

DERECHO A LA IGUALDAD Y DISCRIMINACIÓN POR RAZA

Mijail Mendoza Escalante*

SUMARIO: I. Introducción; II. El derecho a la igualdad: ámbito de protección; III. Estructura normativa del derecho a la igualdad; IV. Análisis de la discriminación: el principio de proporcionalidad; V. La discriminación por motivo de raza: el caso “Café del mar”. VI. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

El objeto del presente trabajo es analizar en lo fundamental el ámbito de protección del derecho a la igualdad, su estructura normativa, el principio de proporcionalidad como instrumento de análisis de actos eventualmente discriminatorios y, la luz de tal desarrollo, analizar una resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual de INDECOPI de Perú, en el caso “Café del Mar”.

El derecho a la igualdad ha sido objeto de desarrollo sin atender demasiado a su estructura. Probablemente muchas de las dificultades de la aplicación de este derecho residan en la necesidad de un esclarecimiento de su estructura normativa y su ámbito de protección. Por ello, la mayor parte de este trabajo habrá de centrarse sobre estos dos aspectos.

II. EL DERECHO A LA IGUALDAD: ÁMBITO DE PROTECCIÓN

La Constitución peruana enuncia el derecho a la igualdad en los siguientes términos:

“Toda persona tiene derecho:

“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.”

El contenido del derecho a la igualdad está constituido por un *mandato de igualdad*. Pero este mandato se convierte, de modo más preciso, en una *prohibición de discriminación*. Según esto, los destinatarios de este derecho –Estado y particulares– tienen prohibido incurrir en actos discriminatorios, es decir, establecer normas o efectuar actos discriminatorios.

La disposición destaca como prohibidos unos específicos motivos de discriminación: origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o condición de cualquiera otra índole. En este último caso, debe entenderse la referencia a la condición social, cultural, educativa o física¹, de una persona. En tal sentido, el enunciado

* Doctor en Derecho por la *Universidad Complutense de Madrid*, Diplomado como Especialista en Derecho Constitucional y Ciencia Política por el *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales* de España, Consultor en Derecho Constitucional.

¹ Cabe mencionar que la Ley Fundamental alemana establece en su Art. 3.3, *in fine*, referido al derecho a la igualdad, que “Nadie podrá ser perjudicado a causa de un impedimento físico.”

constitucional establece también una prohibición de discriminación en base a alguna de estas condiciones².

Si bien se tiene aquí los motivos que usualmente la experiencia demuestra como los recurrentes y típicos de actos (y normas) discriminatorios, ellos no agotan la posibilidad de otros motivos que pueden dar lugar a actos de tal índole. Piénsese en personas homosexuales, cuya conducta seguro no puede ser considerada como manifestación de alguno de los motivos constitucionalmente prohibidos y tampoco puede ser considerada bajo el concepto “condición de cualquier otra índole”.

Al margen de esto, se infiere del enunciado constitucional la existencia de motivos o factores de discriminación significativamente incompatibles con el mandato de igualdad, frente a otros, no destacados por el enunciado constitucional y que, por ello, son menos relevantes. De esto puede inferirse una *estructura compleja* del contenido del derecho a la igualdad. Tal complejidad reside detentar una *doble prohibición*: (1) de discriminación basada en motivos constitucionalmente proscritos y, (2), de discriminación basada en otros motivos³.

Los motivos de discriminación aluden en realidad a “propiedades” de las personas, en base a las cuales se les excluye de un derecho. Las propiedades pueden referir, a su vez, a *características* de las personas o sus *conductas*. Por ello, para una mejor comprensión del enunciado constitucional, debe entenderse que los motivos prohibidos son propiedades constitucionalmente inadmisibles para la exclusión de un derecho.

Un rasgo típico del derecho a la igualdad es su *carácter relacional* o, mejor aún, su *carácter referencial*. La prohibición de discriminación supone siempre, por definición, la exclusión de una persona en relación o respecto *al ejercicio o goce de un derecho*. Es decir, la prohibición de discriminación se dará siempre con ocasión de tal exclusión, no al margen de ella.

Desde esta perspectiva, podría figurativamente predicarse de que la igualdad constituye un *metaderecho*, es decir, un *derecho de los derechos*, un derecho que condiciona la aplicación de los derechos. Tal condición consiste en que la exclusión del ejercicio o goce de los mismos no sea discriminatoria.

El carácter referencial de la igualdad, visto desde otra perspectiva, no viene a ser sino el *supuesto* del derecho a la igualdad. Este supuesto es: *si hay (o dada) una exclusión del ejercicio o goce de un derecho, ...*⁴

Dado que la igualdad presupone la exclusión del ejercicio o goce de un derecho, de inmediato se advierte que éste puede ser un derecho de rango constitucional o un derecho de rango meramente legal. En consecuencia, de ello se infiere otro aspecto que convierte en complejo el contenido del derecho a la igualdad. Tal complejidad reside en una *doble prohibición*: (1) de exclusión discriminatoria de *derechos constitucionales* y, (2), de exclusión discriminatoria de *derechos no constitucionales*.

Otro rasgo típico del derecho a la igualdad es la presencia del *término de comparación*. La prohibición de discriminación supone siempre, por definición, la *exclusión de una persona* del ejercicio o goce de un derecho, pero, a la vez, la *inclusión de otra persona*, a la cual sí se le permite tal ejercicio o goce. Se trata de la exclusión del ejercicio o goce

² De particular significado es la prohibición de discriminación por condición “física” por cuanto bajo ella se protege a las personas con variedad de discapacidad (paraplégicas, con síndrome de *down*, ciegos, sordomudos, con disfemia, etc.).

³ Con sólo propósito operativo puede denominarse a esta propiedad del derecho a la igualdad como *carácter diferenciado de la prohibición*.

⁴ Los puntos sustantivos colocados luego de la coma aluden a la *consecuencia* de la norma del derecho a la igualdad. Dicha consecuencia es: *está prohibida la discriminación*.

del derecho a una persona con respecto a otra. Ésta última viene a ser el *término de comparación*.

Del *carácter diferenciado de la prohibición* y del *carácter referencial*, del derecho a la igualdad, se infiere una estructura compleja del contenido de este derecho. En consecuencia, el derecho a la igualdad tiene como contenido:

La *prohibición de exclusión discriminatoria* de:

- 1) *derechos constitucionales* basada en *motivos constitucionalmente proscritos*
- 2) *derechos constitucionales* basada en *motivos distintos* a los constitucionalmente proscritos
- 3) *derechos de rango meramente legal* basada en *motivos constitucionalmente proscritos*
- 4) *derechos de rango meramente legal* basada en *motivos distintos* a los constitucionalmente proscritos

Según esto, el contenido o ámbito de protección del derecho a la igualdad se compone de estas cuatro *posiciones iusfundamentales*. Esta diversificación del contenido no sólo tiene un propósito analítico, éste se agota en la indispensable distinción de cada uno de los supuestos. Por el contrario, la diversificación tiene además un propósito valorativo. Se trata de sugerir que el contenido complejo de este derecho presenta posiciones de diversa entidad, de diverso significado o relevancia constitucional. Desde tal perspectiva, las cuatro posiciones descritas pueden ser representadas escalonadamente, de modo que la relevancia constitucional de la posición correspondiente al numeral 1) es mayor respecto al resto y, así sucesivamente, la del numeral 2) respecto a la del 3) y del 4), y la del numeral 3) respecto al del 4).

La diversa relevancia constitucional se fundamenta en la diversa entidad de la prohibición de discriminación según esté referida o no a elementos directamente establecidos por la Constitución; es decir, ya sea cuando ella esté referida a derechos de rango constitucional o a motivos constitucionalmente proscritos o ya sea cuando esté referida a derechos de rango meramente legal o a motivos de discriminación distintos a los constitucionalmente proscritos. En ambos casos hay relevancia constitucional, pero ésta es mayor en el primer caso que en el segundo.

III. ESTRUCTURA NORMATIVA DEL DERECHO A LA IGUALDAD

Como todo enunciado normativo, el del derecho a la igualdad puede también ser expresado bajo la estructura lógica conformada por un *supuesto* y una *consecuencia*. Tal formulación sería la siguiente:

*Si hay (o dada) una exclusión discriminatoria del ejercicio o goce de un derecho, entonces ella está prohibida*⁵

El *supuesto* de esta fórmula requiere, sin embargo, ser ampliada con la inclusión del *término de comparación*. Esta inclusión se justifica en dos razones. La primera es de

⁵ A *contrario sensu*: “Si hay (o dada) una exclusión *no discriminatoria* del ejercicio o goce de un derecho, entonces ella está *permitida* (u *ordenada* –por ejemplo, al legislador, respecto a la adopción de una acción afirmativa de clase).

orden analítico y consiste en la presencia consustancial del *término de comparación* en el derecho a la igualdad. Éste lo presupone por definición. La segunda es de orden fáctico y se refiere a su recurrente planteamiento en la jurisprudencia con motivo de alegaciones de lesión del derecho a la igualdad y a que ello puede dar lugar a casos donde la respuesta a lo “sustancialmente igual” puede representar un problema de difícil absolución. La fórmula ampliada tiene el siguiente enunciado:

Si hay (o dada) una exclusión discriminatoria del ejercicio o goce de un derecho a una persona respecto de otra sustancialmente igual, entonces ella está prohibida.

Esta formulación plantea dos problemas: la determinación de cuándo se está ante una exclusión “discriminatoria” y cuando se está ante lo “sustancialmente igual”. La absolución de esta última cuestión es anterior a la primera y una respuesta negativa de la misma –“¡no es sustancialmente igual!”- excluye en definitiva el ámbito de aplicación del derecho a la igualdad y, por tanto, la necesidad de abordar la cuestión concerniente a si la exclusión es “discriminatoria” o no. Esto significa que si el término de comparación no es correcto debido a que no es “sustancialmente igual” a la persona excluida, ya no hay más un problema relevante respecto al derecho a la igualdad.

Absuelto lo anterior se tiene el problema acerca de la exclusión discriminatoria. Se está aquí ante un *concepto indeterminado*, cuyo análisis es el gran campo de dificultades del derecho a la igualdad.

Si se atiende a que los derechos constitucionales detentan una estructura doble de principios y reglas, puede concluirse en que el derecho a la igualdad presenta fundamentalmente una estructura de *principio*. Ello debido a que presenta una *indeterminación* de dos elementos que conforman su supuesto (lo “sustancialmente igual” y lo “discriminatorio”) y que, por ello, excluye ser aplicada bajo una operación de *subsunción*. Esto no excluye que después del análisis recurrente de un problema específico de intervención en el derecho a la igualdad por parte de la jurisprudencia se pueda inferir criterios válidos para casos análogos, de modo que el conjunto de estos viene a constituir una *regla*. Si se arriba a este punto, con respecto a este específico problema –supuesto-, se está ante la igualdad como regla, mas ya no como principio⁶.

IV. ANÁLISIS DE LA DISCRIMINACIÓN: EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Concluimos en que la estructura normativa del derecho a la igualdad plantea dos problemas respecto a la determinación del supuesto: el *término de comparación* y la *exclusión discriminatoria*. La respuesta del primero se efectúa cotejando si entre la persona excluida del derecho y la incluida –el término de comparación- existe o no sustancial igualdad; a la absolución de tal cuestión, de análisis de similitudes y diferencias, de criterios para la determinación de lo “sustancial” o “relevante”, el principio de proporcionalidad no provee instrumento alguno. Por el contrario, para el análisis de si la exclusión es discriminatoria o no, la herramienta es el principio de proporcionalidad.

La estructura del principio de proporcionalidad se compone de los siguientes pasos⁷:

⁶ Esto, empero, que puede suceder con frecuencia en la realización de actos, puede resultar inusual e, incluso, extraño en la expedición de normas.

⁷ V. Mendoza Escalante, Mijail “Tribunal Constitucional y control material de resoluciones judiciales”, en *Revista Jurídica del Perú*, Tomo 73, Marzo, 2007, pp. 15 y ss.

- 1) Identificación de la *intervención* en el derecho a la igualdad
- 2) Identificación de la *intensidad* de la intervención
- 3) Identificación de la finalidad (*fin* y *objetivo*) de la intervención
- 4) análisis de idoneidad
- 5) análisis de necesidad
- 6) análisis de ponderación

La *intervención* en el derecho de igualdad se da en la *exclusión discriminatoria del ejercicio o goce de un derecho*. Este enunciado general abstracto requiere su determinación en el caso concreto. En principio debe distinguirse si la *intervención* se origina por una norma o un acto.

La *intensidad* de la intervención depende fundamentalmente de la mayor o menor *relevancia constitucional* de la *posición iusfundamental* o contenido específico del derecho a la igualdad sobre la que recae la intervención. La premisa para elaborar esta escala es que la intensidad de la intervención es mayor cuando tiene lugar en posiciones de mayor relevancia constitucional y menor cuando incide en posiciones de menor relevancia constitucional. Según esto, en atención a la gradación escalonada de las posiciones iusfundamentales de la igualdad, puede establecerse tres grados de intensidad⁸: grave, media o leve.

- a) La *intensidad grave* se dará en exclusiones de *derechos constitucionales* basada en *motivos constitucionalmente proscritos* (posición iusfundamental 1).
- b) La *intensidad media* se dará en exclusiones (1) de *derechos constitucionales* basada en *motivos distintos* a los constitucionalmente proscritos o (2) de *derechos de rango meramente legal* basada en *motivos constitucionalmente proscritos* (posiciones iusfundamentales 2 y 3, respectivamente).
- c) La *intensidad leve* se dará en exclusiones de *derechos de rango meramente legal* basada en *motivos distintos* a los constitucionalmente proscritos (posición iusfundamental 4).

La intensidad media comprende la intervención en dos posiciones iusfundamentales (2 y 3). La ubicación en un mismo nivel se debe a que en ambos supuestos sólo uno de los dos elementos –derecho excluido y motivo de la discriminación– detenta rango constitucional, mientras que el otro es de rango meramente legal o, simplemente, distinto al establecido constitucionalmente. Tal comunidad de ambos supuestos justifica comprenderlos bajo un solo nivel de intensidad.

La *finalidad* comprende el *fin* y el *objetivo* de la intervención. Esta variable denota la razón que justifica o pretende justificar la intervención en el derecho a la igualdad. Es aludida usualmente cuando se inquiere sobre la *razón o motivo objetivo y razonable* que justifica un tratamiento diferente. En el principio de proporcionalidad resulta indispensable distinguir conceptualmente entre el *estado de cosas* que se pretende alcanzar con la intervención en la igualdad, tal es el *objetivo*, y el principio, derecho o bien jurídico, constitucional que justifica la prosecución de aquel objetivo, tal es el *fin* de la intervención. El fin alude siempre a un elemento normativo, el objetivo a un elemento fáctico.

Para ilustrar tal distinción puede acudirse un ejemplo. Supóngase que una ley que modifica los requisitos de acceso al servicio diplomático del Estado establece uno nuevo: el que los postulantes tengan conocimientos del idioma chino mandarín, en un

⁸ V. Alexy, Robert *Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, Madrid, 2004, p. 60; Mendoza Escalante, Mijail *Conflictos entre derechos fundamentales. Expresión, información y honor*, 1ª ed., Editorial Palestra, Lima, junio, 2007, p. 96.

nivel intermedio. El legislador justifica este requisito en el *objetivo* de constituir una intensa relación comercial y cultural, en los próximos veinte años con la China, debido a que, en mérito a diversos análisis de economía, el futuro de la economía del Estado peruano crecerá significativamente si se establece estos vínculos. El legislador justifica además que la prosecución de tal *objetivo* se sustenta en un bien jurídico de relevancia constitucional: el *bienestar del pueblo* y la *integración* (art. 44°, Constitución). He aquí el *fin*.

Los análisis de idoneidad, necesidad y ponderación se efectúan en la forma ya conocida y no presenta singularidad significativa, por lo que no ha menester explicarlos. Cabe sí precisar que la aplicación del principio se desarrolla en fases preclusivas. De este modo, si el *fin* es contrario al orden constitucional, carecería inquirir las fases sucesivas. Ahora, justificada la intervención en la igualdad en la prosecución de un fin constitucional, corresponderá el análisis sucesivo de idoneidad, necesidad y ponderación, precisando que el tránsito a la fase siguiente sólo debe efectuarse si la anterior ha sido superada exitosamente por la intervención analizada.

V. LA DISCRIMINACIÓN POR MOTIVO DE RAZA: EL CASO “CAFÉ DEL MAR”

En el caso “Café del Mar”⁹ se trata de los siguientes hechos. Dos personas de rasgos mestizos habían sido impedidas de ingresar al referido local a efectos de tomar los servicios de dicho establecimiento. Se comprobó que, por el contrario, se permitió el ingreso a personas de rasgos caucásicos, sin ninguna condición.

El primer problema que habría de plantearse sería la determinación del término de comparación. Sin embargo, esta variable no presenta problema. El término está constituido en el caso por las personas de rasgos caucásicos. Tanto éstas como aquéllas tienen idéntica situación de consumidores, por lo tanto, el término de comparación es correcto.

La cuestión relativa a si se está ante una conducta discriminatoria debe resolverse en aplicación de la estructura del principio de proporcionalidad en la forma antes expuesta. En principio, debe advertirse que se está ante una intervención en el derecho a la igualdad. Se trata de la exclusión del ejercicio de la libertad de contratación y del derecho de propiedad. Las personas impedidas de ingreso en el local son impedidas de la facultad de establecer una relación contractual con el mencionado establecimiento público. Pero, además, al impedirseles adquisición de un servicio, se les impide la libre disposición de su patrimonio y, con ello, el goce del derecho de propiedad.

Se está ante una intervención de *intensidad grave* debido a que se está ante una exclusión del ejercicio y goce de derechos de rango constitucional y los motivos de la discriminación han sido uno de los proscritos por la Constitución (raza).

La *finalidad* de la intervención está establecida por el *Decreto Legislativo sobre protección al consumidor*¹⁰. Según ésta la selección de clientela o exclusión de personas

⁹ Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, Sala de la Competencia, Resolución N.º 1029-2007/TDC-INDECOPI, de 18 de junio de 2007, publicada el 6 de julio del mismo año, en el Diario Oficial *El Peruano*.

¹⁰ Decreto Legislativo N.º 716. “Artículo 7B.- Los proveedores no podrán establecer discriminación alguna respecto a los solicitantes de los productos y servicios que los primeros ofrecen en locales abiertos al público.

puede darse sólo cuando medien “causas de *seguridad del establecimiento o tranquilidad de sus clientes* u otras *razones objetivas y justificadas*” (cursiva nuestra). Esta disposición no parece plantear problemas de constitucionalidad. La seguridad del establecimiento es el objetivo que se justifica en la protección del derecho de propiedad del dueño del establecimiento y la tranquilidad de los clientes es el objetivo que se justifica en la protección del derecho a la integridad, a la salud, a la vida.

En la resolución bajo comentario se afirma que esta facultad de selección de clientes del establecimiento no resulta contraria a la libertad de contratación¹¹. El examen de la constitucionalidad o no de la norma tiene pleno sentido debido a que cuando un *acto* eventualmente discriminatorio, efectuado por el Estado o por particulares, se basa o tiene como fundamento la aplicación de una Ley, resulta indispensable examinar previamente si tal habilitación legal resulta contraria o no a la Constitución. Podría darse el caso que la propia habilitación sea contraria al derecho a la igualdad o algún otro derecho fundamental, en cuyo caso el análisis habrá de centrarse en la *norma* y ya no en el *acto*, pues ello sería irrelevante. Distinto será, empero, si la norma no es contraria a la Constitución, en cuyo caso, el análisis habrá de centrarse sobre la cuestión de si el *acto* –que se basa en la ley- es o no contraria al derecho a la igualdad. Lo cual puede suceder con frecuencia cuando la disposición acude a *conceptos generales* como el caso de la disposición que habilita la facultad de selección de clientes (en especial cuando alude genéricamente a las “razones objetivas y justificadas”).

La disposición que habilita la selección de clientela debe de interpretarse *desde o partir* del *efecto de irradiación* que proyecta el derecho a la igualdad del artículo 2, inciso 2, de la Constitución. Esto implica que su aplicación debe efectuarse conforme al contenido de este derecho, es decir, observando la prohibición de exclusión discriminatoria de clientela, en particular, la exclusión fundada en motivos proscritos por la propia Constitución –sexo, raza, idioma, religión, etc.- Según esto, bajo el *efecto de irradiación* del derecho a la igualdad, el segundo párrafo del artículo 7B tendría el siguiente enunciado:

“Está prohibido realizar selección de clientela, excluir a personas o realizar otras prácticas similares, [en especial, “por motivo de origen, *raza*, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica” –Constitución-], sin que medien causas de seguridad del establecimiento o tranquilidad de sus clientes u otras razones objetivas y justificadas.” (cursiva nuestra)

Ahora bien, tal es el ámbito estricto de la facultad de selección de clientela. Según esto, los supuestos de la restricción de la libertad de contratación de los consumidores ya están definidos o circunscritos a la “seguridad del establecimiento” y a la “tranquilidad de los clientes”. Al margen de este ámbito se está simplemente ante una exclusión

Está prohibido realizar selección de clientela, excluir a personas o realizar otras prácticas similares, sin que medien causas de seguridad del establecimiento o tranquilidad de sus clientes u otras razones objetivas y justificadas.

La carga de la prueba sobre la existencia de un trato desigual corresponde al consumidor afectado o, de ser el caso, a quien lo represente en el proceso o a la administración cuando ésta actúe de oficio. Acreditar la existencia de una causa objetiva y justificada le corresponde al proveedor del bien o servicio. Si el proveedor demuestra la existencia de una causa objetiva y justificada, le corresponde a quien alegue tal hecho, probar que ésta es en realidad un pretexto o una simulación para incurrir en prácticas discriminatorias.

Para todos estos efectos será válida la utilización de indicios y otros sucedáneos de los medios probatorios.”

¹¹ Fundamento N.º 15.

discriminatoria. Por su parte, la habilitación por “otras razones objetivas y justificadas” debe interpretarse a partir del derecho a la igualdad.

Sin embargo, el problema central que plantea el caso es si la raza puede ser o no un motivo que justifique la exclusión el ejercicio de la libertad de contratación y del goce del derecho de propiedad de una persona. La respuesta es negativa. La Constitución establece directamente una prohibición de exclusión por motivo de raza.

A ello obedece el que la respuesta central al problema en la resolución se encuentra cuando advierte que la “discriminación por raza” “afecta gravemente los derechos fundamentales de las personas que son objeto de dicha práctica”, puesto que ello implica que éstas “reciben un trato no acorde con la dignidad humana”¹².

En este contexto, carece de relevancia el análisis de una “razón objetiva” que justifique la exclusión de personas de determinada raza. Por lo mismo, el análisis de la *proporcionalidad* de la exclusión carece de toda relevancia y, por ello, la alusión a él en la resolución analizada¹³ carece de incidencia en la solución del problema abordado. Ahora, al margen de este supuesto resulta claro que el principio de proporcionalidad habrá de ser el instrumento por excelencia que el Tribunal de Defensa de la Competencia debe emplear para analizar si una conducta es discriminatoria o no.

Debe resaltarse la explicitación por dicho Tribunal del test a efectos de examinar cuándo se está ante “trato diferenciado” y no ante una discriminación¹⁴. Aunque sin referencia expresa a él se esta aquí ante la estructura del principio de proporcionalidad, los pasos de los numerales II, III, IV y V del requisitos de un “trato diferenciado” constituyen esencialmente las fases del principio de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y ponderación). La única precisión respecto a su formulación habría de ser respecto al numeral I. Ahí, se precisa que el trato diferenciado se da cuando “los consumidores que reciben distinto trato se encuentren en distintas situaciones de hecho”. Tal afirmación es exacta, sin embargo, habría que precisar que si ello tiene lugar en el examen de un caso, el requisito de proporcionalidad exigido en el resto de los numerales ya no deberá verificarse. Es que ante tal supuesto ya no hay en definitiva un problema de eventual discriminación, tratándose de supuesto distintos carece de sentido interrogar si ese trato distinto satisface o no las exigencias del principio de proporcionalidad.

VI. CONCLUSIÓN

El análisis del derecho a la igualdad desde la perspectiva analítica permite inferir que este derecho presenta dos propiedades fundamentales: su *carácter relacional* o *referencial* y el *término de comparación*. Debe destacarse que el carácter referencial de la igualdad conduce a erigirla como un *metaderecho*, es decir, como un *derecho de los derechos*, en el entendido que establece una prohibición de exclusión discriminatoria del ejercicio o goce de un derecho fundamental.

Los problemas que plantea la infracción o la lesión del derecho a la igualdad son dos: la determinación de lo *sustancialmente igual* con relación al *término de comparación* y el análisis de la *exclusión discriminatoria*. La solución del primero es preclusivo del segundo, de modo que si no hay término de comparación, no hay en definitiva un problema relativo al derecho a la igualdad y, por tanto, la análisis habrá concluido ahí.

¹² Fundamento N.º 19.

¹³ V. Fundamento N.º 18. Aunque sin tal denominación se esta aquí ante el principio de proporcionalidad.

¹⁴ V. Fundamento N.º 18.

Por el contrario, si hay un término de comparación, deberá analizarse la *exclusión discriminatoria* a través del principio de proporcionalidad. Este principio se presenta como una herramienta adecuada para tal efecto, destacando su cualidad de racionalizar la argumentación constitucional en el análisis de las infracciones o lesiones del derecho a la igualdad.

BIBLIOGRAFÍA

Alexy, Robert *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, 1994, pp. 357 y ss.

Bernal Pulido, Carlos “El juicio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”, en su volumen: *El derecho de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2005, pp. 274 y ss.

Borowski, Martin *Grundrechte als Prinzipien. Die Unterscheidung von prima facie-Position und definitiver Position als fundamentaler Konstruktionsersatz der Grundrechte*, Kieler Rechtswissenschaftliche Abhandlungen (NF), Baden-Baden, 1998.

Brüning, Christoph “Gleichheitsrechtliche Verhältnismäßigkeit”, en *Juristen Zeitung*, 2001, pp. 669 y ss;

Hirschberg, Lothar *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Verlag Otto Schwartz & Co., Göttingen, 1981.

Michael, Lothar “Die drei Argumentationsstrukturen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit – Zur Dogmatik des Über und Untermaßverbotes und der Gleichheitssätze”, en *Juristische Schulung*, 2001, pp. 148 y ss.