oponentes políticos con base en razones políticas”, aun hoy se discriminan personas en función de su ideología política, negándoseles, *exempli gratia*, la posibilidad del ejercicio de funciones públicas, con base en información de órganos de seguridad³⁴, o de listas con información personal de ciudadanos y ciudadanas, las cuales son recopiladas por adeptos del grupo político dominante.

Respecto de la orientación política, si bien la distinción entre derecha e izquierda fue utilizada por primera vez en la Asamblea Constituyente francesa de 1789 para dividir el espacio político en dos puntos contrapuestos, se ha restado fuerza y actualidad al binomio derecha-izquierda, primero, por la crisis de las ideologías y la caída del Muro de Berlín, que provocó por un lado una profunda crisis de identidad de la izquierda y, por otro, puso de manifiesto las contradicciones del sistema capitalista³⁵; segundo, por la pérdida de importan-

31 Salud Infantil. **Definición de salud.** Disponible en: <http://www.cheesehosting.com/saludinfantil/definicion+salud.htm>

32 O.R. Puccinelli, “Sida, Constitución y derechos humanos”. En: AA.VV. (1996) *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. CIEDLA. p. 342. *Apud.* Comisión Andina de Juristas. *Ob. Cit.*

33 Comisión Andina de Juristas. *Ob. Cit.*

34 J.A. Da Silva, *Ob. Cit.* pp. 226-227.

35 Pero derecha e izquierda no hacen referencia exclusivamente a las ideologías. Más aún, “reducir esa dicotomía a simple expresión del pensamiento ideológico no deja de ser una simplificación injustificada: indica programas contrapuestos con respecto a muchos problemas cuya solución pertenece habitualmente a la acción política, refleja contrastes no sólo de ideas sino también de intereses y de valoraciones, sobre la dirección que debe tomar la sociedad, que existen en cada socie-

cia o centralidad del *conflicto de clases*, sobre el que se construyó el sentido de la diada izquierda-derecha desde la mitad del siglo XIX.³⁶

No obstante, entre los fundamentos de la distinción izquierda/derecha se encuentra la orientación respecto a la igualdad, que diferencia los objetivos: la izquierda sería igualitaria, mientras la derecha, por el contrario, sería anti-igualitaria.³⁷

Explicando los planteamientos del maestro Norberto Bobbio, los profesores de la Universidad de Turín, Michele Roccato, Silvia Gattino y Elena Patris nos dicen:

“Según Bobbio, la distinción entre derecha e izquierda se expresa en la diferente valoración que cada uno hace entre igualdad-desigualdad natural y igualdad-desigualdad social. ‘La igualdad y la desigualdad son ambas reales y están confirmadas empíricamente: los seres humanos son iguales, si consideraran como especie y se comparan con otra especie; son desiguales si se comparan entre sí. Tal aparente contradicción únicamente depende del hecho que, al observarlos, juzgarlos y extraer consecuencias prácticas, se ponga el acento sobre lo que tienen en común o sobre lo que los distingue’ (ibid., pág. 9). Igualdad y desigualdad parten de la constatación del mismo hecho, que los hombres son tan iguales como desiguales; sin embargo, los defensores de la igualdad valoran principalmente lo que les une. Creen, además, que eso es lo más importante para una buena convivencia. En cambio, los defensores de la desigualdad aprecian y dan más importancia, para una buena convivencia, a los rasgos característicos de la diversidad. ‘Los primeros piensan que la mayoría de las desigualdades (que son indignas y les gustaría que desaparecieran), son sociales y, por tanto, pueden eliminarse. Los segundos, en cambio, están convencidos de lo contrario, que las desigualdades son naturales y no se pueden evitar’ (ibid., pág. 60). Bobbio evita cualquier juicio moral, dado que ‘la derecha no es igualitaria por una malévolos intención (...), sino porque cree que las desigualdades entre los hombres no sólo no inevitables, o lo son sólo reduciendo la libertad, sino que también piensa que son útiles porque promueven una incesante lucha por mejorar la sociedad’ (ibid., pág. XXIX).”³⁸

dad y que no se ve cómo pueden desaparecer” (Bobbio, N. p. 4). *Apud.* Roccato, M.; Gattino, S.; Patris, E. *Ob. cit.* p. 74.

36 M. Roccato; S. Gattino; E. Patris, *Ob. cit.* pp. 73-74.

De hecho, en el mundo contemporáneo se entrelaza con el clásico conflicto de clases los nuevos conflictos postmaterialistas (Inglehart, R. (1990): *Culture Shift in Advanced Industrial Societies*, N.J: Princeton Univ.), centrados en la calidad de la vida, los derechos de las minorías, los estilos de vida no convencional, la defensa del medio-ambiente, la participación y la igualdad social.

Ello “incorpora elementos diferentes en la identificación de los dos términos y separa la referencia derecha e izquierda de sus tradicionales intérpretes sociales. Derecha e izquierda no siguen la antinomia entre clase obrera y burguesía: con la revolución silenciosa y la afirmación de la nueva división (materialista/postmaterialista), los sectores de clase media y la clase obrera se encuentran de la misma parte” (Ignazi, P. (2000): *L'estrema destra in Europa*. Bolonia: Il Mulino, p. 16). *Apud.* Roccato, M.; Gattino, S.; Patris, E. *Ob. cit.* p. 74.

37 *Apud.* M. Roccato; S. Gattino; E. Patris, *Ob. cit.* p. 75.

A manera de ejemplo, un enfoque de izquierda lo ofrece el constitucionalista brasileño José Afonso Da Silva: “El derecho de igualdad no ha merecido tantos discursos como la libertad. Las discusiones, los debates doctrinarios y hasta las luchas en torno de esta obnubilaron aquella. Es que la igualdad constituye el signo fundamental de la democracia. No admite los privilegios y distinciones que un régimen simplemente burgués consagra. Por eso es que la burguesía, consciente de su privilegio de clase, jamás postuló un régimen de igualdad tanto cuanto reivindicó el de libertad. Es que un régimen de igualdad contraría sus intereses y da a la libertad un sentido material que no se armoniza con el dominio de clase en que se asienta la democracia liberal burguesa.” *Cf.* J.A. Da Silva, *Ob. cit.* p. 211.

38 *Apud.* M. Roccato; S. Gattino; E. Patris, *Ob. cit.* p. 75.

Otro criterio de discriminación entre la derecha y la izquierda, se basa según Bobbio en la actitud hacia la libertad, la cual se relaciona con los medios, mas no en la diferencia de los objetivos, y permite contraponer el ala moderada y el ala extremista de cada una de las dos posiciones políticas. En efecto,

“la distinción extremismo-moderación tiene bien poco que ver con la naturaleza de las ideas profesadas, sino que se relaciona con su radicalización y consecuentemente con las diversas estrategias para imponerse en práctica (...). Si es cierto que el criterio que fundamenta la distinción entre derecha e izquierda es diferente del que fundamenta la distinción entre extremistas y moderados, entonces las ideologías opuestas pueden encontrar puntos de convergencia y acuerdo en sus extremos, aunque mantengan posicionamientos distintos respecto a los programas y a los objetivos últimos, que dependerán de su colocación en una o en otra parte de la diáda, (ibid., 1999, pág. 19)”³⁹.

Finalmente, debemos acotar que el Proyecto de reforma de la Constitución del 2007 nos habla de un “Estado Socialista” (Arts. 16 y 318); de la “solidaridad socialista” (Art. 70); de una “economía socialista” (Arts. 112; 184, num. 3; 300; disposición transitoria primera, numeral 2; disposición transitoria novena); de “unidades de producción socialistas” (Art. 113); de “la construcción de una Democracia Socialista” (Art. 158); de “medios de producción socialista” (Art. 168); de un régimen socioeconómico fundamentado en “principios socialistas” (Art. 299); de un desarrollo socialista de la Nación (Art. 321), por lo que de manera expresa se identifica con la izquierda como orientación política.⁴⁰ Cabe preguntar: ¿Al establecerse en la Constitución que el rumbo del país es la izquierda, cual será la suerte de aque-

39 *Apud.* M. Roccato; S. Gattino; E. Patris, pp. 75-76.

40 Sobre el particular debemos citar el voto salvado del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero a la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 2042 del 2 de noviembre de 2007, caso *Néstor Luís Romero Méndez*, conforme al cual:

“1.- En sentencia de 24 de enero de 2002, con ponencia de quien suscribe esta Sala expreso: “Las directrices del Estado Social de Derecho, inciden sobre las libertades económicas y sobre el derecho de propiedad...”.

Igualmente el fallo citado acotó: “No es que el Estado Social de Derecho propende a un Estado Socialista, o no respete la libertad de empresa o el derecho de propiedad...”; sin embargo puede “restringir la propiedad con fines de utilidad pública o interés general, o limitar legalmente la libertad económica por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otros de interés social (artículo 112 Constitucional)”.

Apuntó igualmente el fallo citado que el Estado Social persigue mantener un equilibrio entre clases, o entre el Estado y los ciudadanos. Ahora bien, los artículos 70, 113, 158, 168, 184, 300, 318 y 321 del Anteproyecto para la primera reforma constitucional propuesta por el Presidente de la República, plantea la construcción del socialismo, de la democracia socialista.

En criterio de quien disiente, un sistema de organización social o económico basado en la propiedad y administración colectiva o estatal de los medios de producción, como lo es básicamente el socialista, en sus distintas concepciones, cual es el propuesto en el Proyecto de Reforma, chocaría con lo que quien suscribe, y la propia Sala, era considerado Estado Social, y ello -en criterio del disidente- puede afectar toda la estructura y los principios fundamentales del Texto Constitucional, hasta el punto que un nuevo ordenamiento jurídico tendría que ser creado para desarrollar la construcción del socialismo.

No es que Venezuela no puede convertirse en un Estado Socialista. Si ello lo decide el pueblo, es posible; pero a juicio del voto salvante, tal logro sería distinto al que la Sala ha sostenido en el fallo de 24 de enero de 2002 (Caso: *Créditos Indexados*) y ello conduciría no a una reforma de la Constitución sino a una nueva Constitución, la cual debería ser votada por el Poder Constituyente Originario. Al menos, en nuestro criterio esto es la consecuencia del fallo N° 85 de 24 de enero de 2002”. Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/>

llos ciudadanos y ciudadanas, partidos o movimientos políticos que se encuentren afiliados o simpaticen con ideologías diversas a la de izquierda, como la derecha, la centro-derecha, e incluso la centro-izquierda?

En interpretación estricta, si constitucionalmente se consagra de manera expresa que el modelo socioeconómico del país va a ser el socialismo y la ideología de izquierda, por interpretación a contrario debemos concluir que quedarán excluidos como opción real los representantes de las otras tendencias diversas al socialismo y a la izquierda, por devenir en inconstitucionales. Tal conclusión, desde la óptica del tema tratado, implica una discriminación por orientación política en la propia Constitución.

De ser esta la situación, y de no haber alguna variante en sede de interpretación constitucional o en ejercicio de la potestad legisferante de los órganos competentes, debemos recordar en este sentido todos los problemas que ocasiono en nuestro país el artículo 32, ordinal 6, de la Constitución de 1929, el cual establecía como limitación a la libertad de pensamiento: "Queda también prohibida la propaganda del comunismo". Bajo la vigencia de la Constitución de 1931, la cual contenía una norma similar, se dictó -meses antes de la promulgación de la Constitución de 1936- la Ley para garantizar el orden público y el ejercicio de los derechos individuales, cuyo artículo 33, vigente hasta 1945, establecía lo siguiente: "El que públicamente de palabra, por escrito o por impreso, por medio de la radiodifusión, dibujos, carteles, mítines u otros medios de publicidad, o haciendo uso de algún servicio público, haga propaganda a favor de la abolición de la propiedad privada, lucha de clases, incitación de los obreros contra los patronos, extinción de la familia, desconocimiento de la ley, dictadura del proletariado; así como las demás doctrinas o métodos que abarquen el ideal comunista, anarquista o terrorista, serán penados con prisión de uno a tres años. Si como consecuencia de la propaganda llegaran a verificarse hechos delictuosos o desórdenes públicos, la pena será de dos a seis años".⁴¹ Para no repetir una situación como la descrita habrá que practicar la tolerancia.⁴²

41 A. Brewer Carías, "Regulación jurídica de los partidos políticos en Venezuela". En: D. Zovatto, (Coord.) (2006) *Regulación jurídica de los partidos políticos en América Latina*. (1ra. reimpresión) México: Universidad Nacional Autónoma de México/Internacional Idea. p. 894.

La Corte Federal y de Casación confirmó la decisión del Gobernador del Distrito Federal de abstenerse de conceder la autorización de funcionamiento al Partido Único de las Izquierdas (Partido Democrático Nacional), aplicando el artículo 17 de la Ley para garantizar el Orden Público y el Ejercicio de los Derechos Individuales, en combinación con el inciso 6° del artículo 32 de la Constitución Nacional al declarar en sentencia del 15 de diciembre de 1936 que "no es lícita la admisión de las asociaciones políticas, de individuos de ideología comunista; que el programa donde aparezcan esos elementos puede considerarse que incluyen actividades de esa orientación y por tanto, también por este respecto, estuvo bien negado por la Gobernación el permiso que se solicitó para el Partido Democrático Nacional. La Corte hace constar que para el fundamento de su fallo le ha bastado la notoriedad de la filiación comunista de algunos de los directores del Partido, confirmada por el hecho de no haber desmentido documentos divulgados desde hace meses por la prensa, con el nombre de muchos de ellos".

En febrero de 1937, el Gobierno ilegalizó las organizaciones integradoras del PDN y el 14 de marzo del mismo año decretó la expulsión de los dirigentes políticos más destacados de la izquierda democrática y revolucionaria, quienes fueron detenidos en su mayor parte, trasladados al Puerto de La Guaira y allí embarcados con destino a México en el vapor Flandre. Cf. A. Rodríguez Barrera, "Hombres de combate y fe". En: *Analítica.com*, 26 de septiembre de 2007. Disponible en: <http://www.analitica.com/va/sociedad/articulos/5541538.asp>

42 En la *Declaración sobre la tolerancia* de la UNESCO del 16 de noviembre de 1995 queda plasmada con claridad la modalidad bajo la cual se debe plantear el tema de la tolerancia en el marco

6. “*Se prohíbe discriminaciones fundadas en (...) orientación sexual*”

Al diferenciar entre discriminación por sexo o basada en el género de la discriminación por orientación o preferencia sexual, del proyecto de reforma constitucional de 2007 pudiera interpretarse que al conceder igualdad, sin discriminación de orientación sexual, se reconoce, en verdad, no apenas la igualdad, sino igualmente la libertad de las personas de ambos sexos para que adopten la orientación sexual que quisiesen, y por ende, da vida a una cuestión muy debatida como lo es la discriminación de los homosexuales.⁴³ Se ha dicho en este sentido que debe entenderse que la homosexualidad en una persona es una manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad, entendido como el derecho a tener las oportunidades que le permitan a cualquiera expresar su temperamento propio, es decir, aquello que le va dando su identidad y su sello personal.⁴⁴

7. “*Se prohíbe discriminaciones fundadas en (...) condición (...) religiosa*”

El Estado venezolano es constitucionalmente laico, es decir, está obligado a respetar el pluralismo religioso y a no oficializar religión alguna, aplicando valores como la tolerancia, la libertad de credos, los derechos de la persona, la educación crítica y científica y la igualdad de todos ante la ley. Como corolario, las normas y criterios de acción del Estado y de todas sus instancias no deben estar orientados por un credo religioso o moral específico.⁴⁵

De otro lado, se reconoce la libertad de religión y de ejercicio de los cultos religiosos, por lo que todos han de tener igual tratamiento en condiciones de igualdad de derechos y obligaciones, sin que su religión pueda ser atacada.⁴⁶

de cualquier democracia constitucional. En su Artículo 1 se lee lo siguiente: "La tolerancia consiste en el respeto, la aceptación y el aprecio de la rica diversidad de las culturas de nuestro mundo, de nuestras formas de expresión y medios de ser humanos. La fomentan el conocimiento, la actitud de apertura, la comunicación y la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. La tolerancia consiste en la armonía en la diferencia. *No sólo es un deber moral, sino además una exigencia jurídica y política*". Cf. Rincón Gallardo, G. **El Estado de Derecho sobre la tolerancia religiosa en la sociedad mexicana**. Ponencia del Foro Nacional sobre tolerancia religiosa organizado por la Cámara de Diputados. Cámara de Diputados, México, DF, 26 de marzo de 2004. Disponible en: *Libertades laicas. Red Iberoamericana por las libertades laicas*. <http://www.libertadeslaicas.org.mx/pdfs/religios/08010606.pdf>

43 , J.A. Da Silva, *Ob. cit.* p. 224.

44 Comisión Andina de Juristas. *Ob. cit.*

45 Cf. G. Rincón Gallardo, *Ob. cit.*

46 Cf. J.A. Da Silva, *Ob. cit.* p. 226.

En el mismo Art. 21, además de la prohibición por la condición religiosa, se ha previsto tradicionalmente la no discriminación por el credo.

El Credo deriva del latín “credo” (“yo creo”). La forma es activa, denotando no sólo un conjunto de creencias sino también una confesión de fe. Esta fe es confianza: no “creo que...” (aunque eso está incluido) sino “creo en”. También es individual; los credos pueden tomar la forma plural de “creemos”, pero el término mismo viene de la primera persona del singular, en latín: “creo”. Cf. G. W. Bromiley, En: **Elwell Evangelical Dictionary**. Disponible en: <http://www.mb-soft.com/believe/tsc/creed.htm>

La palabra “credo” tiene dos significados: “Oración en la que se contienen los principales artículos de la fe enseñada por los apóstoles” y “Conjunto de doctrinas comunes a una colectividad”. Cf. Real Academia Española. *Ob. Cit.* p. 418.

Pensamos que es el segundo sentido al que se refiere el Art. 21 del proyecto de reforma de 2007, pues sostener que viene referido al primer sentido implicaría admitir que sólo es constitucional

Asimismo, en la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones (Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante Resolución 36/55 del 25 de noviembre de 1981), se precisa que nadie será objeto de discriminación por motivos de religión o convicciones por parte de ningún Estado, institución, grupos de personas o particulares (art. 2.2).⁴⁷

III. LA IGUALDAD MATERIAL O SUSTANCIAL

Aparte del mandato negativo del numeral 1 del Art. 21, el numeral 2 del precepto en comentario se mantiene igual a la redacción de la Constitución de 1999 y en él se regula un mandato positivo de igualdad material o sustancial, pues desde un derecho constitucional que sirve como instrumento de cambio social para evitar que se perpetúe el *status quo* generalmente marcado por condiciones de desigualdad, el poder público debe remover los obstáculos que impidan el logro de la igualdad en los hechos, lo que puede llegar a suponer o exigir la instrumentación de medidas de acción positiva o de discriminación inversa⁴⁸.

prohibir la discriminación respecto del credo de los ciudadanos y ciudadanas que profesan la religión católica, y ello implicaría una discriminación *per se* en la Ley (en el presente caso, en la propia Constitución), respecto de los demás credos, sean de carácter religioso o no. Incluso, el estar prevista de manera expresa la prohibición de discriminación por motivos religiosos en el mismo precepto, coadyuva a sostener que la palabra "credo" no incluye solo los intereses concernientes a la religión católica, toda vez que ya se hayan protegidos por otra parte expresa de la misma norma.

Desde otra perspectiva, pensamos que nada afecta la prohibición de discriminación por credo prevista en el Art. 21 del proyecto de 2007, por el hecho de que no haya sido reproducida en el texto del Art. 18 *ejusdem*, el cual hace referencia a los ciudadanos y ciudadanas y su vinculación con el derecho a la ciudad, en tanto y en cuanto presumimos que tal omisión fue debida a un olvido y no a una razón en específico que la sustentara.

47 *Apud.* Comisión Andina de Juristas. *Ob. cit.*

48 R. Brito Melgarejo, *Ob. cit.* pp. 141-142; Carbonell, M. (2007) *Igualdad y libertad. Propuestas de renovación constitucional*. México: UNAM - Comisión Nacional de los Derechos Humanos. p. 85-92.

Las acciones positivas constituyen el trato formalmente desigual que basa la diferencia en el tratamiento en la pertenencia a un grupo que comparte la posesión de un rasgo minusvalorado y que se caracterizan principalmente por ser medidas que favorecen a los miembros de un colectivo por su pertenencia al mismo, no por circunstancias individuales. *Cf.* D. Jiménez Gluck, (1999) *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*. Valencia: Tirant lo Blanch. p. 62. *Apud.* R. Brito Melgarejo, *Ob. cit.* p. 141.

La discriminación "inversa" (o positiva) se presenta como un tramo razonable para alcanzar la igualdad, pues en determinadas circunstancias que suficientemente aprueben el test de razonabilidad, resulta constitucional favorecer a determinadas personas de ciertos grupos sociales en mayor producción que a otras, si mediante tal "discriminación" se procura compensar y equilibrar la marginación o el relegamiento desiguales que recaen sobre aquellas personas que con la discriminación inversa se benefician. *Cf.* G.J. Bidart Campos, *Ob. Cit.* p. 80.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su opinión Consultiva OC-4/84 del 11 de enero de 1984, nos ilustra:

"57. No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o

Recordemos que según la interpretación clásica, basada en la obra de Hermann Heller, se distinguía entre un principio de igualdad formal⁴⁹ o igualdad ante la ley, como mandato de igual trato jurídico a personas que están en la misma situación, e igualdad material, como una reinterpretación de aquélla en el Estado social de Derecho que, teniendo en cuenta la posición social real en que se encuentran los ciudadanos, tiende a una equiparación real y efectiva de los mismos, debiendo los poderes públicos dictar normas, en ocasiones, aparentemente desiguales o contrarias a la igualdad formal, con el objetivo de elevar la posición social de los colectivos que se encuentran en una situación continuada de inferioridad social real.⁵⁰

En este sentido, el principio de igualdad, principio del Estado social, puede y debe considerarse un principio de justicia social, lo que asume relevancia en cuanto al principio de igualdad de oportunidades y de condiciones reales de vida. Esta igualdad debe conectarse, por un lado, con una política social de “justicia social” y con la concretización de las disposiciones constitucionales tendientes a hacer efectivos los derechos económicos, sociales y culturales; y por otro lado, ella es inherente a la propia idea de igual dignidad de la persona humana que, de este modo, funciona no solo como fundamento antropológico-axiológico contra discriminaciones, objetivas o subjetivas, sino también como principio jurídico-constitucional que impone compensación por la desigualdad de oportunidades y como principio sancionador de la violación de igualdad por comportamientos omisivos (inconstitucionalidad por omisión).⁵¹

IV. BALANCE DE LA NUEVA CASUÍSTICA PROPUESTA PARA EL ART. 21 DE LA CONSTITUCIÓN

¿Resulta exhaustivo el proyecto de reforma de la norma del artículo 21 de la Constitución?

A pesar de que como reconoce Brewer Carías, en el artículo 21 del proyecto de reforma constitucional sancionado en noviembre de 2007 se han agregado nuevos elementos en el ordinal primero del artículo ampliándose el ámbito protectivo contra las discriminaciones⁵²,

de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana.

“58. Si bien no puede desconocerse que las circunstancias de hecho pueden hacer más o menos difícil apreciar si se está o no en presencia de una situación como la descrita en el párrafo anterior, es también cierto que, partiendo de la base de la esencial unidad de la dignidad del ser humano, es posible apreciar circunstancias en que los imperativos del bien común puedan justificar un mayor o menor grado de distinciones que no se aparten de las consideraciones precedentes. Se trata de valores que adquieren dimensiones concretas a la luz de la realidad en que están llamados a materializarse y que dejan un cierto margen de apreciación para la expresión que deben asumir en cada caso.”

49 “La igualdad es, desde luego, una igualdad formal (‘igualdad jurídica’, ‘igualdad liberal’ estrictamente postulada por el constitucionalismo liberal: los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Por eso se considera que ésta igualdad es un presupuesto para la uniformización del régimen de libertades individuales a favor de todos los sujetos de un ordenamiento jurídico. La igualdad jurídica surge, así, indisoluble de la propia libertad individual”. Cf. J.J. Gomes Canotilho, *Ob. Cit.* p. 424.

50 E. Carmona Cuenca, *El principio de igualdad material en la Constitución europea*. p. 1. Disponible en: <http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/FCIAECC.pdf>

51 J.J. Gomes Canotilho, *Ob. Cit.* pp. 428-429.

52 A.R. Brewer Carías, (2007) *Estudio sobre el proyecto de reforma constitucional 2007* (inconstitucional y fraudulentamente sancionado por la Asamblea Nacional el 2-11-07) p. 76. Disponible

la respuesta debe ser negativa. En extrapolación del comentario que Miguel Carbonell⁵³ hace para México, podemos afirmar que dentro de los supuestos de discriminación no incluidos de manera expresa en la norma del Art. 21 proyectado podemos mencionar, *exempli gratia*, la no discriminación en materia lingüística o por razón de la lengua⁵⁴, prohibición de discriminar por razones xenofóbicas, no discriminación por discapacidad⁵⁵, no discriminación por características genéticas⁵⁶ (previsto en el art. 21 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea) y la prohibición de discriminar por razones de embarazo (aunque este supuesto en realidad es un tipo de discriminación por el género).

Tampoco se establece la discriminación por razón de origen, la cual se presenta de dos maneras: a) a través de la discriminación en base a la nacionalidad, se produce respecto a los

en: http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/BrewerCarias.%20Estudio%20sobre%20LA%20REFORMA%20CONSTITUCIONAL%20Venezuela.%20Nov.%202007%20_doc_.pdf

53 Carbonell, M. *Ob. Cit.* pp. 70-73 y 76-84.

54 La prohibición de discriminación por lengua o idioma se encuentra prevista en la Declaración Universal de Derechos Humanos, Art. 2; en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. II; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Arts. 2 y 26; en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Art. 1. El Art. 13 de la Constitución colombiana establece: "Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin **ninguna discriminación por razones de** sexo, raza, origen nacional o familiar, **lengua**, religión, opinión política o filosófica (...)". (Resaltado nuestro).

55 Por ejemplo, la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea en su Artículo 26 trata sobre la "Integración de las personas discapacitadas": "La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad".

56 La Constitución Federal de la Confederación Helvética y la Constitución suiza en su Art. 119 dedicado a la "Medicina reproductiva e ingeniería genética en el ámbito humano" establecen:

"Todo ser humano es protegido del abuso de la medicina reproductiva y de la ingeniería genética. La Confederación prescribe el derecho al patrimonio germinal y genético humano. En tal ámbito prevé una tutela a la dignidad humana, la persona y la familia y se rige en particular por los siguientes principios:

-Todo tipo de clonación e intervención genética de las células germinales y del embrión humano son inadmisibles.

-El patrimonio germinal y genético no humano no puede ser transferido al patrimonio genético humano, ni a la inversa.

-Las técnicas de procreación asistida pueden ser aplicadas sólo para suplir problemas de infertilidad o para evitar la transmisibilidad de enfermedades de mal grave o hereditarias, no pueden ser utilizadas para predeterminar las características del concebido o para fines de investigación; la fecundación de óvulos humanos fuera del cuerpo de la mujer es permitida sólo por las condiciones establecidas por la ley; fuera del cuerpo de la mujer puede permitirse el desarrollo del embrión sólo si el ovocito humano es transplantado al transplantado a la mujer inmediatamente.

-La donación de embrión y toda otra forma de maternidad sustituta son inadmisibles.

-No se permite el comercio del patrimonio germinal humano ni de los productos del embrión.

-El patrimonio genético de una persona puede ser analizado, registrado o revelado solo con el consentimiento y en base a la prescripción legal.

-Cada persona tiene acceso a sus datos genéticos".

Disponible en: <http://alegislativo.bcn.cl/alegislativo/pdf/cat/lex/4346-11/512.pdf>

extranjeros, quienes en algunas oportunidades tienen dificultad para ejercer sus derechos en igualdad de condiciones que los nacionales del país en que se encuentran; y b) mediante la discriminación en base al origen nacional, que se presenta cuando se trata de manera desigual a dos personas de una misma nacionalidad, en razón de haberla obtenido de una forma distinta.⁵⁷ Igualmente se nota la ausencia de la previsión de discriminación por posición económica o por el patrimonio.⁵⁸

V. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE LAS CULTURAS

El Artículo 100 del proyecto de reforma constitucional aprobado en noviembre de 2007 prevé, además de la modificación al numeral primero del Art. 21, lo siguiente: "(...) Las culturas y populares de los pueblos indígenas, de los eurodescendientes y de los afrodescendientes, constitutivas de la venezolanidad, gozan de atención especial, reconociéndose y respetándose la interculturalidad bajo el principio de igualdad de las culturas (...)"

Este principio de igualdad de las culturas es un nuevo derecho especial de igualdad. Ahora bien, la Constitución, y por ende el proyecto de reforma constitucional de 2007, concretiza, en muchos preceptos, el principio de igualdad, por lo que en relación a estos preceptos que consagran derechos especiales de igualdad, el principio general del Art. 21 vale como *lex generalis*, lo que aparece como corolario, primero, que los fundamentos materiales de igualdad subyacentes en las normas constitucionales que consagran derechos especiales de igualdad se sobreponen o tienen preferencia, como *lex specialis*, en relación a los criterios generales del Art. 21; segundo, que los criterios de valoración de estos derechos pueden exigir soluciones materialmente diferentes de aquellas que resultarían solo de la consideración del principio general de igualdad.⁵⁹

57 Comisión Andina de Juristas. *Ob. cit.*

Dicha prohibición de discriminación por razón de origen nacional la encontramos prevista en la Declaración Universal de Derechos Humanos, Art. 2; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Arts. 2 y 26; y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Art. 1.

También en el art. 13 de la Constitución Política de Colombia de 1991, a cuyo tenor: "Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, **origen nacional** o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica (...)". (Resaltado nuestro).

58 La prohibición de discriminación por posición económica o por patrimonio se encuentra prevista en la Declaración Universal de Derechos Humanos, Art. 2; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Arts. 2 y 26; y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Art. 1.

También se encuentra previsto, por ejemplo, en el Art. 23 del texto constitucional del Ecuador de 1998: "3. La igualdad ante la ley. Todas las personas serán consideradas iguales y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin discriminación en razón de nacimiento, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma; religión, filiación política, **posición económica**, orientación sexual; estado de salud, discapacidad, o diferencia de cualquier otra índole" (Resaltado nuestro); así como en el Art. 2 de la Constitución peruana de 1993: "Toda persona tiene derecho: (...) 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, **condición económica** o de cualquiera otra índole" (Resaltado nuestro); y en la Constitución boliviana de 1967, Art. 6: "I. Todo ser humano tiene personalidad y capacidad jurídica, con arreglo a las leyes. Goza de los derechos, libertades y garantías reconocidos por esta Constitución, sin distinción de raza, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen, **condición económica** o social, u otra cualquiera" (Resaltado nuestro).

59 J.J. Gomes Canotilho, *Ob. cit.* pp. 429-430.