

EL DERECHO DE IGUALDAD Y EL RECONOCIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN A LA DOGMÁTICA

POR

LUIS VILLACORTA MANCEBO

Profesor Titular de Derecho Constitucional.
Universidad de Cantabria

1. RECONOCIMIENTO EXPLÍCITO DEL RECURSO A LA DOGMÁTICA EN MATERIA DE IGUALDAD JURÍDICA

En el contexto de la actual discusión dogmático-jurídica sobre los derechos fundamentales, el problema del significado del principio general de igualdad ocupa un lugar central y problemático. No en vano, como señala *M. Sachs*, el derecho derivado del principio general de igualdad es el derecho fundamental más enigmático y desconcertante —*das Grundrecht, das nach wie vor die meisten Rätsel aufgibt*¹—. La situación contrasta con el hecho de ser uno de los derechos fundamentales más invocados y recurridos, e intervenir, en consonancia, en innumerables resoluciones judiciales, de manera particular en las de los tribunales constitucionales, de cuya jurisprudencia constituye, en expresión de *L. Favoreu*, la auténtica «*pierre angulaire*»². Efectivamente, a

¹ M. SACHS, «Die Maßstäbe des allgemeinen Gleichheitssatzes — Willkürverbot und sogenannte neue Formel», en *Juristische Schulung*, 1987, pág. 124.

² L. FAVOREU, «Objet et portée de la protection des droits fondamentaux», en *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, ed. del mismo autor, Paris-Aix-en-Provence, 1982, pág. 400; en similares términos E. AJA/M. GONZÁLEZ BEILFUSS, «Conclusiones generales», en *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, ed. de E. Aja, Barcelona, 1998, págs. 268-269.

la hora de su aplicación/interpretación surgen frecuentes dudas y se pierde a menudo la orientación³, en el intento de responder adecuadamente a la pregunta sobre la función y el alcance, según reconoce nuestro Tribunal Constitucional, de un principio básico del ordenamiento jurídico en todas sus ramas⁴.

La doctrina científica así viene reconociendo los titubeos e incluso las inevitables dificultades y contradicciones a la hora de llevar a cabo la construcción jurídica de un *principio* por medio del cual, y además de manera paradigmática, el ordenamiento jurídico se abre a la conciencia de la Comunidad Política y a la determinación del orden social⁵. Esto hace irremediamente del derecho a la igualdad una cláusula abstracta en grado sumo⁶, porque a diferencia de la mayor parte de los derechos fundamentales no protege una actividad o una cualidad humana, tan sólo es una institución creada por el Derecho, y por tanto no designa ninguna cualidad concreta o actividad de un sujeto, lo que explica su calificación como derecho subjetivo modal⁷. Debido a ésta su escasa densidad normativa y regulativa, para decirlo con *Fr. Müller*, estamos ante un programa normativo al que corresponde, a su vez, y como componente material del precepto jurídico mismo, uno de los ámbitos normativos más complejos, en gran medida además no en-

³ H. D. JARAS, «Folgerungen aus der neueren Rechtsprechung des BVerfG für die Prüfung von Verstößen gegen Art. 3 I GG», en *Neue Juristische Wochenschrift*, 39, 1997, pág. 2545.

⁴ STC 38/1986, de 21 de marzo.

⁵ La idea democrática, sostiene R. ZIPPELIUS, «supone que en la determinación del modelo social debe participar el mayor número posible de individuos y que el juez, como representante de esa comunidad, debe seguir las ideas en ella reinantes», citado por A. NIETO GARCÍA, *El arbitrio judicial*, Barcelona, 2000, pág. 305. Sin embargo, el propio A. NIETO considera la citada y algunas otras «figuras ideales», a cuyo lado existe «una modalidad real históricamente practicada y que responde a los mismos fines la *communis opinio*, pero no ya de la comunidad social (que resulta demasiado amplia e imprecisa) ni de la comunidad política (que parece redundante si se asimila a la ley, o peligrosa si se asimila al Poder) sino de la comunidad jurídica en sentido estricto, es decir, la opinión concreta y expresa de los expertos en Derecho», *op. cit.*, pág. 307; a juicio del autor, contrastar cada decisión con la indeterminada *communis opinio* «excluye la certeza propia de la objetividad pero constituye, al menos, un índice de objetivación», *op. cit.*, pág. 398. La imposibilidad para el jurista de prescindir del arbitrio en el proceso de aplicación jurídica es destacada también por G. ALPA, *Trattato di diritto civile*, Vol. I, Milano, 2000, págs. 228 y ss.

⁶ G. MÜLLER, «Der Gleichheitssatz», en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, núm. 47, Berlin/New York, 1989, págs. 39 y ss.

⁷ M. SACHS, «Die Maßstäbe des allgemeinen Gleichheitssatzes —Wilkürverbot und sogenannte Neue Formel», en *op. cit.*, 1997, págs. 124 y ss.

gendrado por el Derecho, pero sí extremadamente fecundo y de importancia decisiva en el momento de la concreción⁸. En consecuencia, sólo después del juicio de comparación se puede concluir si es posible, o si es necesario, tratar idénticamente o de manera diferente dos situaciones concretas. Se parte inicialmente, pues, de un *juicio de realidad*, pero no hay ningún criterio empírico seguro que permita asegurar que dos situaciones concretas son sustancialmente idénticas —tienen carácter horizontal— al presentarse la necesidad de poner en el mismo plano categorías diversas. En efecto, a juicio de *G. Müller*, ni siquiera la idea de la coherencia del sistema, en la que tanto insistió la primera jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, expresa sin embargo el contenido normativo de la igualdad, porque habida cuenta su identificación con la interdicción de discriminaciones materiales, se ve obligado a apoyar el último análisis en un concreto juicio de la realidad⁹.

El control jurisdiccional del respeto de la igualdad ante la Ley desemboca necesariamente, por tanto, en un control de los motivos, de los antecedentes objetivos del acto. Pero el control de un juicio sobre la realidad no es sin embargo posible sin que el mismo pueda ser referido a los principios o a los valores generales de la Comunidad Política. Esto es, el juicio sobre la realidad es también un juicio de valor, porque la percepción misma de la realidad está orientada por los principios y los objetivos determinantes del contenido del acto jurídico, aun cuando, no obstante, prosigue reconociendo *G. Müller*, el Tribunal Constitucional alemán se ha esforzado por dotar de un contenido material y objetivo al concepto de igualdad, pero es asimismo evidente, considera,

⁸ Para la concepción del autor acerca de los elementos integrantes de la estructura normativa, puede verse Fr. MÜLLER, «Tesis acerca de la estructura de la norma jurídica», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 27, 1989, especialmente págs. 122 y ss.

⁹ G. MÜLLER, «Der Gleichheitssatz», en *op. cit.*, págs. 39 y ss. Además, la *Systemgerechtigkeit* o *Systemwidrigkeit* referenciada a la necesaria coherencia interna de los regímenes jurídicos respecto a su *ratio* normativa, y más en general respecto al sistema normativo en el que se integra, se ha desarrollado básicamente en relación con la interpretación del principio de igualdad, porque esta coherencia interna constituye un postulado constitucional que puede derivarse del propio principio, M. GONZÁLEZ BEILFUSS, *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, Madrid, 2000, pág. 159; y en la nota núm. 84, con apoyo en la bibliografía allí citada, reconoce que la propia doctrina alemana ha terminado «por desmitificar en gran parte la figura de la *Systemgerechtigkeit* al atribuirle básicamente una función indiciaria (pero no definitiva) de la inconstitucionalidad, que suele concretarse en una mayor densidad de control en relación con los regímenes jurídicos incoherentes».

que a lo largo de su jurisprudencia utiliza expresiones demasiado latas tales como la naturaleza de la cosa —*Natur der Sache*—, o la conciencia general de justicia —*Allgemeine Rechtsbewusstsein*— para definir lo que es igual o desigual¹⁰. De este modo, ha terminado por reconocer que el tenor normativo de la obligación jurídica nacida del principio de igualdad encuentra su precisión jurídica en cada caso concreto a partir de la especificidad del ámbito normativo y de la realidad que en ese supuesto se regula; la auténtica hora de la verdad, al objeto de extraer las consecuencias jurídicas de la proclamación constitucional del principio. Pero es que, adicionalmente, la necesidad de buscar elementos de interpretación fuera del propio enunciado del derecho fundamental a la igualdad, conducirá también de modo inevitable, señala *Chr. Starck*, a la introducción de criterios morales, de simple oportunidad o de cualquier otro tipo, y ante esta fuerte irrupción de «los contenidos en la forma», es necesario redoblar los esfuerzos al objeto de poder seguir garantizando el carácter jurídico del derecho fundamental a la igualdad¹¹, lo cual sólo será posible mediante una correcta utilización de los medios jurídicos de interpretación, con lo que se garantiza no sólo justicia material sino también certeza, continuidad y comprensión en la resolución de caso singular por caso singular —*Einzelfalle*—¹². Expresado en otros términos, se trata de algo tan sencillo de decir como difícil de lograr, esto es, garantizar que la interpretación acerca del derecho fundamental a la igualdad, de su contenido y respectivo ejercicio, se siga manteniendo dentro de los cauces jurídicos.

Así, las vinculaciones resultantes para la justicia de la decisión, pueden concretarse a través de la obligación de formar criterios en los cuales se base la propia decisión a partir del ordenamiento jurídico. En este sentido, parece evidente que del derecho constitucional a la igualdad se deriva una obligación inexcusable a la dogmática, para expresarlo en términos de *Chr. Gusy*, porque, como dice este autor, la utilización de un concepto en un texto normativo, cuando menos, indica también la posibilidad del control, de su justiciabilidad¹³. Si la *fór-*

¹⁰ G. MÜLLER, «Der Gleichheitssatz», en *op. cit.*, págs. 39 y ss.

¹¹ Citado por M. GONZÁLEZ BEILFUSS, *Tribunal Constitucional...*, *op. cit.*, pág. 26.

¹² E. W. BÖCKENFÖRDE, *Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, Frankfurt am Main, 1991, pág. 116, con referencia a los derechos fundamentales con carácter general, quien reclama la conveniencia de una teoría de los mismos distinta de un mero ingrediente ideológico.

¹³ Chr. GUSY, «Der Gleichheitssatz (Staatsrechtslehrertagung 1988 in Tübingen)», en *Neue Juristische Wochenschrift*, núm. 40, 1988, pág. 2512; aunque, sin negarlo, un tanto irónicamente me comentaba H. P. SCHNEIDER que si a la jurisdicción se le sigue exigiendo la concretización de unas normas tan abstractas como la que formu-

mula deja muchos espacios libres y, por lógica consecuencia, existe la posibilidad en cada caso concreto de fijar un resultado de entrada poco guiado por el texto de la norma, en orden a «disfrutar» luego de cierta facilidad en cuanto a su fundamentación, en vista de la situación es necesario un esfuerzo importante para la dogmática, reconoce *B.O. Bryde*, y el autor admite asimismo que los *muros son altos* pero muestra su confianza porque —prosigue— muchas son las puertas que, en ocasiones, se abren sorprendentemente como en un castillo¹⁴.

Pues bien, en términos similares se expresa entre nosotros con carácter general que la razonable o irrazonable relevancia de la desigualdad es el resultado en cada caso de un «proceso hermenéutico en el que los hechos no son nunca exclusivamente un punto de partida»¹⁵. Porque, conceptos como los de libertad o igualdad, si se desvinculan de la *materia social propia del caso*, quedan reducidos a meras abstracciones¹⁶: «el caso, para el juez y para la ciencia jurídica, es esencialmente un acontecimiento problemático que plantea la cuestión de cómo responder al mismo, de cómo resolverlo en términos jurídicos (...) y cualquier jurista conocedor de las características de su trabajo sabe cuánto influyen las pretensiones de los casos en la determinación de la regla y sabe que la interpretación, si no está orientada o ligada a un caso, es un vacío carente de sentido»¹⁷. En efecto, como sostuviera

la el principio general de igualdad artículo 3.1 LF o el principio del orden democrático fundamental de libertad, ya no se puede saber qué decisiones, dentro de la competencia judicial, deben carecer de criterios jurídicos.

¹⁴ B. O. BRYDE, «Die neure Rechtsprechung des BVerGE zum allgemeinen Gleichheitssatz», en *Jura*, 1999, págs. 36 y ss.

¹⁵ Á. CARRASCO PERERA, «El «juicio de razonabilidad» en la justicia constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 11, 1984, pág. 65, en las páginas siguientes se refiere, no obstante, a una serie de supuestos en los que se mezclan cuestiones de constitucionalidad y cuestiones de legalidad.

¹⁶ D. SCHINDLER, *Verfassungsrecht und soziale Struktur*, Zürich, 1932, págs. 126 y ss.

¹⁷ G. ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 2.ª ed., Madrid, 1997, págs. 136 y 145 respectivamente. Y asimismo F. CARNELUTTI proclamaría, precisamente tomando la igualdad como uno de los ejemplos, que la característica de los tribunales de justicia no viene dada por su no-creatividad, o por la falta de influencia de su actividad sobre la evolución del derecho, sino más bien por el modo o la forma del propio procedimiento jurisdiccional que debe seguirse «*in regime di sovranità vinculata*», es decir, como más propiamente sostienen los juristas americanos, en conexión con *cases and controversies*, lo que a su juicio constituye la característica esencial, de naturaleza modal o estructural-formal, que diferencia profundamente el procedimiento jurisdiccional respecto del legislativo y evidencia al mismo tiempo las naturales limitaciones, pero también precisamente la fundamental fuerza del procedimiento jurisdiccional, *Teoría generale del diritto*, Roma, 1951, págs. 55 y ss.

por ejemplo *D. Schindler* a partir de la praxis del Tribunal Federal, el desarrollo de un principio de carácter general como el de igualdad jurídica, exige del jurista que sea escrupuloso previsor, y ha de estar asimismo muy atento a las circunstancias del caso singular, esto es, vecino a la realidad, llegando a tocar naturalmente al descubierto de la polaridad social, de su inevitabilidad, de su justeza —en el sentido de derecho *justo*—¹⁸.

De otra parte, efectivamente, si los enunciados jurídicos, y más específicamente los constitucionales, rara vez tienen un sentido unívoco —algo, ya nos hemos referido, que sucede por excelencia con la cláusula de la igualdad—, y toda vez que, como es obvio, el Derecho se produce para ser aplicado, deberá llevarse a cabo una importante tarea de interpretación. En este sentido, el intérprete viene obligado siempre a escoger el sentido aplicable a la situación específica del caso, en lugar de realizar una mera ¿interpretación? abstracta¹⁹. En efecto, es de resaltar el carácter relevante para la determinación del contenido de las normas constitucionales de las «circunstancias políticas, sociológicas e históricas y las consideraciones que tienen que ver con la adecuación del resultado a la situación a reglar», así como el papel decisivo que desempeña un análisis «cuidadoso y profundo de la realidad»²⁰, porque la norma pretende *ordenar una realidad* pero al mismo tiempo ella misma es parcialmente determinada por la propia realidad. Dicho de otro modo, la normatividad está fáctica y decisivamente condicionada, y, por ello, la estrecha relación entre «normatividad y vinculación del derecho a la realidad que se produce en el caso de la Constitución, obliga (...) a no desconocer los condicionamientos a los que se halla sometida la normatividad»²¹.

En este sentido, la cuestión de la dinámica constitucional fue vista ya por *H. Heller* en términos de cómo explicar la permanencia relativa «de las normaciones jurídico-constitucionales frente al continuo cambio de la realidad constitucional. El propio autor sostuvo que las remisiones implícitas o explícitas que las normas constitucionales hacen a los principios jurídicos fundamentales, son la vía principal por la cual la realidad constitucional cambiante penetra en la Constitución jurídica aun cuando ésta permanezca formalmente inalterada. Como ejemplo

¹⁸ D. SCHINDLER, *Verfassungsrecht...*, *op. cit.*, págs 147 y ss.

¹⁹ M. TROPER, «Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique», en *Revue internationale de philosophie*, núm. 138, 1981, pág. 518.

²⁰ Por todos en K. HESSE, *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, 1992, págs. 3940.

²¹ K. HESSE, *Escritos...*, *op. cit.*, pág. 72.

de esas remisiones señala las prescripciones de la segunda parte de la Constitución de Weimar y, en particular, el principio de igualdad allí contenido, cuya formulación no específica en qué han de ser iguales quienes aspiren a un trato igual ni en qué consiste esa igualdad de trato»²². Por consiguiente, el análisis objetivo del caso debe desempeñar un papel importante en la interpretación constitucional, incluso en la *indagación* del propio Tribunal Constitucional, como han propuesto por ejemplo *K. Hesse* o *Fr. Müller* en reiteradas ocasiones, porque, además de lograr justicia, este proceso de concretización puede ayudar a la producción de sentencias persuasivas y pacificadoras. En parecidos términos, el proceso de realización del Derecho ha sido también descrito mediante la imagen de un continuo *Hip und Herwandern des Blickes* de la norma al hecho y del acto a la norma²³; o con aquella otra de una asimilación de caso concreto y norma²⁴. Los dos momentos convergen en el acto de la correspondencia del uno con el otro, en el que nace el derecho histórico-concreto realmente existente adecuado al tiempo —*zeitgerechtes Recht*—; el trámite a través del cual se verifica la vinculación entre *Sollen* y *Sein*, entre valor y realidad y el topos *Natur der Sache*²⁵. Sin embargo, en autores como *G. Radbruch* la naturaleza del hecho, para él entendida como el sentido objetivo que encuentra expresión en las relaciones de la vida misma, conduce a limitar algo el radical dualismo entre *Sollen* y *Sein*, pero no a superarlo²⁶. De cualquier modo, se reconoce que, en Alemania, importantes sentencias sobre la igualdad —pero no sólo— evidencian cómo el *Bundesverfassungsgericht* ha trascendido los cánones metodológicos tradicionales, para tener en cuenta las circunstancias históricas, políticas, sociales y económicas. *K. Hesse*, por ejemplo, decidido partidario, como se conoce y hemos apuntado, de evitar «la disociación en términos de aislamiento de norma jurídica y realidad social», valora que también ha sido esta jurisprudencia sobre el derecho a la igualdad uno de los elementos esenciales de la jurisprudencia del *Bundesverfassungsgericht* en orden a otorgar una «importancia esencial a la realidad», de ahí que pondera-

²² J. A. ESTÉVEZ ARAUJO, *La crisis del Estado de Derecho Liberal*, Barcelona, 1989, pág. 108.

²³ K. ENGISCH, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, Heidelberg, 1960, págs. 14 y ss.

²⁴ «*Angleichung, Assimilation, in die Entsprechung bringen*», de acuerdo con A. KAUFMANN, *Analogie und «Natur der Sache»; Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, Karlsruhe, 1965, págs. 2931.

²⁵ K. ENGISCH, *Logische Studien...*, *op. cit.*, págs. 14 y ss.

²⁶ G. RADBRUCH, «Die Natur der Sache als juristische Denkform», en *Festschrift für R. Laun zum 65. Geburtstag*, Hamburg, 1948, págs. 157 y ss.

dos análisis de los supuestos de hecho hayan desempeñado desde antiguo una función determinante en la jurisprudencia constitucional, y, con ello, se haya reconocido «un peso considerable al entramado de relaciones políticas, económicas, técnicas y sociales»²⁷.

Ahora bien, una vez preformada la decisión, aparece como algo evidente la obligación de orientarse por principios de interpretación, que a su vez necesitan estar también formados. De este modo, en resoluciones posteriores, y en el respeto del derecho fundamental a la igualdad, la jurisdicción está vinculada a los principios y criterios de decisión anteriores en la medida en que no existen diferencias jurídicas o reales respecto de los casos previos que justifiquen variar la decisión atendiendo a objetivos y criterios de diferenciación admisibles²⁸. Aplicado de esta forma, el derecho a la igualdad fundamenta al mismo tiempo el contenido y los límites de la denominada vinculación por precedentes, en el sentido de que un juez o tribunal habrá de sujetarse a principios interpretativos anteriores si, a tenor y por respeto del artículo 14 de la Constitución, no está «autorizado» a desviarse de los mismos. Por lo tanto, la formación de este tipo de principios jurídicos, el efecto vinculante y los límites de los mismos, deben reconstruirse a partir del derecho fundamental a la igualdad, aunque tales planteamientos aún faltan entre nosotros, y en buena medida sucede lo mismo en el derecho comparado. De ahí que el derecho fundamental a la igualdad exija la obligación a la dogmática, pero asimismo imponga, es obvio, que la dogmática sea consistente²⁹. Esto desembocará, dice por ejemplo P. Häberle, en la necesidad de poner de relieve la estructura del principio de igualdad en el aspecto de los derechos fundamentales y, como sucede en todo este ámbito, ello nos lleva en determinados momentos a una cuestión general de filosofía del derecho, lo que no significa, sin embargo, apartarnos de lo «específicamente propio del Derecho Constitucional» respecto de en qué sentido es obligatorio dispensar un trato igual o diferente a todas las personas³⁰. Al ser ésta, prosigue el autor, una cuestión tradicional planteada por los criterios de justicia que, a través del principio de libertad aun cuando no sólo por éste se traslada al Derecho Constitucional, cualquier teoría del principio

²⁷ K. HESSE, «Estadios en la historia de la jurisdicción constitucional alemana», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 1, 1998, pág. 106.

²⁸ Chr. GUSY, «Der Gleichheitssatz (Staatsrechtslehrertagung 1988 in Tübingen)», en *op. cit.*, pág. 2512.

²⁹ *Ibidem*, pág. 2512.

³⁰ P. HÄBERLE, «Besprechung von Robbers, Gerechtigkeit», en *Juristenzeitung*, 1980, pág. 541.

de igualdad incluirá una ya reclamada «teoría constitucional de la justicia»³¹.

2. LA BASE DE LEGITIMACIÓN DE LAS DECISIONES ACERCA DE LA IGUALDAD: LA CONSTITUCIÓN COMO INEXCUSABLE PUNTO DE PARTIDA

2.1. *La Constitución como orden objetivo de valores.*

La Constitución es una creación viva orientada por y comprometida con los valores, y en este sentido existe por el apoyo humano a los mismos³². De este modo, los valores constitucionales expresan, o al menos ambicionan expresar, las instancias profundas que legitiman la convivencia políticamente organizada³³, porque en la medida que la Constitución no se limita a la regulación de la organización estatal en sentido estricto, sino que «compone la sociedad» e incorpora «inmediatamente los ámbitos de lo privado»³⁴, es inobjetable e inevitable tomar como punto de partida determinadas posiciones de valor³⁵. En consecuencia, la Constitución del Estado social y democrático de derecho, como se puso por primera vez de manifiesto durante la República de Weimar, es una norma sustancialmente valorativa³⁶, es decir, po-

³¹ *Ibidem*, pág. 541.

³² E. BENDA, y su consideración de la Ley Fundamental como «un ordenamiento comprometido con valores, que reconoce la protección de la libertad y de la dignidad humana como fin supremo de todo Derecho», con cita de la BVerfGE 12,45 (51), «Dignidad humana y derechos de la personalidad», en *Manual de Derecho Constitucional*, ed. de E. Benda/W. Maihofer/K. Vogel/K. Hesse/W. Heyde, Madrid, 1996, pág. 118. En cuanto a J. J. SOLOZÁBAL ECHEVERRÍA, señala que desde la dignidad de la persona como principio fundamental más alto (en expresión que recuerda la doctrina alemana), es necesaria la interpretación de nuestra Constitución como un «orden vinculado a valores» que reconoce la protección de la libertad y dignidad de la persona como el fin superior de todo derecho», «Dignidad de la persona», en *Temas básicos de Derecho Constitucional*, Tomo III, Madrid, 2001, pág. 113.

³³ A. RUGGERI, «Giurisprudenza costituzionale e valori», en *Diritto Pubblico*, 1998, especialmente págs. 9 y ss.

³⁴ P. HÄBERLE, *Retos actuales del Estado Constitucional*, Oñate, 1996, pág. 31.

³⁵ E. BENDA, «El Estado social de Derecho», en *Manual de Derecho Constitucional*, ed. de E. Benda/W. Maihofer/K. Vogel/K. Hesse/W. Heyde, Madrid, 1996, pág. 498.

³⁶ No obstante, autores como O. BACHOFF, se refieren a la ausencia de un orden de valores propio de la cultura occidental capaz de vincular a los tres poderes durante la República de Weimar, *Jueces y Constitución*, Madrid, 1985, pág. 32. De indudable interés las consideraciones de F. RIMOLI, «Costituzione rigida, potere di revisione e interpretazione per valori», en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1992, págs.

seedora de un fuerte componente axiológico, situación que colocó a la dogmática del Derecho público ante una gran cantidad de nuevos conceptos, y, en especial, en el ámbito de los derechos fundamentales y sus posibilidades objetivas de realización, apareció de súbito la definitiva insuficiencia del método formalístico tradicional³⁷. Por demás, se trata de una norma dotada de particular estructura³⁸, pues como han expuesto diversos autores, entre los que se puede citar a *M. Kriele* y *E.W. Böckenförde*, la postulada unidad estructural de Constitución y Ley, tal como se ha revelado desde el punto de vista de los métodos de interpretación, resulta ser una ficción³⁹. El propio *E.W. Böckenförde* ha expresado que la Constitución «ya no se limita a fijar los límites del poder del Estado frente a la libertad civil, y a organizar la articulación y los límites de la formación política de la voluntad y del ejercicio del dominio, sino que se convierte en la positivización jurídica de los «valores

3770 y ss.; asimismo pueden verse las agudas frases de A. RUGGERI, «Dottrine della Costituzione e metodi dei costituzionalisti», en *op. cit.*, págs. 3 y ss., así como la bibliografía allí citada en las notas 3 y 5. En tanto A. BALDASSARRE considera que en el Estado constitucional basado en la Constitución como *Higher Law*, la Norma Suprema es, por definición, una «Constitución de principios» o, mejor expresado, una «constitución de valores», en *Il metodo della scienza del Diritto Costituzionale*, Padova, 1997, pág. 143, y en la pág. 144; considera falso el dilema entre principios y valores porque en amplia medida se trata de conceptos equivalentes.

³⁷ M. FRIEDRICH, «Der Methoden- und Richtungsstreit. Zur Grundlagendiskussion der Weimarer Staatslehre», en *Archiv des öffentlichen Rechts*, Bd.102, 1977, págs. 161 y ss; y, según reconoce, raramente un libro como el de R. Smend aparecido en 1928 —*Constitución y Derecho Constitucional*—, asumiendo frontalmente frente a la metodología tradicional del Derecho público el nuevo método de las ciencias del espíritu, había despertado tanta tensión y esperanza; la polémica estaba servida, saludado por unos como punto de desarrollo de la historia de la teoría del Estado, para otros privada la obra de todo valor, mientras las voces escépticas y contrarias fueron inicialmente la mayoría para ir progresivamente cambiando y correspondiéndole el mérito de haber mostrado la alternativa de un pensamiento dinámico-estructural, además de poner más el acento en el aspecto psíquico que en los fundamentos espaciales, así como el recurso al contenido material de la norma que ya era familiar entre los penalistas: al intérprete se le impone siempre una reelaboración de los contenidos materiales, por no decir de aquellos sociológicos y teleológicos, que son el presupuesto y el objeto de las normas —lógica material del contenido—.

³⁸ E. W. BÖCKENFÖRDE, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, Madrid, 2000, pág. 40.

³⁹ E. W. BÖCKENFÖRDE, *Staat, Verfassung...*, *op. cit.*, pág. 58; a juicio del autor, la existencia de una jurisdicción diferenciada ha servido para poner de manifiesto la diversidad que existe entre la interpretación tradicional de las leyes y la interpretación de la Constitución.

fundamentales» del orden abierto de la vida en común»⁴⁰; e incluso se ha considerado que es en el ámbito y en connotación con estos valores como realmente surge la Comunidad Política, cuya cohesión será progresivamente superior con el transcurso del tiempo a la manifestada durante los primeros años de vigencia de la Constitución, a la vez que a partir de ese mismo discurrir temporal el Tribunal Constitucional se mueve con más soltura y seguridad en este ámbito de valores⁴¹.

Las prescripciones constitucionales materiales constituyen, en esta línea, la positivización de un orden objetivo de valores de carácter dinámico⁴², perfilado en lo referido a su contenido, no sin dificultad, tanto material como funcionalmente abierto⁴³. Porque, considerar a la Constitución como un sistema firme de normas objetivas, no impide que aparezca asimismo como un orden jurídico flexible, abierto a su tiempo y evolucionado con él, si la Constitución quiere hacer posible la «resolución de las múltiples situaciones históricamente cambiantes»⁴⁴. Oportu-

⁴⁰ E. W. BÖCKENFÖRDE, *Estudios sobre el Estado...*, *op. cit.*, pág. 40, quien admite: «fundamental para esta idea R. Smend», nota núm. 79; de esta forma, añadirá: «se abre paso sin duda a una nueva totalidad. Pues si las prescripciones materiales de una Constitución se entienden como un «orden objetivo de valores», o como la condensación de unos principios de justicia suprapositivos, entonces —como ha expresado el Tribunal Constitucional Federal, que se reconoce vinculado a esta concepción de la Constitución— ese sistema de valores tiene que tener «validez para todos los ámbitos del derecho»», *op. cit.*, pág. 41.

⁴¹ E. CHELI, *Il giudice delle leggi. La Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, Bologna, 1996, pág. 41. La Constitución, en su expresión del pluralismo social, prosigue F. BALAGUER CALLEJÓN, «tiende también a recoger los valores y principios sobre los que se asienta la convivencia, aquellos puntos de acuerdo y de transacción entre los diversos grupos sociales. Los valores son ahora un elemento fundamental del Derecho constitucional y obligan a una consideración de los planteamientos formalistas del análisis jurídico», en AA. VV. *Derecho Constitucional*, Vol. I, Madrid, 1999, pág. 34.

⁴² Carácter mutable de los valores, señala A. RUGGERI, a tener muy en cuenta en el juicio de *ragionevolezza*, «Replica dei relatori», en *Il metodo nella scienza del Diritto Costituzionale*, Padova, 1997, pág. 150.

⁴³ Así, tocante a esta dificultad, el plástico artículo de H.P. SCHNEIDER, «Verfassungsgerichtsbarkeit und Gewaltenteilung», en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1980, págs. 2103 y ss; en el mismo sentido G. ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil...*, *op. cit.*, pág. 14

⁴⁴ K. HESSE, *Escritos...*, *op. cit.*, pág. 18. En este sentido, asimismo por ejemplo H. P. SCHNEIDER, *Democracia y Constitución*, Madrid, 1991, especialmente págs. 61 y ss. También ha referido B.-O. BRYDE que las constituciones democráticas, y en particular la Ley Fundamental de Bonn, han confiado la formación de la voluntad política a un debate lo más abierto posible, *Verfassungsentwicklung. Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Baden-Baden, 1982, pág. 343.

namente recordaba *R. Bäuml* cómo resulta especialmente importante que la Constitución jurídica se mantenga abierta al futuro, principalmente en lo que se refiere a los grandes principios, con el objeto de hacer posible la superación de los problemas históricamente mutables⁴⁵. Apertura *necesaria*, pues, para poder tener en cuenta, de una parte, la mutación histórica que caracteriza de modo particular la vida socioeconómica, y, de otra, al objeto de que no se permita poner en juego la fuerza unificadora de la Constitución⁴⁶. En todo caso, el límite está, como ha insistido en diversas oportunidades el Tribunal Constitucional Federal alemán, en que la apertura constitucional y la consiguiente libertad de configuración del legislador no puede comportar una reducción de aquello que la Constitución quiere mantener inalterable, esto es, la preservación de las libertades individuales garantizadas por los derechos fundamentales, sin los cuales, según la concepción del constitucionalismo moderno, no es posible una vida digna⁴⁷.

De este modo, como expresara *R. Smend*, el orden jurídico-positivo vale y se legitima en nombre de ese sistema de valores⁴⁸. En efecto, fundamentalmente desde 1928, consideró este último autor que los derechos fundamentales constituyen un sistema cultural de bienes y valores que proporcionan al Estado constitucional democrático el componente de legitimidad necesario algo que termina por reconocer expresamente el artículo 10.1 de nuestra Constitución y, en consecuencia, llamada a inspirar la legislación positiva⁴⁹. Tesis entendida por *E. W. Böckenförde* como el antecedente inmediato de la teoría de los valores, destinada a tener enorme repercusión en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, y por su influencia en nuestra propia jurisprudencia constitucional⁵⁰. Los derechos fundamentales no son, por tanto,

⁴⁵ R. BÄUML, *Staat, Recht und Geschichte*, Zürich, 1961, pág. 15.

⁴⁶ BVerfGE 50, 338.

⁴⁷ Entre otras, la propia BVerfGE 50, 338.

⁴⁸ R. SMEND, «Festvortrag zur Feierdes Zehnjährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts am 26 Januar 1962», en *Verfassungsgerichtsbarkeit*, ed. de P. Häberle, Darmstadt, 1976, pág. 333.

⁴⁹ R. SMEND, *Constitución y Derecho Constitucional*, Madrid, 1985, págs. 232 y ss., vid. nota 106; y en las págs. 230-231 dirá que es un elemento integrador de primer orden. Por su parte, para la vinculación de todo Derecho al ambiente cultural en que se halla inmerso, respecto del que no puede erigirse como sistema normativo independiente y autosuficiente, por todos G. ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil...*, op. cit., pág. 138.

⁵⁰ Según reconoce K. HESSE, desde los primeros momentos, y con meridiana claridad, el Tribunal Constitucional alemán se decidió «por una idea material del Derecho Constitucional», conforme a la cual la Constitución «no se agota en sus elementos formales por más que la vida y eficacia de una Constitución residan también

EL DERECHO DE IGUALDAD Y EL RECONOCIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN...

normas sin orden, sino un sistema ordenado de valores «fundamento del orden político y de la paz social» —artículo 10.1 C.E.—, habida cuenta que al identificarse los derechos con la categoría valor, ésta aparece «no ya como categoría metafísica sino constitucional, lo que se traduce en una dimensión objetiva que implica la conversión de los derechos fundamentales en principios básicos del sistema constitucional»⁵¹. En todo caso, a juicio del propio *R. Smend*, el *Wertsystem* se refiere no sólo a los derechos fundamentales sino también a las normas que constituyen el Estado democrático de derecho en su conjunto, pues, en definitiva, la concepción de los valores e intereses en juego es esencialmente reconocitiva de lo que puede denominarse «la moral social»⁵². No obstante, en diversas oportunidades se ha subrayado que

en estos elementos (...). El *Parlamentarischer Rat* dotó a su obra conscientemente de carácter material, sobremanera en los derechos fundamentales, en el régimen democrático y en el postulado el Estado social de Derecho, distanciándose del formalismo y el positivismo predominantes a comienzos de siglo y durante la República de Weimar. Definida por el problemático concepto del orden de valores, tal idea ha ocupado un lugar central en la jurisprudencia constitucional», «Estadios en la historia de la jurisdicción constitucional alemana», en *op. cit.*, pág. 106. Entre nosotros, que el Tribunal español «se ha colocado, de forma plena y desde el principio en la línea de la jurisprudencia de valores», es reconocido por L. PAREJO ALFONSO, «Valores superiores», en *Temas básicos de Derecho Constitucional*, Tomo I, Madrid, 2001, pág. 30 y la jurisprudencia constitucional allí citada.

⁵¹ C. DE CABO MARTÍN, «El sujeto y sus derechos», en *Derechos Constitucionales y Formas Políticas*, ed. de M. Á. Aparicio Pérez, Barcelona, 2001, pág. 28; en todo caso, es oportuno recordar la denominada y sintetizada por el autor «objección contramayoritaria», en *op. cit.*, pág. 30, pues, como termina estimando, «los derechos fundamentales se han mantenido en el ámbito inicial, en el de la «persona», en el de la «igualdad», sin que su «fuerza expansiva» haya sido capaz de extenderlos al ámbito de la desigualdad, al otro elemento de la subjetividad», en *op. cit.*, pág. 33. En lo que hace al Tribunal Constitucional español, claramente influenciado una vez más por la jurisprudencia constitucional alemana sobre la materia, entre otras, la STC 21/1981, de 15 de junio, dirá: «los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios de alcance universal que subyacen a la Declaración Universal y a los diversos convenios internacionales sobre Derechos Humanos, ratificados por España, y que, asumidos como decisión constitucional básica, han de informar todo nuestro ordenamiento jurídico»; y de forma aún más clara en la STC 53/1985, de 11 de abril: «los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política; son, en fin, como dice el art. 10 de la Constitución, el «fundamento del orden jurídico y de la paz social».

⁵² N. MAC-CORMICK, «La morale costituzionale e la Costituzione», en *Il diritto come istituzione*, ed. de N. MacCormick/O. Weinberger, Milano, 1990, págs. 225 y ss.

el carácter axiológico-material postulado por las normas constitucionales, tiene ciertamente su expresión más específica en los derechos fundamentales.

En este sentido, como hemos visto, el Tribunal Constitucional alemán define con frecuencia a la Constitución como un orden de valores, o un orden objetivo de valores *Wertranordnung*⁵³, respecto del que los derechos fundamentales serían la unidad material preexistente a la Constitución positiva, y en relación al cual el propio Tribunal se situaría como mediador privilegiado⁵⁴. En la ya considerada clásica sentencia *Lüth*, de 15 de enero de 1958, observamos cómo el Tribunal alemán desarrolla la significación objetiva de los derechos fundamentales y su consideración como «orden axiológico objetivo», constitutivo de un «sistema de valores» que encuentra su fundamento «en la personalidad libremente desplegada en el seno de la comunidad social y en la dignidad de la persona»⁵⁵. Y, como opina K. Hesse, nunca sobreestimaremos la importancia en este contexto de la idea de que los derechos funda-

⁵³ Dice la BVerfGE 33, 29, «el orden de valores reconocido por la Ley Fundamental (...) ha de tener en cuenta la unidad que forma este sistema de valores fundamental», y en los mismos términos, por ejemplo, la BVerfGE 32, 98 (108), considera a la dignidad humana como «valor supremo». Y la BVerfGE 10, 59 (81) se refiere al «sistema de valores» formado por los derechos fundamentales y que tendrá a su lado «un sistema general de valores formado por la Constitución en su conjunto». Asimismo E. BENDA reconoce que, desde su inicial jurisprudencia, el Tribunal Constitucional alemán «ha caracterizado con frecuencia la Ley Fundamental y su parte dogmática como un orden de valores; la totalidad del ordenamiento jurídico recibe directrices a impulsos de tal sistema de valores», «El Estado social de Derecho», en *op. cit.*, pág. 497. Expresamente K. HESSE: «*Umschrieben durch den problematischen Begriff der «Wertordnung» ist dieses Verständnis zu einem zentralen Element der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts geworden*», «Atufen der Entwicklung der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit», en *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, 1998, pág. 8 —aun cuando en el resto del artículo citamos por la versión española—. En el polo opuesto, como se sabe, C. SCHMITT, quien llegaría a hablar de la *Tyrannie der Werte*, «Die Tyrannie der Werte», en *Säkularisation und Utopie. Ebracher Studien, Ernst Forsthoff zum 65 Geburtstag*, Stuttgart/Berlin, 1967, y el mismo E. FORSTHOFF, decididamente opuesto asimismo a la jurisprudencia constitucional por valores.

En cuanto a Italia, escribe T. MARTINES, la jurisprudencia de la *Corte costituzionale* es la jurisprudencia de los valores, y la *Corte costituzionale* es la Corte de la libertad, en *Il metodo nella scienza del Diritto Costituzionale*, Padova, 1997, pág. 7.

⁵⁴ La obligación para todos los poderes públicos de observar inexcusablemente «el orden de valores de la Ley Fundamental», es una afirmación apreciable en diversos momentos de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, por ejemplo, BVerfGE 13, 46 (51); 19, 1 (8), citadas por K. HESSE, *Escritos...*, *op. cit.*, pág. 51.

⁵⁵ BVerfGE 7, 198 (205).

EL DERECHO DE IGUALDAD Y EL RECONOCIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN...

mentales contienen no sólo «derechos individuales de los hombres y ciudadanos, de que no son sólo derechos de defensa frente al Estado, sino que son a la vez principios objetivos del orden político»; idea que «cobra expresión en el famoso pasaje de la *Lüth-Urteil*, conforme al cual la *Grundgesetz*, que no quiere ser un orden valorativamente neutral, ha alzado con el título de los derechos fundamentales también un orden objetivo de valores. Con tal interpretación se fortalece la fuerza normativa de los derechos fundamentales. Tal sistema de valores que tiene como núcleo la personalidad humana y su dignidad en el seno de una comunidad social, en cuanto decisión constitucional fundamental tiene validez en todos los ámbitos del Derecho; es decir, despliega directrices e impulsos al legislador, a la Administración y a la Jurisdicción»⁵⁶. Es decir, los derechos fundamentales no serían «contenido» del Derecho Constitucional, al menos no exclusivamente, sino su supuesto real o jurídico, esto es, el «ambiente» en el que existen las normas, el ámbito normativo real que asume el programa normativo⁵⁷.

Pues bien, también entre nosotros la Constitución como unidad material expresiva del sistema de valores es un concepto reiterado por la jurisprudencia constitucional⁵⁸. De este modo, nuestro Tribunal Constitucional concibe a la Constitución como una norma, en la que sus

⁵⁶ K. HESSE, «Estadios en la historia de la jurisdicción constitucional alemana», en *op. cit.*, pág. 107.

⁵⁷ Fr. MÜLLER citado por P. Kirchhof, «Tareas del Bundesverfassungsgericht en una época de cambios», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 49, 1997, págs. 2324. La Constitución, cuyos contenidos tempranamente calificó el Tribunal Constitucional alemán en términos de «valores fundamentales, previos al ordenamiento jurídico positivo (...) unidos por obra de las decisiones del constituyente en un «orden de valores»», o las referencias más tardías del propio Tribunal a la «norma fundamental de orientación axiológica», son aspectos asimismo bien analizados por K. HESSE, *Escritos...*, *op. cit.*, pág. 5; e incluso añade: «lo esencial de la Constitución se agota en la determinación de «valores»».

⁵⁸ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Los fundamentos constitucionales del Estado», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 52, 1988, pág. 16. Por su parte, E. ALONSO GARCÍA recuerda que el Tribunal Constitucional hace reiteradísimas alusiones a la Constitución como sistema de valores, y sostiene asimismo que la Norma Fundamental del Estado sería «ininteligible e ininterpretable como no sea a través de la jurisprudencia de los valores», y admite, en fin, que ningún Tribunal Constitucional la ha abandonado «quizás por ser la única salvación para la juridificación de lo político», «El principio de igualdad del artículo 14 de la constitución Española», en *Revista de Administración Pública*, núms. 100-102, 1983, págs. 5455. De todos modos, reconoce A. NIETO GARCÍA que la Constitución es «la gran cantera de valores y detrás de ella el resto del ordenamiento jurídico que reconoce un valor a cada derecho y a cada interés»; el problema, prosigue el autor, es «si el juez puede realizar por su

diversos preceptos, desde una perspectiva material, y reiterando doctrina, en términos de la STC 206/1992, de 27 de noviembre, «son todos ellos constitucionales y, como tales, gozan del contenido y eficacia normativa que de su respectiva dicción resulta». Ahora bien, se trata de una norma de naturaleza singular en cuanto tiene la significación primordial de establecer y fundamentar, declara la STC 9/1981, de 31 de marzo, « un orden de convivencia política general de cara al futuro, singularmente en materia de derechos fundamentales y libertades públicas», en consecuencia, «cualitativamente distinta de las demás, por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política y ha de informar todo el ordenamiento jurídico. La Constitución es así la norma fundamental y fundadora de todo el ordenamiento jurídico (...) la naturaleza de ley superior se refleja en la necesidad de interpretar todo el ordenamiento de conformidad con la Constitución», e integra una totalidad normativa, como dice la STC 196/1987, de 11 de diciembre, «garantizadora de un orden de convivencia integrado por un conjunto de valores».

2.2. Una jurisprudencia axiológico-valorativa como consecuencia.

La Constitución, como terminamos de aludir, en expresión de la STC 9/1981, de 31 de marzo, es la «Norma fundamental y fundadora del ordenamiento jurídico»; declaración a partir de la cual el propio Tribunal Constitucional español reconoce con total claridad que los valores constitucionales proporcionan la dinámica de la interpretación constitucional⁵⁹. Porque, como terminamos asimismo de ver en el epígrafe anterior, la Constitución en su conjunto articula un orden axiológico material⁶⁰, que asegura «la unidad del ordenamiento esencial-

cuenta sus propias valoraciones o ha de remitirse a las que haya hecho la norma. Duda que ha de ser respondida en beneficio de la valoración normativa», *El arbitrio...*, *op. cit.*, pág. 117; por ello, llega a la conclusión de que no sólo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es frecuentemente valorativa, lo que carece de capacidad de sorpresa, sino que «las sentencias valorativas aparecen en todos los escalones orgánicos del Poder judicial», *op. cit.*, pág. 166. Al referirse A. NIETO GARCÍA en estos términos de los valores, el autor parece haber modulado sensiblemente sus planteamientos en relación con la jurisprudencia de valores, respecto de lo expresado en «Peculiaridades jurídicas de la Norma Constitucional», en *Revista de Administración Pública*, núms. 100-102, 1983, pág. 412.

⁵⁹ E. ALONSO GARCÍA, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, 1984, pág. 277.

⁶⁰ Las constituciones acogen y positivizan un patrimonio de valores sustanciales fuertemente articulado y «politeístico», que ha de comportarse como sistema, como

mente sobre la base de su orden de valores materiales expresos en ella»⁶¹, en cuya construcción los derechos fundamentales ocupan un lugar central⁶². Los valores constituyen, en este sentido, la «base entera del ordenamiento, la que ha de prestar a este su sentido propio, la que ha de presidir, por tanto, toda su interpretación y aplicación»⁶³. Se ha impuesto, por tanto, también entre nosotros, una concepción axiológico-sustancialista del ordenamiento⁶⁴. Y muy en línea consecuyente, atendiendo a esta dimensión axiológica, se ha podido afirmar que la justicia constitucional viene caracterizada por «lo que Esser llamaba «una inserción controlada» (*Kontrollier Einschleusung*) de decisiones de valor», en consecuencia, opuesta a un «pensamiento sistemático que rechaza la entrada de la representación de valores en el juicio»⁶⁵.

La Constitución, sobre todo en la parte dogmática, contiene fundamentalmente principios y normas de apertura considerable que necesitan ineludiblemente ser concretadas. Desde esta perspectiva, el Derecho constitucional carece, justamente, del grado de precisión conceptual de otros textos jurídicos más fiables⁶⁶, y en consecuencia no

un cuadro armónico, so pena de la disolución de la Constitución como *ordo ordinans* y, con ella, de la misma idea de sistema normativo, *ordo ordinatus*, F. RIMOLI, *Pluralismo e valori costituzionali. I paradossi dell'integrazione democratica*, Torino, 1999.

⁶¹ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1981, pág. 97. Es evidente el eco de la jurisprudencia constitucional alemana que resuena en todas estas declaraciones de nuestra jurisprudencia constitucional; para aquélla, la interpretación debe estar guiada por el «sistema axiológico propio», BVerfGE 5, 85, 139, que, según la opinión del Tribunal, informa las normas constitucionales, por los derechos fundamentales y por los «otros principios elementales de la Constitución», en definitiva, por su «orden de valores», BVerfGE 19, 206, 220, que invoca a su vez, entre otras, tanto la BVerfGE 1, 14, 32 como la BVerfGE 17, 198, 205. Sobre la necesidad de realizar el mayor esfuerzo posible para traducir el orden de valores en el orden de normas, es decir, para adecuar constantemente éste a aquél, por eso la perspectiva axiológico-sustancial es a un tiempo móvil y relativa, A. RUGGIERI, «Dottrine della Costituzione e metodi dei costituzionalisti», en AA.VV., *Il metodo nella scienza del Diritto Costituzionale*, Padova, 1997, pág. 56.

⁶² E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma...*, *op. cit.*, pág. 144.

⁶³ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma...*, *op. cit.*, pág. 98.

⁶⁴ L. DíEZ-PICAZO, «La Constitución y las fuentes del Derecho», en AA.VV., *La Constitución Española y las fuentes del Derecho*, Vol. I, Madrid, 1979, pág. 654.

⁶⁵ Á. CARRASCO PERERA, «El «juicio de razonabilidad» en la justicia constitucional», en *op. cit.*, pág. 100.

⁶⁶ En el ámbito del Derecho Constitucional la importancia «de la interpretación es fundamental, pues, dado el carácter abierto y amplio de la Constitución, los problemas de interpretación surgen con mayor frecuencia que en otros sectores del ordenamiento cuyas normas son más detalladas. Importancia que aumenta, si cabe,

puede reducirse la aplicación de la Constitución a una pura aplicación formal y lógica conforme al modelo silogístico: «el Derecho Constitucional reduce, dada su estructura y función, la utilización de las reglas tradicionales del arte de la interpretación de textos normativos y plantea al jurista práctico una serie adicional de problemas fundamentales y de dificultades particulares»⁶⁷. En específico, la tabla de derechos fundamentales utiliza conceptos cuyo contenido sólo es posible determinar en los supuestos concretos con la ayuda de una interpretación axiológicovalorativa y, eventualmente, el recurso a ideas extrajurídicas o experiencias históricas⁶⁸. Si en el constitucionalismo de la segunda postguerra, la norma constitucional se presenta fuertemente impregnada de componentes valorativos, se pondría precisamente por ello de manifiesto de manera definitiva la insuficiencia del positivismo formalista y, en consecuencia, la forzosidad del recurso a la hermenéutica tópica y la jurisprudencia de valores. De este modo, la doctrina dominante en Alemania reconoce que la interpretación de un precepto constitucional contiene siempre criterios axiológicos, *Wertmassstabe*, elementos valorativos, decisionistas, creativos, y, en consecuencia, la aplicación de la norma al caso concreto debe desarrollarse lejos de su consideración como meramente mecánica y automática, postulando siempre una valoración⁶⁹. Pues bien, si la actividad interpretativa constitucional implica siempre un juicio de valor, se habla así consiguientemente de jurisprudencia valorativa *Wertungsjurisprudenz*. En efecto, es asimismo de aceptación mayoritaria que el dominio del positivismo jurídico en la interpretación de la Constitución conduciría a la reducción

en un orden constitucional dotado de una jurisdicción constitucional de amplias proporciones (...) Si en virtud de la misma el Tribunal Constitucional interpreta la Constitución con eficacia vinculante no sólo para el ciudadano sino también para los restantes órganos del Estado», la idea «que origina y legitima, que no es sino la del sometimiento de todo el poder del Estado a la Constitución, sólo podrá hacerse realidad si las sentencias del Tribunal expresan el contenido de la Constitución, aunque sea en la interpretación del Tribunal», K. HESSE, *Escritos...*, *op. cit.*, pág. 34.

⁶⁷ Fr. MÜLLER, *Juristische Methodik*, 8.ª ed., Berlin, 2002, págs. 70 y ss.

⁶⁸ W. GEIGER, *Verfassungsentwicklung durch Verfassungsgerichtsbarkeit*, Düsseldorf, 1965, pág. 4; E. W. BÖCKENFÖRDE, *Escritos de Derechos Fundamentales*, BadenBaden, 1993.

⁶⁹ K. LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Barcelona, 1994, págs. 203 y ss. No obstante, se ha producido claramente la superación y el distanciamiento del positivismo jurídico que tenía su base en la metodología del sistema lógico-formal y abstracto-conceptual, el paso a la jurisprudencia de valores (*Wertungsjurisprudenz* o *Wertjurisprudenz*), que no supone la superación necesariamente de la jurisprudencia de intereses, como en ocasiones se pretende, caso del propio K. LARENZ.

del derecho supremo del ordenamiento a un «conjunto sistemático y cerrado de normas positivas y la exclusión en él de toda referencia al valor material de la justicia»⁷⁰. Por ello, se ha puesto de relieve en muy diversas oportunidades la necesidad de referirse «a valores» en la interpretación y en la aplicación del Derecho en general, y del Derecho Constitucional en particular, que, en cuanto ordenamiento fundamentado en la idea de justicia, postula un proceso de concretización en ningún caso axiomático-deductivo sino de naturaleza axiológicovalorativa⁷¹.

La integración del sistema positivo requiere en cada caso el recurso a juicios de valor sociales y políticos atendiendo a la conciencia del tiempo y no tanto al texto legal⁷². En definitiva, todos los problemas de aplicación del Derecho pueden ser formulados en este ámbito como decisiones «entre alternativas de valoración»⁷³. Es decir, la apertura a juicios valorativos es necesaria en todo problema de interpretación⁷⁴, y la apertura a consideraciones extraconstitucionales e incluso extrajurídicas, tampoco es algo privativo del principio de igualdad, aunque sí pueda ser más frecuente, de modo que siempre subsiste en la inter-

⁷⁰ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo», en *Revista de Administración Pública*, núm. 40, 1963, pág. 191.

⁷¹ F. RUBIO LLORENTE, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución española*, 2.ª ed., Madrid, 1997, págs. 574 y 590 ss., entre otros momentos.

⁷² J. ESSER, «Die Interpretation im Recht», en *Studium Generale*, 7, 1954, pág. 378.

⁷³ F. WIACKER: «Entscheidungen zwischen Wertungsalternativen», «Zur Topikdiskussion in der zeitgenössischen deutschen Rechtswissenschaft», en *Xenion. Festschrift für Pan J. Zepos*, Athen, 1973, pág. 407.

⁷⁴ En este sentido, M. GONZÁLEZ BEILFUSS, *Tribunal Constitucional...*, *op. cit.*, pág. 24. Porque, como ha sostenido por todos Fr. MÜLLER, una ciencia jurídica sin decisiones ni valoraciones no será ni práctica ni real. La exigencia de objetividad no significa eliminación, sino colocar en gran plano las valoraciones necesarias y efectivamente colocadas en acción. Si se entiende la ciencia jurídica desde el postulado de la neutralidad axiológica, en el sentido de que las valoraciones permiten antes que juicios de conocimiento objetivo decisiones que residen en el ámbito de lo especulativo, es decir, fuera del pensamiento objetivo, se ha eliminado prácticamente la capacidad de rendimiento del trabajo jurídico. La objetividad jurídica no es pensable sin valoraciones y sin decisiones. En el pensamiento jurídico, los momentos puramente racionales y puramente axiológicos no se ordenan los unos al lado de los otros, o los unos detrás de los otros, *Juristische Methodik...*, *op. cit.*, *passim*. Lo verdaderamente característico de la ciencia del Derecho es que debe ocuparse constantemente de valoraciones, St. JOERGENSEN, *Recht und Gesellschaft, Vorwort von Wieacker*, Göttingen, 1971, pág. 8.

pretación constitucional el peligro de que el Tribunal Constitucional mediante su eventual interpretación en *última instancia* suplante la voluntad política del legislador y su capacidad para decidir de distintas maneras en el marco de las alternativas constitucionalmente amparadas por el texto de la Constitución, si bien también hay posibilidades relativamente seguras de evitarlo⁷⁵.

Ahora bien, el problema del fundamento, o sea, de la validez de los juicios de valor, no admite, ante todo, una solución racional única, sobre manera teniendo en cuenta que la Constitución, ciertamente, «no es (y no lo es especialmente en lo que se refiere a los Derechos fundamentales) un texto cerrado cuya interpretación permita obtener un único y exclusivo sentido de sus preceptos»⁷⁶. Además, los valores reconocidos por la Constitución, a la postre, son valores concurrentes y no siempre enteramente conciliables. Y, en este contexto, la resolución de los conflictos entre objetivos ha de recibir la solución a la luz de las «preferencias valorativas aceptadas»⁷⁷ y susceptibles —necesitados— siempre de una interpretación evolutiva.

La Constitución, al tutelar una multiplicidad de intereses, impone al intérprete resolver complejos y delicados problemas de coordinación, pero no entendemos que de prevalencia en la aplicación de los distintos principios y valores que se integran. La pregunta sobre qué es un *valor básico* en el sistema democrático occidental, puede encontrar una respuesta rápida y simple en los términos «libertad y democracia»; pero de inmediato reconoce que en una sociedad que valora definirse a sí misma como ««pluralista», difícilmente se podrá fijar con obligatoriedad general el contenido de cada uno de estos términos», y que, en consecuencia, tal como es de común conocimiento, los «catálogos sobre valores fundamentales en todos los países con Constitución poseen un alto nivel de conmutabilidad»⁷⁸. Conviene tener en cuenta que la propia Constitución democrática es también obra de un compromiso

⁷⁵ Acerca de estas posibilidades y riesgos en el delicado equilibrio inestable —*labiles Gleichgewicht*— entre Legislador y Tribunal Constitucional, remitimos a nuestras consideraciones en *El pleno sometimiento a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico en la aplicación judicial del Derecho*, Madrid, 2004, págs. 91 y ss.

⁷⁶ F. BALAGUER CALLEJÓN, «Capacidad creativa y límites del legislador en relación con los derechos fundamentales. La garantía del contenido esencial de los derechos», en *Derechos Constitucionales y Formas Políticas*, ed. de M. Á. Aparicio Pérez, Barcelona, 2001, pág. 110.

⁷⁷ J. HABERMAS, *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, 1998, pág. 227.

⁷⁸ D. SIMON, *La independencia del juez*, Barcelona, 1985, pág. 84.

entre las diversas fuerzas políticas concurrentes en su formación⁷⁹, o en el constitucionalismo democrático, si se quiere, de un pacto interno a la propia Sociedad y desarrollado entre fuerzas políticosociales diferentes e incluso antagónicas y portadoras en principio de diferentes modelos de sociedad⁸⁰. De este modo, el Derecho constitucional es derecho del conflicto y del compromiso; porque el consenso también resulta del conflicto y del compromiso entre partes que representan opiniones e intereses opuestos. En el desarrollo constitucional, las fuerzas políticas, desde el punto de vista de la influencia a la que aspiran sobre la vida de la comunidad, operan privilegiando de vez en vez algunos valores respecto de otros⁸¹, sin que les esté permitido llegar a una efectiva vulneración de los mismos. Es así obligado optimizar⁸², pues a pesar del esfuerzo desplegado por las jurisprudencias constitucionales encaminado a formalizar los procedimientos lógicos de la ponderación, la concordancia práctica, o el balanceamiento ponderado entre los bienes jurídicos dirigido por el principio de proporcionalidad, «los resultados desde el punto de vista de una *scientia juris* son desalentadores»⁸³, quizás la única regla formal de la que quepa hablar sea la de «la «optimización» posible de todos los principios, pero cómo alcanzar este resultado es una cuestión eminentemente práctica y «material»»⁸⁴.

El Tribunal Constitucional alemán ha hablado sin rubor a este propósito de «conflicto entre ideologías», si bien, de aquí no quisiéramos derivar nosotros la afirmación de que la Constitución española —o

⁷⁹ La Constitución y el ordenamiento en su conjunto, expresó L. BASSO, son siempre la resultante de un permanente choque de fuerzas, y, prosigue el autor, en definitiva, el producto histórico de la lucha de clases en un momento determinado, «L'utilizzazione della legalità nella fase di transizione al socialismo», en *Problemi del socialismo*, núms. 56, 1971, págs. 818 y ss.

⁸⁰ A. TORRES DEL MORAL, *Principios de Derecho Constitucional español*, 4.ª ed., Madrid, 1998, págs. 91 y ss.

⁸¹ En este sentido W. HENNIS, *Verfassung und Verfassungswirklichkeit (ein deutsches Problem)*, Tübingen, 1968, págs. 2324. Ahora bien, señala G. ZAGREBELSKY que más allá de «los casos supuestos en que la propia Constitución establece gradaciones y jerarquías, el modo en que los valores y principios convivan ya no es un problema de la ciencia constitucional, sino de la política constitucional», *El Derecho dúctil...*, *op. cit.*, pág. 17.

⁸² La dogmática constitucional, para G. ZAGREBELSKY, «debe ser como el líquido donde las sustancias se vierten, los conceptos mantienen su individualidad y coexisten sin choques destructivos, aunque con ciertos movimientos de oscilación, y, en todo caso, sin que jamás un solo componente pueda imponerse a los demás», *El Derecho dúctil...*, *op. cit.*, pág. 17.

⁸³ G. ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil...*, *op. cit.*, pág. 125.

⁸⁴ *Ibidem.*, pág. 125.

cualquier otra— está fundada sobre una escala jerárquica de valores. Ciertamente, la Constitución no hace distinción entre normas de primera y segunda categoría, no hay una escala axiológico-jerárquica de normas constitucionales. Uno de los más claros defensores de la jurisprudencia valorativa, como es el caso de *R. Zippelius*, duda acerca de que en el interior de este orden axiológico-objetivo se pueda individualizar una precisa escala de valores, *Wertrangordnung*, que permita al intérprete resolver de manera unívoca un conflicto de valores emergente de una problemática concreta⁸⁵. Por ello, lleva razón *Fr. Müller* cuando sostiene que el principio de la ponderación de bienes y valores no ayuda a racionalizar en el proceso de interpretación constitucional; pero, además, tal principio no encuentra en la Constitución ningún punto de apoyo normativo, ni ofrece criterio material alguno que satisfaga las exigencias de claridad de las normas, de la seguridad y de estabilidad de los métodos impuestos por el Estado de Derecho; no hay ninguna cuestión a resolver por medio de la ponderación de bienes o valores, sino que se trata únicamente de un problema dogmático de interpretación del derecho en cuestión⁸⁶. Quizá sea más conveniente el recurso al principio de concordancia práctica, principio interpretativo de la «armonización» constitucional, según es calificado por *U. Scheuner*, en virtud del cual, los bienes jurídicos «constitucionalmente protegidos, deben ser coordinados de tal modo en la solución del problema todos ellos conserven su entidad», de tal forma que en los supuestos en los cuales se «produzcan colisiones no se debe, a través de una precipitada «ponderación de bienes» o incluso una abstracta «ponderación de valores», realizar el uno a costa del otro (...) que ambos alcancen una efectividad óptima»⁸⁷. El principio de concordancia se impone como tarea fijar los límites de los dos, o de todos los bienes jurídicamente protegidos de manera proporcional, pero, como dice *Fr. Müller*, no puede en todo caso exigirse de manera general que las normas en presencia sean recíprocamente limitadas en el sentido de un estricto equilibrio⁸⁸.

⁸⁵ R. ZIPPELIUS, «Rechtsphilosophische Aspekte der Rechtsfindung», en *Juristenzeitung*, 1976, núms. 56, págs. 150 y ss; y «Zur Problem der Rechtsfortbildung», en *Neue Juristische Vochenschrift*, 1964, págs. 1981 y ss.

⁸⁶ Fr. MÜLLER, *Die Positivität der Grundrechte. Fragen einer praktischen Grundrechtsdogmatik*, Berlin, 1990, pág. 71.

⁸⁷ K. HESSE, *Escritos...*, op. cit., pág. 45, y se refiere a P. LERCHE quien destaca sobre el principio la «idea del equilibrio de máximo respeto en ambas direcciones».

⁸⁸ Fr. MÜLLER, *Die Positivität...*, op. cit., pág. 71; por otra parte, dice, esta teoría presupone la aceptación de axiomas tales como el reconocimiento de la «primacía» o del «valor superior» de determinados «intereses» o bienes constitucionalmente

Por lo tanto, la actividad interpretativa constitucional, como es de habitual reconocimiento, implica un juicio de valor, por eso se ha hablado de jurisprudencia valorativa, *Wertungsjurisprudenz*, y, en consonancia, muy diversos autores representativos han advertido la insuficiencia de los tradicionales postulados positivistas⁸⁹. El lenguaje jurídico constitucional específico, ya lo hemos señalado, introduce adicionalmente una fuente suplementaria de dificultades, en atención a los componentes históricos y sociopolíticos de la significación de los conceptos típicamente constitucionales. En consecuencia, si existe un sector del Derecho constitucional donde el análisis exclusivamente iuspositivista resulta por excelencia estéril, ése es, precisamente, el de los derechos fundamentales⁹⁰, aunque, con carácter general, el modo de argumentar del Derecho constitucional se abre «a los discursos metajurídicos, tanto más si se toman en consideración los principios de la Constitución»⁹¹. Y, de manera particular, la insuficiencia del método seguido por las corrientes del positivismo formalista para la interpretación de postulados básicos del Estado de Derecho, como la norma del principio de igualdad en su dimensión de prohibición de la arbitrariedad, es subrayada habitualmente por la doctrina científica⁹². Planteada la cuestión así, esto es, la determinación acerca de si el Tribunal ha de tener necesariamente en cuenta que su jurisprudencia coincida con «expectativas de justicia y con la escala de valores de la Sociedad, Benda lo afirma sin ambages»⁹³, y en ello estamos de acuerdo. No

protegidos, y se pone constantemente en el peligro de dar prioridad exclusivamente, en el caso concreto, a una norma constitucional en detrimento de otra.

⁸⁹ La ciencia jurídica es, por tanto, un pensamiento orientado a los valores *wertorientiertes Denken*, lo que vale, sea por lo referido a su ámbito práctico, esto es, la aplicación del derecho, sea por lo que se refiere a su ámbito teórico, aquel propio de la dogmática. Así, reconoce St. JORGENSEN que la característica esencial de la ciencia jurídica y de la jurisdicción consiste en que *su hacer* parte casi exclusivamente de valoraciones, *Recht und Gesellschaft...*, *op. cit.*, pág. 9. Propio de la *Wertungsjurisprudenz* es el método crítico-axiológico, *wertkritische Methode*, su tarea consiste en hacer evidente el contenido racional de los valores que están en el fundamento de la norma; y este método crítico-valorativo de integración del derecho positivo vigente es extremadamente lejano del positivismo.

⁹⁰ A. SPADARO, citado por G. Zagrebelsky, *El Derecho dúctil...*, *op. cit.*, pág. 76.

⁹¹ G. ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil...*, *op. cit.*, pág. 116.

⁹² Por ejemplo, su estrecha dependencia en cuanto a la interpretación de la «filosofía del derecho y del Estado que uno posea», R. ALEX, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, 1993, pág. 407.

⁹³ J. LIMBACH, «Papel y Poder del Tribunal Constitucional», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 4, 1999, pág. 118. Por su propia naturaleza, legitimidad y composición, dice E. Cheli, el Tribunal Constitucional se encuentra en una situación fa-

obstante, también se matiza en el sentido de que la presunción de un deber jurídico vinculante para el «*Bundesverfassungsgericht* de adoptar decisiones socialmente aceptables, parece a primera vista formulada con demasiada rotundidad: produce la impresión, de que el Tribunal no puede por menos de tener en cuenta la voluntad popular»⁹⁴.

De esta suerte, la interpretación constitucional ha de ser eficaz, en el sentido de posibilitar la realización continuada de los valores constitucionales, y, en consecuencia, el juicio de constitucionalidad tiene asimismo una peculiar estructura lógica⁹⁵. A falta de un algoritmo interpretativo, el intérprete decide con fundamento en una consideración políticojurídica; cada aplicación del Derecho constitucional implica, de esta manera, una elección de política jurídica, a través de un procedimiento típico⁹⁶. Las inevitables elecciones axiológicas presupuestas a la decisión jurídica deben ser reconocidas como elecciones de política del derecho y estructuradas como tales⁹⁷. Por ello, los elementos valorativos y teleológicos deben ser conocidos de antemano, articulados y obligados a una justificación. Sólo así la elección operada por el jurista/aplicador no quedará reducida a una toma de posición irracional, emotiva e incontrolable. Tarea de una teoría jurídicoconstitucional no es tanto la verdad cuanto la justicia, y esta última ha de derivar de un razonamiento que parta de premisas aceptables⁹⁸. El intérprete debe adoptar una decisión responsable legitimada a partir de la utilización de reglas hermenéuticas aceptadas por la conciencia jurídica, cuyo fin no es tan sólo concretar la norma sino constituir su sentido⁹⁹. Pero el problema para el intérprete es siempre el mismo, esto es, si la situación que debe ser resuelta y aquella que ha sido abstractamente prevista y regulada por el Legislador son verdaderamente análogas, algo que nunca sucede, dice *M. Kriele*¹⁰⁰. Por consiguiente, el método de con-

vorable a la asunción de aquel rol de custodio de los «valores fundamentales» que sectores doctrinales tienden a asignarle, un rol connatural a cada sistema de justicia constitucional, *Il giudice...*, *op. cit.*, pág. 41.

⁹⁴ J. LIMBACH, «Papel y Poder del Tribunal Constitucional», en *op. cit.*, pág. 118.

⁹⁵ T. REQUENA LÓPEZ, *Sobre la función, los medios y los límites de la interpretación constitucional*, Granada, 2001, pág. 29.

⁹⁶ M. KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*, 2.^a ed., Berlin, 1976, *passim*.

⁹⁷ Fr. MÜLLER, *Juristische Methodik...*, *op. cit.*, *passim*.

⁹⁸ *Ibidem*, *passim*.

⁹⁹ I. DE OTTO, «La posición del Tribunal Constitucional a partir de la doctrina de la interpretación constitucional», en AA. VV., *El Tribunal Constitucional*, Vol. III, Madrid, 1981, pág. 1946.

¹⁰⁰ M. KRIELE, *Theorie...*, *op. cit.*, págs. 218 y ss.

creción hermenéutico pone de manifiesto que interpretar es siempre concretar. Así, dirá K. Hesse, la vinculación de la interpretación a la norma se debe concretar con la precomprensión del intérprete y con el respectivo problema a resolver, lo cual significa, negativamente, que no puede haber un método interpretativo independiente, separado de estos factores; y, positivamente, que el procedimiento de concretización tiene que ser determinado por el objeto de la interpretación, la Constitución y el respectivo problema¹⁰¹. En las decisiones jurídicoconstitucionales, la cuestión fundamental de una metodología crítica del derecho es la de hacer explícitas las elecciones valorativas que han conducido a un determinado resultado, sin que quepa sustraerlas al control crítico y a la verificación de la opinión pública, mediante la trampa de su revestimiento con el manto de la legalidad a través de falsas construcciones técnico-formales¹⁰². El problema delicado surge, pues, no tanto en la indagación de si el jurista opera o no mediante elección, sino en establecer cuál sea el criterio, no meramente arbitrario y subjetivo, en función del que se realizan tales elecciones, de modo que se hagan controlables y justificables racionalmente en la mayor medida posible¹⁰³.

3. RELATIVIDAD Y DIFICULTADES ESPECÍFICAS DE LAS DECISIONES VALORATIVAS EN CUESTIONES DE IGUALDAD

La apelación expresa a la *communis opinio* en las decisiones sobre la igualdad¹⁰⁴, y el rechazo explícito, en este sentido, del razonamiento

¹⁰¹ K. HESSE, *Escritos...*, *op. cit.*, págs. 41 y ss.

¹⁰² M. KRIELE, *Theorie...*, *op. cit.*, págs. 218 y ss.

¹⁰³ M. KRIELE, *Theorie...*, *op. cit.*, especialmente págs. 182 y ss. y 218 y ss; en opinión del autor, el trabajo jurídico verdadero y propio precede siempre a la conclusión silogística, porque el discurso jurídico es una cuestión más amplia y compleja que un sistema silogístico. Desde la perspectiva tradicional, como revelara K. Engisch, la subsunción de por sí no presenta, en efecto, ninguna dificultad una vez que han sido individualizadas y establecidas las premisas, por eso dice que aquello que se llama metodología jurídica tiene por objeto en primer lugar el establecimiento de la premisa mayor del silogismo, en consecuencia, se puede decir que una racional *Rechtsfindung* presupone siempre y comúnmente una racional *Prämisenfindung* (H. J. Koch). A ello se ha objetado, entre otras muchas cuestiones, que no disponemos aún de una firme jerarquía de los múltiples criterios hermenéuticos.

¹⁰⁴ Para introducir diferencias entre los supuestos de hecho, dirá nuestra STC 49/1982, de 14 de julio, «tiene que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable de acuerdo con juicios de valor generalmente aceptados»; o, por ejemplo, las SSTC 75/1983, de 3 agosto y

apodíctico se abandona con total evidencia el terreno de la verdad apodíctica para entrar en el ámbito de la verdad dilemática, evidencian una vez más el reconocimiento de una jurisprudencia constitucional axiológicovalorativa y fuertemente argumentativa, orientada desde un punto de vista finalista, respecto de la «fijación de la verosimilitud», es decir, de las probables y acreditadas, por una general aceptación, concepciones de igualdad y justicia¹⁰⁵. Asimismo, con el empleo de la citada técnica, se constata, por otro lado, la apertura de un núcleo «de libre arbitrio a la hora de enjuiciar lo razonable y lo que no lo es»¹⁰⁶. No obstante, ante la elasticidad del concepto de igualdad, la fórmula, y por lo que ahora nos interesa, impide inicialmente que los jueces sigan su idea personal de lo que haya de considerarse correcto y, al margen de la transformación del arbitrio en arbitrariedad, si se ignora la acción y el pensamiento de la Sociedad se corre el riesgo de perder no sólo prestigio sino influencia social¹⁰⁷.

De cualquier modo, el carácter genérico, en cierto modo ambiguo¹⁰⁸, elástico, fragmentario y extraordinariamente abierto de la norma de reconocimiento del derecho a la igualdad jurídica¹⁰⁹, no debe preocupar

169/1985, de 13 de diciembre, que se refieren respectivamente a «criterios de valor aceptados con generalidad», y «criterios colectivos vigentes».

¹⁰⁵ J.P. MÜLLER, *Grundrechte, Besonderer Teil*, Bern, 1985, págs. 186 y ss.

¹⁰⁶ I. DE OTTO, voz «Igualdad», en *Diccionario del Sistema Político Español*, ed. de J. J. González Encinar, Madrid, 1984, pág. 449. Que la puesta en práctica del principio de igualdad supone necesariamente un juicio de valor, como algo admitido por el Tribunal Supremo norteamericano, en J. SCHMIDT, «La notion d'égalité dans la jurisprudence de la Cour Suprême des États-Unis D'Amérique», en *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1987, pág. 86.

¹⁰⁷ La decisión de un problema jurídico se ha realizado probablemente siempre, como ha expresado con claridad L. Díez-Picazo, «y todavía hoy se realiza, dentro de y con arreglo a un conjunto de creencias, convicciones, sentimientos y prejuicios, en los que el material normativo se inscribe. Compete, pues, a la ciencia del Derecho la tarea, eminentemente sociológica, de constatar cuáles son estas coordenadas, válidas para el conjunto social, que sirven de soporte y en definitiva dotan de validez a las normas, así como averiguar en qué medida cambian o han cambiado», *Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho*, Madrid, 1975, pág. 190.

¹⁰⁸ La ambigüedad, en opinión de G. GORLA, es un elemento inevitable del lenguaje humano, y, por tanto, del lenguaje jurídico, consecuencia precisamente de la complejidad y de la naturaleza misma de las relaciones humanas que las normas vienen a regular, *L'interpretazione del diritto*, Milano, 1941, *passim*.

¹⁰⁹ Las normas jurídicas, y en particular las constitucionales, se hallan «de por sí abiertas a toda una gama de múltiples y variadas posibilidades exegéticas y de alternativas diferentes, sabiendo que la adopción de una de ellas no significa, hoy por hoy, en modo alguno la exclusión de otras posibles alternativas en el futuro», P. HÄ-

más allá de lo necesario¹¹⁰. Tales caracteres son algo predicable de todas las normas constitucionales como ha reconocido la doctrina científica mayoritaria¹¹¹, y frecuentemente reproduce el Tribunal Constitucional español, si bien en algunos programas normativos se presenta más acentuado, cual es el caso de la igualdad¹¹², y postulan una interpretación asimismo abierta de la Constitución que si quiere ser tal «no es sino un buen modelo de buena política constitucional desarrollada en el marco doctrinal constitucional democrático»¹¹³.

Así, se suele insistir en las dificultades que presentan los enunciados abstractos y generales de las normas constitucionales que reconocen el derecho a la igualdad, lo que requiere de intervenciones valorativas fuertemente *creadoras* por parte de los órganos juzgadores¹¹⁴, y conduce a la jurisprudencia de los Tribunales constitucionales a la identificación de la igualdad con la no-discriminación¹¹⁵. Pero luego se

BERLE, *Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*, Madrid, 2002, pág. 71.

¹¹⁰ M. GONZÁLEZ BEILFUSS, *Tribunal Constitucional...*, *op. cit.*, pág. 27.

¹¹¹ En este sentido G. ZAGREBELSKY, para quien la elasticidad de las normas constitucionales permite que el «acto creativo» constitucional se transforme en «texto responsivo», *Historia y Constitución*, Madrid, 2005, pág. 81.

¹¹² En estos términos R. ALEXY parte, ciertamente, de que «la máxima de igualdad no da respuesta a la cuestión de saber qué es una razón suficiente para la permisión o la obligatoriedad de una diferenciación. Para ello, se requieren otros puntos de vista, por cierto, «valorativos»; ahora bien, asimismo reconoce que el enunciado «según el cual, toda interpretación de la Constitución incluye valoraciones del intérprete es tan trivial como fundamental». Por tanto, sostiene, para la fundamentación de la tesis de que la sujeción a la máxima de igualdad «conduce a una ampliación inadmisibles de la competencia del Tribunal Constitucional no puede recurrirse simplemente al hecho de que su aplicación presupone valoraciones. Lo que habría que exponer es que, dentro del marco de la aplicación de la máxima general de igualdad, se requiere una medida tal de valoraciones subjetivas, es decir, incontrolables, que parecería ser necesario tratarla de una manera diferente a las otras normas iusfundamentales. Sin embargo, no existe ningún motivo para ello. En la aplicación de todas las normas iusfundamentales hay que solucionar problemas valorativos básicos», *Teoría de los Derechos...*, *op. cit.*, págs. 399 y 401 respectivamente.

¹¹³ P. HÄBERLE, *Pluralismo y Constitución...*, *op. cit.*, pág. 173.

¹¹⁴ Y, como expresa E.W. BÖCKENFÖRDE, «dependiendo de la mayor o menor determinación o indeterminación material de la norma constitucional, esto puede convertirse en un proceso difícil, en el que la interpretación se ve llevada a su límite», *Estudios sobre el Estado...*, *op. cit.*, pág. 193.

¹¹⁵ Con carácter general, se emplea el término discriminación para indicar cualquier diversidad de tratamiento injustificada, y, en consecuencia, en contraste con el derecho fundamental a la igualdad. Desde esta perspectiva, un acto o comportamiento discriminatorio es ilícito por definición. La verificación de una discriminación

complica aún más el tema, como es el caso del artículo 14 de nuestra Constitución, porque la cláusula general se combina con específicas y explícitas prohibiciones concretas de discriminación. De esta suerte, a la consiguiente dificultad derivada de la forma en la que se hace el reconocimiento normativo de carácter general y sus consecuencias, viene a adherirse la necesidad de superar esta fragmentación del derecho positivo y de enuclear el modelo de justicia distributiva sometido al mismo¹¹⁶. Ahora bien, aunque en unas sea más acentuado que en otras, cualquier norma constitucional reduce, dada su estructura y función, la utilización de las reglas tradicionales del *arte* de la interpretación de textos normativos, y plantea al jurista práctico una serie adicional de problemas fundamentales y de dificultades particulares. En modo alguno puede considerarse vinculado al intérprete solamente por el texto —la «punta del tímpano», en expresión de F. Müller— en el proceso de concreción del significado de la norma, sino que está obligado a dar entrada a puntos de vista objetivos extraídos del ámbito normativo¹¹⁷. En esta dirección, según se ha apuntado, la teoría y el contenido —el ámbito vital protegido— de los derechos fundamentales se encuentran en permanente desarrollo, dado que, a su vez, los conceptos de Estado, Sociedad e individuo tienen carácter abierto y dinámico, de suerte que, no sólo permiten, requieren siempre de nuevos desarrollos¹¹⁸. Por lo tanto, insistimos, si hay un ámbito jurídico en el que la jurisprudencia de conceptos pone en evidencia todas sus insuficiencias éste es el propio del Derecho Constitucional¹¹⁹. Con independencia de que se esta-

puede, sin embargo, no resultar lesiva de la igualdad jurídica ya que pueden existir supuestos en los que el propio ordenamiento constitucional admite, por así decir, derogaciones del derecho fundamental a la igualdad; estaríamos así ante hipótesis de «discriminaciones lícitas». Estas hipótesis son distintas de aquellas otras disparidades de tratamiento consideradas lícitas en cuanto objetivas, racional y razonables, detrás de lo cual no hay tan sólo una cuestión meramente nominalística, aunque no vamos a detenernos en la cuestión.

¹¹⁶ Puede verse así L. PALADIN, «Corte costituzionale e principio generale di eguaglianza. Aprile 1979-Dicembre 1983», en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1984, núm. 1. págs. 219 y ss.

¹¹⁷ Por todos F. MÜLLER, *Fallansysen zur juristischen Methodik*, Berlin, 1989, págs. 19 y ss.

¹¹⁸ B. PIEROTH/B. SCHLINK, *Grundrechte. Staatsrecht II*, 19.^a ed., Heidelberg, 2003, págs. 26 y ss.

¹¹⁹ Como dijera J. Esser, recuerda E. P. HABA, en ninguna parte nuestros problemas constructivos son solucionados por una respuesta conceptual que meramente «se nos «presente» como tal nunca el finalmente concebido instrumento dogmático constituye *per se* la garantía de una aplicación «correcta»», «Précompréhension

blezca la determinación conceptual con la mayor perfección posible, poco se alcanza aquí a esclarecer mediante las conexiones sistemáticas existentes entre las diferentes proposiciones jurídicas. Una de las falacias del pasado, y actualmente aún en cierta moda, es la de buscar en la Constitución y en las normas jurídicas respuestas pretendidamente ya dadas que vengan presentadas bajo el manto de la objetividad, cuando en realidad no son otra cosa que elecciones subjetivas¹²⁰.

En este mismo sentido, como R. Alexy admite, es preciso solucionar problemas «valorativos básicos» en la aplicación de todas las normas iusfundamentales, y señala asimismo que la dificultad de determinar la igualdad material en cada caso conduce, necesariamente, a la cuestión central de la «máxima general de la igualdad», a la problemática de la «valoración correcta»¹²¹ de lo que ha de considerarse un acto del correspondiente poder público, correcto, razonable o justo. Tal problema central no es sino un problema de valoración¹²², prosigue el autor, y puede ser formulado por medio de dos cuestiones estrechamente vinculadas entre sí: de una parte, «en qué medida es posible fundamentar racionalmente los juicios de valor necesarios» dentro del ámbito de la igualdad, y, en segundo término, «quién ha de tener en el sistema jurídico la competencia para formular, en última instancia y con carácter vinculante, aquellos juicios de valor: el legislador o el Tribunal Constitucional»¹²³. Ahora bien, si el precepto que garantiza el derecho fundamental a la igualdad nos encara, ciertamente, con uno de los conceptos jurídicos de carácter más genérico, fragmentario, abierto, indeterminado y difícil de racionalizar¹²⁴, deben encontrarse criterios un poco más precisos que faciliten su aplicación, pues en estos temas abstractos e

et rationalité dans le travail du juge. A propos de Vorverständnis und Methodenwahl, de Josef Esser», en *Archives de Philosophie du Droit*, Vol. XX, 1975, pág. 385.

¹²⁰ G. SILVESTRI, *Il metodo nella scienza del Diritto Costituzionale*, Padova, 1997, pág. 129.

¹²¹ R. ALEXY, *Teoría de los Derechos...*, *op. cit.*, pág. 388.

¹²² R. ALEXY, *Teoría de los Derechos...*, *op. cit.*, pág. 395; asimismo de forma categórica entiende R. ZIPPELIUS en el sentido de que la determinación de la igualdad jurídica requiere siempre el concurso de otros puntos de vista, por cierto, valorativos, *Wertungsprobleme im System der Grundrechte*, citado por R. Alexy, *Teoría de los Derechos...*, *op. cit.* pág. 399.

¹²³ R. ALEXY, *Teoría de los Derechos...*, *op. cit.*, pág. 391.

¹²⁴ Si el positivismo jurídico mantuvo la plena racionalidad jurídica como axioma, las críticas que se han vertido son múltiples. En efecto, el Derecho, dice Fr. MÜLLER, nos encara siempre con supuestos no racionalizables por completo, pero esa dificultad aumenta en el ámbito del Derecho Constitucional y, a su vez, la igualdad jurídica representa uno de los casos límite tocante a la dificultad de racionalización

impregnados de fuerte carga valorativa, aunque sea exigible, es difícil para cualquier operador jurídico incluido el juez constitucional¹²⁵ seguir una línea coherente y rigurosa; lo cual es una receta simple, verdaderamente demasiado simple, pero de las pocas posibles¹²⁶. Tal valoración, ha expresado nuestro Tribunal Constitucional en muy diversas oportunidades, está sujeta a limitación, «ya que no puede dar lugar a un resultado que vaya contra derechos y libertades reconocidos en la Constitución (art. 53.2) ni en general contra cualquier precepto o principio de la misma (art. 9.1 y 3 relativos a la sujeción a la Constitución de todos los poderes públicos y a la interdicción de la arbitrariedad); ni, como resulta obvio, contra la esencia del propio principio de igualdad que rechaza toda desigualdad que por su alcance sea irrazonable y, por ello, haya de calificarse de discriminatoria»¹²⁷. Y es que, la moderna democracia de partidos¹²⁸, caracterizada por la relatividad y el contraste entre proyectos, exigía al mismo tiempo la constitucionalización de los derechos, «entre los que se incluye el de igualdad al objeto de procurarse un anclaje en algo objetivo, en algo más fuerte que las razones y las voluntades políticas que se fuesen afirmando en el transcurso del tiempo»¹²⁹.

En el contexto descrito, el derecho fundamental a igualdad tiene, de entrada, la relatividad de todos los principios y normas constitucionales principalmente los textos de reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales, habida cuenta que una Constitución no es un código de derecho procesal o una ley de derecho de familia respecto de los que su mayor valor es la completud y la precisión técnico-jurídica. La Consti-

como se evidencia por R. ALEXY: se discute si es posible «dar respuestas racionalmente fundamentadas a las cuestiones de la igualdad y si no se trata, más bien, de un conflicto racionalmente no solucionable entre ideologías y concepciones del mundo», *Teoría de los Derechos...*, *op. cit.*, pág. 407.

¹²⁵ Acerca de la necesidad de que el Tribunal Constitucional no permanezca alejado de la escala de valores de la mayoría de la población, y reciprocamente, que el Tribunal vive como ningún otro de la aceptación de sus decisiones, por todos J. LIMBACH, «Papel y Poder del Tribunal Constitucional», en *op. cit.*, especialmente 112 y ss.

¹²⁶ Alude a este tipo de reconocimiento en diversos momentos, por ejemplo M. KLOEPFER, *Gleichheit als Verfassungsfrage*, Berlín, 1980.

¹²⁷ STC 34/1981, de 10 de noviembre.

¹²⁸ Sobre la moderna idea de *democracia de partidos*, su sentido y alcance, por todos, J. J. GONZÁLEZ ENCINAR, «Democracia de partidos «versus» Estado de partidos», en *Derecho de partidos*, ed. del mismo autor, Madrid, 1992, págs. 19 y ss. La democracia como forma de Estado no se caracteriza por la armonía de los ciudadanos, se nutre del conflicto, no obstante los partidos en conflicto compartan los valores fundamentales.

¹²⁹ G. ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil...*, *op. cit.*, pág. 68.

tución en modo alguno articula en su totalidad la «de la cooperación social-territorial (...) la cual no es, en absoluto, simple «ejecución constitucional». Como tampoco es una unidad sistemática ya cerrada, bien sea esta de tipo lógico-axiomático o bien basada en una jerarquía de valores»¹³⁰. Por lo tanto, el enunciado lapidario del derecho fundamental a la igualdad contenido en el artículo 14 de la Constitución española es propio de las *disposiciones de derecho fundamental*, y como sucede con las grandes decisiones jurídico-constitucionales, muestra en perspectiva dialéctica la dirección a seguir, sin indicar exactamente el camino¹³¹. En efecto, como señalara en los inicios del constitucionalismo democrático R. Smend, «lo propio y característico de las fórmulas constitucionales es justamente su elasticidad y su enorme capacidad auto-transformadora»¹³². Y en sentido más específico, matizaría H. Heller: la igualdad ante la Ley, todas las constituciones democráticas la reconocen, pero no explican qué ha de considerarse igual o desigual, pero también resulta cierto que la ausencia de contenido preciso será la característica que hace posible la evolución de los principios y el desempeño por éstos de una función transformadora dentro de la Constitución¹³³; en definitiva, se logra así bajo un mismo texto literal del precepto la evolución y desarrollo del Derecho constitucional¹³⁴.

De este modo, dada la inevitable equivocidad del texto de la norma sobre la igualdad, la interpretación ofrece al jurista, no una solución única y exclusiva, sino varias alternativas. En consecuencia, la elección entre éstas se realiza en atención a un criterio de valoración del intérprete, y, por ello, se ciñe siempre a la cuestión de cuáles son las consecuencias derivadas del hecho de que el intérprete decida de un modo o de otro¹³⁵. Ahora bien, si bien es cierto que los valores inciden en la elección de las premisas metodológicas por el jurista, porque la elec-

¹³⁰ K. HESSE, *Escritos...*, *op. cit.*, pág. 17.

¹³¹ W. HENNIS, *Richtlinienkompetenz und Regierungstechnik*, Tübingen, 1974, pág. 10. Acogiendo la distinción de R. Alexy entre principios y reglas, entiende M. GONZÁLEZ BEILFUSS «que el contenido del derecho fundamental a la igualdad normativa incluye la reparación de la discriminación en cuanto principio, pero no una regla concreta de la que se derive una determinada forma de llevarla a cabo», *Tribunal Constitucional...*, *op. cit.*, pág. 28. Más categórico A. NIETO GARCÍA, las normas generales, «por sí mismas, nada dicen sobre la solución del caso concreto», *El arbitrio...*, *op. cit.*, pág. 109.

¹³² R. SMEND, *Constitución y Derecho Constitucional...*, *op. cit.*, pág. 34.

¹³³ H. HELLER, *Teoría del Estado*, México, 1971, págs., 271 y ss.

¹³⁴ K. HESSE, «Estudios en la historia de la jurisdicción constitucional alemana», en *op. cit.*, pág. 106.

¹³⁵ M. KRIELE, *Theorie...*, *op. cit.*, pág. 204, y *passim*.

ción metodológica no puede desconocer las situaciones históricas y ambientales que son caracterizadas por los valores, también se puede decir que la interpretación a escoger depende en buena medida de la filosofía del derecho que se sigue¹³⁶. Objeto, pues, de inagotables discusiones¹³⁷, el enunciado constitucional del derecho a la igualdad no ofrece respuesta definitiva o firme que permita asegurar la existencia de una razón suficiente con arreglo a la cual aseverar acerca de la permisión o la obligatoriedad de una diferenciación¹³⁸. Por lo tanto, la máxima de dar igual trato a casos iguales y tratamiento desigual a casos desiguales es la expresión de una polaridad, y confiere al Derecho, por así decirlo, el desasosiego de tener que examinar permanentemente en qué aspecto y con qué grado de concreción han de considerarse las desigualdades, y con arreglo a qué abstracción es lícito prescindir de las mismas¹³⁹. Estos interrogantes que tratan de averiguar la dirección y el alcance adecuados de la abstracción, configuran la línea maestra según la cual ha de buscarse, por ejemplo, la respuesta al interrogante de con qué aspectos comunes ha de comenzar la autovinculación y en qué diferencias debe terminar¹⁴⁰.

Pues bien, en atención a este carácter eminentemente abstracto y a su propia naturaleza, destaca *F. Rubio Llorente* que la igualdad jurídica «pone a disposición del juez el arma más poderosa y de más difícil uso de cuantas el Estado de Derecho ofrece»¹⁴¹. En tales circunstancias, apunta *A. Cerri* en la misma orientación, no es precisamente sencilla para el juez/aplicador de la norma la tarea de encontrar su entrada correcta en la escena jurídica de la igualdad, evitando, de una parte, la

¹³⁶ Por todos R. ZIPPELIUS: «Welche Auslegung jemand wählt, hängt davon ab, welche Rechtsphilosophie er hat», «Rechtsphilosophische Aspekte der Rechtsfindung», en *op. cit.*, pág. 153.

¹³⁷ Al igual que la libertad, la justicia, la solidaridad, la persona, la dignidad humana, señala G. ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil...*, *op. cit.*, pág. 124, por lo que el conjunto «de los principios constitucionales (...) debería constituir una suerte de «sentido común» del derecho».

¹³⁸ R. ALEXI, *Teoría de los Derechos...*, *op. cit.*, pág. 399.

¹³⁹ R. ZIPPELIUS, «Der Gleichheitssatz», en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, núm. 47, Berlin/New York, 1989, pág. 21.

¹⁴⁰ *Ibidem*, pág. 21.

¹⁴¹ F. RUBIO LLORENTE, voz «Igualdad», en *Temas básicos de Derecho Constitucional*, Tomo III, Madrid, 2001, pág. 140. Insiste especialmente en el resultado abierto que ofrece el derecho fundamental a la igualdad, por ejemplo, P. KIRCHHOF, «Der allgemeine Gleichheitssatz», en *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, ed. de J. Isensee/P. Kirchhof, Bd. V, Heidelberg, 1992., pág. 957, citado asimismo por M. GONZÁLEZ BEILFUSS, *Tribunal Constitucional...*, *op. cit.*, pág. 27, nota núm. 43.

aquiescencia a la ideología dominante en los correspondientes momentos políticos e histórico-concretos, y sin dejarse llevar al mismo tiempo por tentaciones de protagonismo, al objeto de que sin renunciar al ejercicio de su función respectiva, permita llevar a cabo a los órganos representativos y responsables ante la soberanía popular —sea inmediata sea mediatamente—, la elección entre alternativas que a ellos compete¹⁴². En consecuencia, el trato hipotéticamente divergente ha de suponer la quiebra de corrientes jurisprudenciales claramente delimitadas y aceptadas por la comunidad como respetuosas con la igualdad¹⁴³; porque el hecho de que existan dos o más decisiones iguales del mismo o de distintos órganos judiciales no descarta la posibilidad de que se haya vulnerando también la igualdad jurídica.

Por otra parte, como se ha apuntado por la literatura jurídica, en el Estado democrático el principio de igualdad ha perdido, al menos debería haber sido así, aquel carácter negativo y pasivo propio del Estado Liberal. En realidad, se ha transformado en un principio activo, en una exigencia de solución de las contradicciones «entre la racionalidad (el derecho) y la irracionalidad (el poder), que atraviesa todo el sistema y que pone continuamente en crisis», antinomias que postulan la exigencia de una nueva conformación de la estructura y contenido del derecho fundamental a la igualdad, y la búsqueda de una «razón externa» que desempeña una función de clausura del sistema político constitucional, en el sentido que su uso se debe al hecho de que «los mecanismos formales y garantistas no son suficientes para asegurar la funcionalidad del ordenamiento en relación con una determinada concepción de los poderes sociales y políticos»¹⁴⁴.

Resumen

En el contexto de la actual discusión sobre los derechos fundamentales, el problema del significado del principio general de igualdad ocupa un lugar central y problemático. No en vano, el derecho a la igualdad se recoge en una cláusula abstracta en grado sumo, porque a diferencia de la mayor parte de los derechos fundamentales no protege

¹⁴² A. CERRI, «Differenze di fatto a differenze di diritto valuate alla stregua del principio di eguaglianza», en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1977, págs. 885 y ss.

¹⁴³ *Ibidem*, págs. 885 y ss.

¹⁴⁴ A. BALDASSARRE, citado por S. Gambino, «El principio de constitucionalidad en el constitucionalismo europeo: unas premisas sobre la evolución de los sistemas de justicia constitucional», en *La aplicación jurisdiccional de la Constitución*, ed. de G. Ruiz Rico, Valencia, 1997, pág. 256.

una actividad o una cualidad humana, tan sólo es una institución creada por el Derecho, y por tanto no designa ninguna cualidad concreta o actividad de un sujeto, lo que explica su calificación como derecho subjetivo modal. De este modo, dada la inevitable equivocidad del texto de la norma sobre la igualdad, la interpretación ofrece al jurista no una solución única y exclusiva, sino varias alternativas. Objeto, pues, de inagotables discusiones, el enunciado constitucional del derecho a la igualdad no ofrece respuesta definitiva o firme que permita asegurar la existencia de una razón suficiente con arreglo a la cual aseverar acerca de la permisión o la obligatoriedad de una diferenciación. Por lo tanto, la máxima de dar igual trato a casos iguales y tratamiento desigual a casos desiguales es la expresión de una polaridad, y confiere al Derecho, por así decirlo, el desasosiego de tener que examinar permanentemente en qué aspecto y con qué grado de concreción han de considerarse las desigualdades, y con arreglo a qué abstracción es lícito prescindir de las mismas.

Palabras clave

igualdad, derechos fundamentales, tribunales constitucionales, aplicación, interpretación, comparación, valores, principios

Title:

«The Right to Equality and the recognition of the obligation to dogmatics»

Abstract

In the context of the present discussion concerning Fundamental Rights, the problem is that the general equality principle refers to a central and complicated matter. Therefore, the right to equality is gathered in an abstract clause to the highest degree. Compared to other Fundamental Rights, the right to equality does not protect a human quality or activity which only means an Institution created by Law and hence it does not assign any individual's specific quality or activity. Consequently, it is called modal subjective law. This way, due to the inevitable ambiguity of the text of the rule regarding equality, the interpretation gives the lawyer not only a unique and exclusive solution but also several options. The Constitutional Statement of the Right to Equality is the objective of inexhaustible discussions as it does not give a definitive or solid answer that allows us to ensure the existence of a Sufficient Reason. In accordance with which it should be possible to assert the permission

or the obligatoriness of a differentiation. Thus the principle that establishes these equal cases should be treated equally while unequal cases should not be treated equally represents the expression of a polarity and gives Law, let us say, the uneasiness of being permanently obliged to examine in which feature and in what extent concretion shall be considered; in accordance with which concept it is allowed to disregard those inequalities.

Summary

1.EXPLICIT RECOGNITION OF THE RESORT TO DOGMATICS RELATED TO JURIDICAL EQUALITY 2. THE BASIS OF LEGITIMATING DECISIONS ON EQUALITY: THE CONSTITUTION AS AN INEXCUSABLE STARTING POINT. 2.1. The Constitution as an objective value order. 2.2 An axiological and valuational jurisprudence as a result of it. 3. RELATIVITY AND SPECIFIC DIFFICULTIES OF VALUATION DECISIONS CONCERNING EQUALITY.

Key words:

Equality, Fundamental Rights, Constitutional Courts, Application, Interpretation, Comparison, Values, Principles