

# Igualdad jurídica y vinculación del legislador: algunos pasos con huellas de una tarea inacabada

Sumario. I. EL CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO Y SOCIAL: EL INTENTO DE ARMONIZACIÓN REAL DE LAS CONDICIONES DE VIDA.—1.1. Ideas previas.—1.2. Los antecedentes norteamericano y suizo.—1.3. Estado democrático y social e igualdad jurídica.—1.3.1. El cambio de naturaleza de la norma constitucional: consecuencias concretas para la igualdad.—1.3.2. El debate de Weimar y la nueva comprensión de la igualdad jurídica.—1.3.2.1. Líneas generales del debate doctrinal: las primeras manifestaciones de la «nueva doctrina» sobre la igualdad.—1.3.2.2. La formulación «clásica» de la denominada «nueva doctrina» debida a Gerhard Leibholz.—1.3.3. La consolidación de la «nueva doctrina» en el constitucionalismo democrático de la segunda postguerra y los intentos de evolución.—1.3.3.1. La consolidación de la «nueva doctrina».—1.3.3.2. La crítica, fundamentalmente científica, de la posición mayoritaria defensora de la nueva doctrina.—1.3.3.3. La denominada nueva fórmula surgida (o pretendidamente) a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 7 de octubre de 1980.—1.3.3.4. La discusión doctrinal en sus últimos estadios: perspectivas e insuficiencias.—1.3.3.4.1. Consideraciones previas.—1.3.3.4.2. El análisis «de arbitrariedad».—a) El análisis de arbitrariedad considerado en sus aspectos centrales.—b) El contenido del análisis de arbitrariedad.—1.3.3.4.3. El análisis centrado fundamentalmente en el control de proporcionalidad.—a) El análisis en atención a la proporcionalidad.—b) El contenido del análisis de proporcionalidad.

## I. EL CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO Y SOCIAL: EL INTENTO DE ARMONIZACIÓN REAL DE LAS CONDICIONES DE VIDA

### 1.1. Ideas previas

Durante la larga vigencia del Estado liberal, la realización del principio de igualdad en modo alguno significó la consecución de la igualdad material o

---

\* Profesor titular de Derecho Constitucional, Universidad de Cantabria.

sustancial, algo impensable desde la propia esencia de este tipo histórico de Estado —de carácter fuertemente oligárquico—, e incluso ni tan siquiera trajo consigo una igualdad de derechos en todos los ámbitos jurídicos<sup>1</sup>. Fracasaron así las iniciales pretensiones revolucionarias, desde cuyos planteamientos se pretendía la eliminación de las diferencias de clase y la desaparición de todo tipo de discriminación<sup>2</sup>. De este modo, el principio de igualdad, tamizado por el pensamiento racional-individualista de la Revolución<sup>3</sup>, vino a operar realmente en el ámbito del Derecho Público como la manifestación específica del principio de la libre concurrencia; ahora bien, una libertad de concurrencia entendida en términos absolutamente limitados, como es bien conocido<sup>4</sup>.

De otro lado, el último tercio del siglo XIX conoció el auge del positivismo normativista, lo que supuso asimismo una contribución importante a la esclerosis de la igualdad jurídica. Hasta tal punto hicieron mella los postulados metodológicos positivistas, que, por ejemplo, en un autor contrario a los mismos, como es el caso de Hauriou, se mantiene una concepción formal y restrictiva del principio de igualdad: *l'égalité entre les hommes est surtout une idée*<sup>5</sup>. Por ello, tampoco es de extrañar que la probablemente primera tesis doctoral consagrada en Francia a principios del siglo pasado —1910— al estudio del principio de igualdad concluyera en términos desoladores, esto es, negando al precepto su naturaleza de auténtica norma jurídica; se trata, diría su autor, tan sólo de un dogma vago e indeterminado, una fórmula con múltiples e imprecisas significaciones carente de sanción jurídica<sup>6</sup>. No obstante, también se registraron opiniones desde las que se consideraría que la «igualdad civil», el principio «quizá más fecundo de todos (entre los derechos individuales), no implica en sí reglamentación particular, o, más bien, la reglamentación se halla en la legislación entera», por lo que debía ser considerado «el primer principio cuyo respeto se impone al legislador»<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> G. Leibholz, *Strukturprobleme der modernen Demokratie*, Karlsruhe, 1958, p. 80.

<sup>2</sup> La explicación de R. Zippelius referida al fracaso en la propia Alemania, nos parece que tiene un elocuente valor ejemplificador, «Der Gleichheitssatz», en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Berlin/New York, núm. 47, 1989, p. 7 y ss.

<sup>3</sup> H. Heller, *Escritos Políticos*, Madrid, 1985, p. 270.

<sup>4</sup> En una etapa histórica tan dilatada hay excepciones. A modo de ejemplo, suele ser frecuente la cita de A. de Tocqueville, especialmente en el volumen II de su obra *De la démocratie en Amérique*, publicada en 1840, donde se ve la marcha imparable e irreversible de la democracia no ya hacia la igualdad jurídico-formal, sino hacia la igualdad material; no obstante, recuerda J. Schmidt, en la época en la que Tocqueville expresaba su admiración por la Constitución de los Estados Unidos, ésta consagraba aún la esclavitud, «La notion d'égalité dans la jurisprudence de la Cour Suprême des États-Unis d'Amérique», en *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1987, p. 44.

<sup>5</sup> M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 2.ª ed., Paris, 1929, p. 641.

<sup>6</sup> R. Brunet, *Le principe d'égalité en droit français*, Paris, 1910, especialmente pp. 142 y ss. Sin embargo, unos años más tarde, reconocerá P. Daney que el principio de igualdad era una norma que se imponía al legislador, y, por lo tanto, toda Ley «qui violerait le principe d'égalité tel qu'il est découlé de la Déclaration des droits de 1789 serait donc contraire au droit», *Le principe d'égalité*, Bordeaux, 1927, p. 218, coincidente con lo expuesto previamente por F. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, 1921, p. 471.

<sup>7</sup> A. Esmein/H. Nézar, *Éléments de Droit Constitutionnel français et étranger*, Vol. II, Paris, 1928, p. 568.

## 1.2. Los antecedentes norteamericano y suizo

En EE.UU., la XIV enmienda —1868—, incluye la cláusula de la igual protección —*equal protection of the laws*—, siendo así el primer país en el que se produce la ruptura con la vieja idea liberal que identificaba igualdad y Ley. En 1886 el Tribunal Supremo afirmará: «*the equal protection of the law is a pledge of the protection of equal laws*», lo que autorizaría el control jurisdiccional de la propia Ley desde la perspectiva de la igualdad jurídica, configurada a partir de ese momento como un auténtico límite de la potestad legislativa<sup>8</sup>. Asimismo, sectores doctrinales han expresado que la cláusula del *due process of law* no fue sólo utilizada por el Tribunal Supremo para juzgar acerca de la justicia en la aplicación del Derecho, sino también, e incluso en mayor medida, para juzgar acerca de la justicia de la propia Ley, y, por lo tanto, no sólo asumió un significado procesal, sino también sustancial<sup>9</sup>. A partir de ahí, y fundamentalmente desde finales del siglo XIX, se va desarrollando en la jurisprudencia la idea de que las diferenciaciones carentes de apoyo en un fundamento razonable vulneran la igualdad y son perfectamente arbitrarias<sup>10</sup>. Esta línea jurisprudencial comenzó a utilizar fórmulas tales como: la desigualdad ha de estar «basada en un motivo razonable (...) y no en simple arbitrariedad», en «consideraciones razonables»; se infringe el principio de igualdad cuando las características que han servido para formar el criterio de diferenciación sean «sencillamente arbitrarias, opresivas o caprichosas»; ha de admitirse la «presunción de que los legisladores han obrado inspirados por motivos justos mientras no aparezca lo contrario del texto de la ley y hasta que esto se haya demostrado en forma que no subsista ninguna duda razonable»<sup>11</sup>; o, en fin, «apenas es necesario manifestar que la dureza, la inconveniencia o la injusticia de las leyes (...) puede constituir objeción a su validez constitucional»<sup>12</sup>. Pues bien, estas fórmulas jurisprudenciales —o términos muy similares— serán asimismo invocadas por la doctrina alemana en el importante debate doctrinal de los años veinte del siglo pasado<sup>13</sup>, debate que tuvo precisamente en la reflexión sobre los derechos fundamentales uno de los ámbitos privilegiados de investigación<sup>14</sup>.

<sup>8</sup> F Rey Martínez, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, 1995, p. 45.

<sup>9</sup> Así, B. Schwartz, *Le droit aux États-Unis: une création permanente*, Paris, 1979, pp. 88 y ss.; en similares términos, S. Tunc, *Le système constitutionnel des États-Unis d'Amérique*, Paris, 1954, Vol II, pp. 366 y ss.

<sup>10</sup> J. Schmidt, «La notion d'égalité dans la jurisprudence de la Cour Suprême des Etats-Unis d'Amérique», en *op. cit.*, p. 47. Acerca de la *reasonable basis*, G. Leibholz, *Die Gleichheit vor dem Gesetz. Eine Studie auf rechtsvergleichender und rechtsphilosophischer Grundlage*, Berlin, 1925, 2.ª ed., München/Berlin, 1959, pp. 79 y ss.; así como el divulgado trabajo de J. Tussman/J. Tenbroek, «The Equal Protection of the Laws», en *California Law Review*, Vol. XXXVII, núm. 3, 1949, pp. 341 y ss.

<sup>11</sup> Citado por E. L. Llorens, *La igualdad ante la ley*, Murcia, 1934, p. 104.

<sup>12</sup> *Ibidem*, pp. 104-105.

<sup>13</sup> R. MaaB, «Die neuere Rechtsprechung des BVerG zum allgemeinen Gleichheitssatz-Ein Neuansatz?», en *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 1988, pp. 14 y ss.

<sup>14</sup> M. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Weimarer Republik und Nationalsozialismus*, München, 2002, pp. 109 y ss.

Por lo que se refiere a Suiza, la Constitución Federal de 29 de mayo de 1874, que desde el punto de vista formal apenas nada aporta por sí misma a la construcción de la igualdad jurídica, introduce, sin embargo, una importante modificación orgánica mediante la incorporación del Tribunal Federal, al que se le encomienda la función de decidir acerca de los recursos fundados sobre la protección de los derechos individuales<sup>15</sup>. En el segundo año de funcionamiento, y en lo que se ha valorado como una audacia o una jurisprudencia innovadora en atención al momento histórico, el citado Tribunal Federal entenderá que la igualdad ha de comprenderse a la vez en la Ley y en la aplicación de la Ley, aspectos ambos que se considera obligado a controlar, porque de no ser así faltaría en el cumplimiento de su tarea y desatendería a la finalidad a la que responde su creación. Entiende que está entre sus obligaciones la de sancionar las negaciones de justicia no sólo formales, sino sobre todo materiales, porque los actos evidentemente contrarios a las leyes son arbitrarios, e incompatibles con el Estado de Derecho que establece implícitamente el artículo 4 de la Constitución<sup>16</sup>, donde se recogía la siguiente fórmula: «*Alle Schweizer sind vor dem Gesetz gleich. Es gibt in der Schweiz keine Untertanenverhältnisse, keine Vorrechte des Ortes, der Geburt, der Familien, oder Personen.*» Es decir, realiza una interpretación extensiva del artículo 4, y abre con ello un camino nuevo. Contribuyó de manera decisiva a esta toma de postura, el hecho de que, frente a las convulsiones sufridas por el Estado de Derecho en el resto de la Europa continental, en Suiza, «y bajo unas condiciones políticamente más tranquilas y económicamente más seguras, la idea del Estado de Derecho no padeció esos ataques críticos (...) se mantuvo como tal con una continuidad ininterrumpida»<sup>17</sup>. Más en concreto, en la Decisión de 2 de abril de 1888 —«*asunto Jäggi*»—, el Tribunal Federal establece ya los principios fundamentales de lo que va ser su jurisprudencia futura sobre el artículo 4 de la Constitución de 1874. Lo fundamental de la decisión estriba en que el *Bundesgerichts* admite la vinculación también del legislador por el principio constitucional de igualdad. Llorens sintetiza en los siguientes términos el pasaje principal de esta doctrina jurisprudencial: «el principio de igualdad de todos los suizos ante la ley, enunciado en el artículo 4.º de la Constitución del Estado, es decisivo, como norma legal fundamental, tanto para la actividad administrativa y judicial como también para la legislativa de los órganos del Estado. En su virtud se exige la igual aplicación de las leyes a todos los ciudadanos así como también igual trato de los mismos por parte del legislador. El significado y el alcance del principio de la igualdad ante la ley con respecto al legislador se determina y limita definiendo que implica un postulado de justicia»<sup>18</sup>; aunque ello haya supuesto la

<sup>15</sup> Puede verse J. Acosta Sánchez, *Formación de la Constitución y Jurisdicción constitucional. Fundamentos de la Democracia constitucional*, Madrid, 1998, pp. 233-234.

<sup>16</sup> A. Haefliger, *Alle Schweizer sind vor dem Gesetz gleich, zur Tragweite des Artikels 4 der Bundesverfassung*, 1985, Bern, p. 13 y ss.; y S. Frick, *Die Gleichheit aller Schweizer vor dem Gesetz: ihre Bedeutung im freiheitlich-demokratischen Staatsrecht*, Zürich, 1945, pp. 6 y ss.

<sup>17</sup> E. W. Böckenförde, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, Madrid, 2000, p. 33.

<sup>18</sup> E. L. Llorens, *La igualdad...*, op. cit., p. 117.

crítica no compartida por nosotros de que tanto en los Estado Unidos como en Suiza la jurisprudencia y la doctrina científica se caracterizan por una radical y criticable costumbre de confundir igualdad y justicia<sup>19</sup>.

Por otro lado, en el comentario clásico de la Constitución debido a Burckhardt, se señalaría unos años más tarde que el artículo 4 de la Constitución de 1874 supuso una ruptura definitiva con la historia del principio de igualdad, porque los fundamentos constitucionales del nuevo Estado eran distintos —algo semejante a lo que años más tarde afirmara Leibholz en relación con la Constitución de la República de Weimar—, y donde se sostiene como consideración global de fondo la presencia de un concepto general de igualdad a observar por la totalidad del ordenamiento jurídico. Desarrolla asimismo Burckhardt la distinción entre desigualdad formal y material. A su juicio, la primera consiste en una contradicción de la legislación, de la Ley «consigo misma»; en la aplicación de la Ley, la desigualdad formal viene dada pura y simplemente por la violación de la legalidad. La desigualdad material es la contradicción de una disposición legislativa o de un acto de aplicación con el Derecho justo —*richtiges Recht*—, con la equidad —*Billigkeit*—<sup>20</sup>. La desigualdad material se produce cuando se trata igualmente aquello que es diferente —se refiere ahora al legislador— y, recíprocamente, de forma diferente aquello que es semejante<sup>21</sup>. De otra parte, según se considera, lo igual no es necesariamente lo absolutamente igual, bastará con que exista una similitud esencial, y en sentido recíproco, no toda diferencia obliga al legislador o a los órganos de aplicación a diferenciar, porque ello sería tanto como negar la existencia del ordenamiento mismo, bastará con tener en cuenta las diferencias que resulten esenciales. En el comentario se deja ver ya la tesis del fundamento razonable que han de tener las desigualdades: es contrario a la igualdad jurídica la diferencia o la identidad de tratamiento que no se apoya en un fundamento razonable, esto es, que no se apoya en fundamento alguno o lo hace sobre un fundamento insuficiente —cuando las decisiones se apoyan sobre un fundamento inadecuado por cuanto esencial o totalmente inexacto—, y tales decisiones son contrarias a la igualdad porque se evidencian como ilógicas, irracionales e injustas, y, por lo tanto, arbitrarias<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> L. Paladin, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Milano, 1965, p. 82.

<sup>20</sup> En contra de la distinción, por entender se trata siempre de una vulneración de la igualdad material, G. Leibholz, *Die Gleichheit vor dem Gesetz...*, op. cit., p. 49.

<sup>21</sup> W. Burckhardt, *Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874*, 2.<sup>a</sup> ed., Bern, 1914, especialmente, pp. 25, 59 y ss. y 65; para la influencia de la filosofía del Derecho de R. Stammeler sobre el concepto de *richtiges Recht* del autor, K. Hesse, «Der Gleichheitsgrundsatz im Staatsrecht», en *Archiv des öffentlichen Rechts*, núm. 77, 1951-52, p. 177. Asimismo G. Müller, en *Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung*, Bd. I, Bern, 1988, pp. 6 y ss.; y puede verse también H. Algag, *Die Gleichheit vor dem Gesetze in der Reichsverfassung. Eine öffentliche Abhandlung auf rechtsvergleichender Grundlage*, Berlin, 1925, pp. 20 y ss., así como E. Kaufmann, «Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung», en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, núm. 3, Berlin-Leipzig, 1927, p. 10.

<sup>22</sup> Este reconocimiento de la tesis de la arbitrariedad en W. Burckhardt, *Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung...*, op. cit., pp. 29 y ss.; también, aunque en sentido crítico, Th. Fleiner/Z. Giacometti, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Zürich, 1949, pp. 411 y ss.

### 1.3. Estado democrático y social e igualdad jurídica

#### 1.3.1. *El cambio de naturaleza de la norma constitucional: consecuencias concretas para la igualdad*

La instauración del Estado democrático que se consagra mediante el reconocimiento del sufragio universal y la soberanía popular en el frontispicio de los textos constitucionales posteriores a la Primera Guerra Mundial, presta fundamental atención a la igualdad política, porque sobre ella se fundamenta<sup>23</sup>. En efecto, el derecho igual de todos los ciudadanos a participar en la legitimación originaria del sistema político así como en el ejercicio del poder del Estado mediante elecciones libres, y el derecho de acceso en condiciones de igualdad a los cargos públicos, constituye el principio fundamental del sistema democrático; o, para expresarlo en términos de la ya clásica sentencia de nuestro Tribunal Constitucional 6/1981, de 16 de marzo, este «principio de legitimación democrática» es la base de toda la «ordenación jurídico-política». A partir de las anteriores premisas se produce el cambio de naturaleza jurídica de la norma constitucional, así como el cambio más importante de naturaleza orgánica, esto es, la aparición de los Tribunales Constitucionales. Así, subraya Cruz Villalón respecto de la primacía alcanzada y el cambio de naturaleza de la Constitución llevado a cabo en Europa con la Constitución alemana de Weimar, «el salto cualitativo, e incluso la mutación operada en la propia Constitución, y por extensión en la Ciencia del Derecho Constitucional, como consecuencia de la acumulación de dos factores: el paso de la Constitución «orgánica» a la Constitución «material» y el paso de la «garantía política» a la «garantía jurisdiccional» de la Constitución»<sup>24</sup>. No obstante, y en lo que ahora fundamentalmente importa, la Constitución de Weimar no contenía una declaración expresa de carácter general por la que se declarara al legislador vinculado por los derechos fundamentales, si bien éstos aparecen por primera vez y ante el mencionado cambio de naturaleza, como una categoría dogmática del Derecho constitucional<sup>25</sup>. En esta situación, la primera Constitución democrática europea considera que la característica esencial del sistema democrático viene dada por la generalización de la igualdad jurídica<sup>26</sup>. Una igualdad jurídica que, advertido el problema que representa su comprensión en un sentido mera-

---

<sup>23</sup> Aspecto destacado tempranamente por W. Burckhardt, *Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung...*, op. cit., pp. 29 y ss. «El pueblo alemán unido en sus estirpes», dirá el Preámbulo de la Constitución de Weimar; y el pueblo del que «emana el derecho», recoge como fórmula la Constitución austríaca de 1920.

<sup>24</sup> P. Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, 1987, p. 27.

<sup>25</sup> P. Cruz Villalón, «Formación y evolución de los derechos fundamentales», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 25, 1989, p. 41.

<sup>26</sup> Modernamente la vinculación estricta entre igualdad y democracia, es una reivindicación constante de los sistemas democráticos, puede verse en G. Leibholz, *Die Gleichheit vor dem Gesetz...*, op. cit., pp. 16 y ss., y pp. 23 y ss.

mente formal, sólo puede ser entendida en sentido material<sup>27</sup>; única forma posible de lograr la eficacia normativa propia del principio.

De otra parte, tampoco preveía expresamente la Constitución de Weimar el control de constitucionalidad<sup>28</sup>, ante lo que se entabló enseguida una polémica doctrinal fuerte entre quienes defendían y negaban semejante posibilidad<sup>29</sup>. Incapaz de enfrentarse sistemáticamente al control de constitucionalidad de las leyes<sup>30</sup>, la Constitución no contenía tampoco «una prohibición expresa de control judicial»<sup>31</sup>. Ante esta situación, «los tribunales alemanes, en una de las operaciones políticas de mayor alcance de la República de Weimar, proclamarán y se arrogarán el derecho-deber de controlar la constitucionalidad de las leyes del Reich»<sup>32</sup>. Y es que si se pretendía que la Constitución fuera auténtica norma jurídica debía admitirse un control de esta naturaleza. En este sentido, se cita como precedente una sentencia de 23 de marzo de 1921 del *Reichsfinanzhof*, si bien fue más propiamente una sentencia de 4 de noviembre de 1925 en la que por primera vez el *Reichsgericht* afirma de forma «definitiva y expresa»<sup>33</sup> su competencia para llevar a cabo el control de constitucionalidad de las leyes<sup>34</sup>; aunque el marco se delimitara inicialmente por referencia al control del Derecho de los *Länder* y los conflictos entre los *Länder* y el *Reich*. Asimismo, el Tribunal es plenamente consciente de la discusión profunda que está teniendo lugar sobre la igualdad jurídica, y en una nueva sentencia de 29 de enero de 1926, intencionadamente deja caer expresiones tales como: «si verdaderamente se quiere ver un límite para el legislador en el artículo 109.1»; por fin, la sentencia de la 6.ª Sala de lo Civil, de 30 de noviembre de 1929, declara la inconstitucionalidad de una Ley por vulneración del artículo 109.1 de la Constitución de Weimar<sup>35</sup>.

<sup>27</sup> G. Leibholz, *Die Gleichheit vor dem Gesetz...*, op. cit., p. 50, entre otros momentos.

<sup>28</sup> Para la importancia de los tribunales constitucionales en orden a la nueva configuración jurídica de la igualdad, véase E. Alberti, «Prólogo», a *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, Madrid, 2000, p. XIII.

<sup>29</sup> Sin embargo, la Constitución del Estado Libre de Baviera de 14 de agosto de 1919 preveía expresamente en su artículo 72 el control judicial de las leyes, a aplicar cuando se encontraran en contradicción con una disposición de la Constitución del Reich alemán, de la propia Constitución de Baviera o de otra Ley constitucional, P. Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo de control...*, op. cit., p. 79.

<sup>30</sup> P. Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo de control...*, op. cit., p. 71; asimismo J. A. Montilla Martos, *Minoría política y Tribunal Constitucional*, Madrid, 2002, p. 84.

<sup>31</sup> P. Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo de control...*, op. cit., p. 71.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 71.

<sup>33</sup> P. Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo de control...*, op. cit., p. 78.

<sup>34</sup> J. Cl. Béguin, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République fédérale d'Allemagne*, Paris, 1982, pp. 132 y ss. No se trataba, como pretendiera R. Thoma, de la ausencia de un precepto admitiendo o prohibiendo el control de constitucionalidad, «Das richterliche Prüfungsrecht», en *Archiv des öffentlichen Rechts*, Bd. 43, 1922, p. 272; era una cuestión de voluntad más que de lógica jurídica.

<sup>35</sup> Así, G. Leibholz, *Die Gleichheit vor dem Gesetz...*, op. cit., p. 207, quien reconoce que la 7.ª Sala de lo Civil, en una decisión inmediata del mismo año, consideraría a la misma Ley conforme al artículo 109 de la Constitución.

### 1.3.2. *El debate de Weimar y la nueva comprensión de la igualdad jurídica*

#### 1.3.2.1. Líneas generales del debate doctrinal: las primeras manifestaciones de la «nueva doctrina» sobre la igualdad

Desde el mismo nacimiento de este tipo histórico de Estado democrático, y espoleada por «el espíritu del tiempo», surge nuevamente la exigencia de la *égalité de fait*. La armonización real de las condiciones de vida se pone ahora en práctica —y hasta donde es posible— con el nombre de Estado social<sup>36</sup>. La plasmación de derechos sociales por primera vez en la Constitución de Weimar es la consecuencia, en expresión de Heller, de la conciliación entre dos tendencias divergentes, lo que implicaría un «acuerdo recíproco orientado al fin de una más justa distribución de riquezas»<sup>37</sup>. De esta forma, el derecho de todos los ciudadanos del Estado a participar en el ejercicio del poder, convive a partir de este momento con el derecho general de todos los individuos a recibir el mismo trato que los demás por parte de los poderes públicos<sup>38</sup>. Se establece así, como precisa Böckenförde, no ya «una relación de equilibrio o de limitación recíproca» entre la democracia y el Estado social, sino «una relación unilateral de impulso y apoyo que parte de la democracia»<sup>39</sup>.

La Constitución de Weimar inicia, pues, una nueva fase —«supone un cambio de dialéctica»<sup>40</sup>—, en la que se tiende a conciliar las exigencias de una normación diferenciada y articulada, como respuesta a un sistema que se funda en la soberanía popular y en presencia de una sociedad heterogénea, con la exigencia de la reconducción de las normas mismas a criterios universales, válidos para todos; de ahí, se considera, deriva en buena medida el enunciado extremadamente conciso del principio de igualdad que aún le caracteriza<sup>41</sup>. De otra parte, el principio se encuentra ante una realidad social enormemente compleja caracterizada además por una profunda y constante transformación, que necesita y consiente leyes no siempre universales —posteriormente la Ley terminará convirtiéndose en estructura y guía de la economía—. Pero esta nueva situación no exige la atenuación del rigor del principio de igualdad, sino un entendimiento distinto de su esencia en un régimen democrático que permite y exige normas no necesariamente universales, al ser ahora lícitas las inclusiones de categorías subjetivas ligadas a problemas objetivos, con lo que se inicia la lucha por la interpretación del principio<sup>42</sup> que aún le caracteriza.

Pues bien, la denominada nueva doctrina que propugna extender la igualdad al contenido jurídico-material del mandato legal, suscita con todo una

<sup>36</sup> Así de claro se expresa R. Zippelius, «Der Gleichheitssatz», en *op. cit.*, pp. 7 y ss.

<sup>37</sup> H. Heller, *Escritos Políticos...*, *op. cit.*, p. 271.

<sup>38</sup> R. Zippelius, «Der Gleichheitssatz», en *op. cit.*, pp. 7 y ss.

<sup>39</sup> E. W. Böckenförde, *Estudios sobre el Estado...*, *op. cit.*, p. 129.

<sup>40</sup> P. Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo de control...*, *op. cit.*, p. 226.

<sup>41</sup> H. D. Jaras, «Folgerungen aus der neueren Rechtsprechung des BVerfG für die Prüfung von Verträgen gegen Art. 3 Abs. 1 GG», en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1997, pp. 2545 y ss.

<sup>42</sup> H. Jarrheiß, «Die staatsbürgerliche Gleichheit», en *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, ed. de G. Anschütz/R. Thoma, Bd. II, Tübingen, 1932, p. 625.

importante discusión doctrinal en la Alemania de Weimar<sup>43</sup>, y tiene a su primer defensor explícito en Hatschek —1922<sup>44</sup>—. Según afirmó el autor, era necesario llevar a cabo una reinterpretación del principio de igualdad que trascendiera su entendimiento clásico como mera realización de la legalidad, porque también el poder legislativo está vinculado y limitado por la Constitución, y, en consecuencia, por el considerado principio de igualdad<sup>45</sup>; al tiempo que acoge la distinción, en términos próximos a Burckhardt, entre igualdad formal, consistente en la igualdad en la aplicación de la Ley, e igualdad material, que concierne sobre todo al legislador<sup>46</sup>. Un poco después aparece el clásico libro de Leibholz, *Die Gleichheit vor dem Gesetz* —1925—, y tres años más tarde la obra menos divulgada y menos influyente de Rümelin, *Die Gleichheit vor dem Gesetz* —1928—: «Hay igualdad cuando sería irrazonable hacer una diferenciación»<sup>47</sup>.

En lo que hace a los importantes debates de la *Vereinigung*, en la 5.ª reunión —1925—, Heller y Wenzel reafirmarán el carácter unitario de la soberanía, y, por consiguiente, la Ley —en cuanto su manifestación exclusiva— sólo puede emanar del órgano —el Parlamento— al que el pueblo, originario detentador de la soberanía, ha confiado explícitamente la función de expresar su propia voluntad; en fin, confían a los poderes ejecutivo y judicial sólo las funciones subordinadas de la ejecución de la Ley y de la aplicación misma a los casos concretos, pero no la creación de leyes nuevas. En efecto, la profunda transformación que implica el paso del sufragio restringido al sufragio universal y el consiguiente tránsito del Estado Liberal al Estado Social y Democrático, hasta arrojar un tipo de Estado radicalmente diverso, implica asimismo el paso a la denominada concepción constitucional de la democracia a ejercerse no sólo en las formas, sino también en los límites de la Constitución, impidiéndose así su traducción en formas de absolutismo democrático<sup>48</sup>. Que esta afirmación pueda realizarse respecto del resto de los derechos y de

<sup>43</sup> Una buena síntesis panorámica acerca del desarrollo histórico del principio en Alemania puede verse en K. Hesse, «Der Gleichheitssatz in der neueren deutschen Verfassungsentwicklung», en *Archiv des öffentlichen Rechts*, Bd. 109, 1984, pp. 174 y ss.

<sup>44</sup> La «nouvelle doctrine», dice O. Jouanjan, «initée par Julius Hatschek en 1922 et qui avait trouvé dans la thèse du jeune Leibholz, *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, parue en 1925, son manifeste, oppose le “changement de signification” qu’aurait subi le principe d’égalité devant la loi, du fait de l’avènement d’une nouvelle forme d’État de droit, dans laquelle les droits fondamentaux en général, et le principe d’égalité en particulier, ne pourraient plus être simplement compris comme définissant les domaines de l’intervention exclusive d’un législateur souverain (théorie de la “réserve de la loi”, *Gesetzesvorbehalt*), mais comme des garanties matérielles accordées aux citoyens contre les interventions de la puissance publique, quel que soit leur rang juridique. Pièce maîtresse du dispositif de protection que constitue le status negativus du citoyen (G. Jellinek), l’égalité devant la loi doit donc être interprétée comme une égalité “matérielle”, s’imposant à l’administrateur et au juge tout comme au législateur et dont le contenu s’analyserait en une prohibition générale de l’“arbitraire”, «Réflexions sur l’égalité devant la Loi», en *Droits*, núm. 16, 1992, p. 132.

<sup>45</sup> J. Hatschek, *Deutsches und preussisches Staatsrecht*, Bd. I, Berlin, 1922, p. 196; tesis que defendería asimismo dos años más tarde H. Triepel, *Goldbilanzenverordnung und Vorzugsaktien*, Berlin/Leipzig, 1924, pp. 26 y ss.

<sup>46</sup> J. Hatschek, *Deutsches und preussisches...*, op. cit., p. 196.

<sup>47</sup> La cita procede E. L. Llorens, *La igualdad...*, op. cit., p. 55.

<sup>48</sup> M. Fioravanti, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. La libertà fondamentali*, Vol. I, Torino, 1995, p. 18.

las instituciones del Estado no invalida precisamente la afirmación. Es el paso de la garantía de la libertad y de la igualdad mediante la Ley —para unos pocos— a la garantía de la libertad y la igualdad por y en la Ley en el marco de la Constitución, lo que dota al principio de una expansión enorme y potencialmente indefinida<sup>49</sup>.

No obstante, el hecho de que pueda predicarse una continuidad entre ambos tipos históricos de Estado —liberal y democrático-social— es asimismo cierto, por lo que también podrá encontrarse dentro de la lógica la posibilidad de apreciar una evidente línea de continuidad tocante a la igualdad. Ahora bien, esta línea de continuidad pretendería ser de carácter absoluto en autores como Anschütz, cuya tesis sobre el principio de igualdad había sido construida a partir de la interpretación prevalentemente literal del artículo 4 de la Constitución prusiana de 1850, de una parte, y por otra, de la posición de soberano que en consonancia con la doctrina clásica atribuye al legislador. Al repetir básicamente el artículo 109.1 de la Constitución de Weimar el contenido del artículo 4 de la Carta prusiana, dice Paladin, una amplia corriente doctrinal, encabezada sobre todo por Anschütz, sostiene tenazmente la necesidad de referirse al concepto precedente del principio, pues en realidad no ha cambiado su valor en el nuevo sistema de articulación del poder: se trataría de una norma-programa, o más concretamente de un principio interpretativo o integrador del Derecho vigente, válido sólo en cuanto las disposiciones legislativas no dispongan lo contrario; tesis que, aun cuando exteriormente impecable, se presentaba en efecto debilísima en todas sus motivaciones<sup>50</sup>. De esta manera, al margen de otras consideraciones, Anschütz mantuvo en su interpretación del artículo 4 de la *PreuBische Verfassung* de 1850, que ciertamente el principio de igualdad ante la Ley tenía verdadera autonomía normativa independiente de sus concreciones específicas; se trataba de un principio de derecho material portador de un contenido normativo propio. Sin embargo, desde una interpretación literal del artículo 4 —*vor dem Gesetz*, en lugar de *des Gesetzes*<sup>51</sup>— entendía que la igualdad ante la Ley era realmente la igualdad ante el juez y ante la administración, es decir, la igualdad meramente en la aplicación<sup>52</sup>. Pues bien, vigente ya el artículo 109.1 de la Constitución de Weimar, admite que la garantía constitucional expresa del principio de igualdad en modo alguno es superflua, sino absolutamente necesaria en la democracia parlamentaria, pero al propio tiempo mantuvo la

<sup>49</sup> F. Rubio Llorente, voz «Igualdad», en *Temas básicos de Derecho Constitucional*, Vol. III, Madrid, 2001, p. 3366.

<sup>50</sup> Considera que en G. Anschütz hay una interpretación literal, si bien ésta es desarrollada principalmente por Mainzer, quien argumenta no sin esfuerzo que el artículo 109.1 concierne textualmente a la *gesetzte* y no a la *zu setzende Gesetz*, imponiéndose de este modo a la igual sumisión al Derecho vigente pero no a la igual creación del Derecho nuevo, L. Paladin, *Il principio costituzionale...*, op. cit., p. 98, nota núm. 15.

<sup>51</sup> La doble fórmula «*Gleichheit der Gesetze und vor den Gesetze*» se recogió, sin embargo, en la Constitución de Babiera de 1819, y análogamente en las Constituciones de Baden —1818—, Württemberg —1819— y Sajonia —1831—, aspecto destacado por L. Paladin, *Il principio costituzionale...*, op. cit., pp. 46 y ss.

<sup>52</sup> G. Anschütz, *Die Verfassungsurkunde für den preussischen Staat*, Bd. I, Berlin, 1912, pp. 107 y ss.

inexistencia de motivos que obligaran a llevar a cabo un cambio de interpretación respecto de su significado tradicional<sup>53</sup>. Con esta tesis coincide básicamente Thoma<sup>54</sup>, al estimar fuera de toda duda que el artículo 109.1 de la Constitución de Weimar se refiere a la *Gleichheit vor dem Gesetz* —«*Alle Deutschen sind vor dem Gesetz gleich*»— y no a la *Gleichheit des Gesetzes*, porque si el principio fuera verdaderamente un límite de la Ley misma, al juez se le debería confiar el control de la constitucionalidad intrínseca, lo que transformaría la democracia en una *Geröntokratie des Richtertums*<sup>55</sup>. Por su parte, entre otros muchos autores alineados con la tesis, también Fleiner termina identificando igualdad con generalidad de la Ley; la igualdad sigue, pues, sin vincular al legislador, tan sólo vincula al aplicador del Derecho, algo rechazado con carácter general en el profundo debate alemán sobre la igualdad desarrollado durante los años veinte<sup>56</sup>; y por lo que hace a la Administración, mantiene que está asimismo vinculada por el principio de igualdad en el ejercicio de sus poderes discrecionales<sup>57</sup>.

Centrado ya específicamente sobre la igualdad, el debate de la *Vereinigung* —1926— pone de nuevo de relieve la aludida fuerte controversia doctrinal sobre el tema. En este sentido, sostiene Santamaría Pastor que la doctrina de Weimar se percató de inmediato del explosivo alcance de la tesis de Leibholz<sup>58</sup>, y por ello en el debate de 1926 se generó una fuerte polémica entre los detractores y los partidarios de la tesis de la vinculación del legislador por la

<sup>53</sup> G. Anschütz, *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919. Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis*, 14.ª ed., Berlin, 1933, entre otros momentos pp. 515 y ss. y 560 y ss., y sus intervenciones recogidas en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, núm. 3, Berlin-Leipzig, 1927, pp. 47-49; G. Anschütz/R. Thoma, *Handbuch des deutschen...*, *op. cit.*, pp. 524 y ss.; asimismo F. Giese, *Die Verfassung des deutschen Reichs, vom 11.8.1919*, Berlin, 1919, pp. 296 y ss.

<sup>54</sup> R. Thoma, «Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der deutschen Reichsverfassung im allgemeinen», en *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung*, ed. de H. C. Nipperdey, Bd. I, Berlin, 1929, pp. 1 y ss., especialmente p. 53.

<sup>55</sup> R. Thoma, entre otros momentos, «Grundbegriffe und Grundsätze», en *Handbuch des deutschen...*, *op. cit.*, Bd. II, pp. 143 y 152-153.

<sup>56</sup> Lo que contrasta con la ausencia de debate en Francia sobre el tema durante esta época, como resalta O. Jouanjan, «Réflexions sur l'égalité devant la Loi», en *op. cit.*, p. 132.

<sup>57</sup> F. Fleiner, *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*, Tübingen, 1925, pp. 125 y ss. En cuanto a C. Schmitt, partiendo de la crítica a las tesis de G. Anschütz, interpreta el principio de igualdad como prohibición de leyes excepcionales y, en consecuencia, sostiene asimismo que la igualdad ante la Ley es consustancial a la generalidad de la Ley, *Unabhängigkeit der Richter, Gleichheit vor dem Gesetz und Gewährleistung des Privateigentums nach der Weimarer Verfassung*, Berlin/Leipzig, 1926, pp. 22 y ss., donde manifiesta que «la igualdad ante una ley presupone que la ley es aplicable a más de una persona, es decir, no es una norma individual», citado por R. Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, 1993, p. 382, nota núm. 3. En opinión de O. Jouanjan, la concepción «singular» de C. Schmitt, como es denominada por M. Rümelin, ve en la igualdad ante la ley la expresión de la definición material de la ley inherente al Estado de derecho burgués, como norma jurídica general y abstracta: igualdad se identifica con generalidad, «Réflexions sur l'égalité devant la Loi», en *op. cit.*, p. 132. Y expresa el propio O. Jouanjan que C. Schmitt no limita la vinculación de la igualdad a los órganos de aplicación, en *op. cit.*, p. 133; ahora bien, prosigue el autor, la fórmula de la Declaración «*La loi doit être la même pour tous*», es un imperativo «*d'universalité de la loi, et non de simple généralité qui se manifeste ici*», *op. cit.*, pp. 135-136.

<sup>58</sup> J. A. Santamaría Pastor, «Igualdad y Derecho Público», en AA.VV., *El principio de igualdad en la Constitución Española*, Vol. II, Madrid, 1991, pp. 1285-1286.

igualdad jurídica, presentándose una situación cuando menos equilibrada si es que no prevalecieron ya las opiniones favorables a las tesis de Leibholz<sup>59</sup>, y en consecuencia, contraria a la interpretación canónica debida a Anschütz<sup>60</sup>. Si nos fijamos en algunos de los autores más «significativos», uno de los ponentes, caso de Kaufmann, pretende terminar de una vez y para siempre con el pretendido poder mágico y mítico para la igualdad de los caracteres de generalidad y abstracción de la Ley<sup>61</sup>. Admite, en efecto, la vinculación del legislador por la igualdad jurídica, principio al que reconoce un valor suprapositivo acorde con su orientación iusnaturalista<sup>62</sup>, y sostiene la dificultad existente en el momento de precisar mediante una fórmula de alcance general cuándo una norma puede vulnerar el principio de igualdad jurídica<sup>63</sup>. No obstante, a partir de la relación que establece entre los conceptos de igualdad jurídica y justicia, defiende la posibilidad de determinar objetivamente el contenido de esta última a partir del ordenamiento material en su conjunto<sup>64</sup>. Según recoge Llorens, tanto Kaufmann como Leibholz entendían que si el enunciado del artículo 109.1 de la Constitución de Weimar se hubiera referido «sólo a la ejecución de las leyes, sería un truísmo innecesario, ya que es evidente que las leyes han de aplicarse y ejecutarse por igual sin consideración a la categoría de las personas»<sup>65</sup>. Por su parte, desde su explícita adscripción al positivismo jurídico, Kelsen toma partido a favor de la tesis clásica de Anschütz en la propia reunión consagrada a la discusión sobre el principio de igualdad<sup>66</sup>. Sin embargo, es curiosa la ausencia de referencia a la igualdad en la primera edición de la *Reine Rechtslehre*, publicada en 1934. Así, no deja de ser relevante que el Tribunal Constitucional alemán aceptara desde 1951 la vinculación del legislador por el principio de igualdad, e incluso el Tribunal Constitucional austríaco se decantó en igual sentido al menos desde una decisión de 14 de marzo de 1956. Teniendo en cuenta la fecha de la segunda edición de la *Reine Rechts-*

<sup>59</sup> M. Rodríguez-Piñero/M. F. Fernández López trasladan una evaluación discutible: «la doctrina dominante y la propia jurisprudencia sostuvieron una postura negativa, incluso a través de un argumento semántico, de que la Constitución habla de «*Gleichheit von dem Gesetz*» y no de «*Gleichheit durch das Gesetz*», *Igualdad y Discriminación*, Madrid, 1986, p. 29.

<sup>60</sup> O. Jouanjan se refiere a la interpretación «canónica» debida a G. Anschütz en su comentario a la Constitución prusiana de 1850, y «*on retrouve autour d'Anschütz le cercle des principaux «positivistes», Richard Thoma et, il faut le souligner, Hans Kelsen*», «Réflexions sur l'égalité devant la Loi», en *op. cit.*, p. 131.

<sup>61</sup> E. Kaufmann, «Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung», en *op. cit.*, especialmente ahora, p. 9.

<sup>62</sup> E. Kaufmann, «Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung», en *op. cit.*, p. 3.

<sup>63</sup> E. Kaufmann, «Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung», en *op. cit.*, p. 10.

<sup>64</sup> E. Kaufmann, «Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung», en *op. cit.*, pp. 11-12; en su opinión, la justicia no se identificaba a partir de la aplicación de normas abstractas, sino teniendo en cuenta las diversas formas de manifestación histórica, desde Aristóteles al iusnaturalismo cristiano, al tiempo que considera un error la reducción de la justicia exclusivamente a justicia conmutativa, *op. cit.*, p. 13.

<sup>65</sup> E. L. Llorens, *La igualdad...*, *op. cit.*, p. 55.

<sup>66</sup> H. Kelsen, «Diskussionsbeitrag», en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Berlin/Leipzig, núm. 3, 1927, pp. 53-54.

*lehre* —1960—, parece como si en este tema hubiera una cierta aversión del gran teórico del positivismo al propio Derecho positivo —al menos al jurisprudencial—, para terminar subsumiendo la igualdad ante la Ley en el concepto de legalidad<sup>67</sup>.

Una posición un punto más ecléptica es la defendida por Nawiasky en su informe también ante la *Vereinigung* —1926—, donde defiende la igualdad jurídica personal en el sentido de excluir tratamientos especiales a favor de cualquier grupo<sup>68</sup>. El autor se muestra partidario de no descartar la vinculación del legislador por el principio de igualdad a tenor de lo que resulta de una interpretación sistemática de la Constitución<sup>69</sup>; sin embargo, le asaltan serias dudas respecto de la vinculación de la igualdad jurídica al concepto de justicia, por cuanto será en último término el juez, políticamente irresponsable, el encargado de determinar qué es lo justo<sup>70</sup>, advertencia que Leibholz ya en 1925 había apuntado acerca de los peligros de elevar al juez a la categoría de verdadero y propio legislador sirviéndose de los criterios positivos de justicia deducidos del principio de igualdad, aunque admitiera que era un riesgo necesario<sup>71</sup>.

Entre nosotros, en el varias veces citado estudio clásico sobre la cuestión aparecido durante la etapa republicana y debido a Llorens, se defendería la vinculación del legislador por el artículo 2 de la Constitución de 1931, con apoyo expreso en las concepciones de Kaufmann y Leibholz: «la igualdad no puede ser un requisito de la mera ejecución de las leyes (...) porque si la igualdad en el sentido de proporción, idoneidad, congruencia o justicia ha de regir en la integración política, es imprescindible que inspire el contenido de las normas, pues no puede ejecutarse con igualdad una legislación injusta»<sup>72</sup>. Por otro

<sup>67</sup> H. Kelsen, «Justice et droit naturel», en *Le droit naturel. Annales de philosophie politique*, Vol. III, 1959, p. 57.

<sup>68</sup> H. Nawiasky, «Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung», en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, núm. 3, Berlin-Leipzig, 1927, pp. 25 y ss., especialmente pp. 36 y ss. A estos planteamientos se suma E. von Hippel, en *op. cit.*, p. 145, y «Zur Auslegung des Artikels 109 Absatz I der Reichsverfassung», en *Archiv des öffentlichen Rechts*, Bd. 10, 1926, pp. 124 y ss. Luego coincidiría en algunos aspectos con los anteriores autores M. Rümelin, *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, Tübingen, 1928, entre otros momentos pp. 65 y ss., y 81 ss., y su consideración de la igualdad como *Integrationsatz*. Mientras en sentido crítico intervendría H. Triepel, «Diskussionsbeitrag», en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Berlin/Leipzig, núm. 3, 1927, pp. 50-52. En cuanto a O. Jouanjan, menciona una línea intermedia representada por M. Rümelin, H. Nawiasky y E. von Hippel, autores que rechazan restringir los efectos de la igualdad a los órganos de aplicación pero limitan el contenido del mismo a la sola obligación de generalidad de los actos legislativos, «Réflexions sur l'égalité devant la Loi», en *op. cit.*, pp. 131-132. Según sostiene Th. Chomé, durante el *Deutschen Juristentag* de 1931, una importante mayoría entre los juristas presentes se pronunciarían a favor de la vinculación del legislador por la Constitución y, en consecuencia, por el principio de igualdad, «Le principe d'égalité en droit de la République Fédérale Allemande», en *L'Égalité*, Vol. I, ed. de H. Buch/P. Foriers/Ch Perelman, Bruxelles, 1971, p. 37.

<sup>69</sup> H. Nawiasky, «Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung», en *op. cit.*, p. 30.

<sup>70</sup> H. Nawiasky, «Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung», en *op. cit.*, pp. 40 y ss.

<sup>71</sup> G. Leibholz, *Die Gleichheit vor dem Gesetz...*, *op. cit.*, 1959, pp. 77 y ss.

<sup>72</sup> E. L. Llorens, *La igualdad...*, *op. cit.*, p. 37, y más ampliamente en las pp. 141 y ss.

lado, se refiere asimismo a la aceptación por el Tribunal constitucional austriaco de la tesis de la vinculación del legislador por el principio de igualdad<sup>73</sup>.

### 1.3.2.2. La formulación «clásica» de la denominada «nueva doctrina» debida a Gerhard Leibholz

De todos modos, la formulación que se ha hecho clásica acerca del nuevo significado de la igualdad es la de Leibholz, expuesta en su tesis doctoral y cuya primera publicación data del año 1925<sup>74</sup>. Para Leibholz, como punto de partida, en la nueva estructura constitucional el legislador había dejado de ser omnipotente al estar ahora limitado por las garantías constitucionales de los derechos fundamentales del individuo<sup>75</sup> —que preceden, considera, al Estado—, entre los que se incluye el principio de igualdad y su protección frente al poder discrecional del propio legislador. Todo ello se traduce en un cambio de significado —*Bedeutungswandel*<sup>76</sup>— de la igualdad jurídica, cambio que, en opinión de Rubio Llorente, se lleva propiamente a cabo en la realidad alemana «erigida sobre la débil base de la formulación, perfectamente convencional, contenida en el artículo 109 de la Constitución de Weimar»<sup>77</sup>.

La interpretación del principio de igualdad en la Ley entendida en sentido genérico<sup>78</sup>, proclama Leibholz, no debe hacerse aisladamente, sino en el contexto del sistema de valores en el que se inserta, esto es, debe ser interpretado teniendo en cuenta el profundo cambio de significado del Estado de Derecho —ahora no ya es el Estado legal meramente formal sino el Estado de Derecho material— y en atención al principio democrático<sup>79</sup>. La igualdad jurídica entendida en sentido material, adquiere a partir de aquí verdadero significado, pues no deja de ser una ironía considerar que hasta entonces era res-

<sup>73</sup> E.L. Llorens, *La igualdad...*, op. cit., pp. 122-123; M. Rodríguez-Piñero/M. F. Fernández López, *Igualdad...*, op. cit., p. 29.

<sup>74</sup> G. Leibholz, *Die Gleichheit vor dem Gesetz. Eine Studie auf rechtsvergleichender und rechtsphilosophischer Grundlage*, Berlin, 1925, ya aludida. En el mismo año se publica defendiendo similares puntos de vista la obra de H. Aldag, *Die Gleichheit vor dem Gesetz in der Reichsverfassung. Eine öffentliche Abhandlung auf rechtsvergleichender Grundlage*, Berlin, 1925, también citada. Y además de a estas obras, se refiere R. Alexy a otros trabajos de la época de Weimar en los que se defendió «la igualdad en la formulación del derecho»: H. Triepel, *Goldbilanzenverordnung und Vorrugsaktien*, Berlin/Leipzig, 1924, pp. 26 y ss; E. Kaufmann, «Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung», en op. cit., pp. 2 y ss., y G. Holstein, «Von Aufgaben und Zielen heutiger Staatsrechtswissenschaft», en *Archiv des öffentlichen Rechts*, Bd. 10, 1926, pp. 3 y ss., *Teoría de los Derechos...*, op. cit., p. 383.

<sup>75</sup> G. Leibholz, *Die Gleichheit vor dem Gesetz...*, op. cit., p. 13.

<sup>76</sup> G. Leibholz, *Die Gleichheit vor dem Gesetz...*, op. cit., p. 15.

<sup>77</sup> F. Rubio Llorente, *La forma del poder*, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1997, p. 625, nota núm. 44.

<sup>78</sup> En efecto, deriva G. Leibholz del artículo 109.1 de la Constitución de Weimar un sentido genérico atribuido al término Ley: «Gesetz im Sinne des Art. 109.1 ist jede Rechtsnorm. Gleichheit vor dem Gesetz bedeutet somit gleiche Bewertung durch das Recht in allen seinen Erscheinungsformen», *Die Gleichheit vor dem Gesetz...*, op. cit., p. 35.

<sup>79</sup> G. Leibholz, *Die Gleichheit vor dem Gesetz...*, op. cit., p. 168; asimismo deduce esta vinculación del legislador por el principio de igualdad a partir del examen de la propia génesis de la Constitución de Weimar, pp. 34 y ss. Similarmente desde la atención al principio democrático ya H. Triepel, *Goldbilanzenverordnung...*, op. cit., p. 28.

petada la igualdad si en realidad sólo se sometían a ella los órganos encargados de la aplicación normativa y no los encargados de su establecimiento<sup>80</sup>. Los conceptos fundamentales de la tesis de Leibholz son la defensa de un principio general y autónomo de igualdad en tanto que derecho subjetivo constitucional fundamental, que domina el conjunto del sistema jurídico y vincula también al legislador limitando su libertad de configuración<sup>81</sup>, así como el concepto de arbitrariedad. En cuanto a la igualdad como derecho subjetivo, definido como prohibición de adoptar decisiones arbitrarias, entiende que comparte con el resto de los derechos fundamentales subjetivos su carácter negativo<sup>82</sup>. El principio prohíbe tratar a personas o grupos de personas situados o emplazados en situaciones esencialmente diferentes, de manera arbitrariamente idéntica, por lo que impone manifiestamente una obligación —de carácter hipotético, se subraya— a la potestad pública en beneficio del individuo o de grupos de individuos, cumpliéndose así la condición primera de todo derecho subjetivo, esto es, la existencia de un obligado y de un beneficiario, la existencia de un interés jurídicamente protegido. No obstante, reconoce que el carácter y contenido abstracto del principio plantea serios problemas para su comprensión como derecho subjetivo<sup>83</sup>.

El segundo concepto fundamental, la arbitrariedad, ha sido considerado más propiamente el concepto central de esta denominada nueva doctrina sobre la igualdad jurídica<sup>84</sup>, que Leibholz se considera en la obligación de aclarar, pues entiende que el lenguaje jurídico asocia a menudo la negación absoluta de la idea de Derecho —*absolute Negierung der Rechtsidee*— a la arbitrariedad<sup>85</sup>. El principio de igualdad prohíbe en la producción de la Ley por el legislador los actos que se estimen arbitrarios —*Willkürlich*— según la conciencia jurídica de la época<sup>86</sup> —no sólo en la ejecución—. Ello supone, reconoce Leibholz, la introducción de un elemento no formal en la idea de Estado de Derecho; hay que tener en cuenta, como ha interpretado posteriormente la literatura jurídica, que en el autor se entiende la exigencia de la igualdad de trato como un elemento deducible del concepto de Estado de Derecho y tiene sus raíces en la justicia, esto es, va destinada a garantizar en la actividad estatal un *standard minimum* de justicia, a satisfacer las necesidades elementales de justicia<sup>87</sup>. Hay arbitrariedad cuan-

<sup>80</sup> G. Leibholz, *Die Gleichheit vor dem Gesetz...*, op. cit., p. 76, rechazando el autor la contraposición entre igualdad jurídica personal e igualdad jurídica material, o de la primera con el concepto de arbitrariedad.

<sup>81</sup> En la doctrina alemana se señala la importancia de esta cualificación, y el hecho de que G. Jellinek hubiera negado a la igualdad la naturaleza de derecho público subjetivo en su clásica obra, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2.<sup>a</sup> ed., Tübingen, pp. 97 y ss.

<sup>82</sup> G. Leibholz, *Die Gleichheit vor dem Gesetz...*, op. cit., pp. 115 y ss.

<sup>83</sup> Equiparación entre igualdad y justicia distributiva propuesta por G. Leibholz, también unos años más tarde en M. Imboden, *Der Schütz vor staatlicher Willkür*, Zürich, 1945, pp. 10-12, 22; y Th. Fleiner/Z. Giacometti, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht...*, op. cit., p. 404.

<sup>84</sup> Así, O. Jouanjan, «Réflexions sur l'égalité devant la Loi», en op. cit., p. 132. Y expresamente el propio G. Leibholz: «Der Begriff der Willkür ist hiernach der Zentralbegriff, mit dessen Hilfe das, was mit dem Gleichheitssatz nicht vereinbar ist, des näheren umschrieben werden kann», *Die Gleichheit vor dem Gesetz...*, op. cit., p. 247.

<sup>85</sup> G. Leibholz, *Die Gleichheit vor dem Gesetz...*, op. cit., p. 72.

<sup>86</sup> G. Leibholz, *Die Gleichheit vor dem Gesetz...*, op. cit., p. 87.

<sup>87</sup> G. Leibholz, *Die Gleichheit vor dem Gesetz...*, op. cit., p. 72.

do una diferenciación o una igualdad de tratamiento jurídico no se basa en un fundamento razonable, objetivo y claro<sup>88</sup>. La arbitrariedad, considera, implica una contraposición con la idea o el sentimiento de justicia, concepto este último, en efecto, «correlativo y opuesto»<sup>89</sup>. Y, como se ha interpretado con posterioridad, esta jurisprudencia general «de justicia», considerada en un caso concreto, puede que sea comprensible o conveniente si ayuda en un expediente judicial corrigiendo incorrecciones evidentes en la última oportunidad que existe<sup>90</sup>. Desde tal perspectiva, es cuando menos parcialmente injusta la crítica frecuente que se le ha hecho en el sentido del peligro reduccionista que implica el planteamiento, porque su idea de igualdad sería sólo un dispositivo jurídico de protección contra las acciones arbitrarias de los poderes públicos, lo que lleva, en realidad, a la confusión de igualdad e interdicción de la arbitrariedad, y, lo que es peor, la idea de la igualdad tendería a desaparecer en la definición y comprensión del principio<sup>91</sup>. No obstante, este planteamiento general admite para el autor excepciones, caso las de situaciones no comparables por su singularidad o individualidad que pueden ser tratadas en sí mismas de manera arbitraria. En el Estado democrático, entendido como Estado material de Derecho, no basta con la verificación de que las decisiones adoptadas en cuanto incidan en la autonomía del individuo sean formalmente inobjetable; el paso decisivo viene dado por la idea de la rectitud material o la justicia de las mismas, porque el Estado material de Derecho también significa justicia<sup>92</sup>. De ahí que se haya sostenido que el propio concepto de Estado de Derecho democrático sintetiza en sí mismo toda la esencia de la noción de Derecho justo, o lo que es lo mismo, de Derecho igual, proporcional y no arbitrario, pues la igualdad constituye el núcleo esencial de la idea de justicia<sup>93</sup>.

<sup>88</sup> G. Leibholz, *Die Gleichheit vor dem Gesetz...*, op. cit., entre otros muchos momentos, p. 237.

<sup>89</sup> G. Leibholz, *Die Gleichheit vor dem Gesetz...*, op. cit., p. 72; también H. Aldag, *Die Gleichheit vor dem Gesetz in der Reichsverfassung...*, op. cit., p. 42. Las raíces kantianas de la conexión entre igualdad y justicia son constatadas por W. Maihofer, «Principios de una democracia en libertad», en *Manual de Derecho Constitucional*, ed. de E. Benda/W. Maihofer/H. J. Vogel/K. Hesse/W. Heyde, Madrid, 1994, especialmente pp. 258 y ss. Asimismo, a la conexión inicial entre igualdad y justicia se refiere Chr. Gusy, «Der Gleichheitsschutz des Grundgesetzes», en *Juristische Schulung*, 1982, p. 32.

<sup>90</sup> K. Rennert, «Die Verfassungswidrigkeit falscher Gerichtsentscheidungen», en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1991, pp. 13 y ss.

<sup>91</sup> Puede verse H. Scholler, *Die Interpretation des Gleichheitssatzes als Willkürverbot oder als Gebot der Chancengleichheit*, Berlin, 1969, pp. 33 y ss.

<sup>92</sup> E. Benda, «El Estado social de Derecho», en *Manual de Derecho Constitucional*, ed. de E. Benda/W. Maihofer/H. J. Vogel/K. Hesse/W. Heyde, Madrid, 1994, pp. 492-493.

<sup>93</sup> Ph. Kunig, aunque el autor se decanta en contra de un principio general y constitucional de justicia derivable de la Ley Fundamental, *Das Rechtsstaatsprinzip*, Tübingen, 1986, p. 337; opinión ésta que no parece ser la del Tribunal Constitucional alemán en los últimos años e incluso antes, al respecto G. Robbers, *Gerechtigkeit als Rechtsprinzip. Über den Begriff der Gerechtigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, Baden-Baden, 1980, p. 88. En fin, dirá H. Simon que es característica de la jurisprudencia constitucional «por ejemplo la ampliación del principio de igualdad como un elemental principio de justicia», «La jurisdicción constitucional», en *Manual de Derecho Constitucional*, ed. de E. Benda/W. Maihofer/H. J. Vogel/K. Hesse/W. Heyde, Madrid, 1996, p. 851. Entre nosotros, J. J. González Encinar sostuvo que en el castellano habitual arbitrario significa pura y simplemente injusto, «Rechtsstaatlichkeit in Spanien», en *Rechtsstaatlichkeit in Europa*, ed. de R. Hofmann/Marko/Merli/Wiederin, Heidelberg, 1996, pp. 167 y ss.

Leibholz es asimismo consciente de que las nociones de arbitrariedad y justicia no pueden ser fijadas de manera precisa y mucho menos definitiva, sobre manera en los casos límite, de ahí su insistencia en la idea de la «conciencia jurídica de la época»<sup>94</sup>; la justicia, como otros valores, está indisolublemente vinculada a la vida misma, y en virtud de este ligamen en permanente evolución<sup>95</sup>. Sólo es posible una definición general y abstracta de arbitrariedad; en cada circunstancia concreta deberá decidir el juez, y se impondrá la incorporación de elementos específicos provenientes de la realidad, extraídos de la situación concreta, por lo que habrá de valorarse si se consideran suficientes para justificar el objeto de la decisión en cuestión<sup>96</sup>. Ahora bien, advierte, el juez que se pronuncia sobre la justicia de la Ley con apoyo en el principio de igualdad puede convertirse en el verdadero legislador<sup>97</sup>, por eso debe limitarse a constatar si el poder público en cuestión ha transgredido o no las fronteras de la justicia. Arbitraria será tanto la Ley que trata de forma igual situaciones objetivas desiguales como la que trata desigualmente situaciones iguales, sin fundamentarse en ambos casos en una razón suficiente que permita justificar la diferencia o la identidad de tratamiento. Estamos en presencia, pues, de una igualdad de carácter relativo y proporcional —*verhältnismässige Gleichheit*—<sup>98</sup>; y también aquí se ha criticado el rol creciente de la proporcionalidad en detrimento de la igualdad. Leibholz no cuestiona las leyes medida o las leyes individuales, pues entiende que no vulneran el principio de igualdad si el tratamiento específico aplicado a una situación concreta se fundamenta en una razón suficiente<sup>99</sup>. La tesis del autor está claramente influida por los precedentes americano y suizo<sup>100</sup>, aun cuando presenta un esfuerzo de sistematización importante. Con todo, no se puede librar de las contradicciones, ambigüedades, dificultades e inseguridades propias de la materia, que han acompañado históricamente a la igualdad y la siguen acompañando hasta el presente, en un debate permanente «que desde el cambio de significado de dicho principio ofrece niveles similares de incertidumbre»<sup>101</sup>.

<sup>94</sup> G. Leibholz, *Die Gleichheit vor dem Gesetz...*, op. cit., p. 87. La igualdad jurídica como imperativo de justicia en G. Leibholz, dependiente del mutable ideal jurídico del pueblo y no de cánones constantes y metahistóricos, si bien el principio precede a la Constitución, es asimismo interpretado por L. Paladini, *Il principio costituzionale...*, op. cit., pp. 101-102; para esta doctrina, la igualdad exige la justa y razonable diferenciación, en contra de las «*affermazioni di positivismo, miranti a liberare i principi giuridici dalle direttive di giustizia*», op. cit., p. 106.

<sup>95</sup> G. Leibholz, *Die Gleichheit vor dem Gesetz...*, op. cit., p. 58. Según expresa J. A. Santamaría Pastor, «la igualdad no debía entenderse, a juicio de Leibholz, como una mera igualación de la capacidad jurídica de todos los ciudadanos, sino como un imperativo superior, derivado de la idea de justicia», «Igualdad y Derecho Público», en op. cit., p. 1285.

<sup>96</sup> G. Leibholz, *Die Gleichheit vor dem Gesetz...*, op. cit., pp. 91 y ss.

<sup>97</sup> G. Leibholz, *Die Gleichheit vor dem Gesetz...*, op. cit., p. 78.

<sup>98</sup> G. Leibholz, *Die Gleichheit vor dem Gesetz...*, op. cit., p. 45.

<sup>99</sup> G. Leibholz, *Die Gleichheit vor dem Gesetz...*, op. cit., pp. 191 y ss.

<sup>100</sup> G. Leibholz, *Die Gleichheit vor dem Gesetz...*, op. cit., pp. 36 y ss., y 78 y ss., entre otros momentos.

<sup>101</sup> M. González Beilfuss, *Tribunal Constitucional...*, op. cit., pp. 3-4.

### 1.3.3. *La consolidación de la «nueva doctrina» en el constitucionalismo democrático de la segunda postguerra y los intentos de evolución*

#### 1.3.3.1. La consolidación de la «nueva doctrina»

Se recuerda con frecuencia por la doctrina científica la gran innovación que supuso la Ley Fundamental de Bonn al hacer de los derechos fundamentales, entre los que se incluye el principio de igualdad, un derecho directamente aplicable en todos los ámbitos jurídicos<sup>102</sup>, obligando, en consecuencia, a todos los poderes del Estado a respetarlos y protegerlos<sup>103</sup>. Es decir, el constituyente reconoció sin dificultad que no se podía hablar de una verdadera garantía respecto de la aplicación igual de la Ley en el Estado de Derecho en tanto no se prohibiera al legislador tomar decisiones injustamente desiguales<sup>104</sup>, porque, como ha expresado Hesse, la igualdad tiene carácter constitucional y precede a la propia Ley, por lo que esta última debe orientarse hacia la primera<sup>105</sup>. No obstante, la decisión a favor de la vinculación del legislador por la igualdad es necesariamente una decisión contra la interpretación literal<sup>106</sup>. Y así, durante el proceso de elaboración de la Ley Fundamental, en la asamblea de *Herrenchiemsee* se llegó a proponer la expresión: «El principio fundamental de igualdad vincula también al legislador»<sup>107</sup>; y la Comisión general de redacción intentó expresar la vinculación del legislador al principio de igualdad a través de la fórmula: «El legislador debe tratar lo igual de manera igual, y lo diverso según su específica naturaleza»<sup>108</sup>. Sin embargo, el texto constitucional terminaría reproduciendo la vieja fórmula, denominada «procesalista» por la doctrina científica, pero acogida con un significado amplio. En este contexto, Leibholz llegaría a ser miembro del Tribunal Constitucional alemán de 1951 a 1971, e impone su tesis con facilidad<sup>109</sup>, que no es excesivamente original, como hemos visto, porque jugaba ya un rol antiguo en la jurisprudencia americana, y aún en mayor medida en la suiza. Y, según reconoce Rubio Llorente, el «nuevo significado» del principio de igualdad, cuya teorización se hizo en la Alemania weimariana, se generalizó en Europa tras la Segunda Guerra Mundial y ha sido el aceptado por nuestro Tribunal Constitucional desde sus primeras sentencias»<sup>110</sup>.

Sin embargo, admitida esta vinculación del legislador, el aspecto decisivo va a ser ahora que el derecho fundamental a igualdad como «precepto fun-

<sup>102</sup> Th. Chomé, «Le principe d'égalité en droit de la République Fédérale Allemande», en *op. cit.*, p. 38.

<sup>103</sup> Por todos, H. P. Schneider, *Democracia y Constitución*, Madrid, 1991, p. 124.

<sup>104</sup> *Ibidem.*, p. 38.

<sup>105</sup> K. Hesse, «Der Gleichheitssatz in der neuen deutschen Verfassungsentwicklung», en *op. cit.*, pp. 174 y ss.

<sup>106</sup> Ch. Gusy, «Der Gleichheitssatz», en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1988, p. 2507.

<sup>107</sup> *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart.*, Bd. I., 1951, pp. 66 y ss.

<sup>108</sup> *Ibidem.*, p. 68.

<sup>109</sup> Véase del propio G. Leibholz, *Die Gleichheit vor dem Gesetz...*, *op. cit.*, pp. 238 y ss.

<sup>110</sup> F. Rubio Llorente, voz «Igualdad», en *op. cit.*, p. 3366.

damental» que impregna el ordenamiento jurídico sólo puede producir efectos a condición de que las «decisiones» del legislador que «programan» la actuación del resto de los poderes del Estado se encuentren ya vinculadas al principio de igualdad jurídica <sup>111</sup>. E igualmente importante ha sido, como admiten sin reparo, por ejemplo, Rodríguez-Piñero/Fernández López, que el modelo y la posición de la jurisprudencia alemana avalados por aquella doctrina científica, influirán «de modo decisivo en otros sistemas constitucionales, e incluso en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», influencia que reconocen «especialmente significativa en el caso italiano» <sup>112</sup>. De todos modos, después de 1949 aún hay autores en Alemania que defienden la «vieja doctrina» de Anschütz, entre otros Thoma y Bettermann en tiempos más recientes <sup>113</sup>; o también pueden recordarse las dudas que aún evidencian una obra clásica bien conocida entre nosotros y debida a Paladín —1965 <sup>114</sup>—, que siguiendo los planteamientos de Esposito, considera que la disposición sobre la igualdad, en principio, no regula el contenido de las leyes, definiendo más bien su fuerza y eficacia; en fin, Santamaría Pastor sostiene que el triunfo de «esta posición teórica, empero, no puede sino hacer aumentar el grado de perplejidad y desasosiego en el mundo del Derecho» <sup>115</sup>.

Pues bien, como mantiene Alexy, el Tribunal Constitucional alemán «partió ya en sus primeras decisiones como de algo evidente de la vinculación del legislador al principio de igualdad», y, por tanto, «de la interpretación del artículo 3, párrafo 1, LF no sólo como un mandato de igualdad en la aplicación jurídica, sino también de *igualdad en la formulación del derecho*» <sup>116</sup>. La decisión del Tribunal alemán de 23 de octubre de 1951 acepta la vinculación del legislador por la igualdad jurídica, si bien suele citarse con más frecuencia la Decisión de 17 de diciembre de 1953, en la que se explicita con un carácter

<sup>111</sup> R. Zippelius, «Der Gleichheitssatz», en *op. cit.*, p. 15.

<sup>112</sup> M. Rodríguez-Piñero/M. F. Fernández López, *Igualdad...*, *op. cit.*, pp. 30-31. En el mismo sentido J. A. Santamaría Pastor, «Igualdad y Derecho Público», en *op. cit.*, p. 1286. Aunque de manera un tanto imprecisa acoge tempranamente la tesis de la arbitrariedad en Italia G. Balladore-Pallieri, *Diritto costituzionale*, Milano, 1950, p. 311. Tesis asumida asimismo finalmente por el *Conseil constitutionnel* reconoce F. Luchaire, «Un Janus constitutionnel: l'égalité», en *Revue de Droit Public et de la Science Politique*, 1986, pp. 1229 y ss.

<sup>113</sup> R. Thoma, «Ungleichheit und Gleichheit im Bonner Grundgesetz», en *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1951, pp. 457 y ss.; K. A. Bettermann, «Rechtsgleichheit und Ermessensfreiheit», ahora en *Staatsrecht-Vereinsrecht-Zivilrecht*, ed. de D. Merten/H. J. Papier/K. Schmidt, Köln/Berlin/Bonn/München, 1988, pp. 90 y ss.

<sup>114</sup> L. Paladín, *Il principio costituzionale...*, *op. cit.*, pp. 151 y ss. No obstante, desde la Sentencia núm. 15/1960, de la *Corte Costituzionale*, el principio de igual se considera vulnerado cuando la Ley «sin motivo razonable, hace un tratamiento diferente de los ciudadanos que se encuentran en una situación igual». O la tibieza manifestada en Francia tanto por el Consejo Constitucional —hasta la decisión de 27 de diciembre de 1973— como por el Consejo de Estado, G. Braibant, «Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat», en *La Déclaration des droits de l'homme et la jurisprudence*, Paris, 1989, p. 112.

<sup>115</sup> J. A. Santamaría Pastor, «Igualdad y Derecho Público», en *op. cit.*, p. 1286. Por su parte, cita F. Rey Martínez la opinión al respecto de L. H. Tribe, quien desde la tradición del *common law*, defiende el papel preponderante de los tribunales en este ámbito de la igualdad, *El derecho fundamental a no ser discriminado...*, *op. cit.*, p. 46.

<sup>116</sup> R. Alexy, *Teoría de los Derechos...*, *op. cit.*, p. 383.

más definitivo la licitud del tratamiento jurídico desigual de lo que no es igual conforme a su singularidad propia y sus diferencias, así como que por la interdicción de la arbitrariedad el poder discrecional del legislador encuentra su límite y el artículo 3.1 su contenido actual<sup>117</sup>; y, en fin, la Decisión de 16 de marzo de 1955 afirma con mayor claridad que el artículo 3.1 de la Ley Fundamental de Bonn significa la obligación para el legislador de no tratar aquello que es esencialmente igual de manera arbitrariamente desigual, ni aquello que es esencialmente desigual de manera arbitrariamente igual. La sentencia de 16 de junio de 1959, por su parte, declara que la Ley y el reglamento considerados son conformes al principio de igualdad «en la medida en la que las dos profesiones presenten diferencias objetivas que justifiquen la diferencia de tratamiento (...) El legislador no es completamente libre para determinar las situaciones de hecho que deben ser consideradas como suficientemente semejantes para regular de manera idéntica; debe tener en cuenta las estructuras que existen en las cosas ellas mismas». En toda esta jurisprudencia y en otras varias decisiones, se considera que el principio contiene una obligación de justificación —*Begründungsgebot*— objetiva, de racionalidad objetiva; es preciso determinar los motivos objetivos susceptibles de justificar una diferencia o una identidad de tratamiento para evitar la arbitrariedad: «el límite hacia la arbitrariedad (...) se traspasa cuando la interpretación y la aplicación del derecho ordinario ya no sea comprensible desde ningún punto de vista imaginable, en otras palabras, cuando estamos ante una decisión crasamente errónea»<sup>118</sup>. El hilo conductor permanente de la jurisprudencia alemana, reconoce Alexy, viene sintetizado por la frase, según la cual «la igualdad es violada cuando para la diferenciación legal o para el tratamiento legal igual no es posible encontrar una razón razonable, que surja de la naturaleza de la cosa o que, de alguna forma, sea concretamente comprensible, es decir, cuando la decisión tiene que ser calificada de arbitraria». La calificación de esta razón, reconoce, es descrita de múltiples formas en la jurisprudencia constitucional: «razón razonable»; «que surja de la naturaleza de las cosas»; «de alguna manera concretamente comprensible»; «que la falta de objetividad de la razón de la diferenciación no puede ser “evidente”»; «la razón hace que la diferenciación esté “justificada”»<sup>119</sup>. Se ha de encontrar, en definitiva, una razón lógica objetiva inherente o evidente que justifique la diferenciación, sea derivada o extraída de la naturaleza de las cosas, dice con frecuencia el Tribunal Constitucional alemán; de lo

<sup>117</sup> El legislador, dice el Tribunal, se debe referir constantemente a la idea de justicia. Asimismo, la jurisprudencia es constante en cuanto a que el legislador no comete arbitrariedad cuando omite proceder a diferenciaciones que está autorizado a establecer, pero a tenor de lo «esencial» no está obligado a realizar. Incluso con carácter previo a la sentencia de 23 de octubre de 1951, algunas sentencias de los Tribunales Superiores de los *Länder* habían ya interpretado el principio de igualdad en el sentido de prohibición de la arbitrariedad, tal es el caso del Tribunal Constitucional de Baviera o el Tribunal superior de Hesse.

<sup>118</sup> *BVerfGE* 89,1(14).

<sup>119</sup> R. Alexy, *Teoría de los Derechos...*, op. cit., p. 395. En similares términos, y entre otras, nuestra STC 19/1982, de 5 de mayo, sostiene: «El principio de igualdad supone la obligación de no establecer distinciones artificiosas o arbitrarias entre situaciones de hecho cuyas diferencias reales, si existen, carecen de relevancia desde el punto de vista de la razón de ser discernible en la norma.»

contrario, por razones de justicia<sup>120</sup>, la regulación debe considerarse arbitraria<sup>121</sup>. Benda, por su parte, ha sintetizado la jurisprudencia del Tribunal en estas frases: «El postulado de justicia está estrechamente unido al mandato de igualdad de trato. La misma perspectiva orientada a la idea de justicia sirve como criterio para distinguir entre casos de igualdad o de desigualdad esencial. Se atenta contra el principio de igualdad cuando para una diferenciación de la ley no cabe hallar un fundamento razonable resultante de la naturaleza de las cosas o de otras causas adecuadas, o cuando desde la perspectiva de la justicia deba caracterizarse de arbitraria la regulación»<sup>122</sup>.

De cualquier forma, si como terminamos de decir, en la *BVerfGE* de 17 de diciembre de 1953, se sostiene que por la interdicción de la arbitrariedad el poder discrecional del legislador encuentra su límite y el artículo 3.1 de la Ley Fundamental su contenido actual, la doctrina científica señala que a partir de la *BVerfGE* de 14 de febrero de 1968 esta posición se relativiza parcialmente, al afirmar que la interdicción de la arbitrariedad se integra entre los principios fundamentales del derecho y encuentra actualmente su expresión en el Derecho positivo en el artículo 3.1, así como también en parte en el artículo 3.3 de la Ley Fundamental de Bonn. A partir de aquí, sin embargo, no dejan de percibirse decisiones en las que parece que el Tribunal Constitucional alemán identifica de nuevo —ya lo había hecho en sus primeras decisiones— y sin aparentes reparos el contenido específico del principio de igualdad como una de las concreciones de la interdicción de la arbitrariedad, definida como inadecuación objetiva y manifiesta de la medida legal a la situación de hecho que regula.

En el mismo sentido, como antes se apuntó, el Tribunal Constitucional español —con apoyo doctrinal unánime—, ha aceptado desde el inicio la vinculación del legislador por el derecho fundamental a la igualdad. En la STC de 2 de julio de 1981, se sostuvo que «la igualdad jurídica reconocida en el artículo 14 de la Constitución vincula y tiene como destinatario no sólo a la Administración y al Poder Judicial, sino también al Legislador, como se deduce de los artículos 9 y 53 de la misma». En similares términos se pronuncia la STC de 10 de noviembre de 1981, porque así lo afirma «taxativamente el artículo 53.1 de la Constitución», y, en consecuencia, «ninguna duda puede, pues, haber de que el legislador está obligado a observar el principio de igualdad», por lo que su inobservancia dará lugar a la declaración de inconstitucionalidad de la Ley. Y pueden verse también entre las primeras las SSTC

<sup>120</sup> R. Alexy, *Teoría de los Derechos...*, *op. cit.*, p. 391; el trasfondo de todas las fórmulas, dice, «está constituido por el postulado de «una forma de consideración orientada por la idea de la justicia», *op. cit.*, p. 395.

<sup>121</sup> Por ejemplo, la sentencia de 27 de mayo de 1964, en la que al no encontrarse ninguna razón válida de la naturaleza de las aludidas y que respete los postulados de justicia, se declara la inconstitucionalidad de la Ley. En términos no distantes se pronunciaría después la *Corte Costituzionale* italiana, C. Esposito, «La Corte Costituzionale come giudice della «non arbitrariedad» delle leggi», en *Giurisprudenza Costituzionale*, núm. 2, 1962, pp. 78 y ss.

<sup>122</sup> E. Benda, «El Estado social», en *op. cit.*, p. 494, y cita en su apoyo que desde las *BVerfGE*, 18, 38 (46), es jurisprudencia constante, nota núm. 35.

59/1982, de 28 de julio, 108/1984, de 26 de noviembre, y 20/1985, de 14 de febrero; por su parte, la frecuentemente citada 8/1986, de 16 de mayo, considera el principio de igualdad como un «derecho fundamental de la persona a no sufrir discriminación jurídica alguna, esto es, a no ser tratada jurídicamente de manera diferente a quienes se encuentran en una misma situación, sin que exista una justificación objetiva y razonable de esa desigualdad de trato». Además, la expresión Ley se ha entendido en sentido amplio, comprendiendo asimismo los reglamentos, por ejemplo, SSTC 1/1984, de 16 de enero; 81/1982, de 21 de diciembre; 53/1982, de 22 de julio; 7/1982, de 26 de febrero. En cuanto a la STC 31/1984, de 7 de marzo, establece que también las normas de los convenios colectivos deberán observar el respeto al derecho fundamental a igualdad. En fin, la apelación al orden de valores en orden a la articulación del parámetro de la razonabilidad de la distinción<sup>123</sup>, es asimismo frecuente en la jurisprudencia del Tribunal español: «para admitir la constitucionalidad de una desigualdad de tratamiento resulta indispensable que exista una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con los criterios y juicios de valor generalmente aceptados», por ejemplo, STC 107/1986, de 24 de julio<sup>124</sup>. Actualmente, en consecuencia, la opinión general de la doctrina considera indiscutible que el derecho fundamental a igualdad obliga al legislador, tesis cuya fundamentación en el artículo 14 de la Constitución española está muy difundida, aunque parezca aparentemente débil; y es textualmente débil porque esta disposición parece dar por sabido el contenido conceptual del derecho fundamental —la concordancia práctica con el artículo 9.2 pretende, sin embargo, su transformación— y, por tanto, conceptualmente entraña dificultad el convertir el «ante la ley» asimismo en un «por la ley». Más importante es que tanto en la génesis del artículo como en la configuración constitucional de los poderes constituidos a resultas del principio democrático, se expresa con claridad la voluntad del constituyente de obligar también al legislador<sup>125</sup>.

---

<sup>123</sup> Aunque ha sido considerado un criterio demasiado vago e indeterminado por la literatura jurídica, en Italia el principio de *ragionevolezza* como elemento esencial del juicio de igualdad ha venido siendo el principio recurrente en la argumentación de la *Corte Costituzionale*: «il principio di eguaglianza è violato quando le differenze di disciplina disposte dal legislatore appaiono prive di ogni ragionevolezza, destituite di un qualsiasi fondamento rationale apprezzabile», aun cuando, como expone P. Barile, en realidad es asimismo el componente esencial en todos los juicios de constitucionalidad, «Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale», en AA.VV. *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Milano, 1994, p. 30; mientras G. Zagrebelsky expresa que el juicio de razonabilidad aplicado a la igualdad, que inicialmente tenía en este ámbito el significado único, en los momentos actuales no es ni siquiera donde se aplica más frecuentemente, «Su tre aspetti della ragionevolezza», en AA.VV. *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Milano, 1994, p. 181.

<sup>124</sup> Tempranamente precisaría J. Jiménez Campo que la «diferencia de tratamiento legislativo no puede perseguir como finalidad un objetivo contrario al sistema de valores constitucional, pero de ahí no debe derivarse que el objetivo a alcanzar por la norma deba tener una apoyatura constitucional expresa», «La igualdad jurídica como límite frente al legislador», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 9, 1983, pp. 102 y ss.

<sup>125</sup> En estos términos por lo que hace al ordenamiento alemán, R. Zippelius, «Der Gleichheitssatz», en *op. cit.*, p. 16.

### 1.3.3.2. La crítica, fundamentalmente científica, de la posición mayoritaria defensora de la nueva doctrina

La línea jurisprudencial brevemente expuesta, con leves excepciones, se ha dicho que encontró «consenso o ha sido simplemente aceptada»<sup>126</sup>. No obstante, esta línea jurisprudencial siempre recibió importantes aunque minoritarias críticas doctrinales, e incluso surgió alguna voz discrepante desde el propio seno del Tribunal Constitucional alemán<sup>127</sup>. En todo caso, la crítica a la línea jurisprudencial del Tribunal se hizo más patente desde la sentencia de 26 de marzo de 1976, en la que por primera vez se anula una sentencia judicial por entenderse que contenía una decisión arbitraria, y, en su virtud, vulneradora del artículo 3.1 de la Ley Fundamental de Bonn. El Tribunal Constitucional, diría la literatura jurídica, ha creado a partir de aquí un criterio provisional subsidiario estableciendo el control de la arbitrariedad de las decisiones de tribunales de instancias inferiores: un recurso de amparo por violación del artículo 3.1 de la Ley Fundamental puede prosperar si la decisión se basa bien en una aplicación arbitrariamente incorrecta de disposiciones constitucionales o si la estimación de los hechos presentados por un sujeto procesal es «obviamente contraria al fondo y, por tanto, objetivamente arbitraria»<sup>128</sup>, o si, finalmente, ya no se comprende una «aplicación defectuosa del derecho considerando las ideas que dominan la Ley Fundamental, llegándose forzosamente a la conclusión de que se basa en consideraciones ajenas a los hechos»<sup>129</sup>. Ahora bien, la sentencia precitada contenía ya un voto particular del magistrado W. Geiger en el que se acusa a la mayoría de entender el principio de igualdad como una especie de «Robin del bosque» del Estado de Derecho, o una especie de último recurso de equidad, ya que desde la perspectiva final de la sentencia todo lo inaceptable en el Estado de Derecho supone una violación del principio de igualdad<sup>130</sup>; posición considerada por algunos autores como la crítica decisiva de esta orientación<sup>131</sup>. A juicio del autor, la jurisprudencia de la arbitrariedad encierra al menos dos peligros: de una parte, perturba de forma permanente la relación entre los tribunales de instancia y el Tribunal Constitucional Federal, aunque este último recalque que una acusación de arbitrariedad debe entenderse

<sup>126</sup> R. Alexy, *Teoría de los Derechos...*, op. cit., p. 384.

<sup>127</sup> R. Alexy menciona entre los críticos a N. Luhmann, *Grundrechte als Institution*, 2.<sup>a</sup> ed., Berlin, 1974, pp. 167 y ss.; E. Forsthoft, *Der Staat der Industriegesellschaft*, pp. 134 y ss.; E. Eyermann, «Gleichheitssatz, Wurzel del Willkürverbots?», en *Verfassung und Verfassungsrechtsprechung, Festschrift zum 25 jährigen Bestehen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofen*, München, 1972, pp. 45 y ss.; K. Schweiger, «Zur Geschichte und Bewertung des Willkürverbots», pp. 55 y ss., *Teoría de los Derechos...*, op. cit., p. 384, nota núm. 13; también puede verse H. H. Rupp, «Art. 3 GG. als Maßstab verfassungsgerichtlicher Gesetzeskontrolle», en *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, ed. de Ch. Starck, Bd. II, Tübingen, 1976, pp. 377 y ss.

<sup>128</sup> BVerfGE 70, 93, 97.

<sup>129</sup> Chr. Kirchberg, «Willkürschutz statt Grundrechtsschutz?», en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1987, pp. 1988 y ss.

<sup>130</sup> BVerfGE 42, 64, 79 y ss.

<sup>131</sup> Así, F. Schoch, «Der Gleichheitssatz», en *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1988, p. 875.

en sentido objetivo<sup>132</sup>; por otro lado, el control de arbitrariedad puede desplazar, en parte, el control de las garantías especiales de libertad e igualdad de los derechos fundamentales, y, en consecuencia, el Tribunal Constitucional debería abandonar esta dirección jurisprudencial, aunque ello implique la renuncia a una competencia jurídico-judicial de emergencia: «no todo lo que sea insoportable, desde el punto de vista de un Estado de Derecho, es censurable desde el punto de vista del Derecho constitucional por violación del artículo 3 GG»<sup>133</sup>.

Centrados ya en algunas de las primeras y más significativas críticas doctrinales, expresaba Kreussler en 1972 que se había intensificado en aquellas fechas la discusión científica sobre el alcance de la vinculación del legislador y del resto de los poderes públicos por el principio de igualdad, tras años de estar marginada en buena medida la cuestión del debate doctrinal. Y, en similares términos, citaremos algunas otras publicaciones, en particular aparecidas con posterioridad a la exposición de Kreussler, que ya tienen en cuenta la posición crítica de este último y mantienen una línea argumental semejante<sup>134</sup>. A juicio del propio autor, el debate se originó fundamentalmente a partir de las pretensiones de profundización en el desarrollo del Estado social, y, muy en particular, al hilo de la discusión sobre la tesis de la mayor libertad de configuración del legislador a la hora de conceder prestaciones —*Zur These vor der grösseren Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers bei der Gewährung von Leistungen*—<sup>135</sup>. Pues bien, mientras Martens, por su parte, repite esta tesis, lógica a primera vista<sup>136</sup>, Dürig señala con firmeza que el artículo 3.1 de la Ley Fundamental prohíbe también, además de cargas desiguales, beneficios desiguales<sup>137</sup>. Ahora bien, en relación con el rechazo acertado de una regla de carga probatoria en el artículo 3.1 de la Ley Fundamental, y remitiéndose a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, Dürig dice en otro momento que la obligación de fundamentación del legislador era más débil cuando existía desviación del principio general de igualdad. Ambas afirmaciones de Dürig llegan a ser compatibles, o al menos se intenta por su parte; sin embargo, concluye que no cabe suponer diferencia alguna respecto

<sup>132</sup> Por ejemplo, en este sentido la *BVerfGE* 70, 93, 97: «Dabei enthält die erfassungsgerichtliche Feststellung von Willkür keinen subjektiven Schuldvorwurf, sondern sie bedeutet in einem objektiven Sinne die tatsächliche und eindeutige Unangemessenheit einer Massnahme im Verhältnis zu der Situation, deren sie Herr werden will.»

<sup>133</sup> Así, *BVerfGE* 42, 64, 80 —*Sondervotum Geiger*—. Algunos años más tarde en esta línea se manifestaría Chr. Kirchberg, «Willkürschutz statt Grundrechtsschutz?», en *op. cit.*, pp. 1988 y ss.

<sup>134</sup> E. Eyermann, «Gleichheitssatz, Wurzel des Willkürverbots?», en *op. cit.*, pp. 45 y ss.; K. Schweiger, «Zur Geschichte und Bewertung des Willkürverbots», en *op. cit.*, pp. 55 y ss. Y, con matices propios relevantes, G. Dürig, «Kommentar Art. 3, Abs. 1 GG», en *Kommentar zum Grundgesetz*, Bd. I, München, 1973, ed. de Th. Maunz/R. Herzog/G. Dürig, citamos ahora conforme a la actualización de diciembre de 1973.

<sup>135</sup> H. Kreussler, *Der allgemeine Gleichheitssatz als Schranke für den Subventionsgesetzgeber unter besonderer Berücksichtigung von wirtschaftspolitischen Differenzierungszielen*, Berlin, 1972, y *BVerfGE* 11, 50, 60.

<sup>136</sup> W. Martens, «Grundrechte im Leistungsstaat», en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, núm. 30, Berlin/New York, 1972, pp. 21-22.

<sup>137</sup> G. Dürig, «Kommentar Art. 3, Abs. 1 GG», en *op. cit.*, R.dnr. 345.

a la fuerza vinculante para el legislador en todos los casos referidos a prestaciones económicas importantes —por ejemplo, subvenciones—, en los que la no concesión equivaldría a una intromisión en contra de los competidores infraprivilegiados.

En todo caso, estas discusiones, y naturalmente otras varias, marcan el inicio de la crítica sobre la interpretación lacónica al uso del principio de igualdad como prohibición de arbitrariedad. En la jurisprudencia permanente del Tribunal Constitucional Federal, la prohibición de la arbitrariedad se venía caracterizando, como se ha dicho, por criterios como pertinencia y/o conformidad a la naturaleza del objeto, naturaleza de la cosa, justicia y conciencia jurídica general o conciencia jurídica de la comunidad<sup>138</sup>. Pues bien, el debate suscitado se pronuncia respecto a estas barreras. Mientras que el Tribunal Constitucional Federal desde la *BVerfGE* 1, 14, 52, usaba el término «naturaleza de las cosas» casi siempre de forma lapidaria y sin más grado de concreción, Dürig proporciona un planteamiento diferenciado, estableciendo por ello sus conocidos tres niveles de: carácter jurídico-natural, relaciones sociales primarias y condiciones de vida complejas<sup>139</sup>. Sin embargo, si los tres niveles suponen del mismo modo la búsqueda de la justicia, o mejor dicho, de una justicia humana a partir de una norma legal, la respuesta no es fácil. Se propone reducir el efecto vinculante a medida que aumentan la complejidad y la discrecionalidad de las relaciones de vida subyacentes. Otra subcaracterística de la barrera de la justicia, el «motivo razonable» —razonabilidad—, es considerada por Dürig, además de por Esser, como «consensuabilidad» —capacidad de ser consensuada—. Dürig se lamentaba ya de que aún estuviera pendiente de realizar un estudio del concepto de arbitrariedad que fuera más allá de cláusulas estereotipadas tales como «motivos razonables»<sup>140</sup>. No obstante, se ve obligado a admitir que la «razonabilidad» no se puede definir en sentido positivo. Pero sí se podrá llegar a un consenso, insiste, sobre lo que significa «no razonable». En este contexto, se subestima la subjetividad de la conciencia y la capacidad de discernimiento humana, aunque resulte dudoso que —como propone Dürig— la dignidad de la persona —art. 1.1 Ley Fundamental— pueda ser la base definitiva de un consenso inequívoco. Con ello, es evidente que no es posible suprimir la discrecionalidad de remitirse a la realidad, de una parte, o, de otra, a la normatividad; pero permanece la tensión entre la normatividad extrema de lo fáctico y la facticidad de las normas, que diría Heller. E idéntica reserva existe por estos sectores respecto a la siguiente «sub-barrera», la conciencia jurídica general —*allgemeinen Rechtsbewusstsein*— que Eyer- mann y Schweiger rechazan por inadecuada<sup>141</sup>. Además, los últimos autores citados critican también la subsiguiente «sub-barrera», la «justicia», como algo

<sup>138</sup> H. Kreussler, *Der allgemeine Gleichheitssatz...*, *op. cit.*, pp. 47 y ss.

<sup>139</sup> G. Dürig, «Kommentar Art. 3, Abs. 1 GG», en *op. cit.*, Rdnr. 311, p. 147.

<sup>140</sup> G. Dürig, «Art. Gleichheit», en *Staatslexikon der Görres-Gesellschaft*, Bd. III, 6.<sup>a</sup> ed., Freiburg, 1959, p. 987.

<sup>141</sup> E. Eyer- mann, «Gleichheitssatz, Wurzel des Willkürverbots?», en *op. cit.*, p. 49; K. Schweiger, «Zur Geschichte und Bewertung des Willkürverbots», en *op. cit.*, p. 69.

demasiado indeterminado<sup>142</sup>. Esta valoración incluso podría fundamentarse —de hecho así lo hacen— en la *BVerfGE* 15, 313, 319, donde la idea de justicia se relativiza por el principio de seguridad jurídica. Lo que sí es presentado por Dürig como algo extraordinariamente convincente es el argumento de que la justicia puede servir de barrera al principio de igualdad, por cuanto incluye no solamente la componente de igualdad en tanto que axioma jurídico amplio, sino del mismo modo la idea de libertad. Para el autor, libertad e igualdad no sólo son efectivamente condiciones recíprocas, sino que guardan una relación de tensión entre sí; por lo tanto —y ésta es una conclusión de Dürig—, se desdeña de manera inadmisiblemente el componente de la libertad si se recurre al concepto superior de justicia como único factor determinante de la libertad<sup>143</sup>. También Eyermann y Häberle destacan la relación tensa entre libertad e igualdad; el primero pone el acento en la libertad: cuanto más igualdad tanto menos libertad, mientras que Häberle, a la inversa, se ocupa más y concede mayor importancia a la igualdad por ser la que crea libertad para muchos<sup>144</sup>.

Ante esta discrepancia en la acentuación, se presenta —no decimos que se comparta por nosotros— como pretendidamente más razonable una posición más mediadora que la consecuencia extraída por Eyermann, quien realmente va demasiado lejos: se lamenta de tendencias niveladoras en el sentido de una socialización que, según él, contradicen el principio individualista de rendimiento y se traducen en mermas del crecimiento y en masificación<sup>145</sup>. Por muy «útil» —para algunos— que sea una observación de este tipo, su actitud básica y su crítica de la «cultura jurídica» sobre la cuestión, parece subestimar las contra-fuerzas reactivas de la sociedad. En fin, otro punto de crítica a la hora de contemplar la prohibición de la arbitrariedad es la subjetividad de la valoración que Eyermann y Schweiger rechazan<sup>146</sup>, en opinión de Kreussler con razón<sup>147</sup>. Sin embargo, Dürig —que ve subjetividad por parte del legislador— parece pasar por alto que para quienes realizan el examen de arbitrariedad son igualmente inevitables posiciones subjetivas no verificables<sup>148</sup>. Por su parte, Martens se suma a la discusión al señalar una concretización que evidentemente debe hacerse del principio de igualdad a la hora de conceder prestaciones socia-

<sup>142</sup> E. Eyermann, «Gleichheitssatz, Wurzel des Willkürverbots?», en *op. cit.*, p. 49; K. Schweiger, «Zur Geschichte und Bewertung des Willkürverbots», en *op. cit.*, p. 69; H. Kreussler, *Der allgemeine Gleichheitssatz...*, *op. cit.*, pp. 53 y ss.

<sup>143</sup> G. Dürig, «Kommentar Art. 3, Abs. 1 GG», en *op. cit.*, p. 64.

<sup>144</sup> E. Eyermann, «Gleichheitssatz, Wurzel des Willkürverbots?», en *op. cit.*, p. 52; P. Häberle, «Grundrechte im Leistungsstaat», en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, núm. 30, Berlin/New York, 1972, pp. 96-98: «Gleichheitssatz und sozialer Leistungsstaat sind demnach einander zugeordnet. Der sich auf andere Grundrechtsbereiche hin entfaltende Gleichheitssatz ist für den sozialen Leistungsstaat konstituierend. Er sucht Freiheit und Gleichheit zu optimaler Realität zu bringen.»

<sup>145</sup> E. Eyermann, «Gleichheitssatz, Wurzel des Willkürverbots?», en *op. cit.*, pp. 45-48.

<sup>146</sup> E. Eyermann, «Gleichheitssatz, Wurzel des Willkürverbots?», en *op. cit.*, p. 49; K. Schweiger, «Zur Geschichte und Bewertung des Willkürverbots», en *op. cit.*, p. 68. En sentido asimismo crítico B. Weber-Dürler, «Chancengleichheit und Rechtsgleichheit», en *Festschrift für Ulrich Häfelin zum 65. Geburtstag*, ed. W. Haller/A. Kolz/G. MiAller/D. Thurer /Zürich, 1989, pp. 205 y ss.

<sup>147</sup> H. Kreussler, *Der allgemeine Gleichheitssatz...*, *op. cit.*, p. 59.

<sup>148</sup> G. Dürig, «Kommentar Art. 3, Abs. 1 GG», en *op. cit.*, R.dnr. 334.

les, pues el legislador es menos libre, es decir, cuando nos encontramos ante la realidad de que el principio del Estado social condiciona verdaderamente la aplicación del principio de igualdad<sup>149</sup>. Este punto de vista está en armonía con la fórmula de Dürig, quien entiende que «la tendencia en conjunto del principio de igualdad apunta hacia arriba»<sup>150</sup>. Además, el autor hace hincapié en otra restricción del margen legislativo, diciendo que el principio de igualdad desarrollaba un efecto más fuerte como hecho constitutivo de posibles derechos y reclamaciones cuando existan monopolios fácticos o legales por parte del Estado<sup>151</sup>. Esta idea puede fundamentarse por el hecho de que, en este caso, se agravaría el efecto de intromisión de la no prestación del Estado<sup>152</sup>. Asimismo, es muy de estimar la aclaración de Dürig en tanto señala que el Tribunal Constitucional Federal, al centrar el examen de la igualdad en la «naturaleza del objeto», concibe este punto de vista como una «consecuencia del sistema», es decir, como una barrera útil para obtener una vinculación más fuerte del legislador<sup>153</sup>. En efecto, el Tribunal Constitucional Federal era reacio a rebasar los ámbitos técnicos subyacentes de sus decisiones, lo que fue calificado por la doctrina como el «pensamiento de abeja» —*Binnendenken*—. Por eso, la valoración que hizo en aquel momento Dürig, según la cual el Tribunal Constitucional Federal apenas usaba la característica de la justicia del sistema como auténtica barrera de justicia material, podría ser modificada, por tanto, en el sentido de que al fin y al cabo la jurisdicción constitucional se había servido y aún se servía de este criterio cuando no destacaba explícitamente la justicia del sistema, sino que recurría en casos puntuales pragmáticamente a la misma como argumento adicional<sup>154</sup>. En este sentido, y referido a la aplicación del criterio de la justicia del sistema, podemos hacer mención de la idea de seguridad jurídica aludida por Dürig: en principio, cabe decir a propósito de la seguridad jurídica que la diferenciación de la compatibilidad debe medirse por la normativa legal existente.

En resumen, cabe decir a propósito de la cuestión decisiva de una vinculación, más fuerte o más débil, del legislador a través del principio general de igualdad, que Dürig —con la tesis dominante— defiende, en principio, un amplio margen del legislador, y, por tanto, sostiene una teoría de prohibición de arbitrariedad modificada en algún que otro punto. Además, Eyermann y Schweiger no conciben el principio de igualdad ni siquiera como prohibición de arbitrariedad, favoreciendo, al parecer, una vinculación aún menor<sup>155</sup>.

<sup>149</sup> W. Martens, «Grundrechte im Leistungsstaat», en *op. cit.*, p. 22.

<sup>150</sup> G. Dürig, «Kommentar Art. 3, Abs. 1 GG», en *op. cit.*, Rdnr. 365.

<sup>151</sup> G. Dürig, «Kommentar Art. 3, Abs. 1 GG», en *op. cit.*, Rdnr. 358.

<sup>152</sup> G. Dürig, «Kommentar Art. 3, Abs. 1 GG», en *op. cit.*, Rdnr. 358.

<sup>153</sup> G. Dürig, «Kommentar Art. 3, Abs. 1 GG», en *op. cit.*, Rdnr. 311.

<sup>154</sup> H. Kreuzler, *Der allgemeine Gleichheitssatz...*, *op. cit.*, pp. 93 y ss. El criterio de la justicia del sistema, dirá G. Dürig, en un caso especial de «la norma de un orden jurídico positivo», a la hora de precisar el criterio, lo avalan además el principio de salvaguardia de la confianza, la autovinculación de todos los poderes administrativos y la unidad del orden jurídico, «Kommentar Art. 3, Abs. 1 GG», en *op. cit.*, Rdnr. 326.

<sup>155</sup> E. Eyermann, «Gleichheitssatz, Wurzel des Willkürverbots?», en *op. cit.*, p. 52; K. Schweiger, «Zur Geschichte und Bewertung des Willkürverbots», en *op. cit.*, p. 55.

Mientras Martens defiende otro punto de vista cuando advierte que no se debe ni sobrestimar ni subestimar la importancia del artículo 3 de la Ley Fundamental para el legislador y para el resto de los poderes públicos, aunque el autor parece poner el acento en la segunda parte de la frase «... no hay razón para despreciar el mandato de igual beneficio como improductivo para la actividad creativa de normas»<sup>156</sup>. Y con mayor claridad aún se manifiesta Häberle, al sostener que la tesis mayoritaria sobre el principio de igualdad ve a éste como algo inocho hasta convertirlo en mera prohibición de arbitrariedad<sup>157</sup>. Se aprecia, decía Kreussler, que en la discusión del problema de igualdad los bandos estaban enfrentados; está por ver, prosigue, si algún día la jurisprudencia constitucional aprovechará los debates científicos o si piensa seguir manteniendo su punto de vista trillado. Todo ello dependería, en su opinión, entre otras cosas, de cómo continuara la discusión, de si se iba a encontrar una solución convincente que se acercara al ideal fundamental sin menospreciar las aportaciones de la práctica: si, en este supuesto, una aportación decisiva llegara a alcanzar la soberanía del planteamiento de Dürig, sería una auténtica suerte<sup>158</sup>.

### 1.3.3.3. La denominada nueva fórmula surgida (o pretendidamente) a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 7 de octubre de 1980

El siguiente paso relevante a destacar es la sentencia de 7 de octubre de 1980, de la Primera Sala del Tribunal Constitucional Federal alemán, en la que se plantea una especie de nueva formulación del principio de igualdad<sup>159</sup>. Pues bien, una buena parte de los constitucionalistas alemanes —quizá la mayor parte— se muestran partidarios de considerar que esta denominada nueva fórmula constituye realmente un paso importante en cuanto a la determinación del contenido y alcance del derecho a la igualdad, sin que ello signifique quiebra alguna sino profundización en la línea hasta entonces mantenida<sup>160</sup>. Hasta esta decisión, el Tribunal Constitucional había venido definiendo las condiciones de una violación de la igualdad recurriendo exclusivamente a la fórmula de la arbitrariedad. Según esta definición, el derecho fundamental a igualdad no se lesiona sino «en tanto en cuanto no sea posible encontrar un motivo razonable derivado de la naturaleza de la cosa o de cualquier otro motivo objetivamente lógico, es decir, cuando la determinación debe calificarse de arbitra-

<sup>156</sup> W. Martens, «Grundrechte im Leistungsstaat», en *op. cit.*, p. 23.

<sup>157</sup> P. Häberle, «Grundrechte im Leistungsstaat», en *op. cit.*, pp. 139-140.

<sup>158</sup> Para cuanto sigue, H. Kreussler, *Der allgemeine Gleichheitssatz...*, *op. cit.*, *passim*.

<sup>159</sup> *BVerfGE* 55, 72 (88 y ss.).

<sup>160</sup> El calificativo y la aceptación mayoritaria como auténtica nueva fórmula, entre otros, en M. Sachs, «Die Maßstäbe des allgemeinen Gleichheitssatzes-Willkürverbot und sogenannte neue Formel», en *Juristische Schulung*, pp. 124 y ss.; R. Maaß, «Die neuere Rechtsprechung des BVerG zum allgemeinen Gleichheitssatz —Ein Neuansatz?», en *op. cit.*, pp. 14-15; R. Stettner, «Die Gleichheitssatz», en *Bayerische Verwaltungsblätter*, 1988, p. 548; en fin, R. Wendt, «Der Gleichheitssatz», en *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 1988, pp. 778 y ss.

ria»<sup>161</sup>. En este contexto, la constatación de arbitrariedad no implica un reproche subjetivo de culpabilidad, sino que pretende ser entendida en un sentido objetivo; el factor decisivo es la desproporcionalidad real e inequívoca de una acción respecto a la situación que se pretende arreglar<sup>162</sup>.

Según jurisprudencia uniforme hasta ese momento, al legislador —legitimado directamente por la vía democrática— se le concede una amplia prerrogativa de carácter estimativo respecto a la determinación de un derecho a la igualdad de valoración extremadamente abierto<sup>163</sup>. Se venía considerando que no le incumbe en particular al Tribunal Constitucional verificar si el legislador había optado por la solución más justa; lo único que se le exige es que sus decisiones se mantengan dentro de los límites extremos de la prohibición de arbitrariedad, por lo que también es cierto, no debe hacer distinciones evidentemente injustas. De este modo, el problema del carácter abierto de la valoración se resolvía de un modo esencialmente jurídico-funcional<sup>164</sup>. Una visión así, diría la literatura jurídica, coincide con el planteamiento de orientación procesal propio de la interpretación constitucional que se puede encontrar en la doctrina americana: según este planteamiento, lo único determinante es, básicamente, la verificación de la plausibilidad —*rational basis test*—, de modo que únicamente en el caso de que se encuentren clasificaciones «sospechosas» —*verdächtigen*—, como las que incluye el artículo 3.3 de la Ley Fundamental, se impone un control más estricto<sup>165</sup>. Sin embargo, la autolimitación del Tribunal Constitucional, a modo de pura fórmula, contrastaba con una jurisprudencia cada vez más diferenciada en el ámbito de los denominados derechos de libertad<sup>166</sup>. Por eso, a partir de la citada sentencia de 1980, la Primera Sala ampliaba la fórmula de la arbitrariedad en el sentido de que el legislador habrá ciertamente sobrepasado los límites de la amplia libertad de creación que le corresponde, con la consecuencia de una violación del artículo 3.1 de la Ley Fundamental, si el trato desigual de los hechos regulados ya no resultaba compatible ni con la legitimidad derivada de la propia naturaleza de las cosas, ni con consideraciones orientadas por la idea de justicia. Y una situación de esta naturaleza puede darse, según confirma jurisprudencia posterior, cuan-

<sup>161</sup> Por ejemplo, *BVerfGE* 55, 114, 128; R. MaB, «Die neuere Rechtsprechung des BVerG zum allgemeinen Gleichheitssatz—Ein Neuansatz?», en *op. cit.*, especialmente pp. 17 y ss.

<sup>162</sup> L. Osterloh, «Art. 3», en *Grundgesetz-Kommentar*, ed. de M. Sachs, 3.<sup>a</sup> ed., München, 2003, pp. 182 y ss., con apoyo en jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán.

<sup>163</sup> *BVerfGE* 55, 261.

<sup>164</sup> L. Osterloh, «Art. 3», en *op. cit.*, pp. 182 y ss. El Tribunal Constitucional venía considerando que el carácter antisistema de una decisión como violación de la legalidad objetiva establecida por la propia Ley puede ser indicio de una lesión del principio de igualdad, aunque no es necesariamente suficiente —*BVerfGE* 61, 138, 148 y ss.—; la libertad de configuración se concede asimismo al poder ejecutivo que también establece normas aunque sea más estrecho el margen de creación que correspondiente al legislador por existir sólo dentro del marco delimitado por la norma de habilitación legal —art. 80.1 de la Ley Fundamental—, según, por ejemplo, la *BVerfGE* 58, 68, 79.

<sup>165</sup> W. Brugger, *Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika*, 1987, pp. 363 y ss.

<sup>166</sup> R. Herzog, «Art. 3» en *Grundgesetz-Kommentar*, ed. de Th. Maunz/G. Dürig/P. Badura/U. Di Fabio/R. Herzog/H.H. Klein/P. Lerche/H.J. Papier/A. Randelzhofer/E. Schmidt-Abmand/R. Scholz, München, citamos en este momento conforme a la actualización de julio de 2001, R.dnr. 6

do un grupo de afectados por una norma, por comparación a otros grupos, recibe un trato desigual, pese a que entre ambos colectivos no existan diferencias de tal naturaleza e importancia que pudieran justificar la diferencia de trato <sup>167</sup>. Surge así desde 1980, como apuntamos, la que es calificada por varios autores como la nueva formulación del principio de igualdad, que supondría, dicen estos sectores doctrinales, una despedida cuando menos parcial de la antigua interpretación <sup>168</sup>. Lo más destacado de la sentencia de 1980, a decir de la propia doctrina científica <sup>169</sup>, es que se elimina cualquier referencia explícita a la arbitrariedad y a la justicia, aunque estos conceptos surgirán inevitablemente de nuevo en jurisprudencia posterior. Asimismo, se admite con claridad que el Tribunal puede sancionar la desigualdad resultante de la identidad de tratamiento otorgada a grupos situados en una situación desigual; y la propia doctrina alemana ha entendido con carácter general que la sentencia refuerza el control llevado a cabo por el Tribunal Constitucional al imponer que la desigualdad de tratamiento de los grupos entre los que no existen diferencias debe justificarse a través de una razón suficientemente fuerte, una razón de peso; en fin, la sentencia parece poner asimismo el acento en el aspecto de la «proporcionalidad de la igualdad», esto es, la relación entre la proporcionalidad y la igualdad <sup>170</sup>. De modo que ya no era la evidencia sino una estimación más sutil la que se convertía en el factor decisivo a la hora de valorar una infracción del derecho a la igualdad.

Pues bien, esta denominada nueva fórmula por sectores doctrinales, desarrollada por la Primera Sala, y según algunos adoptada también más tarde por la Segunda Sala, supone —o pretende—, se dice, un desplazamiento importante de poderes y funciones desde el legislador al Tribunal Constitucional, puesto que éste corrige ahora al legislador mucho más intensamente al limitar su margen de configuración más que antes; y, por derivación, sucede lo mismo con el juez ordinario. El Tribunal Constitucional aplica criterios de control más severos, lo que ha de tener repercusiones considerables respecto a las perspectivas de éxito de las reprobaciones de una vulneración del derecho a igualdad <sup>171</sup>. Tras abandonar un criterio aislado de arbitrariedad de aplicación homogénea en el marco del artículo 3.1 de la Ley Fundamental, se obtienen categorías —aún por definir con precisión— de constelaciones de casos a los que han de aplicarse criterios de control distintos en cada uno de ellos. De este modo, en función del objeto y las características diferenciadas del principio de igualdad, se derivan límites distintos para el legislador y para el aplicador, que van desde la mera prohibición de arbitrariedad hasta una vinculación

<sup>167</sup> BVerfGE 93, 386, 397.

<sup>168</sup> F. Schoch, «Der Gleichheitsstaz», en *op. cit.*, p. 875.

<sup>169</sup> Para cuanto sigue R. MaaB, «Die neuere Rechtsprechung des BVerfG zum allgemeinen Gleichheitssatz—Ein Neuansatz?», en *op. cit.*, pp. 14 y ss.

<sup>170</sup> En este sentido, M. González Beilfuss, en *Tribunal Constitucional...*, *op. cit.*, p. 18, nota núm. 22.

<sup>171</sup> H. D. Jaras, aunque el autor deje traslucir un cierto grado de escepticismo, «Folgerungen aus der neueren Rechtsprechung des BVerfG für die Prüfung von Verstößen gegen Art. 3 Abs. 1 GG», en *op. cit.*, pp. 2545 y ss.

estricta a los requisitos de la proporcionalidad<sup>172</sup>. La graduación de los requisitos se deriva de la literalidad y del sentido del artículo 3.1 de la Ley Fundamental así como de su conexión con otros preceptos constitucionales: la diferente amplitud del margen de configuración del legislador se corresponde con una densidad absoluta de control a la hora de la verificación por parte del Tribunal Constitucional<sup>173</sup>. No obstante, según se constata por la mayor parte de la doctrina científica, la Segunda Sala, los Tribunales Constitucionales de los *Länder* y el resto de los tribunales ordinarios, prosiguieron utilizando la formulación clásica<sup>174</sup>. Asimismo, cuando se trata de actos individuales referidos a la igualdad en la aplicación de la Ley por el juez, la jurisprudencia de la propia Primera Sala ha continuado aplicando básicamente el denominado «*standard*» de la arbitrariedad. E incluso se observa que en la jurisprudencia relativa al control de igualdad en la legislación, esta misma Sala prosigue utilizando con frecuencia la referencia expresa al principio de justicia. En fin, en sentencias aisladas de la misma Primera Sala se alude con toda claridad al principio de igualdad «en el sentido de interdicción de la arbitrariedad»<sup>175</sup>. De ahí que también no pocos autores hayan puesto en duda que la nueva formulación supusiera verdaderamente en cuanto al fondo el abandono por la Primera Sala de la formulación clásica, como es el caso de Stern o de Böckenförde<sup>176</sup>. Este último autor sostiene que no existe divergencia entre la jurisprudencia de las dos Salas, porque se mencione o no expresamente la referencia a la arbitrariedad, la fórmula utilizada para describir el contenido de la igualdad jurídica sigue siendo la tradicional del test de arbitrariedad<sup>177</sup>; un retorno, en definitiva, al punto de partida, quizá eso sí en términos más precisos, aunque la nueva fórmula tampoco ofrece respuestas definitivamente claras. En fin, la interpretación llevada a cabo por Alexy respecto de la jurisprudencia de ambas Salas, resume que mientras para la Primera Sala «en la aplicación de la máxima general de la igualdad tiene que haber siempre un par de comparación»<sup>178</sup>, la Segunda Sala, siguiendo con mayor fidelidad la dirección marcada por Leibholz, ha reducido el principio de igualdad «a una prohibición general de arbitrariedad en cuya aplicación los pares de comparación ya no juegan nin-

<sup>172</sup> M. Sachs, «Die Maßstäbe des allgemeinen Gleichheitssatzes-Willkürverbot und sogenannte neue Formel», en *op. cit.*, pp. 124 y ss.

<sup>173</sup> *Ibidem*, pp. 124 y ss.

<sup>174</sup> Así lo reconoce G. Robbers, «Der Gleichheitssatz», en *Die öffentliche Verwaltung*, 1988, pp. 751-752; expresamente sobre las que considera «*Divergenzen zwischen den Formulierungen beider Senate*», F. Schoch, «Der Gleichheitssatz», en *op. cit.*, pp. 875 y ss.

<sup>175</sup> Se citan sentencias como la de 4 de junio de 1985, la de 1 de julio de 1987, la de 26 de abril de 1988, la de 18 de octubre de 1989, la de 29 de noviembre de 1989.

<sup>176</sup> Por ejemplo, K. Stern, «Das Gebot zur Ungleichbehandlung», en *Das akzeptierte Grundgesetz. Festschrift für Günter Dürig zum 70. Geburtstag*, ed. de H. Maurer/P. Häberle/W. Schmidt Glaser/W. Graf Vitzthum, München, 1990, p. 212.

<sup>177</sup> E. W. Böckenförde, «Diskussionsbeitrag», en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, núm. 47, Berlin/New York, 1989, pp. 95-97.

<sup>178</sup> R. Alexy, *Teoría de los Derechos...*, *op. cit.*, p. 388.

gún papel necesario»<sup>179</sup>. La jurisprudencia de la Segunda Sala originó —entre otras— la crítica de Geiger, quien sostuvo que desde tal perspectiva «el examen de igualdad no sería ya lo que indica su nombre: un examen de igualdad»<sup>180</sup>. Por otro lado, dice Maihofer que en relación con el artículo 3.1 de la Ley Fundamental «la carga de la prueba corre a cuenta de quien afirma la desigualdad y reivindica un trato desigual, y no a la inversa»<sup>181</sup>. Frente a ello, añade, «el Tribunal Constitucional sólo considera que el legislador ha vulnerado el principio de igualdad material en el Derecho, dentro de los límites de interdicción de la desproporcionalidad y de la arbitrariedad, cuando no cabe encontrar una razón que se deduzca de la naturaleza del asunto o que sea en cualquier otro modo objetivamente convincente para una identificación como igual o una diferenciación como desigual de dos situaciones»<sup>182</sup>; una fórmula excesivamente elástica, difícil de cohesionar con la categórica afirmación de que la democracia de la Ley Fundamental es una democracia por principio hostil a los privilegios»<sup>183</sup>.

También se ha destacado, como ya hemos aludido, que a la hora de verificar el comportamiento de las sentencias judiciales, el Tribunal Constitucional Federal lo que sigue realizando esencialmente, o en realidad lo único que realiza es un control de arbitrariedad<sup>184</sup>. De este modo, una sentencia judicial vulnera el derecho a igualdad, cuando en ningún aspecto lógicamente imaginable es jurídicamente sostenible, por lo que es forzoso llegar a la conclusión de que se basa en consideraciones ajenas a la causa, lo cual es verificable aplicando criterios objetivos. La aplicación errónea del Derecho por sí sola, se considera, no convierte en arbitraria una sentencia judicial, sino que existe arbitrariedad cuando no se tiene en consideración una norma a todas luces aplicable o se malinterpreta el contenido de la norma sin llegar a una manera extrema. Mas no es lícito hablar de una interpretación arbitraria si el juez o tribunal ha examinado a fondo la situación legal y su fallo no carece del todo de una base objetiva<sup>185</sup>. Además de esta denominada doctrinalmente «adhesión a la prohibición de arbitrariedad a la hora de verificar sentencias judiciales», la jurisprudencia constitucional se refiere habitualmente a la denominada «influencia de las categorías»<sup>186</sup>. Quiere con ello significar que, no obstante el hecho de que en general se profesa por el Tribunal Constitucional la prohibición de la arbitrariedad, a la hora de verificar sentencias se sopesa si los tribunales sectoriales de la jurisdicción ordinaria han confirmado o/y realiza-

<sup>179</sup> R. Alexy, *Teoría de los Derechos...*, *op. cit.*, pp. 388-389.

<sup>180</sup> Citado por R. Alexy, *Teoría de los Derechos...*, *op. cit.*, p. 389.

<sup>181</sup> W. Maihofer, «Principios de una democracia en libertad», en *op. cit.*, p. 298.

<sup>182</sup> BVerfGE 1, 52, y jurisprudencia constante.

<sup>183</sup> BVerfGE 40, 317 y ss.

<sup>184</sup> H. D. Jaras, «Folgerungen aus der neueren Rechtsprechung des BVerfG für die Prüfung von Verstößen gegen Art. 3 Abs. 1 GG», en *op. cit.*, pp. 2545 y ss.

<sup>185</sup> M. Sachs, «Die Maßstäbe des allgemeinen Gleichheitssatzes-Willkürverbot und sogenannte neue Formel», en *op. cit.*, pp. 124 y ss.

<sup>186</sup> *Ibidem*, pp. 124 y ss.

do distinciones entre personas o hechos. Y es que, considera, se incumple el mandato de igualdad del artículo 3.1 de la Ley Fundamental si los tribunales, por la vía de la interpretación de las leyes o para colmar lagunas, llegan a establecer una diferenciación que está prohibida por el propio legislador<sup>187</sup>. Esto puede repercutir, de hecho lo hace, en la cuestión de cuáles son los límites que se le marcan al juez para el desarrollo o creación jurídica admisible<sup>188</sup>. En este sentido, es bastante clara la línea dibujada por la jurisprudencia constitucional, de acuerdo con la cual la cláusula general de igualdad del artículo 3.1 de la Ley Fundamental impone la igualdad a la hora de aplicar la Ley como un mandato fundamental del Estado democrático y social de Derecho. En este tipo histórico de Estado el Derecho debe realizarse sin excepción, sin consideración de personas; en principio, todas y cada una de las personas tienen los mismos derechos y obligaciones en virtud de las normas. A los jueces y tribunales les está prohibido asimismo el no aplicar el Derecho vigente a favor o en contra de personas individuales y colectivos de personas. A su vez, el Tribunal Constitucional ha reconocido la facultad de los jueces ordinarios en cuanto al desarrollo y creación jurídica. En todo caso, también considera que se sobrepasan los límites de esa facultad, si el juez —vinculado a la Ley y al Derecho— niega a un colectivo de personas una ventaja que el legislador a tenor de la norma producida por él ha concedido a diferentes colectivos de personas en interés de su igualdad de trato; y si lo hace alegando motivos que, a tenor de la misma Ley, sólo le facultan en casos concretos para denegar tal beneficio.

En fin, hay una tercera cuestión a destacar, a nuestro modo de ver, tocante a la igualdad en la aplicación y la posición clásica adoptada por la jurisprudencia constitucional alemana, nos referimos a la igualdad de armas en el procedimiento judicial. El mandato de igualdad de armas en el proceso es considerado una consecuencia del «sistema» propio del principio estructural del Estado de Derecho y del principio general de igualdad. Aunque en este caso el Tribunal Constitucional Federal aplica el criterio de arbitrariedad basándose en la falta de motivos de fondo, ha comprobado, no obstante, y sobre esta base, reiteradas violaciones, al igual que en los casos en los que ha controlado a los tribunales en aspectos materiales. Admitió, por ejemplo, que existía una vulneración de la prohibición de discriminar por perjudicar a demandantes con menos medios económicos negándoles la defensa gratuita sin verificar suficientemente sus presupuestos legales. Asimismo, declaró como incompatibles una regulación de costas en el marco de las normas de competencias por vulneradora del derecho a la igualdad<sup>189</sup>.

<sup>187</sup> Así, por ejemplo, la *BVerfGE* 58, 369, 374; y la 74, 129, 149.

<sup>188</sup> Para cuanto sigue se ha visto fundamentalmente la *BVerfGE* 66, 331, 144; pero también se han considerado las siguientes: *BVerfGE* 65, 377, 384; 69, 248, 254 y ss.; 71, 354, 362 y ss.; 101, 239, 269.

<sup>189</sup> Puede verse sobre esta cuestión: *BVerfGE* 56, 139, 145, y *BVerfGE* 74, 78 y ss.

### 1.3.3.4. La discusión doctrinal en sus últimos estadios: perspectivas e insuficiencias <sup>190</sup>

#### 1.3.3.4.1. Consideraciones previas

La doctrina alemana mayoritaria de los últimos años insiste en la idea de encontrar «puntos de vista centrales» para determinar la intensidad del análisis por lo que hace a los tratamientos desiguales referidos tanto a las personas — categorías de personas— como al fondo del asunto. Más en concreto, considera que se impone un análisis más bien estricto de tratamientos desiguales cuando diferentes grupos o categorías de personas, y no sólo diferentes circunstancias, reciban un trato desigual <sup>191</sup>. En consecuencia, si la cuestión se centra en el análisis de un tratamiento desigual basado en características referidas a las personas, el elemento esencial en este caso viene determinado por el hecho de que los perjudicados se vean imposibilitados o con grandes dificultades para cumplir los hechos o las circunstancias favorecedoras <sup>192</sup>. En términos generales, se viene considerando que ha de exigirse que la característica en cuestión sea significativa para el grupo de personas respectivo, con independencia de la norma a examinar <sup>193</sup>. En cambio, si son únicamente los hechos o circunstancias los que reciben tratamiento desigual, se impone un análisis más flexible <sup>194</sup>. En estos casos se habla de un trato desigual referido al fondo o referido a comportamientos, por ejemplo, cuando se hacen distinciones entre las diferentes jurisdicciones <sup>195</sup>; asimismo estamos ante un trato desigual respecto a las circunstancias si son diferentes, se menciona ejemplificativamente, las prohibiciones impuestas a adolescentes para acudir a bailes y a restaurantes. Entre las diferenciaciones basadas en las circunstancias, figuran también regulaciones técnicas «sin una referencia directa a

<sup>190</sup> Para este epígrafe 1.3.3.4, en su integridad, se han tenido en cuenta, básicamente, las siguientes referencias doctrinales: Chr. Gusy, «Der Gleichheitssatz», en *op. cit.*, pp. 2505 y ss.; K. Hesse, «Der allgemeine Gleichheitssatz in der neuere Rechtsprechung des BVerfG», en *Wege und Verfahren des Verfassungslebens. Festschrift für Peter Lerche zum 70. Geburtstag*, ed. de P. Badura/R. Scholz, München, 1993, pp. 172 y ss.; H.D. Jaras, «Folgerungen aus der neueren Rechtsprechung des BVerfG für die Prüfung von Verstößen gegen Art. 3 Abs. 1 GG», en *op. cit.*, pp. 2545 y ss.; J. Lücke, «Der Gleichheitssatz», en *Juristenzeitung*, 1988, pp. 1121 y ss.; R. Maaß, «Die neuere Rechtsprechung des BVerfG zum allgemeinen Gleichheitssatz—Ein Neuansatz?», en *op. cit.*, pp. 14 y ss.; G. Robbers, «Der Gleichheitssatz», en *op. cit.*, pp. 749 y ss.; M. Sachs, «Die Maßstäbe des allgemeinen Gleichheitssatzes—Willkürverbot und sogenannte neue Formel», en *op. cit.*, pp. 124 y ss.; F. Schoch, «Der Gleichheitssatz», en *op. cit.*, pp. 863 y ss.; R. Stettner, «Der Gleichheitssatz», en *op. cit.*, pp. 545 y ss.; R. Wendt, «Der Gleichheitssatz», en *op. cit.*, pp. 778 y ss.

<sup>191</sup> Por ejemplo, *BVerfGE* 88, 87, 96.

<sup>192</sup> P. Kirchhof, «Der allgemeine Gleichheitssatz», en *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, ed. de J. Isensee/P. Kirchhof, Bd.V, Heidelberg, 1992, pp. 194 y ss.; y *BVerfGE* 92, 26, 52.

<sup>193</sup> Un trato desigual de este tipo de grupos de personas podría ser, según ejemplos a los que se alude, el hacer distinción entre obreros y empleados, entre casados y divorciados o en favorecer a los habitantes de un *Land* frente a personas residentes en otros *Länder*. En general, se considera, el ámbito de aplicación de la diferenciación en función de grupos de personas es mucho más amplio de lo que parece a primera vista.

<sup>194</sup> *BVerfGE* 93, 99, 111 —1995—, confirmando la jurisprudencia del Tribunal al respecto, al menos desde la sentencia de 8 de noviembre de 1989.

<sup>195</sup> *BVerfGE* 88, 87, 96.

las personas»<sup>196</sup>. Y, finalmente, sería suficiente un análisis más bien «generoso» en los casos en los que los afectados logren acomodarse a la regulación contrarrestando los efectos negativos a través de su propio comportamiento. No obstante, por concluyente que parezca este planteamiento, su punto débil estriba en la dificultad práctica de establecer una delimitación nítida a la hora de establecer la distinción de las diferenciaciones en función de grupos de personas y/o comportamientos, porque, en última instancia, cualquier regulación referida al objeto que se quiera siempre admitirá referencias a personas si se establece una relación con personas que realizan una característica objetiva determinada<sup>197</sup>. Además, en determinadas circunstancias el discernimiento es bastante difuso, pues el Tribunal Constitucional conoce en ocasiones la diferenciación directamente referida a circunstancias que, de un modo indirecto, da lugar a un trato desigual de personas y, en consecuencia, debe tratarse como una diferenciación referida a las personas. La anterior parece una afirmación un tanto absurda, pero es que, a la inversa, existe también la desigualdad de trato de grupos de personas que no se asocia a criterios referidos a personas. Pues bien, este tipo de delimitaciones difusas han de superarse, se entiende, suavizando y/o intensificando el análisis de la proporcionalidad<sup>198</sup>.

Por lo que se refiere al supuesto, por demás bastante frecuente, de tratamientos desiguales con repercusiones en otros derechos fundamentales, las cosas reciben una solución matizadamente distinta. Además, en estas hipótesis, y como destaca el Tribunal Constitucional, se impone un análisis tanto más severo «cuanto más puede salir perjudicado el ejercicio de libertades protegidas por la Ley Fundamental por el trato desigual de personas o circunstancias»<sup>199</sup>; lo que supone un notable paralelismo con resoluciones de la *Supreme Court* norteamericana<sup>200</sup>. De este modo, es muy conveniente realizar un análisis más pormenorizado o estricto de tratamientos desiguales cuando la medida en cuestión se interfiere en el ámbito protegido por otro derecho fundamental. Y pueden distinguirse dos subgrupos: las hipótesis en las que los agravios para otro derecho fundamental se derivan del hecho de que el comportamiento protegido recibe peor trato que el correspondiente comportamiento no protegido —esto ha tenido importancia en el ámbito de protección del matrimonio y de la familia según el artículo 6 de la Ley Fundamental y también en el ámbito de la libertad artística a tenor del artículo 5.3 de la Ley Fundamental—<sup>201</sup>; pero con frecuencia es el tratamiento desigual de comportamientos amparados ambos por la Constitución el que da lugar a una vulneración del principio de igualdad. El motivo objetivo para restringir los tratos desiguales admisibles viene proporcionado por la valoración de los derechos fundamentales,

<sup>196</sup> BVerfGE 38, 225, 229.

<sup>197</sup> M. Sachs, «Die Maßstäbe des allgemeinen Gleichheitssatzes-Willkürverbot und so genannte neue Formeln», en *op. cit.*, pp. 124-126

<sup>198</sup> BVerfGE 89, 365, 375 y ss.

<sup>199</sup> BVerfGE 91, 346, 363.

<sup>200</sup> W. Brugger, *Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit...*, *op. cit.*, págs. 162 y ss.

<sup>201</sup> La abundante jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal sobre estas materias, se ha extraído, básicamente, de las obras referidas en la nota núm. 190.

de la que se ha de derivar que una restricción de la libertad general de actuación del artículo 2.1 de la Ley Fundamental normalmente no se traduce en una restricción de los tratamientos desiguales, ya que este derecho fundamental, debido a su indeterminación objetiva, no contiene en cualquier caso un juicio de valor, a menos que su contenido se vea enriquecido por otras normas constitucionales<sup>202</sup>. La influencia de otros derechos fundamentales proporciona también el motivo para que las definiciones del artículo 3.1 de la Ley Fundamental sean más severas cuando el Estado interviene en los derechos de libertad, sobre todo cuando suprime posiciones jurídicas, porque lo normal en estos casos es que no se vean afectados los derechos de libertad o lo sean muy poco. En tanto que respecto a la actividad de prestación por parte del Estado convendrá un análisis más bien flexible, lo que tiene su importancia de cara a la concesión de subvenciones<sup>203</sup>; ahora bien, cuando se retiran prestaciones ya concedidas, la justificación de un trato desigual requerirá normalmente un análisis más severo.

#### 1.3.3.4.2. El análisis «de arbitrariedad»

##### a) *El análisis de arbitrariedad considerado en sus aspectos centrales*

El mero análisis de la arbitrariedad clásico, cuya forma concreta a pesar de todo se reconoce que con frecuencia habrá de precisarse aún más, tiene lugar cuando se trata de un tratamiento desigual basado en las circunstancias y siempre y cuando la regulación no repercuta negativamente en otro derecho fundamental. Así, entre otras, en una sentencia del año 1995, el Tribunal Constitucional alemán ha constatado un trato desigual de grupos de circunstancias, para continuar luego afirmando: «dado que la regulación puede tener repercusiones negativas en un ámbito de los derechos fundamentales amparado por la Ley Fundamental (...), el legislador (...) no estará limitado exclusivamente por la prohibición de la arbitrariedad»<sup>204</sup>. De otra parte, se ha estimado que merece la pena hacer una reflexión acerca de si no cabe situar también un trato igual de cosas esencialmente desiguales en el ámbito del mero análisis de la arbitrariedad. Son casos que, vistos de cerca, se refieren a un trato desigual que no se deriva del propio tratamiento jurídico, sino de repercusiones fácticas, sin embargo, se concluye, no ha sido aún posible tratar esta cuestión con detenimiento hasta el momento. Además, en otros casos especiales un análisis de la arbitrariedad es para determinados supuestos suficiente, independientemente de cuál sea el papel de los puntos de vista centrales de cara a determinar la intensidad del análisis. Se trata de casos especiales en lo que se refiere a la estructura del principio de igualdad. En este contexto entra, como ha determinado el Tribunal Constitucional, el supuesto de que el legislador no utilice en absoluto un criterio de diferenciación, dejando el trato desigual a la casua-

<sup>202</sup> J. Lücke, «Der Gleichheitssatz», en *op. cit.*, pp. 1121 y ss.

<sup>203</sup> *BVerfGE* 78, 104, 121.

<sup>204</sup> *BVerfGE* 93, 99, 111.

lidad, por ejemplo, cuando una selección se realiza por sorteo o cuando se trata de una prueba al azar supeditada al principio de la casualidad<sup>205</sup>.

También entran en esta categoría de análisis los supuestos referidos a una aplicación arbitraria del Derecho. Se está ante un caso de este tipo cuando «la aplicación del derecho o del procedimiento ya no se justifican bajo ningún aspecto jurídico, imponiéndose la conclusión de que se basan en consideraciones ajenas a las circunstancias y, por tanto, arbitrarias»<sup>206</sup>. Por consiguiente, se ha de estar en presencia de «una decisión notoriamente errónea»<sup>207</sup>, y errores graves de aplicación del Derecho pueden ser, por ejemplo, la no consideración de una norma pertinente, o la manifiesta incorrecta interpretación de una norma. A esta categoría pertenece, además, que el fundamento de una resolución encierre una contradicción sin solución o que un tribunal se desvíe del texto clarísimo de una disposición legal sin argumentación alguna<sup>208</sup>. Una vulneración de esta naturaleza del principio general de igualdad no sólo es significativa de cara a la relación entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria<sup>209</sup>. En las hipótesis de esta naturaleza no se procede a una comparación de las circunstancias y a la constatación resultante de un trato desigual. El recurso aquí al artículo 3.1 de la Ley Fundamental como criterio de análisis sólo tiene justificación por el hecho de que puede producirse una aplicación arbitraria del Derecho en las condiciones descritas; en la práctica el supuesto no es muy frecuente, aunque tampoco puede considerarse con el carácter de una excepción. Sin embargo, en estos supuestos se procede con mucha reserva, de otro modo, toda aplicación errónea del Derecho conculcaría el principio de igualdad. Y, en fin, el mero análisis de la arbitrariedad también se ha considerado que procede en aquellos casos en los que un trato desigual compromete a personas cuya titularidad del derecho fundamental no está clara, lo que tiene importancia para personas jurídicas de Derecho público. El Tribunal Constitucional califica un comportamiento arbitrario en perjuicio de instituciones públicas, en parte, como una violación de la vertiente meramente jurídico-objetivo del derecho fundamental a igualdad<sup>210</sup>, si bien, el Tribunal recurre asimismo parcialmente en su argumentación al principio del Estado de Derecho<sup>211</sup>. Sin embargo, para la mayor parte de la literatura jurídica hay bastantes aspectos que avalan aplicar exclusivamente el principio del Estado de Derecho. Y la misma duda se plantea respecto a la aplicación arbitraria del Derecho, aunque los análisis considerados interrumpen el estudio en este momento. De cualquier modo, en la medida en que sea aplicable el artículo 3.1 de la Ley Fundamental, se trata de casos de mero análisis de arbitrariedad<sup>212</sup>.

<sup>205</sup> BVerfGE 91, 118, 123.

<sup>206</sup> BVerfGE 86, 59, 63.

<sup>207</sup> BVerfGE 89, 1, 14.

<sup>208</sup> BVerfGE 71, 122, 136.

<sup>209</sup> BVerfGE 96, 350, 354 y ss.

<sup>210</sup> BVerfGE 76, 130, 139.

<sup>211</sup> BVerfGE 86, 148, 251.

<sup>212</sup> En este sentido M. Sachs, en «Die Maßstäbe des allgemeinen Gleichheitssatzes-Willkürverbot und sogenannte neue Formel», en *op. cit.*, p. 127.

b) *El contenido del análisis*

En cuanto al contenido del análisis, para los casos que se acaban de describir se realiza el mero análisis de arbitrariedad, no se entra en un análisis de la proporcionalidad. En tales supuestos, el legislador tiene amplio margen de configuración. A partir de ahí, únicamente le corresponde al Tribunal Constitucional el deber de verificar «el respeto de los límites externos de la libertad legislativa de configuración»<sup>213</sup>. El principio de igualdad sólo se vulnera cuando «no sea posible encontrar una razón objetiva para una regulación jurídica, por lo que, en consecuencia, hay que considerarla como arbitraria»<sup>214</sup>; la falta de objetividad de la diferenciación debe ser evidente. Además, se impone una valoración objetiva, es irrelevante que las intenciones o la finalidad perseguida por el legislador hayan sido o no objetivas, siempre que existan puntos de vista objetivos para la diferenciación<sup>215</sup>. En esta línea, el Tribunal Constitucional español, a través de una jurisprudencia constante, ha venido sosteniendo que «el principio de igualdad consiste en que ante supuestos de hecho iguales, las consecuencias jurídicas que se extraigan deben ser asimismo iguales: han de considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la introducción en uno de ellos de un elemento o factor que permite diferenciarlo de otro, se encuentre carente de racionalidad y sea arbitrario, porque tal factor diferencial no resulte necesario para la protección de bienes y derechos buscada por el legislador», entre otras, STC 103/1983, de 22 de noviembre.

En consecuencia, la teoría de la arbitrariedad ha reducido el principio de igualdad a la prohibición de tratos desiguales arbitrarios<sup>216</sup>. Esta reducción se ha visto agravada por planteamientos que conciben el principio de igualdad como un mandato de fundamentación que exige simplemente una razón objetiva de tratos desiguales. Como consecuencia de esta desdiferenciación de contenidos se generó un modelo dogmático del principio de igualdad que pretendía distinguirse básicamente de los actos de intervención y límites de los derechos de libertad<sup>217</sup>; mientras que los derechos de libertad son considerados como un bien específico merecedor de protección y susceptibles de injerencia y limitación, no se considera al principio de igualdad como un derecho *prima facie* de este tipo, lo que tiene que ver con los criterios de los contenidos: a tenor de este entendimiento del principio de igualdad, ya no estaríamos ante algo esencialmente idéntico cuando pueda reivindicarse una razón objetiva que justifique un tratamiento desigual<sup>218</sup>. Por lo tanto, en el análisis de la igualdad ya no entra a considerarse la distinción entre ámbitos de pro-

<sup>213</sup> BVerfGE 74, 182, 200. En similares términos entre nosotros J. Jiménez Campo: «Al control jurisdiccional (...) le corresponde determinar si existe un fundamento legítimo —el que sea— para la diferenciación introducida», «La igualdad jurídica como límite frente al legislador», en *op. cit.*, p. 93.

<sup>214</sup> Por todas, BVerfGE 91, 118, 123.

<sup>215</sup> BVerfGE 86, 59, 63.

<sup>216</sup> Para cuanto sigue L. Osterloh, «Art. 3», en *op. cit.*, pp. 182-183.

<sup>217</sup> M. Krugmann, «Gleichheit: Willkür und Evidenz», en *Juristische Schulung*, 1998, pp. 7 y ss.

<sup>218</sup> Puede verse la crítica de K. Hesse, «Der Gleichheitssatz in der neuen deutschen Verfassungsentwicklung», en *op. cit.*, pp. 186 y ss.

tección y ámbitos de garantías efectivas, que es distinción constitutiva de la dogmática de la intervención.

#### 4.3.3.4.3. El análisis centrado fundamentalmente en el control de proporcionalidad

##### a) *El análisis en atención a la proporcionalidad*

Cuando se trata de una diferenciación basada en grupos de personas, o si se trata de una diferenciación directamente referida a las circunstancias que se traduce indirectamente en un tratamiento desigual de personas, se ha impuesto un análisis en atención al test de proporcionalidad. De cualquier modo, los casos de análisis de la proporcionalidad que pueden ser descritos a partir del examen de la jurisprudencia constitucional, abarcan una gran parte de tratamientos desiguales en los que se critica una violación del principio general de igualdad<sup>219</sup>. En fin, el tratamiento desigual en función de grupos de personas, de una parte, tiene un margen muy amplio, y, por otro lado, se producen con mucha frecuencia repercusiones comprometedoras para otros derechos fundamentales.

##### b) *El contenido del análisis de proporcionalidad*

Como hemos aludido, la evolución más reciente —a partir de 1980 con la denominada *neue Formel*— tiende a endurecer el análisis de igualdad aplicando el principio de proporcionalidad. El principio de proporcionalidad no está constitucionalmente previsto de manera expresa, pero ha sido la vinculación entre la igualdad jurídica y la lógica instrumental de la norma la que ha conducido a su frecuente utilización por la jurisprudencia constitucional alemana, es posible que por imitación de la jurisprudencia americana, a decir de Hesse<sup>220</sup>. En el Derecho continental el principio de proporcionalidad comenzó a utilizarse a finales de siglo XIX por el Tribunal Administrativo Superior de Prusia, en una sentencia de 14 de junio de 1882 en materia de Derecho de policía; no obstante, deducido de la cláusula del Estado de Derecho<sup>221</sup>, el principio ha recibido su más nítido desarrollo fundamentalmente en Alemania, tanto por virtud de las aportaciones doctrinales como sobre todo por medio de los desarrollos jurisprudenciales, en los que se ha establecido la vinculación al mismo de todos los poderes públicos<sup>222</sup>. La construcción

<sup>219</sup> M. Sachs, «Die Maßstäbe des allgemeinen Gleichheitssatzes—Willkürverbot und sogenannte neue Formel», en *op. cit.*, p. 126.

<sup>220</sup> Puede verse acerca de su utilización por la jurisprudencia norteamericana L.H. Tribe, *American constitutional law*, 2.ª ed., Mineola-New York, 1988, pp. 1436 y ss.

<sup>221</sup> J. Barnes, «Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario», en *Revista de Administración Pública*, núm. 135, 1994, p. 500. Asimismo en nuestra jurisprudencia, STC 85/1992, de 8 de junio: «al efectuar la ponderación, debe tenerse también muy presente la relevancia que en la misma tiene el criterio de la proporcionalidad como principio inherente del Estado de Derecho».

<sup>222</sup> *BVerfGE*, 23, 127, 133.

actual procede, pues, de la dogmática de los derechos de libertad<sup>223</sup>, y configurada así desde el punto de vista de las garantías de libertad, está hecha a la medida de una relación jurídica: un Estado vinculado por los derechos fundamentales se opone a un ciudadano titular de derechos fundamentales. Por otro lado, como recuerda Barnés, el principio de proporcionalidad «no atribuye por sí mismo derechos subjetivos e intereses legítimos, presupone su existencia. No se resuelve en una suerte de derecho sustantivo o autónomo a un trato moderado. Es, eso sí, un escudo que acompaña a todo derecho»<sup>224</sup>.

Actualmente, el principio de proporcionalidad en sentido amplio es definido como la interdicción de medidas excesivas —*Übermassverbot* o prohibición de exceso de protección—, y se encuentra a su vez integrado por tres sub-principios o elementos particularizados<sup>225</sup>: 1.º Los medios utilizados para realizar el objetivo propuesto deben ser adecuados o idóneos —*Prinzip der Geeignetheit*—. De esta forma, deben permitir si no atender definitivamente al objetivo propuesto, al menos mejorar la situación en el sentido de las finalidades perseguidas; 2.º Estos medios deben ser además necesarios, indispensables —*Prinzip der Erforderlichkeit*—: así, entre todos los medios igualmente aptos para lograr el objetivo en cuestión es preciso escoger aquel o aquellos más moderados; quiere decirse el que cause el atentado más pequeño a la esfera de los intereses privados y de los derechos de los individuos<sup>226</sup>; 3.º Los medios deben ser, en fin, equilibrados y proporcionados a la situación, al fin constitucionalmente legítimo perseguido, esto es, se trata de que no sean excesivos en atención al fin perseguido: *Prinzip der Verhältnismäßigkeit* o proporcionalidad en sentido estricto. Esta proporcionalidad resulta de la ponderación entre la intensidad de la lesión causada a los derechos y a los intereses privados, por un lado, y el peso o importancia del interés público en causa, de otra parte. La proporcionalidad será respetada si las fronteras de aquello que es razonablemente soportable son asimismo respetadas<sup>227</sup>, o como viene a decir

<sup>223</sup> W. Kluth, «Prohibición de exceso y principio de proporcionalidad en Derecho alemán», en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1998, p. 223. No obstante, determinados autores precisan que a pesar de su moderna formulación técnico-jurídica, «la noción de proporcionalidad aparece íntimamente relacionada con la idea de justicia material y (...) ha estado presente, de un modo u otro, a lo largo de la historia del pensamiento jurídico», J. Barnes, «El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar», en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1998, p. 23.

<sup>224</sup> J. Barnes, «Introducción al principio de proporcionalidad», en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1998, p. 11.

<sup>225</sup> Asimismo nuestra STC 66/1991, de 22 de marzo: «las restricciones a que puedan quedar sometidos son tolerables siempre que sean proporcionadas, de modo que, por adecuadas, contribuyan a la consecución del fin constitucionalmente legítimo al que propendan».

<sup>226</sup> Puede verse la STC 55/1996, de 28 de marzo: «a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador».

<sup>227</sup> *BVerfGE* 41, 251, 264. Entre otras, la STC 340/1993, de 16 de noviembre: «cabe agregar que también es necesario, para que la diferencia de trato sea constitucionalmente lícita, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal diferenciación sean proporcionadas a la finalidad perseguida por el legislador, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos».

nuestro Tribunal Constitucional, «por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto» —por todas, STC 186/2000—. En cuanto a la jurisprudencia constitucional española, reitera inequívocamente estos tres sub-principios. Por ejemplo, la STC 222/1992, de 11 de diciembre: «Una doctrina constante de este Tribunal —tan reiterada que su cita es ya ociosa— viene estableciendo que los condicionamientos y límites que, en virtud del principio de igualdad, pesan sobre el legislador se cifran en una triple exigencia, pues las diferenciaciones normativas habrán de mostrar, en primer lugar, un fin discernible y legítimo, tendrán que articularse, además, en términos no inconsistentes con tal finalidad y deberán, por último, no incurrir en desproporciones manifiestas a la hora de atribuir a los diferentes grupos y categorías derechos, obligaciones o cualesquiera otras situaciones jurídicas subjetivas»; o la 66/1995, de 8 de mayo: «para comprobar si la medida impeditiva del ejercicio del derecho supera el juicio de proporcionalidad exigible, es necesario constatar si cumple los siguientes tres requisitos o condiciones: si la medida era susceptible de conseguir el objetivo propuesto (...), si, además, era necesaria en el sentido de que no existía otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia, y, finalmente, si la misma era proporcionada en sentido estricto, es decir, ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto».

En todo caso, el análisis de la proporcionalidad como mandato derivado del principio general de igualdad se distingue en un importante punto del análisis de la proporcionalidad respecto a los derechos fundamentales de libertad, de cuya dogmática parece haberse hecho una asimilación un tanto irreflexiva<sup>228</sup>. Porque, debe asumirse que queda descartada la simple transferencia de la construcción dogmática del principio de proporcionalidad referida a los derechos de libertad al derecho a la igualdad. Sin embargo, se estima que ello no descarta la aplicación del test de proporcionalidad al principio de igualdad, sino que el control de la proporcionalidad, más bien, debe adaptarse a la estructura de este principio. La cuestión, pues, no es determinar la proporcionalidad de la intromisión en el derecho fundamental, sino la proporcionalidad del tratamiento desigual<sup>229</sup>; no se trata de la proporcionalidad de la «carga» sufrida por el titular del derecho, sino de la relacionada con la desigualdad de trato<sup>230</sup>. El alcance de la «carga» para el afectado, no se mide por el objeto de la medida en cuestión, sino por el alcance del trato diferente dispensado al grupo de

<sup>228</sup> Algo que quizá también pueda afirmarse de nuestra propia jurisprudencia constitucional: STC 85/1992, de 8 de junio: «al efectuar la ponderación, debe tenerse también muy presente la relevancia que en la misma tiene el criterio de la proporcionalidad como principio inherente del Estado de Derecho, cuya condición de variado contenido tiene especial aplicación cuando se trata de proteger derechos fundamentales frente a limitaciones o constricciones, procedan éstas de normas o resoluciones singulares».

<sup>229</sup> H. D. Jaras, «Folgerungen aus der neueren Rechtsprechung des BVerfG für die Prüfung von Verstößen gegen Art. 3 Abs. 1 GG», en *op. cit.*, p. 2549.

<sup>230</sup> *Ibidem*, p. 2549.

personas concernidas<sup>231</sup>. Se considera que deben existir motivos de diferenciación «de tal naturaleza e importancia» que justifiquen la desigualdad de trato. Sin embargo, en no pocas ocasiones suele pasarse por alto esta particularidad de la proporcionalidad —en igualdad de derechos— en informes críticos respecto a un análisis de la proporcionalidad en el ámbito del artículo 3.1 de la Ley Fundamental. Y es frecuente el alegato contra un análisis de este tipo, manteniendo que la desigualdad de trato a menudo no persigue objetivos externos, sino que se orienta por el baremo de la justicia, lo que imposibilitaría un análisis de la proporcionalidad; a lo sumo podría convencer precisamente en aquellos casos en los que basta un análisis de arbitrariedad<sup>232</sup>. De cualquier modo, si el principio de proporcionalidad puede o no integrarse en el análisis de la igualdad, dependerá en buena medida de si los tratamientos desiguales se justifican con fines internos o externos. Porque existen diferenciaciones que enlazan con las igualdades o desigualdades relevantes respectivas de las personas comparadas y que corresponden a los contenidos de los criterios de justicia, en cuyo caso se justifican señalando estos criterios y son un fin en sí mismo, en el sentido de que no persiguen otro fin que el inmanente de justicia; en este supuesto no se ve que exista un bien jurídico con el que colisione y que permita ponderar la diferenciación, lo que viene a imposibilitar un análisis de proporcionalidad<sup>233</sup>. Además, un vago baremo de justicia no puede ser suficiente en los casos que correspondan al ámbito del análisis de la proporcionalidad; un trato desigual requiere un objeto o motivo justificante muy concreto<sup>234</sup>. Sin embargo, si los tratamientos normativos desiguales persiguen fines externos, entre el tratamiento desigual y la persecución del fin externo sí existe una relación fines-medios auténtica, porque la igualdad de tratamiento en sentido normativo y la persecución de fines externos admite su consideración en términos de una relación de bienes jurídicos que colisionan<sup>235</sup>. De otra parte, el resto de los elementos serán básicamente los mismos que los del análisis de la proporcionalidad en lo que se refiere al control de los derechos fundamentales de libertad. La diferenciación, de entrada, debe ser idónea para lograr el fin perseguido. Además, y en el sentido de la «necesidad», no debe poder efectuarse otra diferenciación menos onerosa; la carga causada por la desigualdad de trato «no debe tener mayor alcance de lo que justifica el objeto que legitima la desigualdad de trato»<sup>236</sup>. El fin perseguido debe legitimar el trato diferente en todo su alcance<sup>237</sup>. Y finalmente debe tenerse

<sup>231</sup> BVerfGE 92, 26, 52.

<sup>232</sup> B. Pieroth/B. Schlink, *Grundrechte — Staatsrecht II.*, 19.<sup>a</sup> ed., Heidelberg, 2003, pp. 102 y ss.

<sup>233</sup> G. Robbers, *Gerechtigkeit als Rechtsprinzip...*, *op. cit.*, pp. 88 y ss.

<sup>234</sup> B. Pieroth/B. Schlink, *Grundrechte...*, *op. cit.*, pp. 102 y ss.

<sup>235</sup> G. Robbers, *Gerechtigkeit als Rechtsprinzip...*, *op. cit.*, pp. 88 y ss.; es decir, en la medida en que los criterios de justicia para perseguir fines externos sean transgredidos, existirá una relación medios-fin auténtica, o un conflicto de bienes jurídicos, por lo que, a este nivel de límite de los límites, es posible un análisis de la proporcionalidad, que, además, se impone porque tales transgresiones entran en colisión con los derechos de igualdad individuales del perjudicado, y porque el principio de proporcionalidad tiene, precisamente y por añadidura, la función de proteger a los derechos individuales.

<sup>236</sup> BVerfGE 85, 238, 245.

<sup>237</sup> BVerfGE 61, 1, 28.

en cuenta la proporcionalidad en el sentido más estricto —*Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*—: «la desigualdad de trato y el motivo que la justifica deben guardar una relación adecuada»<sup>238</sup>. Ahora bien, la conclusión es, a nuestro modo de ver, decepcionante, porque todo ello se traduce en una ponderación de bienes, incluida la consecuencia de que puede que ya no sean suficientes los puntos de vista justificativos de la diferenciación, como podrían ser las consecuencias o la practicabilidad de la medida.

De cualquier modo, es preciso subrayar que la vinculación al principio de la proporcionalidad se entiende que puede ser muy variada. Lo que importa, ante todo, son los puntos de vista para determinar la intensidad del análisis. Como hemos apuntado, la vinculación al principio de la proporcionalidad es más bien escasa cuando no exista desigualdad de trato de grupos de personas o no se produzcan repercusiones sobre otros derechos fundamentales; en cambio, los requisitos son mayores cuando se dan una o ambas circunstancias. Sin embargo, un examen más flexible basado en el test de proporcionalidad suele ser suficiente cuando la desigualdad de trato de grupos de personas se asocia a características «no referidas» a las personas mismas<sup>239</sup>. El Tribunal Constitucional alemán no comenta los casos en los que estas características se vinculen a personas —y no sólo a personas—; probablemente se trata de características que acompañan a una persona durante toda su vida. Lógicamente, las exigencias son particularmente elevadas en los casos en los que las características referidas a las personas se aproximan a los supuestos citados por el artículo 3.3 de la Ley Fundamental, existiendo, por tanto, el peligro de que una desigualdad de trato dispensada sobre la base de estas características se traduzca en la discriminación de una minoría<sup>240</sup>. Ahora bien, en la jurisprudencia alemana el principio opera de la siguiente manera: el Tribunal enmarca la igualdad en una estricta lógica medios-fines. Sólo de acuerdo con este proceder lógico puede encontrar justificación una diferencia o una igualdad de tratamiento jurídico. Esta justificación implica por así decirlo dos cuestiones: de una parte, la finalidad perseguida por el legislador debe hacer comprensible la delimitación de las categorías; de otro lado, los tratamientos jurídicos, que constituyen en definitiva los medios para la realización de los objetivos perseguidos, deben respetar una determinada proporcionalidad entre categorías. Sin embargo, como han escrito diversos autores, cual el caso de *Robbers*, el principio de proporcionalidad expresa ciertamente una relación medios-fin, pero el principio de igualdad no se expresa a través de una relación medios-fin<sup>241</sup>, es un fin en sí mismo. Además, la estructura normativa del principio de igualdad contiene elementos específicos que son difícilmente explicables a partir de la idea

<sup>238</sup> *BVerfGE* 85, 238, 245.

<sup>239</sup> *BVerfGE* 89, 365, 376.

<sup>240</sup> *BVerfGE* 92, 26, 51 y ss.

<sup>241</sup> G. Robbers, «Der Gleichheitssatz», en *op. cit.*, pp. 749 y ss. Por su parte, M. González Beilfuss mantiene que en el debate alemán surgido a partir de la «nueva fórmula», se ha puesto de relieve la dificultad de trasladar al análisis de los derechos de igualdad las categorías de elaboradas en relación con los derechos de libertad», *Tribunal Constitucional...*, *op. cit.*, p. 19, nota núm. 24.

de proporcionalidad, es el caso de la comparación, aunque esto sería de menor trascendencia.

No obstante, es cierto que importantes sectores de la doctrina alemana reconocen que la idea de igualdad comporta también una cierta forma de proporcionalidad<sup>242</sup> —e incluso hay sectores verdaderamente entusiasmados con el principio, quienes entre las funciones jurídicas precisas que atribuyen al Estado de Derecho —tal como antes hemos expresado— entienden se halla la de servir de matriz al principio de proporcionalidad<sup>243</sup>, y este planteamiento, como se ha apuntado, es el seguido por la jurisprudencia y mayoritariamente por la doctrina científica española<sup>244</sup>. Se sostiene que si la igualdad obliga al legislador a tratar de forma distinta diferentes categorías de personas debe también mantener un determinado equilibrio entre esas categorías; al tratarlas de modo diferente está obligado a hacerlo sin preferencias ni privilegios, ello implicará que cada tratamiento jurídico impuesto a las singulares categorías sea proporcionado —en el sentido de una proporcionalidad comparada— a las situaciones reales en los cuales se encuentran estas categorías. Por otro lado, se reconoce que el principio puede jugar o desempeñar una importante «función de orden», a saber, del a su vez principio general de limitación del poder del legislador al objeto de evitar su intervención en el dominio protegido por un derecho fundamental, como ha jugado en ocasiones en Alemania, pero es preciso tener en cuenta que allí los derechos fundamentales son susceptibles de ser limitados por el legislador según las previsiones de la propia Constitución, y entre nosotros la cuestión nos parece bastante más delicada, luego su importancia es o debe ser menor.

---

<sup>242</sup> Así, M. Kloeper, *Gleichheit als verfassungsfrage*, Berlin, 1980, pp. 58 y ss.

<sup>243</sup> Ph. Kunig, *Das Rechtsstaatsprinzip...*, *op. cit.*, pp. 241 y ss.

<sup>244</sup> La idea general que se ha ido desarrollando es que en la base del principio de igualdad se halla una igualdad de carácter proporcional a las situaciones, modulada en función de las circunstancias de hecho, puede verse J. Jiménez Campo, «la igualdad (...) suele requerir un examen de la proporcionalidad de la diferenciación misma», pero de inmediato matiza: «la proporcionalidad no obstanta el carácter de límite general de la legislación», *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, 1999, p. 79. Asimismo, un planteamiento cauteloso fue el mostrado en 1985 por M. Rodríguez-Piñero/M.<sup>a</sup> F. Fernández López, *Igualdad...*, *op. cit.*, p. 79.