

Capítulo quinto

IGUALDAD EN EL CONTENIDO DE LA LEY	87
I. Principio de igualdad como límite a la legislación .	93
II. Principio de razonabilidad	95
III. Razonabilidad de la clasificación normativa	98
1. Doctrina de la clasificación razonable	102
2. Doctrina de la clasificación sospechosa	105

CAPÍTULO QUINTO

IGUALDAD EN EL CONTENIDO DE LA LEY

Una dimensión más en la evolución del principio de igualdad aparece porque se dilucida la insuficiencia de la igualdad en la aplicación del derecho. Ahora, se impone al legislador que respete también el principio de igualdad en el contenido de la norma y supone la posibilidad de que introduzca diferencias de trato cuando con ellas se alcance una igualdad en los hechos; sobre esto último se profundiza en el capítulo séptimo.

La imposición de llevar la igualdad al contenido de la ley, dirigida al legislador, se realiza de la única manera en que se puede realizar: recogiendo el principio de igualdad en las Constituciones y estableciendo un control de constitucionalidad.

Es, en términos generales, una ampliación de la igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley, a través de la exigencia de razonabilidad en el contenido de la ley.

En el derecho comparado, existe alguna vaguedad en la atribución de tal ampliación del contenido de la igualdad. A pesar de la pasión francesa por la igualdad, lo cierto es que el primer país que configura la igualdad como límite a la potestad legislativa es Estados Unidos, con la aprobación de la enmienda XIV el 28 de junio de 1868.⁶¹

⁶¹ Enmienda XIV (primer párrafo).

1. Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y de los estados en que residen. Ningún estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la

En efecto, la primera disposición de una Constitución directamente aplicable y de obligado cumplimiento por el legislador que contempló el principio de igualdad, fue la enmienda XIV de la Constitución de los Estados Unidos.

Para entender la evolución histórica que desemboca en la aprobación de la decimocuarta enmienda hay que retrotraerse treinta años antes del caso *Barrow*. En él, se dilucidó si los estados estaban sujetos a la Declaración de Derechos de la Constitución Americana, llegando el Tribunal Supremo a la conclusión de que esto no era así.

La Declaración de Derechos, apuntaba la Corte Suprema, únicamente limitaba al legislador federal, siendo las propias Constituciones de los estados las que debían acotar las leyes estatales. Esta interpretación dio lugar a que los estados esclavistas del sur pudieran seguir negando la condición de ciudadanos a su población africana.

Después de la Guerra Civil (1861-1865), el norte triunfador, para asegurar el abolicionismo, impulsa en 1866 una ley antidiscriminatoria (*Civil Rights Act*), y en 1868 una reforma constitucional que obliga a los estados a tratar a todas las personas nacidas en Estados Unidos por igual: la decimocuarta enmienda.

En la parte más trascendente de la enmienda se proclamaba, por tanto, la igualdad formal en la ley y pese a que su verdadero sentido fue alterado, en lo que se refiere a la discriminación racial—debido a la conocida sentencia del Tribunal Supremo que resolvió el caso *Plessy vs Ferguson (1896)* la cual, mediante la creación de la doctrina del *separate but equal* (separados pero iguales), justificó la segregación racial—, debe considerarse a la cláusula de igual protección que contiene la decimocuarta enmienda de la Constitución norteamericana, como la primera posibilidad norma-

propiedad sin el debido proceso legal; ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la protección de las leyes, igual para todos.

tiva creada en el derecho constitucional comparado para lograr la igualdad en la ley.

No obstante, la igualdad en la ley establecida en la decimocuarta enmienda únicamente vinculaba a la ley estatal, no a la ley federal. Al no existir ninguna cláusula de igual protección en la originaria *Bill of Rights*, la Constitución, que obligaba a los estados a no discriminar a través de la enmienda XIV, dejaba sin sanción la discriminación proveniente de una ley del gobierno federal.

Esta laguna fue cubierta por la Corte Suprema en 1954 en el caso *Bolling vs Sharpe*, 347 US 497 (1954), al interpretar que la quinta enmienda, al establecer que el gobierno federal debe proveer a todos los ciudadanos de un debido procedimiento legal que garantice su libertad, incluye implícitamente el concepto de igualdad en esta cláusula del debido proceso. Con ello fue posible extender definitivamente el mandato constitucional de igualdad a todas las normas jurídicas del país.⁶²

Por lo que se refiere a Europa, el “cambio de significado” del principio de igualdad se produce cuando se generaliza el sentimiento, o la creencia, de que la igualdad no es un punto de partida, sino una finalidad o, dicho de otro modo, que la sociedad no es un hecho natural y que, por tanto, las diferencias que de ella resultan, hacen que el principio de igualdad, lejos de preservarse con su simple aceptación, exige precisamente su corrección.

La doctrina del cambio de significado tiene su origen en el derecho suizo, pero adquiere su máxima expresión en la doctrina alemana, en específico con Leibholz, quien retoma las raíces aristotélicas del principio: la igualdad no sería una mera igualación de la capacidad jurídica de todos los ciudadanos, sino un imperativo superior, derivado de la idea de justicia, que obliga a tratar “igual a lo igual y desigual a lo desigual” y que, desde luego, se impone constitucionalmente al legislador.

⁶² Cfr. Giménez Gluck, David, *Una manifestación polémica del principio de igualdad*, cit., nota 34, pp. 26-33.

La igualdad en la ley se convierte finalmente en jurídicamente relevante en el constitucionalismo europeo al mismo tiempo que el control de constitucionalidad.

Los preceptos constitucionales dedicados a establecer la igualdad de los ciudadanos no pasaban de ser hasta el periodo de entreguerras, meras finalidades programáticas que no vinculaban jurídicamente al legislador. En este periodo que va entre las dos grandes guerras, algunas Constituciones europeas crearon órganos de control de constitucionalidad, como el Tribunal de Garantías Constitucionales de la Constitución española de 1931 o el Tribunal Constitucional de la Constitución austriaca de 1920, inspirado por Kelsen.

Sin embargo, son Constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial —la Ley Fundamental de Bonn de 1949 y la Constitución italiana de 1947—, las que introducen en el constitucionalismo europeo de forma definitiva el control de constitucionalidad de las leyes, con lo que lo establecido sobre la igualdad adquiere una dimensión normativa de la que hasta entonces carecía.

En la actualidad, las leyes han de procurar, en su contenido y en su forma, un trato igualitario a todos los ciudadanos y si no lo hacen, son declaradas nulas por el Tribunal Constitucional.

Otro aspecto destacable de la recepción de la igualdad en las Constituciones europeas de posguerra estriba en la extensión de su ámbito de influencia: la igualdad no es en las Constituciones europeas una referencia accidental producto de las circunstancias políticas coyunturales posteriores a una guerra civil como en Estados Unidos, sino un pilar fundamental sobre el que se asienta el Estado.⁶³

Según se ha podido constatar, el principio de igualdad no sólo juega en relación con los derechos fundamentales, sino ante todo, respecto del ordenamiento jurídico en su entera estructura objetiva, expresando un canon general de coherencia.

⁶³ Cfr. *Ibidem*, p. 33.

PRINCIPIO DE IGUALDAD: ALCANCES Y PERSPECTIVAS 91

Ello es así porque ni en la naturaleza ni en la sociedad existe lo “igual”, sino precisamente lo “diverso”. Es falso que la igualdad sea una ley de la naturaleza; la naturaleza no tiene nada de hecho igual. Por tanto, la igualdad no es una realidad objetiva o empírica anterior al derecho que éste sólo tenga que percibir, sino que toda constatación jurídica de la igualdad implica siempre un juicio de valor, un proceso de abstracción que depende de la elección de las propiedades o rasgos considerados como relevantes entre los que se compara.

El concepto de igualdad es incompleto y remite siempre a un punto de vista desde el que se realizan las comparaciones; por este motivo, su función es la de configurar un campo de argumentación con ciertas exigencias.

El esquema “igual/desigual” no ofrece respuesta inmediata a los problemas sino que tan sólo abre un margen para el argumentar racional. La fórmula “hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual” no puede entenderse ni como una obligación de que todos los individuos sean tratados exactamente de la misma manera ni tampoco, en el sentido de que toda “diferencia” constituya un rasgo relevante para un tratamiento desigual.⁶⁴

La igualdad en la ley se analiza así, como una conminación dirigida a aquellos que hacen el derecho a no cometer desigualdades, lo cual puede tener dos implicaciones diferentes.

Una primera es que la ley debe tratar todas las situaciones de igual manera. Una igualdad de este tipo se satisface a través de la generalidad de la ley que es una garantía de imparcialidad y por tanto, también de igualdad. Esta igualdad corresponde al Estado liberal y neutro del siglo XIX, en donde toda diferenciación o intervención específica supone una modificación a la igualdad abstracta establecida entre los ciudadanos.

La segunda interpretación se refiere a que la ley no debe establecer en sí misma discriminaciones injustificadas. Las dife-

⁶⁴ Cfr. Rey Martínez, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, McGraw Hill, 1995, p. 41.

rencias de tratamiento no están autorizadas a menos que sean razonables.

Esta facultad dada al legislador de crear distinciones constituye un cierto progreso hacia una igualdad ya no sólo ante la ley o en su aplicación. Se trata de una forma más exigente del principio, con muchas aristas y varios riesgos, porque la igualdad puede devenir así un principio de voluntad política, un principio ambiguo que puede revertir múltiples facetas, dado que la selección de las propiedades a tomar en cuenta para determinar el alcance de la igualdad podría ser subjetivo y coyuntural.⁶⁵

La igualdad en el contenido de la norma no resuelve, por ejemplo, el decisivo problema de cuál ha de ser el criterio que el juez ha de utilizar para valorar la obra del legislador y, por tanto, la exigencia de razonabilidad que en todo caso se reclama, reafirma la necesidad de una política que trascienda a los intereses particulares y de una política que se construya sobre la virtud cívica y el espíritu público más que sobre los beneficios y límites del poder y de los propios particulares.

El problema de una posible politización de la justicia, sin embargo, se ha intentado mitigar de distintas formas; por ejemplo, a través de límites objetivos y del análisis teleológico de las normas.⁶⁶

⁶⁵ Belloubet-Frier, Nicole, “Le principe d’égalité”, *op. cit.*, nota 32, p. 153.

⁶⁶ Los criterios que se han de escoger y la razonabilidad misma pueden convertirse en algo tan ambiguo que se les ha identificado con lo que podría llamarse “la conciencia jurídica de la comunidad”, Rey Martínez, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, *cit.*, nota 64, p. 46. Asimismo, cabe recordar una vez más a Kelsen cuando señala: “Sería absurdo tratar a los niños de la misma manera que a los adultos, a los locos igual que a los cuerdos. ¿Cuáles son, pues, las diferencias que deben ser tenidas en cuenta y cuáles las que no? Esta es la pregunta decisiva, y el principio de igualdad no da respuesta alguna a la misma. En realidad, las respuestas de los órdenes jurídicos positivos son muy diferentes. Todos están de acuerdo en la necesidad de ignorar ciertas desigualdades de los hombres pero no hay dos órdenes jurídicos que coincidan en lo que se refiere a las diferencias que no deben ignorarse y que hay que tener en cuenta para el otorgamiento de derechos y la imposición de obligaciones. Algunos conceden derechos políticos a los hombres y no a las mujeres, otros tratan igualmente a ambos sexos pero obligan solamente a

PRINCIPIO DE IGUALDAD: ALCANCES Y PERSPECTIVAS 93

I. PRINCIPIO DE IGUALDAD COMO LÍMITE A LA LEGISLACIÓN

Una vez más, cabe recordar la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Esta vez, el artículo 16: “Toda sociedad en la que no está asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de poderes no tiene Constitución”. Conviene recordar esta Declaración porque la Constitución se convirtió en garante de una determinada cultura jurídica y política. Se dotó a la Constitución de un contenido mínimo: liberal-democrático y así, no se entiende como Constitución aquella que no sea democrática. Esto es así, porque sólo en un sistema democrático cabe entender una Constitución como normativa, puesto que los regímenes autoritarios no suelen caracterizarse por su estricta observancia de las formas jurídicas.

Para comprender el principio de igualdad como límite a la actividad del legislador, se presupone la existencia de una Constitución normativa, es decir, una Constitución en donde no basta la sola proclamación retórica de los derechos fundamentales y de la división de poderes, sino que hace además, que esos postulados se cumplan en la realidad y pone los medios para que sean exigibles y exigidos, y para que, en caso de ser violadas las normas que los recogen, se produzca la consecuente sanción y reparación. Así,

los hombres a prestar servicio militar, otros no establecen diferencia alguna en este sentido. Pero, ¿cuál es el orden justo? Aquel para quien la religión es indiferente afirmará que las distinciones de religión son irrelevantes. El creyente, por el contrario, considerará que la diferencia fundamental es aquella que existe entre los que comparten su fe —que él, como creyente considera la única verdadera— y los demás, es decir, los no creyentes. Para él será completamente justo conceder a aquellos los derechos y a éstos negárselos. Se habrá aplicado así con toda rectitud el principio de igualdad que exige que los iguales sean tratados igualmente. Esto no indica que el principio de igualdad no puede dar respuesta a la pregunta fundamental: ¿qué es lo bueno? En el tratamiento dado a los súbditos por un orden jurídico positivo, cualquier diferencia puede ser considerada esencial y servir, por lo tanto, de fundamento para un tratamiento diferente sin que por esto el orden jurídico contradiga el principio de igualdad. Este principio es demasiado vacío para poder determinar la estructura esencial de un orden jurídico. Kelsen, Hans, *¿Qué es la justicia?*, cit., nota 5, pp. 48-51.

a través de la vigencia efectiva de una Constitución normativa, se procura la supervivencia de la democracia porque ésta —la Constitución normativa— se erige como el mejor obstáculo a la arbitrariedad y el autoritarismo.⁶⁷ En suma, una Constitución es normativa:

- a) Cuando se le concibe como una parte del ordenamiento jurídico estatal, dejando a un lado las visiones historicistas o sociológicas.
- b) Cuando sus preceptos tienen que concebirse como vinculantes para la conducta de los sujetos a los que se destinan.
- c) Cuando cualquier violación de la Constitución debe ser considerada ilícita por la propia Constitución o por otra norma del ordenamiento, pues una norma que puede ser infringida lícitamente no es una norma (jurídica).
- d) Cuando se implementan una serie de mecanismos eficaces para reparar las posibles violaciones a la carta fundamental.⁶⁸

Así, el principio de igualdad en el contenido de la norma a través de la imposición de límites a la legislación, se inscribe en una Constitución normativa, dotada del control de constitucionalidad de las leyes.⁶⁹

⁶⁷ Carbonell, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, cit., nota 58, pp. 148 y 149. En este mismo sentido, el autor recuerda a Francisco Rubio Llorente, en una descripción de la Constitución en estos términos: "...por Constitución entendemos aquí y entiende hoy lo mejor de la doctrina, un modo de ordenación de la vida social en el que la titularidad de la soberanía corresponde a las generaciones vivas y en el que, por consiguiente, las relaciones entre gobernantes y gobernados están reguladas de tal modo que éstos disponen de unos ámbitos reales de libertad que les permiten el control efectivo de los titulares ocasionales del poder".

⁶⁸ Cfr. *Ibidem*, pp. 149-153.

⁶⁹ Sobre este punto, *vid supra* el capítulo cuarto, sobre la igualdad en la aplicación de la ley. En específico, las reflexiones sobre la relatividad de las sentencias de amparo, sobre las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad.

II. PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD

En muchos sistemas constitucionales contemporáneos, el límite sustancial quizá más importante para la legislación es el principio llamado de “razonabilidad”. Se trata de un principio elaborado por diversos tribunales constitucionales a través de la interpretación de las disposiciones constitucionales, que establecen el principio de igualdad, o sea, la prohibición para el legislador de distinguir (o discriminar) entre las personas.

En muchas Constituciones, el principio de igualdad es formulado como una regla específica, que prohíbe no ya cualquier distinción sin ulteriores especificaciones, sino algunas distinciones particulares determinadas; por ejemplo, según la raza, el sexo, la opinión política, las condiciones sociales, etc. En consecuencia, existen ciertas condiciones que están prohibidas (se trata, podríamos decir, no de meras distinciones, sino de “discriminaciones” en sentido valorativo); mientras que cualesquiera otras distinciones están permitidas.

Sin embargo, diversos tribunales constitucionales entienden el principio de igualdad como un principio genérico, del tipo: “los casos iguales deben ser tratados del mismo modo, y los casos diferentes deben ser tratados en modos diversos”. Este principio, así formulado, supone claramente el problema de decidir cuáles casos son (entre ellos) iguales y cuáles no lo son: dicho de otro modo, cuáles distinciones son justificables y cuáles son discriminatorias. El principio de razonabilidad es precisamente una respuesta a esta pregunta. Desgraciadamente, es nuevamente una respuesta tautológica.

Según este principio, las distinciones (o clasificaciones) realizadas por el legislador, para no ser discriminatorias, deben ser razonables. Esto significa que, para distinguir, deben existir razones y en este tipo de contexto, es obvio que “razones” no significa simplemente argumentos: significa “buenos” argumentos, es decir, justificaciones. Por lo tanto, según el principio de razonabilidad, una distinción está justificada cuando está “justificada”.

Es evidente que, para decidir si un argumento es bueno (y si, por tanto, una cierta distinción legislativa está justificada), hay que hacer un juicio de valor. Ahora bien, el órgano competente para expresar en última instancia y con eficacia general semejante juicio de valor es un Tribunal Constitucional. En consecuencia, esta interpretación del principio de igualdad se convierte en un instrumento muy potente, en las manos de los tribunales constitucionales, para revisar discrecionalmente las decisiones discrecionales del legislador.⁷⁰

Por otro lado, debe recordarse que el principio de igualdad no implica rigurosa uniformidad de tratamiento en la regulación legal, ya que, si así fuera, en ocasiones podría llegarse a resultados absurdos. Dentro del principio de igualdad tienen cabida diferenciaciones de tratamiento, aunque no la pura y simple diferenciación de tratamiento. Se hace precisa la constatación de la existencia de legítimos factores que justifiquen la desigualdad. Así, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el principio de igualdad resulta vulnerado si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable. La existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación con la finalidad y los efectos de la medida considerada, debiendo darse además, una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida.

En esta definición hay por lo menos tres elementos, todos ellos valorados en pie de igualdad por el Tribunal mencionado.

En primer lugar, los supuestos de hecho comparables, en los que existe una significativa proporción de elementos comunes, pese a que entre ellos pueda hallarse algún factor diferencial, cuya legitimidad debe enjuiciarse.

El segundo punto de atención sería la valoración de la razón de ser de la diferencia de tratamiento; en caso de ser positiva, quedaría justificado el tratamiento desigual.

⁷⁰ Guastini, Riccardo, “La Constitución como límite a la legislación”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2002, pp. 440 y 441.

PRINCIPIO DE IGUALDAD: ALCANCES Y PERSPECTIVAS 97

El tercer elemento es instrumental y sirve para realizar esa valoración, la razonabilidad de la causa alegada para justificar las diferencias de trato tiene que buscarse no sólo indagando sobre la no incompatibilidad con el ordenamiento jurídico de la diferencia, sino también buscando la razonable adecuación de la medida tomada en relación con los fines que se persiguen a través de ella.

Así, el principio de igualdad en la ley permite introducir diferenciaciones entre supuestos de hecho potencialmente equiparables, siempre que para la diferenciación exista una justificación objetiva y razonable. La igualdad que reclama el ordenamiento jurídico se resuelve, de este modo, en la exigencia de no diferenciar sin razón suficiente entre situaciones de hecho, debiendo fundamentarse en tal sentido los elementos o puntos de conexión a los que quien hace la norma imputa ciertas consecuencias jurídicas.

Por tanto, serían contrarias al principio de igualdad tanto las normas que injustificadamente anudan consecuencias diferentes a supuestos de hecho sustancialmente iguales, como aquellas normas que consiguen el mismo resultado (el tratamiento diferenciado ilegítimo) mediante la consideración como diferentes de supuestos de hecho iguales, sin proporcionar fundamentación adecuada para la diferenciación de supuestos, es decir, sin que la razón condicionante de la distinción tenga relevancia jurídica para el cumplimiento de los fines perseguidos por el legislador.

Examinar la proporcionalidad o la razonabilidad de la medida legislativa significa evaluar si los supuestos de hecho están legítimamente diferenciados, en atención al fin perseguido por la norma. Es decir, la adecuación del contenido de una ley al principio de igualdad es el análisis de las consecuencias jurídicas distintas que el legislador deriva de la desigualdad de los supuestos de hecho. La finalidad perseguida por la medida legislativa debe justificar la elección del factor diferencial y con arreglo a ella, debe medirse la proporcionalidad o la razonabilidad, entendida como una adecuación medios-fines de la consecuencia jurídica elegida.

La legitimidad del fin debe vincularse, desde luego, con la propia Constitución como sistema dentro del cual se deben buscar las

razones diferenciadoras. Esta vinculación a la Constitución puede estructurarse, básicamente de dos maneras:

1. Positivamente, asegurando que la legitimación para introducir diferenciaciones descansa en una habilitación expresa de la Constitución.
2. Negativamente, deduciendo la legitimidad del hecho de que ni la finalidad de la medida, ni el factor diferencial, ni la propia medida diferenciadora sean incompatibles con la Constitución, aunque no se apoyen en un precepto o en un principio expreso en la misma.⁷¹

En suma, el examen de razonabilidad puede descomponerse en dos patrones diferenciados: por un lado, el de la constitucionalidad de la finalidad pretendida por la norma y por otro lado, el de la adecuación entre la distinción establecida por la norma y la finalidad de ésta.

III. RAZONABILIDAD DE LA CLASIFICACIÓN NORMATIVA

El verdadero problema para exigir un tratamiento jurídico igual consiste en determinar cuándo dos situaciones reales son equiparables y cuándo sus similitudes deben predominar sobre sus diferencias. Este proceso implica un doble juicio de valor: el de la elección de los criterios concretos a tener en cuenta y el de la evaluación de los hechos en función de estos criterios (el primer juicio es el más afectado en la igualdad en el contenido de la ley).

El margen de apreciación del legislador varía según los casos y no puede excluirse por completo. Es posiblemente aquí donde se han hecho los esfuerzos más considerables para dotar de objetividad y seguridad una noción tan relativa y tan dotada de apreciación subjetiva como es la propia idea de igualdad. La evolución

⁷¹ Cfr. Rodríguez-Piñero, Miguel, y Fernández López, María Fernanda, *Igualdad y discriminación*, cit., nota 31, pp. 51-63.

PRINCIPIO DE IGUALDAD: ALCANCES Y PERSPECTIVAS 99

dogmática que ha llevado a afirmar la sujeción del legislador al principio de igualdad y a superar la frontera entre igualdad ante la ley e igualdad en la ley ha venido acompañada y es en buena parte consecuencia, de profundos cambios en la propia concepción de la igualdad. De lo que se trata ahora es de la indagación, incisiva y arriesgada, de la fundamentación en cada caso de las diferencias normativas.

Podría decirse así que la problemática de la igualdad en el contenido de la ley gira en torno al análisis de las diferencias normativas, de las desigualdades de trato y de su admisión o rechazo según los casos. Es decir, la igualdad no se concibe como una absoluta identidad de trato y esta concepción de la igualdad no puede prescindir de las exigencias concretas de la experiencia. La idea de diferenciación supone, por tanto, un complemento y un apoyo de las de generalidad y uniformidad, al tiempo que permite una operatividad más relacional del principio de igualdad.

Todas estas afirmaciones confirman que la mera forma de regulación general y abstracta y de la aplicación igual de la ley, no son garantía suficiente de la igualdad. Ésta requiere además unas exigencias en la selección por el legislador de los criterios de diferenciación, dada la imposibilidad de otorgar el mismo tratamiento a todas las personas y dada la necesidad correlativa de proceder mediante distinciones normativas en un orden jurídico tan altamente diferenciado como el que la compleja sociedad actual exige.

Se comprueba así que la igualdad se inserta en una especie de concepto de admisión o rechazo de las desigualdades de trato, al tiempo que se aleja de la idea de una paridad estricta ante la ley. Así, se trata de limitar el poder soberano del legislador, limitando su discrecionalidad al exigirle una justificación de la diferenciación del tratamiento jurídico entre sujetos.

Se trata de una concepción valorativa de la igualdad que obliga no tanto a una paridad absoluta de trato, como a la justificación de las desigualdades e incluso de las igualdades de trato que puedan establecerse. Es decir, una justificación que explique que exista un tratamiento diverso entre ciudadanos que se encuentran en una si-

tuación igual, o una equiparación de trato cuando existan diferencias muy significativas que razonablemente deberían haberse tenido en cuenta.

La justificación o razonabilidad de la que se ha venido hablando pesa, ante todo, sobre las desigualdades normativas. Éstas requieren una justificación especial, es decir, si la igualdad representa una doble faceta (tratar igual lo que es igual y desigual lo que es desigual), ambos tratamientos necesitarían el mismo grado de justificación —tanto las normas que establecen diferenciaciones como las regulaciones uniformes u homogeneizadoras—. Esto es, tan exigible sería el derecho a ser tratado igual como el derecho a la diferenciación.

Por razones pragmáticas, esta simetría se rompe y la igualdad no tiene necesidad de justificarse. El deber de justificación pesa, en cambio, sobre las desviaciones de la igualdad. Esto es así porque, en principio, los mandatos del legislador persiguen fines valiosos y su deber es vincular a todos los destinatarios del derecho y clasificar o diferenciar requiere de una razón especial. Robert Alexy concreta esta asimetría en las dos reglas siguientes:

1. Si no hay ninguna razón suficiente para la permisón de un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento igual.
2. Si hay una razón suficiente para ordenar un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento desigual.⁷²

⁷² Cfr. Prieto Sanchís, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, *op. cit.*, nota 2, pp. 34 y 35. Para abundar en la teoría de Robert Alexy sobre la “permisión” de un tratamiento desigual, y sobre la “obligatoriedad” de un tratamiento desigual, ver Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 2, pp. 395-415. Debe aclararse, sin embargo, que la asunción de que la “igualdad no necesita razones” ha sido discutida por una larga lista de autores. Peter Westen, en “The Empty Idea of Equality”, *op. cit.*, nota 4, p. 570, hace una cita de varios autores que sostienen la misma idea. Es el caso de Isaiah Berlin y Bedau, este último escribió, en *Egalitarianism and the Idea of Equality* (1967): “El principio [de que la idea de justicia implica la idea de igualdad] puede llamarse de *presunción de igualdad*. De nuevo, Aristóteles fue el primero en aseverar que las

PRINCIPIO DE IGUALDAD: ALCANCES Y PERSPECTIVAS 101

En síntesis, las distintas formulaciones doctrinales tienen varios puntos en común: de exigencia de razonabilidad, de objetividad, justificación de las distinciones normativas y la fundamentación y motivación de la diferenciación de trato.⁷³

Asimismo, existe un cierto consenso relativo a que no todo criterio es válido, existen categorías o clasificaciones “prohibidas” y la libertad del legislador se ve restringida tomando en cuenta ciertos rasgos que merecen ser tutelados. Las clasificaciones deben ser “razonables”, esto es, deben estar dirigidas al cumplimiento del propósito de la ley.

Una clasificación razonable es aquella que incluye a todas las personas situadas respecto del propósito de la ley. Este propósito puede ser la eliminación de un “daño” público o la consecución de algún “bien” público.⁷⁴

Así, entonces, el problema crucial de la igualdad en el contenido de la ley está en el contraste entre la legislación general, que se

desigualdades, y no las igualdades, necesitan alguna justificación, y que las desigualdades para las cuales no puede darse una razón adecuada son injustificadas. O bien, como Leslie Stephen lo señaló de una manera más explícita: “Siempre debe haber una razón suficiente para cualquier diferencia dirigida hacia cualquiera de nuestros semejantes”. Si esto es así, entonces no hay necesidad de dar “razón suficiente” cuando se da un tratamiento igual a las personas. Así, podemos decir: ...[la] igualdad no necesita de una justificación especial, mientras que la desigualdad sí la necesita siempre”. Asimismo, Westen reenvía en este mismo sentido a autores como: Benn y Rr. Peters, *The Principles of Political Thought* (1959); Gewirth, *Reason and Morality* (1978); Blackstone, *On the Meaning and Justification of the Equality Principle* (1967); Evans, *Equality, Ambiguity and Public Choice*; Flathman, *Equality and Generalization, A Formal Analysis*; Frankena, “The Concept of Social Justice”, en R. Brandt, ed., *Social Justice* (1962); Rawls, *Justice as Fairness*; Spaemann, “Remarks on the problem of Equality” (1977); y Wasserstrom, *Rights, Human Rights and Racial Discrimination* (1964).

⁷³ Rodríguez-Piñero, Miguel, y Fernández López, María Fernanda, *Igualdad y discriminación*, cit., nota 31, pp. 51-63.

⁷⁴ Rey Martínez, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, cit., nota 64, p. 49. Fernando Rey Martínez hace un estudio detallado sobre la “doctrina de la clasificación razonable” y la “doctrina de la clasificación sospechosa” así como de los respectivos escrutinios de razonabilidad, ver pp. 44-54.

aplica sin cualificación a todas las personas y la legislación especial que se aplica a una clase determinada de personas. El punto es cómo resolver la contradicción aparente del principio de igualdad y la potestad legislativa de clasificar. Aquí aparece, entonces, la paradoja: la igual protección de las leyes es una promesa de la protección de leyes iguales, pero las leyes pueden clasificar y la verdadera idea de la clasificación es la desigualdad.

En los Estados Unidos, la Corte Suprema ha encontrado un camino medio entre la especialización legislativa y la generalidad constitucional: la doctrina de la *clasificación razonable* y la doctrina de la *clasificación sospechosa*.⁷⁵

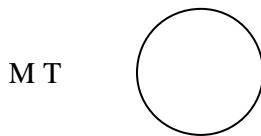
1. *Doctrina de la clasificación razonable*

En esta doctrina, la Corte Suprema no requiere que cosas diferentes de hecho sean tratadas en derecho como si fueran las mismas, sino que aquellos que estén similarmente situados, sean similarmente tratados. Para ello, hay que mirar dentro de la clasificación al propósito de la ley. Una clasificación razonable es aquella que incluye a todas las personas que están similarmente situadas respecto del propósito de la ley y a ninguna otra que no lo esté. Este propósito puede ser la eliminación de un daño público o la consecución de algún bien público y debe existir también un rasgo para el carácter definidor o característico de la clasificación legislativa, es decir, aquel cuya posesión determina la inclusión o exclusión del individuo en la clase especial. De esta manera, la relación de la clasificación con el propósito de la ley es la relación del “rasgo” al “daño” o al “bien” que subyace en la norma.

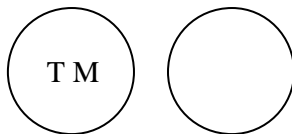
⁷⁵ Fernando Rey Martínez se apoya para el análisis de las doctrinas norteamericanas sobre la: clasificación razonable (*reasonable classification*), clasificación prohibida (*forbidden classification*), clasificación sospechosa (*suspect classification*), y sobre la actuación judicial, en el ensayo de Tussman, Joseph y tenBroek, Jacobus, “The Equal Protection of the Laws”, *op. cit.*, nota 30, pp. 341-381. Asimismo, en la obra de Tribe, L. H., *American Constitutional Law*, 2a. ed., Nueva York, Mineola, 1988. Rey Martínez, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, *cit.*, nota 64, pp. 44-54.

PRINCIPIO DE IGUALDAD: ALCANCES Y PERSPECTIVAS 103

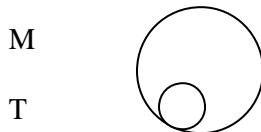
Hay cinco posibles relaciones entre la clase definida por los individuos que poseen el rasgo y la clase definida por los individuos afectados por el daño al que la norma da respuesta o al bien perseguido por la misma. Los diagramas siguientes se configurarían a manera de universos, en donde “T” representa a los individuos que poseen el rasgo (clasificación legislativa) y “M” a los individuos afectados.⁷⁶



1. Todos los T son M y todos los M son T: clasificación perfectamente razonable.

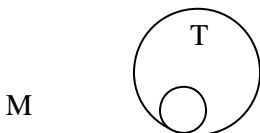


2. Ningún T es M: clasificación perfectamente irrazonable.

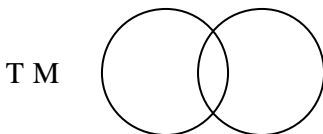


⁷⁶ Estos diagramas son una reproducción de los propuestos por Tussman y tenBroek, en un ensayo de 1949 que es un clásico en la materia por su agudo análisis de comparación de la cláusula del *due process* (del debido proceso) con la *equal protection clause* (cláusula de la igual protección). La letra T se refiere

3. Todos los T son M, pero algunos M no son T: clasificación insuficiente (*underinclusive*).



4. Todos los M son T, pero algunos T no son M: clasificación sobreincluyente (*overinclusive*).



5. Algunos T son M; algunos T no son M y algunos M no son T: clasificación mixta de 3 y 4.

Las dos primeras clasificaciones no ofrecen problemas. La clasificación número 3 (*underinclusive*) no incluye a todos los que están similarmente situados con respecto al propósito de la ley; se produce por tanto una violación del requerimiento de igualdad. Por otro lado, la clasificación (*overinclusive*) provoca una violación aún mayor, pues en la primera, todos los individuos afectados están incluidos (aunque falten algunos), pero la última afecta a inocentes. La última clasificación se da en algunas ocasiones y

a la clasificación legislativa: *trait* (rasgo), y la letra M se refiere a la clase integrada por todos los individuos similarmente situados respecto del propósito de la ley y significa *mischief* (daño o perjuicio). Ver Tussman, Joseph y tenBroek, Jacobus, “The Equal Protection of the Laws”, *op. cit.*, nota 30, p. 347.

tampoco es muy afortunada porque contiene una mezcla de las deficiencias de la inclusión deficiente y de la sobreinclusión.⁷⁷

2. *Doctrina de la clasificación sospechosa*

La afirmación de la igualdad humana está estrechamente asociada con la enérgica oposición a que las diferencias de credo, raza, nacimiento, etc., sean significativas o relevantes a la hora de decidir cómo deben ser tratadas las personas. Sin embargo, suponer que toda clasificación sobre estas características debiera ser nula es, además de radical, parcial en el sentido de que no todas las clasificaciones son inconstitucionales, sino que requieren de un examen o análisis más estricto de los motivos que las impulsan. Así, existirá una presunción de inconstitucionalidad contra las leyes que empleen rasgos definitorios tales como: el color, la raza, el sexo, el credo religioso, etc., y en consecuencia, deben ser revisados (en Estados Unidos por los Tribunales) con un juicio más estricto.⁷⁸ Ya no se trata únicamente del requisito de identificar

⁷⁷ Así, la norma que prohíbe la entrada de perros en bares y restaurantes es doblemente inapropiada porque no incluye a otros animales que pueden ser tanto o más molestos que los perros, como los chimpancés o los leopardos (infrainclusividad), y porque no excepciona la entrada de perros adiestrados y necesarios como los lazarillos (suprainclusividad). Alfonso Ruiz Miguel hace también un análisis de los modelos de razonabilidad de Tussman y tenBroek, en Ruiz Miguel, Alfonso, “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Doxa*, España, núm. 19, 1996, p. 52.

⁷⁸ En México, podrían introducirse nuevos mecanismos de control de la constitucionalidad, por ejemplo la llamada “cuestión de inconstitucionalidad”. Por medio de este proceso los jueces ordinarios pueden plantear ante el tribunal constitucional alguna duda que tengan sobre la conformidad a la Constitución de algún ordenamiento que deban aplicar. Ver Carbonell, Miguel, “Democracia, gobernabilidad y cambio constitucional”, en González Parás, José y Labra Manjarrés, Armando, *La gobernabilidad democrática en México*, México, INAP-Secretaría de Gobernación, 2000, p. 121. Ver en general, Carpizo, Jorge, “La necesidad y la legitimidad de la revisión judicial en América Latina. Desarrollo reciente”, en Carpizo, Jorge, *Estudios constitucionales*, 7a. ed., México, Porrúa-UNAM, 1999, pp. 533-565.

el propósito de la ley sino que también deberá evaluarse el propósito en sí mismo.

La Corte Suprema de los Estados Unidos utiliza tres estándares de revisión al enjuiciar la constitucionalidad de una clasificación normativa:

1. *Rational Relationship Test*, evaluación de la relación razonable.
2. *Strict Scrutiny Test*, escrutinio estricto.
3. *Intermediate Test*, evaluación intermedia.

El primero ha sido empleado por la Corte para el examen de las relaciones socioeconómicas. Este estándar tan sólo exige la razonabilidad de la relación entre los medios (la regulación) y los fines perseguidos por la norma, asumiendo que toda legislación debe tener un objetivo público legítimo; como es fácilmente deducible, los tribunales han mostrado una gran deferencia hacia las clasificaciones legislativas en ese ámbito. Esta deferencia tanto hacia el fin de la norma como hacia la selección legislativa de los medios, convierte la existencia de razonabilidad en un equivalente de una fuerte presunción de constitucionalidad.

En el escrutinio estricto, las clasificaciones legislativas que afectan a derechos fundamentales o sugieren prejuicios contra ciertas razas u otras minorías⁷⁹ son examinadas por la Corte Suprema de acuerdo con un análisis más cerrado. Bajo esta evaluación (*test*), la Corte Suprema no aceptará cualquier objetivo gubernamental permisible como suficiente para apoyar una clasificación, sino que requerirá que el autor de la norma demuestre que persigue un fin primordial, con un valor tan grande como para justificar una limitación de valores constitucionales fundamentales. Incluso si logra

⁷⁹ Sobre el concepto de minoría y grupos vulnerables, Pérez Portilla, Karla, “Aproximaciones al concepto de minoría”, en Gutiérrez Rivas, Rodrigo y Valadés Ríos, Diego (coords.), *Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, Derechos Humanos, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2001, t. III, pp. 245-264.

PRINCIPIO DE IGUALDAD: ALCANCES Y PERSPECTIVAS 107

demonstrarlo, la Corte Suprema no admitirá la clasificación a menos que llegue a la conclusión de que tal clasificación es necesaria para promover aquel interés primordial. Es decir, tiene que existir una relación cerrada entre la diferencia normativa y la promoción del interés primordial. Actualmente las leyes que clasifican a las personas sobre la base de su pertenencia a una minoría racial o por su origen nacional, son juzgadas sospechosas y sujetas a este estricto escrutinio de revisión.

La evaluación intermedia se ha aplicado primordialmente, a clasificaciones por género, a diferencias de nacimiento y extranjería. Tribe identifica seis técnicas concretas de *intermediate test*:

1. Insistir en que los objetivos perseguidos por una clasificación son “importantes”, aunque no lleguen a ser primordiales, como demandaría un escrutinio estricto.
2. Requerir que las reglas empleadas por el autor de la clasificación estén sustancialmente dirigidas a la consecución de los objetivos invocados para defender aquellas reglas.
3. Enfocar la diferencia no desde un punto de vista deferente hacia la autoridad legislativa, o desde una perspectiva objetivamente neutral, sino desde el prisma del grupo en situación de desventaja por sí mismo; este enfoque requiere que el juez intente obtener la perspectiva de un grupo al que no pertenece.
4. Requerir una articulación actual, es decir, rehusar suplir la diferencia cuestionada con un criterio dibujado en la imaginación judicial.
5. Limitar el uso de ideas adicionales posteriores para justificar la regla discriminatoria. En especial, hay que comprobar si detrás de una regla para compensar, por ejemplo, pasadas discriminaciones contra las mujeres, no está el “tradicional” modo de pensar sobre ellas.
6. Requerir que el esquema legal sea alterado tanto como lo permita la refutación en casos individuales. El legislador no debe actuar al “por mayor” cuando ciertas materias sensibles están en cuestión.

Todo esto es muestra de que la igualdad en la aplicación de la ley y en el contenido de la ley son parte de una misma cosa. Dentro de la igualdad en el contenido de la ley, la igualdad es exigencia de razonabilidad de la diferencia, pero también implica la aplicación de un estándar de revisión más riguroso para las clasificaciones sospechosas (las adoptadas teniendo en cuenta la raza, ante todo, pero también el género y otros factores).

La revisión de la finalidad de las normas y de la adecuación de la distinción establecida por la misma norma a su propia finalidad, constituyen los presupuestos sobre los cuales se estará en posibilidad de hablar de una igualdad en el contenido de la norma. Asimismo, son exigencias de este “nuevo” alcance de la igualdad, la diferenciación y su fundamentación bajo el mandato —implícito o explícito— de no discriminación.