

Problemas metodológicos del principio constitucional de igualdad

Por JUAN ANTONIO GARCIA AMADO

Oviedo

INTRODUCCION

En la metodología jurídica confluyen la normativa del derecho y las técnicas de su concreción práctica, por un lado, y, por otro, las aportaciones provenientes de ámbitos externos a las fronteras de lo que se suele entender como «jurídico» en sentido estricto. La correcta resolución de casos en sede jurídica exige siempre algo más que el conocimiento de ciertas normaciones que llevan el sello de la juridicidad. Es preciso dominar también los mecanismos para dotarlas de sentido y capacidad resolutoria concreta ante el caso real. Y esto no es algo que transcurra en el vacío, sino en el contexto de unos hechos y un sistema social. El adecuado conocimiento de los primeros y la necesaria incardinación en el segundo, con sus ideologías, valores y reglas de funcionamiento, condicionan inevitablemente la concreción práctica del derecho en decisiones y comportamientos de órganos e individuos (1).

Todo ello hace que, y esto es ya un lugar común *en la teoría*, la aplicación del derecho no se conciba como una aséptica operación mecánica, sino como un proceso complejo con el que acontecen constataciones, valoraciones y opciones decisorias que precisan de una legitimación suplementaria, si se quiere alejar la sospecha de arbitrariedad. La legitimación material que el derecho general y válido propor-

(1) La conciencia de esta realidad ha dado lugar a que se abandone la visión exclusivamente formal y estática del concepto de derecho, para integrarla con esas aportaciones concretizadoras de su juego real, ya sea, por ejemplo, entendiendo que en la estructura misma de la norma jurídica se contiene esa referencia a los hechos y las realidades que la dotan de sentido específico (Cfr. Friedrich MÜLLER, *Strukturierende Rechtslehre*, Berlín, Duncker & Humblot, 1984, págs. 147 y sigs.), o que la norma formalmente válida constituye sólo un primer esquema de regulación que se ha de concretar ante cada caso en una «norma del caso» o *Fallnorm* (Cfr. W. FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, Bd. IV (*Dogmatischer Teil*), Tübingen, Mohr, 1977, págs. 202 y sigs.).

cional alcanza sólo allí hasta donde puede determinar los contenidos, pero más allá, en las esferas de libertad que su propia estructura permite, sólo aporta una legitimación competencial. Si se entiende que con ello no basta y no se está de acuerdo en la imposibilidad de un control que sea más que mero control de competencias decisorias (2), o no se acepta que la única legitimidad posible proviene del respeto de las reglas de juego procedimentales como mecanismo exterior generador de «confianza» en las instituciones de un «sistema social», para el cual las pautas valorativas no son sino elementos de lubricación de un orden en el que no cabe más racionalidad que la del funcionamiento de sus mecanismos globales (3), habrá que buscar *criterios de racionalidad* para los elementos volitivos y de razón práctica concurrentes en la praxis del derecho (4).

El problema se plantea con tanta mayor agudeza cuanto mayor sea en un ordenamiento o un sector del mismo el nivel de abstracción de sus preceptos, su grado de indeterminación y su carga política y valorativa, así como el grado de su incidencia en la realidad social. De ahí que el Derecho Constitucional suponga un campo abonado para toda esta problemática y que, dentro de él, los preceptos relativos a derechos fundamentales susciten particulares controversias metodológicas (5).

Dentro de este marco, el principio de igualdad ante la ley, tal como se recoge, por ejemplo, en el artículo 14 de nuestra Constitución, en el 3.2 de la italiana o en el 3 de la Ley Fundamental de Bonn, constituye un punto en torno al cual expresamente se articulan algunos de esos notables problemas del método jurídico a que aludíamos. Al igual que se dice que en la metodología jurídica actual la más importante cuestión de fondo es la de la racionalidad de la decisión jurídica (6), se sostiene que «en el Derecho Constitucional contemporáneo, la discusión acerca de la igualdad ante la ley parecer girar, en una primera observación, en torno a una categoría tradicional: la racionalidad», y que «el de “racionalidad” es el concepto en que se resume hoy, polémicamente, toda la evolución de la igualdad jurídica» (7).

Es generalmente admitido en la doctrina y en la jurisprudencia de

(2) H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Wien, Franz Deuticke, 2.^a ed., 1960, págs. 346 y sigs.

(3) Cfr. N. Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, Darmstadt, Luchterhand, 3.^a ed., 1978.

(4) Un somero repaso de algunos de los criterios que al respecto se manejan en nuestros días puede verse en nuestro trabajo *Del método jurídico a las teorías de la argumentación*, en «Anuario de Filosofía del Derecho», 1986, págs. 151 y sigs.

(5) Una reciente y magnífica exposición al respecto puede verse en R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt/M., Suhrkamp, 1986.

(6) Véase, por ejemplo, F. Bydlinski, *Juristische Methode und Rechtsbegriff*, Wien/New York, Springer, 1982, pág. 57; M. Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, Berlín, Duncker & Humblot, 2.^a ed., 1976, pág. 24.

(7) J. Jiménez Campo, *La igualdad jurídica como límite frente al legislador*, en «Revista Española de Derecho Constitucional», año 3, núm. 9, septiembre-diciembre 1983, págs. 72-73.

los Tribunales Constitucionales que el principio de igualdad formal, constitucionalizado en preceptos como los citados, no impone una prohibición absoluta de establecer diferencias de tratamiento por parte del legislador, la Administración o tribunales, sino una prohibición relativa: la de aquellas distinciones que sean «discriminatorias» (8). Para discernir qué diferenciaciones entre sujetos o materias son aceptables y compatibles con el mencionado principio, y cuáles están vedadas por él, es ineludible la presencia de criterios valorativos que puedan servir de base o fundamento para tal juicio. Se suele razonar en las jurisprudencias constitucionales y en los tratados argumentando que sometidas a la interdicción dimanante del principio de igualdad están aquellas diferencias de tratamiento que son discriminatorias por ser arbitrarias, por carecer de un fundamento suficiente, de razones justificativas que las avalen. Ahora bien, la coincidencia y la homogeneidad en los planteamientos se mantiene sólo en este nivel programático y abstracto. Es al tiempo de concretar las pautas o criterios conforme a los que se puede juzgar la suficiencia o no del fundamento de una diferenciación, cuando se manifiestan las posturas divergentes y los postulados metodológicos enfrentados. Y es ese también el momento en que en este terreno se plantea en todo su alcance el dilema fundamental de la metodología jurídica actual: a qué instancias o criterios se debe reconducir el razonamiento valorativo para que su resultado, y la consiguiente decisión, puedan tenerse por racionales. Se necesitan patrones de medida a tenor de los que se pueda fundar, con carácter válido e intersubjetivamente aceptable, que (utilizando expresiones de nuestro Tribunal Constitucional, pero con larga tradición en otros foros) existe «*notoria* desigualdad por motivaciones *arbitrarias* (esto es, no fundadas en *razones jurídicamente atendibles*)», que la desigualdad está «desprovista de una justificación *objetiva y razonable*», que existe una desigualdad de tratamiento legal «injustificada por no ser *razonable*», o provista de «fundamentos insuficientes», etc. (9).

Vemos que queda siempre un margen de apreciación que hace que «la calificación del fundamento como suficiente sea un problema valorativo» (10), y que fuerza a que el principio de igualdad, por su índole formal, se tenga que complementar con pautas materiales (11). Sub-

(8) Como dice Perelman «*l'exigence générale d'égalités concrètes, et non pas de toutes les inégalités imaginables*» (Ch. PERELMAN, *Egalité et justice*, en *L'égalité*, vol. V, Bruylant, E. Bruylant, 1977, pág. 327). Con esto desembocamos en el carácter «normativo» de la idea de igualdad. Como dice Laporta, «la igualdad o desigualdad no están determinadas principalmente, a pesar de las apariencias, por hechos, sino que son simplemente un producto de la estructura normativa de la sociedad. Ello quiere decir que no es un conjunto de hechos lo que define la relación de igualdad o desigualdad entre unos seres humanos y otros, sino la valoración, la "mediación" normativa de esos hechos que lleva a cabo el conjunto de las normas operativas en una sociedad al atribuir un significado y unas consecuencias a ciertos hechos» (F. LAPORTA, *El principio de igualdad: introducción a su análisis*, en «Sistema», 67, julio 1985, pág. 3).

(9) Véanse, respectivamente, las Sentencias del Tribunal Constitucional 8/1981, 28/1981, 34/1981, 81/1982 (los subrayados son nuestros).

(10) R. ALEXY, *op. cit.*, pág. 370.

(11) Las «*inhaltliche Massstäbe*», de que habla Chr. STARCK, *Gleichheit als Mass des*

siste un espacio amplio de decisión creadora del Tribunal en la concreción de este derecho fundamental, lo que lleva a Böckenförde a decir que semejante decisión tiene poco que ver con lo que es propiamente interpretación, y que más que averiguación de su sentido es otorgamiento de ese sentido (*mehr Sinngebung als Sinndeutung*) (12). La concurrencia de juicios de valor no inmediatamente derivados de los textos legales, que casi siempre se detecta en la aplicación del derecho, cobra aquí particular relevancia, por las peculiaridades del principio de igualdad y del razonamiento consiguiente. Como con carácter general afirma Haarscher, en toda discusión sobre la igualdad «*other notions, values and descriptive statements are to be taken into account*» (13). Sostener que corresponde al prudente arbitrio del Tribunal el establecer «dónde está el límite de lo razonable» (14), es proclamar lo obvio. El problema surge al preguntarse si subyace aquí un puro decisionismo a la hora de colmar esos márgenes de libre valoración, o si ésta se puede retrotraer a criterios objetivables e intersubjetivamente admisibles que la hagan racional, no meramente funcional o necesaria.

Ciertamente, los Tribunales Constitucionales no se reconducen a ningún tipo de habilitación decisoria que los exima de ofrecer fundamentos para su decisión y, en conformidad con el principio general de motivación de las sentencias, ofrecen fórmulas justificativas del tipo de las citadas. Pero veíamos que esas fórmulas son meros esquemas generales, que precisan de ulterior concreción valorativa para cada caso y conforme a principios o criterios generales, si no se quiere que el principio de igualdad sufra precisamente allí donde ha de ser protegido. Y el problema metodológico consiguiente no es banal ni está definitivamente resuelto, como se comprueba cuando se oye a ilustres tratadistas sostener que el método de concreción aplicado por el *Bundesverfassungsgericht* es «ilusivo» (15), o que, en el caso español, «el TC no ha establecido todavía un principio general que nos pueda servir de medida para determinar cuándo los argumentos jurídicos de las partes tienen la suficiente entidad como para justificar una desigualdad de trato» (16).

Cabe ante esta situación el escepticismo, en el entendimiento de que más allá de su dimensión formal, como afirmación de la genera-

Rechts. Probleme der Anwendung des Gleichheitssatzes, en *L'égalité*, vol. VIII, Bruselas, E. Bruylant, 1982, pág. 567.

(12) W. BÖCKENFÖRDE, *Der allgemeine Gleichheitssatz und die Aufgabe des Richters*, Berlín, de Gruyter, 1957, pág. 79.

(13) G. HAARSCHER, *The Idea of Equality*, en *L'égalité*, vol. IX, Bruselas, E. Bruylant, 1984, pág. 176.

(14) A. CARRASCO PERERA, *El «juicio de razonabilidad» en la justicia constitucional*, en «Revista Española de Derecho Constitucional», año 4, núm. 11, mayo-agosto 1984, pág. 86.

(15) Friedrich MÜLLER, *Juristische Methodenlehre*, Berlín, Duncker & Humblot, 2.ª ed., 1976, pág. 36.

(16) J. SUAY RINCÓN, *El principio de igualdad en la Justicia constitucional*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1985, pág. 177.

lidad de las normas, el principio de igualdad reenvía a vacías fórmulas de justicia (17) o meras opiniones subjetivas y emocionales (18).

Pero un examen de la jurisprudencia, relativamente uniforme, de las Cortes Constitucionales sobre esta temática, así como del estado actual del debate metodológico acerca de la racionalidad de las opciones valorativas, nos muestra que, más que un escepticismo radical o una apresurada proclamación de racionalidad suficiente en lo que no son más que fórmulas necesitadas de ulterior concreción, se aprecia lo que podemos denominar una *gradación de fundamentaciones*.

Los argumentos que la jurisprudencia y la doctrina invocan como justificación de la igualdad o desigualdad de trato, ponen de relieve una escala de niveles o instancias de fundamentación, de base diversa, pero incardinados entre sí de modo tal que no se puede sostener la inexistencia total de criterios o pautas de fundamentación para las opciones decisorias que concretizan en la práctica el principio de igualdad, y cabe afirmar únicamente el carácter problemático del fundamento *último*, del final de la cadena de justificaciones. Volveremos al final sobre esta cuestión.

No vamos a ofrecer aquí un tratamiento del tema de la igualdad formal ni de las peculiaridades de su plasmación constitucional y su control jurisdiccional, labores que cuentan ya en España con trabajos muy satisfactorios. Nos ceñiremos a la problemática que hemos planteado: las pautas o criterios para la fundamentación racional, esto es, real, objetiva y aceptable intersubjetivamente, del enjuiciamiento acerca de la admisibilidad o inadmisibilidad de las desigualdades establecidas en la creación y aplicación del derecho. Más que aportar nuevos contenidos, lo que intentaremos será una sistematización, tan omni-comprehensiva como sea posible, de los criterios en circulación y de su modo de interrelacionarse, a fin de que la perspectiva global permita una cabal comprensión del auténtico estado de la cuestión.

Dividiremos los criterios en seis grupos atinentes, respectivamente, a la articulación pragmática del principio de igualdad en relación con su función o razón de ser en el ordenamiento, a la estructura constitutiva del ordenamiento jurídico, al concreto contexto normativo, al control del razonamiento jurídico específico en que se establece la desigualdad que se enjuicia, a la estructura de la argumentación y a la racionalidad del fundamento último de las valoraciones.

(17) Cfr. H. Kelsen, *op. cit.*, págs. 396-397.

(18) A. Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, traducción de G. Carrió, 4.ª ed., 1977, pág. 280: «Si se dice que la exigencia de igualdad no debe ser tomada en sentido formal, sino que el factor decisivo es si la limitación tiene lugar de acuerdo con características distintivas que están “bien fundadas”, que son “razonables” o “justas”, esto quiere decir que la idea de igualdad se esfuma, para ser reemplazada por una referencia a lo que se considera “justo” según una opinión subjetiva y emocional. Tal “principio” no es un principio auténtico, sino el abandono de todo intento de análisis racional».

CRITERIOS DE CONCRECIÓN PRACTICA DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD

1. *Criterios atinentes a la articulación práctica del principio en relación con su función o razón de ser en el ordenamiento jurídico.*

En un plano elemental, lo primero que queda claro es que en todo ordenamiento jurídico son esencialmente necesarias las distinciones, y que el derecho mismo existe en razón de ellas, no para suprimirlas, por lo que «el principio de igualdad no puede consistir en modo alguno en el mandamiento de que el derecho trate a todos por igual» (19). Pero, junto a este imperativo estructural y previo de no identidad de tratamiento (desconocer esto significaría que en derecho no se podría diferenciar entre padres e hijos, policías y ladrones, obreros y políticos, etc.), aparece el principio de igualdad como prohibición de determinadas diferenciaciones. El resultado de todo ello es que no cabe en derecho un trato en todo igual para todos, pero tampoco un tratamiento en todo desigual. De ahí que se pueda afirmar que «tanto igualdad como desigualdad son presupuestos incondicionales del derecho y la justicia» (20).

Obviamente, el primer paso necesario para hacer operativo el principio de igualdad consistirá en delimitar cuándo las diferencias son necesarias, posibles o vedadas. Para ello, se ha querido ver un principio rector en el viejo postulado, de raigambre aristotélica, de tratar lo igual de modo igual y lo desigual de modo desigual. Así se ha recogido en ocasiones en la jurisprudencia constitucional (21).

Sin embargo, reconocido que la diferenciación de situaciones para su tratamiento distinto no choca de por sí con el principio de igualdad (22), no es suficiente la regla formal transcrita para fundar el juicio de aceptabilidad o rechazo de la diferencia, y ello por dos razones: porque presupone un juicio de contenido, que es el que, a su vez, habrá que fundamentar, y porque hasta en su misma expresión formal es inexacto si lo contrastamos con el funcionamiento real del principio de igualdad.

En el primer sentido, hay que recordar que la clave estará en el criterio con el que se agrupan los individuos o las situaciones en iguales o desiguales, pues, a diferencia de la identidad, la igualdad o desigual-

(19) I. DE OTTO, *El principio general de igualdad en la Constitución Española*, en *Igualdad, desigualdad y equidad en España y México*, México, Colegio de México, 1985, pág. 347.

(20) M. KLOEPFER, *Gleichheit als Verfassungsfrage*, Berlín, Duncker & Humblot, 1980, pág. 17.

(21) Para el caso alemán, BVerfGE 3/58 (135).

(22) Según nuestro TC, el principio de igualdad consagrado en el artículo 14 CE «no prohíbe que el legislador contemple la necesidad o la conveniencia de diferenciar situaciones distintas y de darles un tratamiento diverso» (STC 34/1981).

dad se predica siempre a partir de un determinado punto de vista o criterio de referencia (23). Como certeramente expresa Pawlowski, «la "igualdad" (y desigualdad) de las personas resulta primeramente de una decisión previa», de modo que «la igualdad está condicionada por determinadas predecisiones», es siempre un producto de un acto de abstracción (24). Piénsese en la facilidad con que en otras épocas se sostuvo la igualdad de todos los hombres al tiempo que se negaba la condición de tales a los esclavos.

En cuanto a la inexactitud del principio formal citado, es correcto en tanto que mandamiento de igualdad de trato para lo predecido como igual, pero no en cuanto mandato de tratar en todo caso de modo desigual lo desigual. Pese a que el Tribunal Constitucional italiano estima que el principio de igualdad resulta también violado cuando situaciones desiguales reciben una consideración normativa igual (25), ello no siempre se entiende así. Baste recordar que se tiene por perfectamente admisible que para delitos distintos se prevea idéntica pena (26).

Por consiguiente, el principio de igualdad debe su presencia en los ordenamientos a una necesidad estructural de sentar distinciones, pero dentro de unos márgenes. En cuanto al establecimiento de éstos, prima sobre las fórmulas generales la función pragmática del principio, que hace que la referencia primera para su contrastación no sea la lógica, sino la realidad, el concreto contexto social (27).

2. Criterios relativos a la estructura constitutiva del ordenamiento jurídico

Otro tipo de criterios concurrentes en la fundamentación de las concreciones prácticas del principio de igualdad aluden a ciertos caracteres estructurales que los ordenamientos jurídicos modernos han de satisfacer y de los que el principio de igualdad supone una cierta garantía. Aquí tal principio permite o prohíbe desigualdades en tanto queden a salvo las notas interrelacionadas de generalidad de las normas, de su aplicación «sin acepción de personas» y de coherencia sistemática del ordenamiento o *Systemgerechtigkeit*.

(23) Véase al respecto el clarificador análisis de Ota WEINBERGER, *Gleichheitspostulate. Eine strukturtheoretische und rechtspolitische Betrachtung*, en su obra *Logische Analyse in der Jurisprudenz*, Berlín, Duncker & Humblot, 1979, págs. 147 y siguientes.

(24) H-M. PAWLOWSKI, *Methodenlehre für Juristen*, Heidelberg-Karlsruhe, C. F. Müller, 1981, pág. 178.

(25) SUAY RINCÓN, *op. cit.*, pág. 52.

(26) Véase WEINBERGER, *op. cit.*, pág. 151.

(27) Señala Starck que «lo que quiere decir el principio de igualdad se patentiza a la vista de la experiencia práctica y del conocimiento de la realidad. Sin referencia a la realidad que se trata de regular, el principio de igualdad es vacío, no dice nada. Podría llenarse con cualquier contenido y conducir a las más toscas injusticias» (Chr. STARCK, *El concepto de ley en la Constitución alemana*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, traducción de Luis Legaz Lacambra, 1979, pág. 317). Según nuestro TC «Dicho principio de igualdad ha de entenderse en función de las circunstancias que concurren en cada supuesto concreto en relación con el cual se invoca» (STC 23/1981).

En este plano, se recogen afirmaciones como la de que a partir del principio «no sólo se va a examinar la constitucionalidad de las normas que persigan fines discriminatorios, sino también la de aquellas otras que pugnen con la racionalidad del ordenamiento jurídico», o la tesis del Tribunal Constitucional italiano de que «la igualdad es un principio general que condiciona todo el ordenamiento en su estructura objetiva» (28).

El principio de igualdad significa aquí la necesidad de que las leyes sean en su tipificación tan generales, abstractas y universales como sea posible, aun admitiendo excepciones cuando estén justificadas (29), y que se apliquen de la misma forma y con arreglo al mismo criterio objetivo (30). Un autor italiano resume magistralmente esta interrelación entre el principio y las condiciones estructurales del ordenamiento: «la igualdad (...) incide diversamente sobre las leyes; en cuanto veta el poder de dispensar de su observancia, incide sobre su eficacia; en cuanto veta las leyes personales, sobre su estructura; en cuanto veta la creación de privilegios de clase o de casta, sobre su contenido» (31).

Con ser este postulado esencial, no agota, por su carácter formal, el alcance del principio de igualdad, pues no dice nada sobre el contenido de las normas y resta aún la tarea de especificar la regla general de la que extraer soluciones que, más allá del respeto al postulado formal, pueden considerarse justas (32).

A la estructura formal del ordenamiento se liga también la justificación, sobre la base del principio de igualdad, de un mandato de coherencia en la normación. En este sentido, la libertad del legislador estaría limitada por la necesidad de atenerse de modo coherente y con-

(28) SUAY RINCÓN, *op. cit.*, pág. 48.

(29) Véase, por ejemplo, S. BASILE, *Los «valores superiores», los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas*, en *La Constitución Española de 1978*. Estudio sistemático dirigido por los profesores Alberto Predieri y Eduardo García de Enterría, Madrid, Civitas, 1980, pág. 273; A. E. PÉREZ LUÑO, *El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales*, en «Anuario de Derechos Humanos», 1/1981, pág. 262.

(30) Véase, por ejemplo, K. LARENZ, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, Madrid, Civitas, traducción de Luis Díez Picazo, 1985, pág. 138.

(31) M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Lezioni di Diritto Costituzionale*, Parte II, Milán, Giuffrè, 1985, pág. 74.

(32) *Sobre estas limitaciones puede verse H. P. IPSEN, Gleichheit*, en F. L. NEUMANN, H. C. NIPPERDEY, U. SCHEUNER, *Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, Bd. II, Berlín, Duncker & Humblot, 1954, págs. 143, 150; F. LENOBLE, F. OST, *Droit, mythe et raison. Essai sur la dérivé mythologique de la rationalité juridique*, Bruselas, Facultés Universitaires Saint-Louis, 1980, pág. 117; Chr. STARCK, *L'égalité en tant que mesure du droit*, en Ch. PERELMAN, R. VANDER ELST (ed.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruselas, E. Bruylant, 1984, pág. 186. Este último autor pone un buen ejemplo: una ley que prescriba el exterminio de todos los enfermos mentales es general, pero viola totalmente el principio de igualdad entre las personas. Conforme a la distinción clarificadora de LAPORTA, (*op. cit.*, pág. 7), aquí más que ante una norma general estaríamos ante una norma universal («Una norma es universal cuando sus destinatarios son todos los miembros de una clase (...), sea cual sea el número empírico de sus destinatarios»), y las normas universales pueden resultar desigualatorias, ya que la generalidad de las normas, con la que la igualdad realmente tiene que ver, consiste en la amplitud numérica de sus destinatarios y afecta a su contenido, y no sólo a su forma como la universalidad.

secuente a sus propios criterios. El principio enlaza aquí con la idea de *Systemgerechtigkeit*, a tenor de la cual toda determinación legal que esté en interna contradicción con la perspectiva global del sistema normativo supone un indicio de vulneración del principio de igualdad, sólo soslayable cuando del apartamiento concurre una justificación convincente. Se trata de salvaguardar por esta vía la coherencia lógica del ordenamiento, necesaria para su adecuada funcionalidad (33).

En este nivel formal o sistemático del principio de igualdad en relación con el ordenamiento jurídico, se sitúa una parte de su significación para el tema de los precedentes en la aplicación del derecho. Como tiene declarado el Tribunal Constitucional español, conforme al principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española «un mismo órgano judicial no puede, en casos sustancialmente iguales, modificar arbitrariamente el sentido de sus resoluciones» y «en los supuestos de órganos distintos el principio de igualdad ha de cohonestarse necesariamente con el de independencia de los órganos jurisdiccionales, correspondiendo a los de superior rango establecer la necesaria uniformidad en la aplicación de la ley a través de su jurisprudencia» (34). Aquí, la tensión, que se ha de resolver en mecanismos de compatibilidad, se da entre ese valor intrínseco de la sistematicidad y coherencia interna de lo jurídico, y la necesidad de su incardinación en una dinámica social cambiante (35).

En suma, en este nivel se constata la presencia de nuevas pautas formales cuya violación entraña la del principio de igualdad, pero que no contienen en sí mismas la clave para su articulación práctica con contenidos.

3. Criterios concernientes al contexto legal del principio de igualdad

Las modalidades anteriores de concreción formal del principio de igualdad no operan en el vacío y de modo idéntico en todos y cada uno de los ordenamientos. Como veremos, al ser dotadas de contenido no pueden sustraerse a las condiciones del contexto social de que se trate. Pero, además, la operatividad específica del principio está en cada ordenamiento marcada por las reglas de funcionamiento que el

(33) Véase K. HESSE, *Der Gleichheitssatz in der neueren deutschen Verfassungsentwicklung*, en «Archiv für Öffentliches Recht», 109/1984, pág. 188; Chr. STARCK, *L'égalité en tant que mesure du droit*, cit., pág. 191; MAZZIOTTI, *op. cit.*, pág. 77.

(34) STC 39/1984. Aquí le queda también al TC un margen de apreciación para establecer cuándo los casos son «sustancialmente iguales» y cuándo la modificación del fallo es *arbitraria*. Respecto de esto último su jurisprudencia ha evolucionado de la exigencia de expresa «fundamentación suficiente y razonable» (STC 63/1984) a conformarse con que de algún modo se haga «patente» el carácter general y justificado del cambio de orientación, aunque no se exteriorice en forma de una justificación expresa del mismo (STC 49/1985).

(35) STC 14/1982: «La adecuación de la interpretación a las exigencias del caso, o la corrección de errores interpretativos, o la adaptación del sentido de la norma a las exigencias de la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicable, no entraña esa desigualdad arbitraria denunciada invocando el artículo 14 de la Constitución».

propio sistema normativo, con la Constitución al frente, le señala. El de igualdad no es un valor extrajurídico que imponga sus contenidos en la práctica sin mediaciones legales o por encima de ellas. Por eso afirma Ipsen que no existe el principio de igualdad sin más o en términos absolutos, sino que opera en cada caso sólo «sobre la base de un orden constitucional *actual y nacional*» (36).

La clave primera vendrá dada por los términos en que el principio se recoja en las Constituciones, ya sea en su enunciado general o en sus aplicaciones a materias o situaciones concretas. En íntima relación con ello, su operatividad práctica depende del modo cómo se establezcan los cometidos de la Justicia Constitucional. La virtualidad real del principio de igualdad como derecho subjetivo, simple mecanismo defensivo o *Abwehrrecht* (37) de los sujetos frente a la actuación discriminatoria de los poderes públicos, dependerá en un grado importante de que los Tribunales Constitucionales conozcan sólo de recursos contra la inconstitucional de las leyes, sin poder fiscalizar la actuación de la Administración o los tribunales, como ocurre en el caso italiano, o que, como en Bélgica, no exista control de constitucionalidad de las leyes ni de su aplicación, siendo sólo las normas administrativas fiscalizables por los tribunales a la luz del principio de igualdad (38), o que éste vincule a todos los poderes públicos, como sucede en Alemania a tenor del artículo 1, III de la Ley Fundamental o en España en razón del artículo 52.1 de la Constitución Española, que dota al principio de igualdad del artículo 14 de valor normativo inmediato (39).

Con estas regulaciones claras del alcance del principio, desaparece la razón de ser principal para la polémica que en la Alemania de Weimar se desató sobre si era aplicable o no a las normas del legislativo. No obstante, un cierto debate perdura en cuanto al grado de control permisible del legislativo por los tribunales para que el principio fundamental de la separación de poderes no sea violentado (40). Cuanto mayor es el celo de los autores por preservar la autonomía del legislativo, mayor es también su insistencia en reducir el control de constitucionalidad de sus normas, con base en el principio de igualdad, a criterios meramente formales del tipo de los mencionados en los apartados anteriores. Así es como Forsthoff rechaza el enjuiciamiento de la proporcionalidad entre las distinciones contenidas en los supuestos

(36) IPSEN, *op. cit.*, pág. 113.

(37) Sobre esta problemática, M. SACHS, *Zur dogmatischen Struktur der Gleichheitsrechte als Abwehrrechte*, en «Die Oeffentliche Verwaltung», 37/1984, págs. 411 y sigs.

(38) Sobre el caso belga véase H. BEGELIN, *Réflexions sur l'égalité devant la loi*, en *L'égalité*, vol. IV, Bruselas, E. Bruylant, 1975, págs. 86 y sigs., especialmente pág. 96.

(39) Sobre los medios positivos para hacer efectivo el principio de igualdad en el ordenamiento español y las vías procesales para hacer frente a sus infracciones, véase P. GONZÁLEZ SALINAS, *La protección jurisdiccional del principio de igualdad*, en «Revista Española de Derecho Administrativo», 36/1983, págs. 75 y siguientes.

(40) Alexy plantea exactamente la cuestión: «no se discute si el Tribunal Constitucional tiene competencias sobre la legislación, sino sólo qué alcance tienen éstas» (ALEXY, *op. cit.*, pág. 496).

de hecho de las normas y las consecuencias jurídicas que se le anudan (41), o Karl Schweiger se opone a la interpretación del principio de igualdad como interdicción de arbitrariedad, ya que la determinación de cuándo ésta exista supone un margen de enjuiciamiento subjetivo por parte del juzgador, mediante el cual condiciona la libertad y la competencia del legislador (42). Se rechazan las intromisiones en los aspectos de contenido de las leyes, alegando que sólo el legislador posee la legitimidad democrática para su elaboración. Ahora bien, lo que debe quedar claro en esta discusión es que se trata de una cuestión de límites. No es tanto que los Tribunales Constitucionales puedan controlar el contenido de las normas, cuanto que el principio de igualdad impone a éstas, e indirectamente a su contenido, unos márgenes que no pueden ser rebasados si no se quiere que quede sin efecto el sistema de derechos fundamentales y de valores constitucionales. De ahí que diga Ipsen que luchan «contra molinos de viento» quienes sientan objeciones como las anteriores (43).

Un ulterior elemento constitucional de concreción se halla en las gradaciones que los propios textos constitucionales suelen contener para la prohibición del trato desigual, como cuando nuestro artículo 14 alude a «nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social» como criterios especialmente vedados a la hora de servir de fundamento del trato desigual. Como ha mostrado de Otto, estas prohibiciones específicas no son absolutas, sino «especiales»: no se trata de que se prohíba toda distinción que tome, por ejemplo, al sexo como criterio diferenciador (piénsese en la no admisión de las mujeres al servicio militar), sino sólo aquella que lo tome como fundamento de la distinción (44).

A dichas prohibiciones expresas se suman las disposiciones constitucionales referidas al Estado social de Derecho, la justicia, la protección del trabajador o la familia, etc., del tipo de las contenidas en los artículos 1.1, 9.2, 49, 50, 53.3, etc., de nuestra Constitución. Con todo ello se constituyen ámbitos de especial protección, que llevan a que

(41) Cfr. E. FORSTHOFF, *El Estado en la sociedad industrial*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, traducción de Luis López Guerra y Jaime Nicolás Muñiz, 1975, págs. 234 y sigs.

(42) K. SCHWEIGER, *Zur Geschichte und Bewertung des Willkürverbots*, en *Verfassung und Verfassungsrechtsprechung. Festschrift zum 25. jährigen Bestehen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs*, München, Richard Boorberg, 1972, págs. 55 y sigs., especialmente págs. 68 y sigs. En idéntico sentido, E. EYERMANN, *Gleichheitssatz, Wurzel des Willkürverbots?*, en *Verfassung und Verfassungsrechtsprechung*, cit., págs. 45 y sigs., especialmente págs. 48 y sigs.

(43) IPSEN, *op. cit.*, págs. 141-142. El TC español acoge este enfoque en su Sentencia 34/1981: «La apreciación de en qué medida la Ley ha de contemplar situaciones distintas (...) que no deben ser tratadas igualmente, queda con carácter general confiada al legislador. Pero tal valoración tiene unos límites, ya que no puede dar lugar a un resultado que vaya contra derechos y libertades reconocidos en la Constitución (art. 53.1), ni en general contra cualquier precepto o principio de la misma (...) ni, como resulta obvio, contra la esencia del propio principio de igualdad».

(44) Véase I. DE OTTO, *op. cit.*, págs. 360-361. También A. PODLECH, *Gehalt und Funktionen des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes*, Berlín, Duncker & Humblot, 1971, pág. 94.

ciertas desigualdades a ellos favorables se tengan por admisibles o, incluso, impuestas por la Constitución (45), y a que se veten con especial rigor ciertas desigualdades perjudiciales para los colectivos así protegidos (46).

Por consiguiente, el principio de igualdad recibe en la Constitución y en las normas que la desarrollan, una primera modelación concreta de su contenido y del modo cómo se articula. Lo expresa bien Th. Chomé, cuando dice que «La determinación de lo arbitrario se mide antes que nada dentro del ordenamiento de valores definidos por la Constitución» (47). Pero con ello no hemos alcanzado todavía un fundamento último y definitivo, un criterio garante de la racionalidad de las valoraciones concurrentes. Simplemente se van definiendo límites, márgenes que acotan espacios dentro de los que tales valoraciones son posibles, pero de los que éstas no pueden exceder sin vulnerar el principio de igualdad y ser susceptibles de impugnación.

4. *Criterios de control del razonamiento jurídico concreto en que se establece la desigualdad que se enjuicia*

Hasta aquí hemos visto pautas definitorias o concretizadoras del principio de igualdad que delimitan un marco general de su funcionamiento, las reglas de juego más elementales. Pero, más allá de esa reglamentación ínsita en la propia estructura del proceso y del ordenamiento, y de las peculiaridades de su plasmación normativa, se hacen necesarios también criterios de enjuiciamiento para las concretas operacionalizaciones de la idea de igualdad o desigualdad por parte del legislador, la Administración o los jueces. Para posibilitar esto, hay que proporcionar una definición operativa del principio, y es ahí donde suele entrar en acción su acepción como *Willkürverbot* o prohibición de arbitrariedad.

Curiosamente, parece llevar razón Eyermann cuando sostiene que es esta una idea producto de las jurisprudencias constitucionales y no de los textos de las Constituciones (48). Su expresión doctrinal poco menos que definitiva se la dio Gerhard Leibholz en su interpretación del artículo 109.1 de la Constitución de Weimar. La igualdad ante la ley se entiende como el tratamiento *no arbitrario* de los sujetos por los poderes públicos. Tal arbitrariedad acontece cuando no se ofrece una fundamentación suficiente del trato desigual. Leibholz se cuida de distinguir entre la falta de una tal justificación expresa y la consideración

(45) Así, PODLECH, *op. cit.*, pág. 139.

(46) De este modo dice el TC, por referencia al artículo 50 CE (garantía de la suficiencia económica de los ciudadanos durante la tercera edad), que «El principio de igualdad ha de interpretarse, por tanto, en el sentido más favorable a la realización de este objetivo, lo que significa un especial rigor a la hora de considerar justificada una desigualdad en este terreno» (STC 19/1982).

(47) Th. CHOMÉ, *Le principe de l'égalité en droit de la République Fédérale Allemande*, en *L'égalité*, vol. I, Bruselas, E. Bruylant, 1971, pág. 50.

(48) EYERMANN, *op. cit.*, pág. 46.

de la misma como simplemente injusta. Arbitrariedad y, por tanto, atentado contra el principio de igualdad, sólo existirán cuando falte para el trato desigual todo fundamento admisible en términos jurídicos, no cuando el juicio valorativo que el fundamento nos merezca sea negativo (49). No obstante, siempre será necesario un juicio sobre la suficiencia o no, la admisibilidad o no, de una motivación de la desigualdad, y en Leibholz parece remitirse la pauta para ello a un cierto consenso, a la conciencia jurídica del momento (*jeweiligen Rechtsbewusstsein*) (50), una vez que se admite que del concepto de arbitrariedad, como del de justicia, no cabe una definición material definitiva, y que sus contenidos son históricamente mudables (51). Con ello queda un importante margen de indefinición en lo que se refiere a los criterios que pueden indicar qué es un «fundamento suficiente» (52). Las expresiones del TC recogidas en la introducción, son buena muestra de su adscripción a este punto de vista, en concordancia con la práctica usual también en otras Cortes Constitucionales. Pero, en tanto no se profundice para explicar con carácter general aquellos criterios, siempre cabe pensar, como a veces se ha dicho, que se trata de una pura fórmula retórica para disfrazar la auténtica arbitrariedad, la del Alto Tribunal. Remitiéndose a la razonabilidad de la desigualdad no se adelanta nada, pues estamos ante una nueva noción que ha de ser cargada de contenido concreto (53).

Independientemente de esa problemática valorativa de fondo, la operacionalización concreta del principio de igualdad como *Willkürverbot* exige concretarse en puntos precisos de análisis. Es ahí donde en el control de constitucionalidad de las normas se incide en el examen de su finalidad y de la relación de proporcionalidad entre ésta y las consecuencias jurídicas que la norma liga a la diferenciación de partida. Tiene dicho el TC que «la igualdad es sólo violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse *una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida*» (54). Con esto parece que se especifica al menos la índole de cuestiones sobre las que ha de versar el juicio de arbitrariedad o razonabilidad. No obstante, se imponen algunas puntualizaciones.

(49) G. LEIBHOLZ, *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, München, Beck, 2.^a ed., 1959, págs. 247-248.

(50) *Ibid.*, pág. 87.

(51) *Ibid.*, pág. 73.

(52) Así, PODLECH, *op. cit.*, pág. 85.

(53) CARRASCO, *op. cit.*, plantea este problema cuando señala que «lo característico del factor razonabilidad consiste en que no hay ningún otro concepto o institución que pueda servirle de referencia. No puede ser determinado ulteriormente en virtud de otro concepto constitucional definido» (pág. 55). Añade que «el factor razonabilidad sólo tiene un punto de determinación que está más allá de cualquier institución o instrumento jurídico definido que pueda usar la justicia constitucional. El sentido de la referencia es sólo la remisión a una *auctoritas* que descansa en la necesidad de un consenso en los valores contenidos en el criterio de razonabilidad elegido por el TC» (pág. 56).

(54) STC 22/1981 (el subrayado es nuestro).

Lo que se delimita así es un campo de enjuiciamiento, no la pauta para el juicio. La razonabilidad se predica en tanto la relación de proporcionalidad entre medios y fines sea «razonable», y lo será o no en virtud de un previo criterio de valoración.

En segundo lugar, juzgar de finalidades conduce a una valoración de justicia que se sale de lo que es propiamente el control del respeto al principio de igualdad, con el consiguiente riesgo de intromisión en las competencias del legislativo. En este sentido, la base de ese juicio acerca de la mayor o menor justicia, conveniencia o adecuación de una diferenciación de trato, viene dada con anterioridad a la consideración del alcance concreto que en la práctica se dé a ese trato diferente, y depende de valores vigentes en un grupo social o en el seno de una tradición jurídica. Hay una precomprensión condicionante, como momento previo a lo que es propiamente el juicio de admisibilidad del trato desigual. Existen diferenciaciones cuya asunción en muchos casos no parece precisar siquiera fundamento explícito (padres/hijos, nacionales/extranjeros, profesores/alumnos, etc.) y otras necesitan de expresa motivación para hacer patente su admisibilidad o conveniencia. En este caso, lo difícil será en muchas ocasiones averiguar cuál es el fin de normas que no lo declaran en términos expresos o claros. Al respecto, la doctrina y la jurisprudencia constitucional italianas se inclinan a pensar que cuando no se encuentre un fin específico para la norma en cuestión que fija una desigualdad de tratamiento, podrá decretarse su inconstitucionalidad por violar el principio de igualdad (55). En este caso estaríamos ante la ausencia de una justificación «objetiva y razonable» para la diferencia, en consonancia con lo que hemos dicho que es la interpretación de esta fórmula como remisión a la explicitación de fines aceptables. Y cuando el fin se encuentre, lo único de lo que una Corte constitucional deberá juzgar será de su licitud constitucional, sin la cual la desigualdad consiguiente no sería de recibo (56).

Pero no basta una finalidad lícita para que la norma sea ante el principio de igualdad irreprochable. De la licitud de los fines no se sigue la admisibilidad de cualquier medio (57). Aquí hace su aparición el requisito de proporcionalidad. El medio que la norma en cuestión establece para lograr esa finalidad con que la desigualdad se admite, es decir, la consecuencia jurídica que la norma liga a la delimitación de supuestos que, pudiendo haberse entendido como iguales, son configurados como merecedores de trato diferenciado, no puede rebasar los márgenes de admisibilidad que aquellos fines delimitan. Ha de darse una relación de coherencia o concordancia entre los fines que se proclaman y se juzgan como fundamentadores de la razonabilidad de un trato desigual, y los medios con que pretenden satisfacerse, o sea, la concreta articulación jurídica de esa desigualdad.

(55) Véase al respecto SUAY RINCÓN, *op. cit.*, págs. 59 y sigs.

(56) Véase A. GARRORENA MORALES, *Igualdad jurídica e igualdad real y efectiva en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, en «Anales de Derecho. Universidad de Murcia», 6/1984, págs. 40-41.

(57) PODLECH, *op. cit.*, pág. 115.

Juzgar de todos esos extremos requiere una opción por criterios que suponen un margen de libertad. Así lo muestra Suay Rincón cuando, al exponer la jurisprudencia italiana sobre el citado principio de proporcionalidad dice que «resulta imposible señalar cuáles son los argumentos que la Corte emplea para determinar si la desigualdad es proporcional, pues son tan variados como la realidad misma» (58). La labor pendiente sigue siendo la de acotar aún más precisas reglas de racionalidad para esos argumentos, de manera que no puedan ser mero camuflaje del decisionismo o la arbitrariedad.

5. Criterios relativos a la estructura del proceso argumentativo

Se puede pensar, ante la diversidad de instancias a que las valoraciones de base pueden acogerse, que del juicio de racionalidad no resta ya más vía de control que ciertas reglas formales encarnadas en reglas argumentativas referentes a la carga de la justificación (59), y que, todo lo más, de los argumentos materiales sólo cabe tomar en cuenta su mayor o menor fuerza de convicción ante cada circunstancia (60).

Desde este punto de vista, el principio de igualdad implica la articulación pragmática de un entramado de presunciones, con la consiguiente carga de la argumentación para quien trate de rebatirlas. La utilidad de esta faceta para la práctica jurídica es innegable. El principio de igualdad impone a la norma o la decisión jurídica que sienta una desigualdad de trato la carga de la argumentación, de la justificación, entendiéndose que subyace la regla discursiva de que si no hay fundamento suficiente para la admisibilidad de una desigualdad, ésta estará vetada (61).

Se trata de una nueva vía de concreción del principio de igualdad, interpretado como interdicción de la arbitrariedad. Se acepta que arbitrario es lo carente de justificación, y en este caso lo que se indica no es, como en el apartado anterior, el núcleo temático de ésta, sino los sujetos o instancias que en cada ocasión han de aportarla.

El TC ha asumido este criterio al disponer que «compete a los órganos del Estado demandados en el procedimiento constitucional la carga de ofrecer la justificación que el diferente trato legal posee» (62), y que, cuando se trate de igualdad en la aplicación del derecho, parece que han de ser los recurrentes quienes aporten el término de comparación (63), sin perjuicio de la mencionada necesidad de que los jueces muestren, cuando cambian la orientación de sus decisiones, que existe un fundamento objetivo para ello.

Esta faceta del principio de igualdad como determinante del reparto de cargas argumentativas, presenta también límites que lo hacen de

(58) SUAY RINCÓN, *op. cit.*, pág. 64.

(59) Tal parece ser la conclusión a que llega PODLECH, *op. cit.*, pág. 198.

(60) Véase *ibíd.*, pág. 154.

(61) ALEXY, *op. cit.*, págs. 37 y sigs.; PODLECH, *op. cit.*, pág. 87.

(62) STC, 68/1982.

(63) Véase SUAY RINCÓN, *op. cit.*, pág. 189.

por sí insuficiente como concreción última. Queda por fijar cuándo concurre un cumplimiento suficiente de esa regla procedimental, cuándo se puede considerar que la parte que debe hacerlo ha proporcionado una «justificación suficiente», pues se puede pensar, como expone el voto disidente de varios magistrados a la Sentencia 75/1983 del Tribunal Constitucional, que tal justificación suficiente de las desigualdades «no puede consistir tan sólo en la exposición de algún argumento en favor de las normas que las contienen, pues ello sólo serviría (...) para contrarrestar la posible acusación de arbitrariedad, vedada al legislador por el artículo 9.3 de la Constitución».

Y aun cuando quien debe hacerlo argumente suficientemente sobre la finalidad de la desigualdad y la adecuación de las medidas consiguientes, el juicio de fondo sobre el mayor o menor peso de unos u otros argumentos, con la consiguiente decisión, no está en modo alguno determinado por meras reglas argumentativas. La remisión a la «razonabilidad» no pasará de ser «un formidable instrumento discursivo» (64) en manos del TC, mientras no se complemente con más específicas indicaciones para el enjuiciamiento uniforme de contenidos.

6. *Criterios concernientes a la racionalidad de las valoraciones de fondo*

Con este último apartado llegamos a ese punto último a que nos hacen ir a parar las limitaciones de todos los criterios anteriormente señalados. Todos ellos han ido acotando el juicio de igualdad dentro de unos límites que permiten su operacionalización por los Tribunales Constitucionales. Pero en la decisión queda siempre un margen para la apreciación y las opciones valorativas, por lo que se puede ver aquí un caso concreto de eso que hemos mencionado como el problema principal de la metodología jurídica: el del control de racionalidad (65).

Como afirma MacCormick, el de «razonabilidad» no es un valor en sí mismo, sino una «*value function*» que requiere especificación valorativa de contenidos en cada caso (66). ¿Cabe hallar alguna instancia última de fundamentación común para esas valoraciones, o se tratará simplemente de decisiones casuísticas o dependientes de puros enfoques subjetivos? Ciertamente, las motivaciones que los Tribunales constitucionales aportan de sus juicios sobre el principio de igualdad se remiten a menudo a instancias de ese género: el consenso, la evidencia, la naturaleza de las cosas, la conciencia jurídica general, etc.

El TC español en ocasiones parece que se retrotrae a un cierto con-

(64) CARRASCO, *op. cit.*, pág. 52.

(65) En palabras de ALEXY (*op. cit.*, pág. 498), se trata de saber «si la Jurisprudencia dispone de criterios y reglas que permitan diferenciar fundamentaciones jurídicas correctas y falsas». Responder a esta cuestión sería «tarea de la teoría de la argumentación jurídica».

(66) N. MACCORMICK, *On Reasonableness*, en *Les notions à contenu variable en droit*, *cit.*, pág. 143.

sensu como fuente última de los criterios de admisibilidad de las desigualdades. Así, cuando dice que «para introducir diferencias entre los supuestos de hecho tiene que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, *de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados*», o que el trato diferenciado ha de estar «basado en fundamentos razonables según criterios de valor *aceptados con generalidad*» (67). Aquí parece que la clave objetiva para discernir la razonabilidad de una desigualdad se ve en el consenso en torno a los valores con arreglo a los que se juzga. Este criterio, sin embargo, no es todo lo definido que debiera para servir de solución al problema suscitado, y es susceptible de diversas objeciones.

En primer lugar, el mismo TC ha puntualizado que «el problema no es de la conformidad de la solución jurídica con las convicciones o creencias actuales (...), sino su conformidad con la Constitución» (68). Con esto surge la impresión de una cierta circularidad en el razonamiento, pues lo que se busca, precisamente, es el criterio que nos permita conocer de una determinada desigualdad de trato «su conformidad con la Constitución», y es como fuente de ese criterio como se pueden invocar «las convicciones o creencias actuales» o «criterios de valor aceptados con generalidad». Lo que sí es cierto es que en una sociedad dotada de ordenamiento jurídico constitucional, la cristalización suprema del consenso debe verse en la Constitución, y todos los valores que en ésta se entiendan contenidos gozarán de prioridad. Pero el problema surge, precisamente, al tiempo de concretar esos valores e introducir en el juicio ulteriores premisas valorativas dotadas de justificación racional.

Al respecto, se ha cuestionado la fundamentación del control de igualdad «según el criterio de las representaciones axiológicas dominantes», pues se dice que «si estas representaciones están encarnadas en alguna parte, es en el Parlamento libremente elegido, el cual elabora las leyes (...). Si para la concretización del principio de igualdad se tratara únicamente de representaciones generales de la justicia, habría que renunciar al control judicial de la igualdad» (69).

Mas los problemas de este criterio no aparecen sólo al preguntarse en virtud de qué principio se puede erigir un Tribunal Constitucional en portavoz de las convicciones generales. Tampoco parece que sea viable precisar cómo puede llegar, ante cada concreta cuestión litigiosa en torno al principio de igualdad, a un conocimiento cierto de cuál es el estado real de la opinión pública, si no es a través del tamiz deformador de convicciones subjetivas, ideológicas, etc. A esto se suma que, como señala Böckenförde, el criterio en sí del consenso tampoco encarna una garantía de racionalidad suficientemente firme, pues es perfectamente posible, y más con los actuales medios de manejo de la

(67) STC 49/1982, STC 75/1983 (los subrayados son nuestros).

(68) STC 81/1982.

(69) STARCK, *L'égalité en tant que mesure du droit*, cit., pág. 188. En el mismo sentido, del mismo autor, *Gleichheit als Mass des Rechts*, cit., pág. 570.

opinión pública, un consenso erróneo o manipulado (70), y que tampoco es factible fijar para cada cuestión una respuesta homogénea a partir de convicciones claramente dominantes en el grupo social (71).

En otras ocasiones, la opción decisoria se ampara bajo la invocación de la «naturaleza de la cosa» o de la «evidencia». La jurisprudencia constitucional alemana adoptó esta pauta en el famoso *Südweststaatsurteil*: «se vulnera el principio de igualdad cuando no es posible hallar para la diferenciación legal o la igualdad de trato un fundamento racional resultante de la naturaleza de la cosa o evidente de algún otro modo, en suma, cuando la disposición deba ser calificada como arbitraria» (72). Con el mismo significado ha sido interpretada la referencia de nuestro TC a la necesidad de una justificación «objetiva» (73).

Las críticas a la utilización de este criterio han sido muy fuertes. Se afirma que se trata de una frase hecha carente de función; no de un instrumento metodológico autónomo, sino de una metáfora con la que se alude a un modo variable de interrelacionar datos objetivos y regulaciones legales (74), con lo que no sería más que un modo de expresar el resultado de una valoración previa dependiente de posturas valorativas (75). Perelman proporciona lo que parece un testimonio definitivo de la debilidad de este argumento como fundamento racional: «el recurso a la naturaleza de las cosas (...) podría dar la impresión de una justificación tan fundada y objetiva como para ser válida siempre y en todas partes. Pero no es más que una ilusión. Basta recordar la decisión de la Corte de Casación belga en 1889 que descartaba a las mujeres del acceso a la abogacía por razones que le parecían evidentes, para constatar que distinciones basadas tradicionalmente sobre la naturaleza de las cosas serán calificadas un siglo más tarde como discriminaciones injustificadas» (76).

El valor discursivo de estos argumentos que invocan la naturaleza de las cosas o la evidencia, parece radicar en su funcionalidad como remisión a ese ámbito de la precomprensión antes aludido, en el que una serie de principios y postulados de conocimiento o normativos son tenidos como incuestionados y patentes para todos. La virtualidad de semejantes argumentos vendría dada por su aptitud para operar como eslabón último de la cadena de fundamentos, evitando la impresión de arbitrariedad (77). Pero esta su consideración funcional hace ver el carácter contingente, socialmente dependiente e históricamente variable

(70) BÖCKERFÖRDE, *op. cit.*, pág. 50.

(71) R. ZIPPELIUS, *Wertungsprobleme im System der Grundrechte*, München, Beck, 1962, págs. 194 y sigs.

(72) BVerfGE 1/14 (52).

(73) I. DE OTTO, *op. cit.*, pág. 352.

(74) F. MÜLLER, *Juristische Methodik, cit.*, págs. 34-35.

(75) F. MÜLLER, *Strukturierende Rechtslehre, cit.*, pág. 105.

(76) Ch. PERELMAN, *Egalité et intérêt général*, en *L'égalité*, vol. VIII, *cit.*, pág. 620.

(77) Véase J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt/M., Athenäum, 2.^a ed., 1972, pág. 173; A. BARATTA, *Juristische Analogie und Natur der Sache*, en *Mensch und Recht. Festschrift für Erik Wolf zum 70. Geburtstag*, Frankfurt/M., Klostermann, 1972, pág. 149.

del contenido de esos argumentos, permaneciendo sólo ese su cometido de «estabilizadores» (78) de las valoraciones concurrentes en la práctica.

Querer soslayar esa contingencia de tales criterios, equivale a menudo a pretender dotar a estos argumentos de una carga iusnaturalista difícilmente conciliable con los requisitos de una racionalidad entendida como fundamentación intersubjetivamente aceptable y no manipulada (79).

El problema sigue siendo que, en palabras de Zippelius, «la cuestión de la igualdad de trato es en última instancia una cuestión valorativa» (80). Con las remisiones a las convicciones generales o a la evidencia no se alude a un sistema de valores coherentes y completo, sino únicamente a un limitado cuerpo de postulados compartidos como indudables e indiscutibles en una comunidad histórica, base de la precomprensión operante en la articulación y aplicación de sus ordenamientos normativos. Pero se trata únicamente de un límite exterior, del margen que en las valoraciones de la práctica jurídica no se puede rebasar sin entrar en flagrante contradicción con los pilares centrales de la organización de la convivencia (81). La función es, por tanto, de límite negativo, no de sistema completo de soluciones. Dentro de esos márgenes subsiste aún un *Entscheidungsspielraum* y se mantiene, si bien no en términos absolutos, sino enmarcado por esos límites últimos, el problema de las valoraciones y su fundamento racional. Admitir la existencia de ese margen decisorio puede conducir, y parece

(78) Tal es la denominación que emplea H. SCHREINER, *Evidenz und Rechtsmethodologie*, en *Objektivierung des Rechtsdenkens. Gedächtnisschrift für Ilmar Tammelo*, Berlín, Duncker & Humblot, 1984, pág. 548.

(79) Afirma Díez Picazo en su voto particular a la STC 34/1981 que «La referencia a la naturaleza de las cosas, al carácter razonable y a otros parámetros semejantes a los que se suele recurrir para delimitar la igualdad, permite una fácil inclinación hacia el iusnaturalismo, que debe ser cuidadosamente evitado por una jurisdicción constitucional». Al respecto también, H. J. RINCK, *Gleichheitssatz, Willkürverbot und Natur der Sache*, en «Juristenzeitung», 1963, págs. 522, 524.

(80) ZIPPELIUS, *op. cit.*, pág. 33.

(81) ZIPPELIUS, (*op. cit.*, págs. 198 y sigs.) sostiene que el Alto Tribunal puede, sin sobrepasar por ello los límites que la separación de poderes y los principios del Estado de Derecho imponen a la *Justiziabilität*, atacar las decisiones del legislador o la Administración que contravengan de modo claro los principios de justicia tenidos por indubitados en una sociedad. Pero cuando respecto de una cuestión éstos no puedan fijarse o sean discutidos, tendrán la última palabra el legislativo y el ejecutivo, y sus decisiones no se podrán invalidar sobre esta base. Y cuando lo que se impugne sean decisiones judiciales, éstas serán claramente revisables también en caso de contradecir tales postulados tenidos por evidentes (págs. 206-207). Refiriéndose a la utilización argumentativa de la idea de «contenido esencial» de los derechos fundamentales, dice CARRASCO, (*op. cit.*, pág. 86) que «lo “indiscutible” es lo esencial, y esta calificación deviene como resultado de un sentido común que aspira a ser compartido. Lo indiscutible es “lo elemental”, aquello sobre lo que, por fin, un amplio auditorio tiene que estar necesariamente de acuerdo». Se define así algo similar al «*soziales Spielraum*» de que habla Ernst TOPITSCH: el margen de posibilidades o «*logisches Spielraum*» que las formulaciones normativas de los derechos fundamentales dejan libre es limitado en la praxis por las ideas políticas y morales operantes en la estructura de una sociedad y en sus individuos, con sus correspondientes mecanismos sancionatorios (*Die Menschenrechte. Ein Beitrag zur Ideologiekritik*, en «Juristenzeitung», 1/1963, pág. 3).

esta una postura realista y no mistificadora, a reconocer en estas decisiones un componente creador y de participación en la conformación del derecho (82). La cuestión de la racionalidad y el control último de esa actividad sigue abierta, pero, al menos, no se oculta esa dimensión de posible subjetividad bajo la ficción de procedimientos o mecanismos aparentemente objetivos, como los que se expresan en el llamado principio de la ponderación de bienes o *Abwägungsprinzip*. Cuando se dice que el Tribunal «sopesa» los argumentos o los valores o bienes en juego y decide en favor del de mayor relevancia, se está aplicando una metáfora, pues las razones no pesan y lo determinante será el criterio de medida por el que se les adscribe un peso mayor o menor. Con ello el tema sigue abierto y la cuestión es cómo hallar al respecto un baremo objetivo (83).

El último intento de dar solución a esta problemática es probablemente el de Alexy, que extiende su teoría de la argumentación jurídica a lo que llama la argumentación sobre los derechos fundamentales (*grundrechtliche Argumentation*). Se trata de propugnar ciertas reglas del discurso práctico general y del discurso jurídico en particular, como especie de aquél, que delimitan un marco *procedimental* para la argumentación y garantizan algo similar a la habermasiana situación ideal de diálogo. El respeto de esas reglas posibilitaría que cualquier opción valorativa, cualquier decisión tomada en el marco de ese proceder dialógico y argumentativo, sea racional (84). En el caso de la argumentación sobre derechos fundamentales, el discurso no estará regido sólo por las peculiaridades especificadoras del discurso jurídico como modalidad del discurso práctico general (vinculación a la ley, peso de los precedentes y la dogmática, relevancia de las reglas jurídicas procesales), sino también por ciertos datos adicionales que Alexy denomina «base de la argumentación sobre derechos fundamentales»: vinculación al tenor literal de los preceptos sobre derechos fundamentales y a la voluntad del legislador constituyente, fuerza de los precedentes y papel directivo no vinculante, como opiniones dotadas de fundamentación expresa, de las teorías materiales sobre los derechos humanos (85). Según Alexy, esa base proporciona a la argumentación en materia de derechos fundamentales un asidero más firme, aunque no definitivo. Resta aún un margen decisorio cuya racionalidad tendrá

(82) ZIPPELIUS, *op. cit.*, págs. 208 y sigs.

(83) MACCORMICK, *op. cit.*, págs. 146, 152; F. MÜLLER, *Juristische Methodik, cit.*, págs. 53-54. Willi GEIGER (*Das Bundesverfassungsgericht im Spannungsfeld zwischen Recht und Politik*, en «Europäische Grundrechte Zeitschrift», 12/1985, pág. 404) se refiere al *Abwägungsprinzip* como carente de contenido y apto para justificar cualquier resultado. Por su parte, Niklas LUHMANN (*Die Ökologische Kommunikation*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1986, págs. 134-135) lo incluye entre las fórmulas vacías que dejan los problemas abiertos y enmascaran la arbitrariedad de la decisión.

(84) Véase al respecto R. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt/M., Suhrkamp, 1978; *La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica*, en E. Garzón Valdés (comp.), *Derecho y filosofía*, Barcelona-Caracas, Alfa, traducción de Carlos de Santiago, 1985, págs. 43 y sigs.

(85) ALEXY, *Theorie der Grundrechte, cit.*, págs. 501 y sigs.

que estructurarse por su conformidad con las «reglas y formas del discurso práctico general y de la argumentación jurídica» (86).

Con este último paso, una cosa parece quedar clara: que no existen instancias materiales aseguradoras de la racionalidad última de las valoraciones subyacentes al juicio aplicativo del principio de igualdad, y que allí donde las efectivas y constatables determinaciones lógicas, jurídicas y sociales no alcanzan, queda un margen no perfectamente controlable en cuanto a su fondo.

CONCLUSIONES

El examen realizado de los criterios operantes en el enjuiciamiento de los casos confrontados con el principio de igualdad nos pone de manifiesto que el problema de la racionalidad no se puede responder en términos absolutos de afirmación o negación, sino matizadamente. Existen una serie de pautas de enjuiciamiento de orden diverso y que hemos clasificado en seis grupos. Esas pautas sucesivamente van estableciendo unos *límites* dentro de los que aquel enjuiciamiento se ha de desenvolver. La violación de alguno o algunos de esos límites conllevará el rechazo de la diferenciación de tratamiento normativo o judicial que se juzga, por contravenir el principio de igualdad. Esos criterios limitadores no son independientes, sino que se enlazan entre sí en combinaciones diversas, pero siempre a modo de cadena de fundamentaciones. Sólo al final de esa cadena, al preguntarse por la fuente última de las opciones concurrentes *dentro de los márgenes* así marcados, se descubre un posible elemento de subjetividad en la apreciación, de participación en la conformación efectiva de lo jurídico. Ciertamente se trata de un momento decisivo y determinante del resultado. Pero los límites dentro de los que, al menos idealmente, acontecen, no permiten hablar propiamente de arbitrariedad o libertad plena, aunque destierren también la ilusión de una racionalidad perfecta, entendida como control total. Pero es esta una limitación de toda práctica con el derecho, que sólo se solventaría con un derecho sin ambigüedades ni lagunas en una sociedad sin cambios, o con la posesión de un orden de valores indubitado, inmutable y concretizado hasta en sus menores aplicaciones. Y sabido es cuán vano resulta pretender tanto lo uno como lo otro.

(86) *Ibíd.*, págs. 520-521.

