

El principio de proporcionalidad como criterio metodológico estructural de concreción normativa del mandato de tratamiento igual

The principle of proportionality as a structural methodological approach to the realization of the mandate of equal treatment

*Juan Felipe Criado-Castilla**

Fecha de recepción: 4 de mayo de 2016

Fecha de aceptación: 20 de mayo de 2016

RESUMEN

A partir de las normas constitucionales de igualdad, en el presente trabajo se hace un análisis de los presupuestos de aplicación del mandato de tratamiento igual y su relación con la estructura del juicio o test de igualdad, así como la función que dentro del mismo cumple el principio de proporcionalidad como criterio metodológico estructural que permite a la Corte Constitucional fundamentar de manera ordenada y racional las decisiones adoptadas en los procesos de control de constitucionalidad de las diferenciaciones legales. En este sentido, el principio de proporcionalidad sería el principal criterio de concreción normativa del mandato de tratamiento igual, cuyo resultado son las normas iusfundamentales adscritas derivadas del art. 13 de la Constitución.

Palabras clave: Principio general de igualdad. Test o juicio de igualdad. Principio de proporcionalidad. Ponderación.

ABSTRACT

From the constitutional norms of equality, the present paper makes an analysis of the command of equal treatment requirements application's and their relation with the test or judgement equality structure's, just like the role that within these judgement accomplishes the proportionality principle's as structural methodological criteria that permits to the Constitutional Court to ground, in the organized and rational manner, the decisions adopted in the constitutionality control process of the legal differentiations. In this sense, the proportionality principle's would be the principal criteria of the equal treatment command normative concretion's, whose results are the iusfundamental assigned norms derivated of 13th article of the Colombian Constitution.

Key words: Equality General Principle. Equality Test/Judgement. Proportionality Principle. Balancing.

* Abogado especialista en Derecho Contractual y Derecho Comercial del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Especialista y Magister en Derecho Privado Económico de la Universidad Nacional de Colombia. Especialista en Derecho Civil, DEA y Doctorando en Derecho Privado de la Universidad de Salamanca. Asesor Jurídico. Correo jfcriado@usal.es.

INTRODUCCIÓN

El problema planteado en el presente trabajo puede ser enunciado de la siguiente manera: ¿a qué necesidades prácticas de aplicación judicial responde la estructura del test o juicio de igualdad en el marco del proceso de control de constitucionalidad de las diferenciaciones legales? A partir del contenido normativo de las disposiciones constitucionales de igualdad, (I) en el presente artículo se analizan los presupuestos de aplicación del mandato de tratamiento igual, su relación con la estructura general del juicio de igualdad y el papel que dentro del mismo cumple el principio de proporcionalidad y cada uno de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto; (II) como hipótesis de trabajo sostenemos que la estructura del juicio de igualdad responde a la necesidad que tiene la Corte Constitucional de definir los presupuestos de aplicación del mandato de tratamiento igual.

Tales presupuestos se relacionan con el concepto de diferenciación legal, entendida como intervención legislativa en el principio de igualdad, así como en la consideración del principio de proporcionalidad como un criterio metodológico idóneo para definir la suficiencia de las razones que justifican las diferenciaciones legales. A pesar de las críticas de que ha sido objeto, dicho principio sirve para estructurar de manera adecuada la fundamentación de las decisiones adoptadas en los procesos de control de constitucionalidad de las diferenciaciones legales, en especial de las normas adscritas interpretativamente al mandato de tratamiento igual. En otras palabras, en el presente trabajo se dan razones para argumentar que es posible un control racional sobre la base del principio de igualdad, estructurado a partir del principio de proporcionalidad, como lo demuestra la práctica de los tribunales constitucionales que han aplicado dicho principio en lugar de otros criterios alternativos como la interdicción de la arbitrariedad o el principio de racionalidad.²

1. LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA IGUALDAD

Según el art. 13 de la Constitución, “todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”. “El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados”. “El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su con-

2 Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 349-353 y 354.

dición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

De acuerdo con lo anterior, la Constitución colombiana se refiere a la igualdad en los siguientes sentidos:

(1) Como valor superior del ordenamiento jurídico; (2) Como fin del Estado, cuya realización corresponde promover a todos los poderes públicos; (3) Como principio jurídico y, como tal, a su vez, con distinto contenido, según se trate del principio de igualdad, del principio de no discriminación o del principio de igualdad material o de hecho; (4) Finalmente, como derecho fundamental de aplicación inmediata, protegido judicialmente mediante la acción de tutela (arts. 85 y 86 de la Constitución).³

No obstante, el núcleo básico de la regulación constitucional de la igualdad lo constituye el principio de igualdad material o de hecho, por una parte, y el principio general de igualdad, por la otra.⁴ Este último comprende tanto el principio de igualdad en sentido estricto, como el principio de no discriminación.

2. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE IGUALDAD

El principio general de igualdad establece dos normas claramente identificables: el mandato de tratamiento igual (*Gleichheitbehandlungsgebot*), por una parte, y la prohibición de discriminación, por la otra. Al mandato de tratamiento igual corresponde un derecho fundamental de igualdad de carácter general. Por su parte, a cada uno de los rasgos o situaciones que prevé la prohibición de discriminación corresponden derechos fundamentales de igualdad de carácter especial (*spezielle Gleichheitsrechte*).⁵ De esta manera, con fundamento en dicha prohibición puede hablarse de los derechos fundamentales a no ser discrimi-

3 Sobre esta multiplicidad de sentidos en la regulación constitucional de la igualdad en el Derecho español, v. entre otros, Alonso García, Enrique. “El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española”, en *Revista de Administración Pública*, 100-102, Madrid, 1983, p. 37; Rubio Llorente, Francisco. “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción”, en *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 623; Ruiz Miguel, Alfonso. “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Doxa*, 19, 1996, p. 155 y Suay Rincón, José. “El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Estudios sobre la Constitución española (homenaje al profesor Eduardo García de Enterría)*, t. II, Madrid, Civitas, 1991, pp. 57-863. En el Derecho alemán, v., entre otros, Hesse, Konrad. *Der allgemeine Gleichheitssatz in der neuen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Rechtsetzungsgleichheit*, en *Wege und Verfahren des Verfassungslebens*, Festschrift für Peter Leche zum 65. Geburtstag, P. Badura y R. Scholz (eds.), München, C.H. Beck, 1993; Huster, Stefan. *Rechte und ziele. Zur Dogmatik des allgemeinen Gleichheitssatzes*, Dunker und Humblot, Berlin, 1993 y Jouanjan, Olivier. *Le principe d'égalité devant la loi en Droit allemand*, Paris, Economica, 1992.

4 Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 347-382.

5 *Ibid.*, p. 347.

nado por razón de sexo, raza, nacimiento, opinión, religión o cualquiera otra circunstancia personal o social.

Frente a los anteriores derechos, que desde el punto de vista estructural podemos llamar “derechos abstractos de igualdad”, existen también los “derechos concretos de igualdad”, derivados de las normas particulares de derecho fundamental contenidas en los fallos con que se define la constitucionalidad de una diferenciación legal.⁶ Tales derechos se fundamentan de forma mediata en las normas de igualdad directamente estatuidas por el art. 13 de la Constitución (el mandato de tratamiento igual y la prohibición de discriminación), y de forma inmediata en las “normas iusfundamentales adscritas que sirven de premisa mayor en la fundamentación interna del fallo” con que se define la constitucionalidad de una diferenciación legal.⁷

Por último, como quiera que el principio de igualdad vincula a todos los poderes públicos, el mandato de tratamiento igual se proyecta tanto al ámbito de la producción como al de la aplicación del Derecho. En este sentido puede hablarse de los subprincipios de igualdad de las leyes y de igualdad en la aplicación de las leyes (*Gleichheit der Gesetze und vor dem Gesetze*).⁸ El primero vincula a la Administración y a los jueces; el segundo exclusivamente al legislador.⁹ Tanto al mandato de tratamiento igual en la aplicación de la ley, como al mandato de tratamiento igual en el contenido de la ley corresponden derechos abstractos de igualdad: el derecho a ser tratado de forma igual por la Administración y los jueces, en el primer caso, y el derecho a ser tratado de forma igual por el legislador, en el segundo.¹⁰ El mandato de tratamiento igual en la formulación o creación del Derecho exige que todos sean tratados de forma igual por el legislador.¹¹

La estructura básica de tales derechos es la siguiente: un sujeto activo o titular (“todas las personas”), que pueden exigir al Estado o a los particulares (sujeto

6 Sobre la distinción entre derechos abstractos y derechos concretos de igualdad, v. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 379-382. Sobre el concepto de “normas individuales de derecho fundamental”, v. Bernal, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 4ª ed., 2014, pp. 166-169.

7 Bernal, *El principio de proporcionalidad*, op. cit., pp.142-146. Sobre los conceptos de normas de igualdad directamente estatuidas y normas de igualdad adscritas, v. Bernal, *Ibid.*, pp. 141-142; y Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op.cit., pp. 49-55.

8 Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op.cit., pp. 347-349 y Jouanjan, *Le principe d'égalité devant la loi*, op. cit., pp. 14-16.

9 Entre otras, v. BVerfGE 1, 14 (52); Leibholz, Gerhard, *Die Gleichheit vor dem Gesetz. Eine Studie aufrechtsvergleichender und rechtsphilosophischer Grundlage*, C.H. Beck, München und Berlin, 2ª ed., 1959; y Stark, Christian. “Die Anwendung des Gleichheitssatz”, en *Der Gleichheitssatz im modernen Verfassungsstaat*, Christoph Link (ed.), Baden-Baden, 1982, p. 52-58.

10 Ruiz Miguel, *La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, op. cit. p. 155.

11 Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op.cit., p. 350.

pasivo) un tratamiento legal indiferenciado cuando se hallen frente a otros en una situación objetivamente igual (contenido).¹²

En adelante nos referiremos exclusivamente al mandato de tratamiento igual en el contenido de la ley o, más sencillamente, al derecho de igualdad en la ley. Por otra parte, el análisis que de tal norma se haga en el presente trabajo, lo será desde la perspectiva de lo “igual” del principio de igualdad.¹³

3. LA VALIDEZ PRIMA FACIE DEL MANDATO DE TRATAMIENTO IGUAL

El mandato de tratamiento igual no ordena que todas las situaciones sean tratadas de la misma manera, ni tampoco, por el contrario, que las mismas sean siempre tratadas de forma desigual.¹⁴ El principio de igualdad no prohíbe de manera definitiva toda diferenciación legal, sino aquellas diferenciaciones que carezcan de razones que de manera suficiente las justifiquen. En otras palabras, el mandato de tratamiento igual no contiene una validez definitiva sino una validez *prima facie*, como quiera que permite tratamientos legales diferenciados en la medida en que los mismos se hallen debidamente justificados.

El criterio más seguro para saber cuándo una norma reviste una validez definitiva o una validez *prima facie* lo constituyen las razones que pueden justificar, en un momento dado, una intervención legislativa en el derecho que ella protege. En este sentido, el mandato de tratamiento igual ostenta una validez *prima facie* cuando es considerado en sí mismo o de modo aislado, es decir, sin tener en cuenta las razones que puedan justificar una diferenciación legal. Por el contrario, dicho mandato ostenta una validez definitiva cuando es considerado en

12 Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op.cit., pp. 350-353; y Borowski, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.

13 Desde el punto de vista de “lo desigual”, el art. 13 de la Constitución estatuye también de manera directa un mandato de tratamiento desigual (Ungleichheitbehandlungsgebot), que ordena al legislador tratar de manera desigual las situaciones desiguales. De esta manera, siendo las situaciones objetivamente desiguales, un tratamiento igual o indiferenciado de las mismas constituye también una intervención legislativa en el principio de igualdad y, más exactamente, un tratamiento legal indiferenciado. Tanto el tratamiento legal diferenciado como el tratamiento legal indiferenciado, como formas de diferenciación legal en sentido amplio, representan intervenciones legislativas en el principio de igualdad. En el primer caso, desde el punto de vista de “lo igual”; en el segundo, desde el punto de vista de “lo desigual”. v. Alexy. *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit. pp. 360-363.

14 El mandato de tratamiento igual que vincula al legislador no puede exigir que todos deban ser tratados exactamente de la misma manera, ni tampoco que todos deban ser iguales desde todos los puntos de vista. Según la fórmula clásica (Aristóteles, Política), se debe tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual. v. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op.cit., p. 351. “La igualdad fáctica parcial es conciliable con un trato desigual y la desigualdad fáctica parcial con un trato igual” (Alexy, *Ibid.*, pp. 352-353). Tampoco una igualdad esencial implica un mandato de trato igualitario. “Dos casos pueden ser esencialmente iguales sin que esté ordenado tratarlos de igualmente. Por lo tanto, no es válido el enunciado según el cual lo esencialmente igual tiene que ser tratado igualmente. No está prohibido todo trato desigual de casos esencialmente iguales, sino solo el trato desigual arbitrario de casos esencialmente iguales” (Alexy, *Ibid.*, p. 355).

relación con las demás normas del ordenamiento con las que puede entrar en colisión, teniendo en cuenta las razones que pueden justificar la intervención legislativa en el principio de igualdad. Antes de esta consideración, el mandato de tratamiento igual ostenta una validez *prima facie*.¹⁵

4. LA INDETERMINACIÓN NORMATIVA DEL MANDATO DE TRATAMIENTO IGUAL

El mandato de tratamiento igual se caracteriza por su elevado grado de indeterminación normativa. El art. 13 de la Constitución sólo permite inferir, además de la prohibición de discriminación, el mandato de tratamiento igual como norma directamente estatuida por dicha disposición, pero no las demás normas que de manera indirecta le pueden ser adscritas, las cuales resultan no sólo de lo expresado en su texto sino de otras premisas que lo complementan en su interpretación. Tal incertidumbre obedece a diferentes causas, entre las cuales sobresalen la indeterminación semántica en sentido estricto, la indeterminación sintáctica, la indeterminación estructural, la redundancia y la indeterminación pragmática. La indeterminación semántica en sentido estricto es una categoría general que comprende la ambigüedad, la vaguedad y la apertura evaluativa de las expresiones o términos que hacen parte de las disposiciones legales. Una expresión es ambigua cuando a ella se atribuyen varios significados contradictorios entre sí. Una expresión o un enunciado jurídico es vago cuando no aparece claro si cierto caso debe ser encuadrado en el supuesto de hecho de la norma que el enunciado establece. Por último, una disposición jurídica está afectada por la indeterminación evaluativa cuando comprende términos que suponen la realización de un juicio de valor por parte del intérprete.¹⁶

El principal problema que plantea la aplicación judicial del mandato de tratamiento igual es que el art. 13 de la Constitución, por su grado de apertura e indeterminación normativas, no proporciona criterios o elementos de juicio suficientes de los cuales se pueda inferir la igualdad o desigualdad de dos situaciones concretas, ni tampoco la suficiencia de las razones que puedan justificar una diferenciación legal, lo que hace que la Corte Constitucional deba emprender, en los casos en que tenga que definir la constitucionalidad de una diferenciación legal, un proceso de concreción normativa mediante el cual se determine lo que al legislador esté prohibido, ordenado o permitido desde el

15 Sobre los conceptos de validez *prima facie* y validez definitiva; v. Borowsky, Martin. *Grundrechte als Prinzipien. Die Unterscheidung von prima facie Position und definitiver Position als fundamentaler Konstruktionsgrundsatz der Grundrechte*. Baden-Baden, Nomos, 1988 y Bernal, *El principio de proporcionalidad*, *op.cit.* pp. 814-823.

16 Herbert Lionel Adolphus, Hart. *El concepto del Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2009, pp. 155-169 y Bernal, *Principio de proporcionalidad*, *op. cit.* pp. 126-139.

punto de vista del principio de igualdad. Tal concreción la realiza la Corte con la ayuda del principio de proporcionalidad. Mediante este principio se define el contenido normativo que resulta vinculante al legislador en un caso concreto de diferenciación legal.

Lo anterior plantea también la cuestión de saber con fundamento en qué criterios pueden los órganos estatales definir la suficiencia de las razones que justifican una diferenciación legal y si tal definición ofrece garantías de racionalidad u objetividad jurídicas, lo que ha llevado a los tribunales constitucionales a plantear criterios metodológicos para definir el contenido normativo del mandato de tratamiento igual en los casos concretos. El Tribunal Constitucional alemán, por ejemplo, acogió hasta hace poco la fórmula propuesta por Gerhart Leibholz, miembro del mismo, basada en la interdicción de la arbitrariedad.¹⁷ A partir de 1980, el criterio utilizado por dicho tribunal para definir el contenido normativo del mandato de tratamiento igual es el principio de proporcionalidad. Según esta nueva fórmula, el derecho fundamental de igualdad, que impone tratar a todos de manera igual en la ley, es ante todo violado cuando un grupo de destinatarios de la norma es tratado de manera distinta en comparación con otros grupos, aunque entre ellos no existan diferencias tales que permitan justificar la desigualdad de su tratamiento.¹⁸

5. LOS PRESUPUESTOS DE APLICACIÓN DEL MANDATO DE TRATAMIENTO IGUAL Y LA ESTRUCTURA DEL JUICIO DE IGUALDAD

De acuerdo con lo anterior, la aplicación del mandato de tratamiento igual exige dos presupuestos: en primer lugar, que se establezca la existencia de una diferenciación legal. En segundo término, establecida ésta, que se defina la suficiencia de las razones que puedan justificarla. El primer presupuesto exige a su vez que se defina la igualdad o desigualdad de las situaciones en que se encuentran los destinatarios de la ley, así como la igualdad o desigualdad de su tratamiento jurídico.¹⁹ La definición de los anteriores presupuestos corresponde,

17 Leibholz, *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, op.cit., p. 72; y Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op.cit., pp. 353-354. La jurisprudencia inicial sobre igualdad del Tribunal Constitucional alemán considera que “se vulnera el principio de igualdad cuando para la diferenciación legal o para otorgar un trato jurídico igual no es posible encontrar una razón razonable, que surja de la naturaleza de la cosa o que, de alguna otra forma, sea concretamente comprensible, es decir, cuando la disposición tiene que calificarse como arbitraria” (*Ibid.*, op.cit., p. 356, nota 31).

18 BVerfGE 55, 72 (88). v. Jouanjan, *Le principe d'égalité devant la loi*, op.cit., pp. 146-148.

19 El examen de igualdad exige constatar, primero, un trato desigual y una igualdad fáctica parcial. En un segundo paso habría que preguntarse si la igualdad fáctica parcial habría que ser clasificada como esencial. Finalmente, en un tercer paso, habría que examinar si es arbitrario el trato desigual de lo esencialmente igual. v. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op.cit., p.356.

respectivamente, a las etapas comparativa y discursiva del juicio de igualdad.²⁰ En la fase comparativa la Corte Constitucional establece la existencia de una intervención legislativa en el derecho de igualdad; en la fase discursiva, por su parte, la Corte define la suficiencia de las razones que puedan justificar la diferenciación legal enjuiciada.

La etapa comparativa consiste básicamente en un proceso de interpretación teleológica-objetiva, mediante el cual se establece la igualdad o desigualdad de las situaciones en que se hallan los destinatarios de la ley, así como la igualdad o desigualdad de su tratamiento jurídico. La norma que establece la diferenciación legal deducida en la etapa comparativa actúa como premisa menor (n) del fallo de constitucionalidad. La etapa discursiva, a su turno, consiste en un proceso de interpretación constitucional mediante el cual se ponderan las razones que puedan justificar la diferenciación legal deducida previamente en la etapa comparativa. El resultado de la ponderación es una norma iusfundamental adscrita que sirve de premisa mayor (N) al fallo con que se define la constitucionalidad de la ley. Como intervención legislativa que afecta negativamente el derecho de igualdad, la diferenciación legal supone una colisión entre el principio de igualdad y los principios que la sustentan, colisión que la Corte Constitucional resuelve mediante la ponderación de las razones que juegan a favor o en contra de los principios relevantes.

En otros términos, la colisión que la diferenciación legal supone es resuelta por la Corte estableciendo una relación de precedencia condicionada (*bedingte Vorrangrelation*) entre los principios en conflicto. De acuerdo con la ley de colisión (*Kollisionengesetz*), las condiciones en que unas razones prevalecen sobre otras constituyen el supuesto de hecho de una regla cuya realización apareja la consecuencia jurídica prevista en el principio dominante en la ponderación. Dicha regla es una norma adscrita que se fundamenta a partir de las premisas fácticas y jurídicas que sean relevantes en la etapa discursiva del juicio de igualdad.²¹

20 En el juicio de igualdad es posible distinguir también una etapa “reparativa” en la que, establecida la existencia de una diferenciación legal injustificada, o de una discriminación en sentido lato, la Corte Constitucional defina la manera como debe ser reparada o restablecida la situación de igualdad quebrantada. v. González Beilfuss, Markus. *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 19.

21 La relación de precedencia expresa una regla, la norma iusfundamental adscrita (N), cuyo supuesto de hecho lo constituyen las condiciones concretas en las que el principio de igualdad tiene prelación sobre el principio que fundamenta la diferenciación enjuiciada (C1=S). La realización de dicho supuesto conlleva la consecuencia prevista en el principio dominante [C1 (S)→R]. De esta manera, el fallo con que se define la constitucionalidad de la ley en examen es el resultado de un juicio de subsunción de la norma legal, que establece la diferenciación enjuiciada (n), dentro del supuesto de hecho de la norma iusfundamental adscrita (N). v. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, *op.cit.* pp. 67-79 y 520-546.

En resumen, el papel que cumple el principio de proporcionalidad dentro de la etapa discursiva del juicio de igualdad es doble. Por un lado, dicho principio actúa como el criterio estructural de que se sirve la Corte Constitucional para definir, frente a un caso concreto de diferenciación legal, el contenido normativo del mandato de tratamiento igual y, en general, como criterio idóneo para fundamentar las decisiones que aquélla deba adoptar en los procesos de control de constitucionalidad de las intervenciones legislativas en el derecho de igualdad. Por otra parte, dada la indeterminación normativa del mandato de tratamiento igual, de la que emergen dudas y disputas interpretativas cuya solución no puede extraerse de su texto mismo, el principio de proporcionalidad en sentido amplio y cada uno de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, auxilian a la Corte en la concreción de tal mandato, como quiera que la definición de su contenido normativo es un presupuesto lógico de su aplicación a un caso concreto de diferenciación legal²². El principio de proporcionalidad estructura de manera racional la fundamentación correcta de tal proceso de concreción normativa y de los actos judiciales en que se materialice el mismo, en especial de las normas derivadas que puedan ser adscritas interpretativamente al art. 13 de la Constitución.²³

6. EL JUICIO DE IGUALDAD

6.1. Concepto

Por juicio de igualdad puede entenderse lo siguiente:

(i) Desde un punto de vista amplio, se entiende por tal las actuaciones administrativas o judiciales tendientes a hacer efectivo el principio de igualdad. Tales actuaciones comprenden tanto la interpretación como la aplicación propiamente dicha de las normas y derechos garantizados, bien por el principio de igualdad en sentido estricto, bien por el principio de no discriminación. En este sentido, el juicio de igualdad se proyecta tanto al ámbito de la formulación, como al de la

22 Larenz, Karl. *Metodología de la ciencia del Derecho*, Barcelona, Ariel, 2001, pp. 200-203.

23 La concreción del mandato de tratamiento igual y los resultados de tal concreción, en particular las normas derivadas que pueden ser adscritas interpretativamente al art. 13 de la Constitución, serán reconocidos como actos correctos en la medida en que ofrezcan razones o argumentos acertados como respaldo de la postura asumida por la Corte Constitucional (pretensión de validez). Tales actos serán reconocidas como actos correctos en la medida en que estén respaldados por una fundamentación acertada, es decir, por un conjunto de argumentos organizados mediante un razonamiento jurídico riguroso, con apego a las reglas de la lógica y que ofrezca garantías de objetividad o racionalidad jurídicas. Con este propósito, la dogmática y la metodología jurídica han propuesto una gama de criterios estructurales que pueden ser seguidos por los jueces en los procesos de control material de las diferenciaciones legales, bien como guías para definir el contenido normativo del mandato de tratamiento igual (distintos, como tal, de las reglas procesales sobre carga de la prueba, interpretación e integración normativa o contractual), o bien para fundamentar las decisiones que se adopten en el marco del juicio de igualdad. v. Alexy, Robert. *El concepto y la validez del Derecho*, Barcelona, Gedisa, 1997, p. 144; y Bernal, *El principio de proporcionalidad*, op.cit., pp. 257-283.

aplicación del Derecho; y (2) Desde un punto de vista más restringido, limitado exclusivamente al ámbito de la formulación o creación del Derecho, por juicio de igualdad se entiende las actuaciones seguidas por la Corte Constitucional en los procesos de control de constitucionalidad de las leyes que establezcan una diferenciación o una discriminación legal *stricto sensu*. En este sentido, el juicio de igualdad constituye un proceso de concreción de las normas directamente estatuidas por el art. 13 de la Constitución, llevado a cabo por la Corte con el fin de definir lo que, desde el punto de vista del principio de igualdad, está ordenado, prohibido o permitido al legislador en un caso concreto de diferenciación legal.²⁴

6.2. Los modelos generales del juicio de igualdad en el Derecho comparado.

En el marco de los procesos de control de constitucionalidad de las diferenciaciones legales, la finalidad del juicio de igualdad es garantizar, frente al legislador, la eficacia del principio de igualdad. Mediante el juicio de igualdad la Corte Constitucional busca establecer, frente a un caso concreto de diferenciación legal, el contenido normativo del principio de igualdad vinculante al legislador. Las leyes que introducen una diferenciación o un tratamiento legal diferenciado constituyen, pues, el objeto de control del juicio de igualdad. Tal juicio no trata de establecer si la ley enjuiciada fue expedida por el órgano competente y con la observancia del procedimiento prescrito en la Constitución, sino más bien definir los siguientes extremos:

(1) Si existe o no una intervención legislativa en el principio de igualdad, es decir, una diferenciación o un tratamiento legal diferenciado; y (2) Si las razones en que se fundamenta el legislador al establecer tal diferenciación legal son o no suficientes desde el punto de vista constitucional.

En el Derecho comparado se han configurado varios modelos para definir la constitucionalidad de las intervenciones legislativas en el derecho de igualdad. Estas distintas versiones del juicio de igualdad pueden ser reconducidos a dos sistemas básicos, dentro de los cuales pueden identificarse varios modelos combinados o intermedios:

24 Ahora bien, dentro del juicio de igualdad se distingue una etapa comparativa en la que la Corte Constitucional establece la existencia de una diferenciación legal. Dicha etapa representa el rasgo que distingue la aplicación de los derechos de igualdad respecto de la aplicación los demás derechos fundamentales, razón por la cual se le conoce también como juicio de igualdad en sentido estricto. La anterior definición delimita claramente la dimensión normativa o “estática” del principio de igualdad, de la dimensión “dinámica” o estrictamente aplicativa en la que se mueve el concepto de juicio de igualdad. Por otra parte, las actuaciones propias del juicio de igualdad, en especial la fase comparativa o juicio de igualdad en sentido estricto, representa el rasgo decisivo que distingue la aplicación de los derechos de igualdad, como concepto relacional, de los demás derechos fundamentales, cuya aplicación, en principio, no presupone ninguna comparación previa.

(1) El modelo del Derecho norteamericano que distingue diversos niveles de intensidad del juicio de igualdad; (2) El modelo propio del Derecho europeo basado en la aplicación del principio de proporcionalidad; y (3) Sistemas que, como el colombiano, combinan elementos del prototipo europeo continental (alemán y español, principalmente) y norteamericano.²⁵

6.2.1. El modelo estadounidense de juicio de igualdad

Este modelo se basa en la jurisprudencia sobre la aplicación de la “*equal protection clause*” prevista desde 1868 en la XIV Enmienda, en la que se distinguen diversos niveles de intensidad de los test de igualdad (estricto, intermedio o débil).

(a) El escrutinio débil o “*rational basis test*”

Dicho escrutinio representa la fórmula tradicional para la aplicación del principio de igualdad en el Derecho norteamericano. El criterio principal que define la aplicación de este tipo de escrutinio es la presunción de constitucionalidad de las leyes que se desprende del principio democrático. Por tanto, este tipo de escrutinio se aplica por regla general en aquellos ámbitos en los que se concede al legislador una amplia libertad de apreciación. De acuerdo con el escrutinio débil, para que una norma sea declarada constitucional basta con que la diferenciación legal que introduce sea potencialmente idónea para alcanzar un fin que no esté prohibido por el ordenamiento jurídico.

El escrutinio débil consta, por tanto, de dos exigencias:

(1) Que la ley enjuiciada persiga una finalidad legítima, es decir, no prohibida por el ordenamiento jurídico; y (2) Que la diferenciación contenida en la ley enjuiciada sea un medio idóneo para alcanzar un propósito que no esté prohibido por el ordenamiento jurídico.

En este sentido, una diferenciación legal es inconstitucional si el fin de la ley que lo establece es contrario a la Constitución, o si dicha diferenciación es un medio manifiestamente inadecuado para alcanzar el fin de la ley.²⁶

25 Bernal, Carlos. “*El juicio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional*”, en el *El Derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 257-283; Rodríguez, César. “*El test de razonabilidad y el derecho a la igualdad*”, en Observatorio de Justicia Constitucional, Bogotá, Universidad de los Andes y Siglo del Hombre Editores, 1998 y Cifuentes Muñoz, Eduardo. “*La igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional*”, en *Pensamiento Jurídico*, Universidad Nacional de Colombia, nº 7, 1996.

26 Bernal, *El juicio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional*, op.cit. pp. 266-267.

(b) Escrutinio estricto

Este tipo de escrutinio surge en Estados Unidos ante la insuficiencia del escrutinio débil para enjuiciar las diferenciaciones que afectaban a grupos o intereses tradicionalmente discriminados y que, por tanto, requerían de una especial atención por parte del Estado. Por este motivo, tal escrutinio debe aplicarse cuando se trate de criterios “sospechosos” como la raza o la condición social, la orientación sexual, la edad o la minusvalía. En los casos en que procede el escrutinio estricto, para que una diferenciación legal sea legítima, debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso. De esta manera, una norma que establece una diferenciación legal es conforme a la Constitución si cumple las siguientes exigencias:

(1) Que la ley que contiene la diferenciación persiga, ya no sólo un fin no prohibido, sino un objetivo imperioso para la sociedad y para el Estado; y (2) Que la diferenciación legal sea un medio necesario o indispensable para alcanzarlo.

Es decir, la diferenciación no debe ser sólo adecuada, sino necesaria para alcanzar el fin: la única o la más idónea. Dichas exigencias hacen que la aplicación del escrutinio estricto sea excepcional, aplicable a los ámbitos en donde el legislador no dispone de un amplio margen de apreciación o decisión. Así mismo, la aplicación de este escrutinio supone una inversión de la carga de la prueba y de la argumentación: mientras el legislador no aduzca y fundamente suficientemente la diferenciación, esta se considera una diferenciación legal injustificada.

(c) El escrutinio intermedio

Este tipo de escrutinio representa una categoría intermedia entre el escrutinio débil y el escrutinio estricto, que se aplica en los casos en que el legislador establece diferencias fundadas en criterios sospechosos, pero no para desfavorecer a los grupos o individuos tradicionalmente discriminados, sino, por el contrario, para favorecerlos y alcanzar así la igualdad real (“discriminación positiva”). De esta manera, el escrutinio intermedio somete la constitucionalidad de la diferenciación al cumplimiento de los siguientes requisitos:

(1) Que el objetivo que persiga la ley que establece la diferenciación sea importante; y (2) Que entre la diferenciación legal y el objetivo legal exista una relación de idoneidad sustantiva o, en otros términos, que el medio no sólo sea adecuado, sino efectivamente conducente para alcanzar el fin perseguido por la norma enjuiciada.²⁷

27 *Ibid.*, pp. 267-268.

6.2.2. El modelo europeo de juicio de igualdad

Dicho modelo se estructura a partir del principio de proporcionalidad (*Verhältnismäßigkeit*). En términos generales, el juicio de igualdad que corresponde a este modelo está compuesto por dos etapas:

(1) Una en la que se establece la existencia de una diferenciación legal; y (2) Otra en la que se establece la suficiencia de las razones que puedan justificar un tratamiento legal diferenciado.

Por su parte, el análisis de la suficiencia de las razones que justifican una diferenciación legal comprende varias etapas que corresponden a los subprincipios de la proporcionalidad en sentido lato: Un juicio de idoneidad en el que se examina si la diferenciación es un medio apto o idóneo para alcanzar el fin perseguido por la ley que la contiene. Este examen de idoneidad presupone que la Corte Constitucional haya previamente establecido tanto el fin concreto o inmediato que persigue la ley que establece la diferenciación, así como la legitimidad constitucional de dicho fin. Un juicio de necesidad en el que se establece lo siguiente: o bien la inexistencia de un medio alternativo a la diferenciación legal que sea igualmente idóneo para lograr el fin legislativo, o bien la existencia de un medio alternativo que siendo igualmente idóneo para alcanzar el fin legislativo, sea menos restrictivo de los principios en juego. Por último, un juicio de proporcionalidad en sentido estricto en el que se establece si la intensidad de realización del principio de igualdad es proporcional al grado de cumplimiento de los demás principios afectados.²⁸

6.3. La estructura del juicio de igualdad

Si se parte de la noción antes precisada de juicio de igualdad, en éste pueden distinguirse las siguientes etapas, cuya estructura responde a los presupuestos de aplicación del mandato de tratamiento igual:

(1) Una etapa comparativa, o juicio de igualdad en sentido estricto, en la que la Corte Constitucional establece la existencia de una diferenciación legal; y (2) Una etapa discursiva en la que, establecida la existencia de una diferenciación legal, la Corte define la suficiencia de las razones que puedan justificarla.

Con la ayuda del principio de proporcionalidad, en esta última etapa la Corte Constitucional define el peso de las razones que puedan justificar la diferencia-

28 *Ibid.*, pp. 274-279.

ción legal de un grupo de destinatarios de la ley respecto de otros que se hallan en la misma situación objetiva. El principio de proporcionalidad se estructura, a su vez, en torno de los tres subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.²⁹

6.3.1. La etapa comparativa del juicio de igualdad

Cuando la Corte Constitucional tenga que decidir la constitucionalidad de una diferenciación legal, deberá definir, en primer lugar, que la ley en examen establezca, efectivamente, dicha diferenciación, lo que supone definir tanto la igualdad o desigualdad de las situaciones concretas, como la igualdad o desigualdad de su tratamiento jurídico.

El primer extremo lo establece la Corte mediante la comparación de las situaciones objetivas a la luz de un criterio común de medida, definido previamente teniendo en cuenta la finalidad perseguida por el legislador.³⁰ Las situaciones **a** y **b** (dos personas, grupos de personas o estados de cosas) son iguales o desiguales respecto de la propiedad **P** (o P₁, P₂...P_n). Dos situaciones no son iguales o desiguales en todos los aspectos, sino que son iguales o desiguales con respecto a determinadas propiedades. En ese sentido sólo se habla de “igualdades relativas”.³¹ Las “situaciones” **a** y **b** constituyen los objetos, extremos, términos o pares de la comparación (el objeto comparado).³² La propiedad **P**, que sirve de medida o criterio de la comparación, representa, por su parte, el *tertium comparationis*.

El segundo extremo, por su parte, es deducido por la Corte Constitucional mediante la comparación de las respectivas consecuencias jurídicas. Una asignación diferenciada de consecuencias jurídicas a destinatarios de la ley que se hallan en situaciones iguales representa una diferenciación legal, *prima facie* prohibida por el principio de igualdad.

La existencia de una diferenciación legal constituye el presupuesto lógico de la etapa discursiva y de la aplicación dentro de ésta del principio de proporcionalidad. Sólo si se ha definido previamente la existencia de una diferenciación legal tendrá sentido indagar la suficiencia de las razones que puedan

29 Michael, Lothar. “Die drei Argumentationsstrukturen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit-Zur Dogmatik des Über- und Untermaßverbotes und Gleichheitssätze”, en *JuS*, 2001, pp. 148-162.

30 Huster, *Rechte un Ziele*, *op.cit.* pp. 257-301.

31 Los juicios que constatan la igualdad con respecto a determinadas propiedades, son juicios sobre relaciones triádicas: **a** es igual a **b** con respecto a la propiedad **P** (propiedades P₁, P₂, ..., P_n). v. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 352.

32 *Ibid.*, p. 351.

justificarla. En otras palabras, sólo si se ha definido previamente la existencia de una intervención legislativa en el derecho de igualdad, tendrá sentido definir si la misma es contraria o no a la Constitución. Una diferenciación legal, en tanto afectación negativa de los derechos garantizados por el art. 13 de la Constitución, supone una intervención legislativa en el derecho de igualdad. Existe una intervención legislativa en el derecho de igualdad como quiera que el legislador trata de manera diferente a los destinatarios de la norma que se hallan en situaciones objetivamente iguales, conducta *prima facie* prohibida por el principio de igualdad.³³

6.3.2. El resultado de la etapa comparativa

Desde el punto de vista de “lo igual”, el resultado de la etapa comparativa puede ser el siguiente:

(1) Que las situaciones objetivas en que se hallen los destinatarios de la ley sean desiguales; (2) Que siendo tales situaciones iguales, el legislador les haya asignado consecuencias también iguales; y (3) Que siendo dichas situaciones iguales, el legislador les haya asignado consecuencias jurídicas diferentes. Sólo este último caso representa una diferenciación legal o un tratamiento legal diferenciado en sentido estricto. En dicho evento, tanto por el carácter *prima facie* del mandato de tratamiento igual, como por la presunción de constitucionalidad de las leyes, la Corte Constitucional debe dar paso a la etapa discursiva del juicio de igualdad y definir la suficiencia de las razones que puedan justificar la diferenciación legal establecida. Por el contrario, en los casos (1) y (2) simplemente rige el mandato de tratamiento igual, ya que el tratamiento igual representa precisamente el supuesto de hecho de dicha norma. En ambos casos, la Corte deberá finalizar el proceso y declarar la constitucionalidad de la ley enjuiciada.

En otras palabras, en los casos en que la Corte Constitucional deba declarar la constitucionalidad de la ley enjuiciada, ésta adquirirá validez definitiva. Por el contrario, en el caso en que de la etapa comparativa resulte una diferenciación legal, la Corte deberá dar paso a la etapa discursiva y definir, con la ayuda del principio de proporcionalidad, la suficiencia de las razones que puedan justificar aquélla. En tal evento, la norma enjuiciada conserva su validez como consecuencia de la presunción de constitucionalidad de las leyes, y los derechos y posiciones de igualdad intervenidos mantienen su validez *prima facie* hasta que sean practicados los exámenes de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

33 Sobre el concepto de intervención legislativa en el derecho fundamental de igualdad, v. Borowsky, Martin. *La restricción de los derechos fundamentales*, en Revista Española de Derecho Constitucional, año 20, núm. 59, mayo-agosto 2000, pp. 29-56; y Bernal, *El principio de proporcionalidad, op. cit.*, pp. 838-848.

6.3.3. La etapa discursiva del juicio de igualdad

La etapa discursiva, a su vez, persigue los siguientes propósitos:

1. Definir la suficiencia de las razones que pueden justificar una diferenciación legal. En otros términos, la finalidad de la etapa discursiva es definir la constitucionalidad de una diferenciación mediante la valoración de las razones que puedan justificar dicha intervención legislativa en el principio de igualdad. En este sentido, una razón es suficiente para justificar una diferenciación legal si satisface las exigencias del principio de proporcionalidad en sentido lato, o de cada uno de los subprincipios de idoneidad, necesidad o proporcionalidad en sentido estricto; y
2. Definir y fundamentar la norma iusfundamental adscrita que sirve de premisa mayor (N) al fallo con que la Corte Constitucional define la constitucionalidad de una diferenciación legal. Como hemos dicho, la etapa discursiva consiste básicamente en un proceso interpretativo de concreción normativa en el que la Corte determina el contenido del art. 13 de la Constitución frente a un caso concreto de diferenciación legal. El resultado de dicha concreción es una norma iusfundamental adscrita que define lo que al legislador está ordenado, prohibido o permitido desde el punto de vista del principio de igualdad. Dicha norma expresa la relación de precedencia condicionada que puede existir entre el principio de igualdad y los principios que fundamentan la diferenciación legal en unas condiciones determinadas.

6.3.4. La estructura de la etapa discursiva

Establecida la existencia de una diferenciación legal, corresponde a la Corte Constitucional definir la suficiencia de las razones que puedan justificar dicha intervención o, en otros términos, definir las posibilidades fácticas y jurídicas de realización del principio de igualdad frente a un caso concreto de diferenciación legal. Dicha definición la realiza la Corte con la ayuda del principio de proporcionalidad en sentido amplio. Las posibilidades fácticas de realización son definidas mediante los exámenes de idoneidad y necesidad. Los principios que fundamentan la diferenciación legal definen, por su parte, las posibilidades jurídicas de realización del principio de igualdad mediante el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto.

7. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y JUICIO DE IGUALDAD

7.1. El principio de proporcionalidad como criterio metodológico estructural.

Como criterio metodológico general, aplicable, por tanto, a cualquier área del ordenamiento, público o privado, y a cualquier tipo de intervenciones en el contenido de los derechos, tanto de las provenientes del Estado como a las de los particulares, el principio de proporcionalidad sirve a los jueces para fundamentar sus decisiones en los distintos procesos de aplicación del Derecho. En las menciones que de tal principio hace la doctrina o la jurisprudencia, el principio de proporcionalidad aparece como un conjunto articulado de tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Según el subprincipio de idoneidad, toda medida de intervención, limitación o restricción de un derecho debe ser adecuada para obtener un fin constitucional o legalmente legítimo. De acuerdo con el subprincipio de necesidad, tal medida de intervención debe ser la más benigna con el derecho intervenido, entre todos los demás medios igualmente idóneos para alcanzar el objetivo propuesto. Finalmente, según el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, o mandato de ponderación, se ha de considerar si las ventajas obtenidas mediante la intervención en el contenido del derecho compensan de alguna forma los sacrificios que la misma supone para su titular. La relación medio-fin constituye, en síntesis, la base epistemológica del principio de proporcionalidad.³⁴ Ahora bien, si una medida de intervención no supera el test o las exigencias que de manera sucesiva y conjunta suponen los anteriores subprincipios, se vulnera el derecho intervenido, lo que fundadamente permite al Juez declarar su nulidad.³⁵

El papel que juega el principio de proporcionalidad en el marco del juicio de igualdad se explica por la consideración del mandato de tratamiento igual como principio y, como tal, como mandato de optimización. El principio de igualdad exige su máxima realización en relación con las posibilidades fácticas y jurídicas. La realización del mandato de tratamiento igual en relación con las posibilidades fácticas fundamenta la existencia de los exámenes de idoneidad y necesidad. La realización del mandato de tratamiento igual en relación con

34 Bernal, *El principio de proporcionalidad*, *op. cit.* p.p. 51-54.

35 El principio de proporcionalidad, como concepto jurídico y criterio metodológico para la aplicación del Derecho, ha sido utilizado desde antiguo (incluso en el Derecho romano), primero en el Derecho privado y más modernamente y de manera más extendida en el Derecho público europeo, en especial en el Derecho administrativo y constitucional alemán. Actualmente, como criterio metodológico general en la fundamentación de las decisiones judiciales, el principio de proporcionalidad es utilizado por los más altos tribunales de Europa y América. v. Wieacker, Franz. *Historia del Derecho privado en la edad moderna*, Madrid, Aguilar, 1957 y “*Geschichtliche Wurzeln des Prinzips de verhältnismässigen Rechtsanwendung*”, en M. Lutter, W. Lutter y H. Wiedemann (eds.), *Festschrift für Robert Fischer*, Berlín-Nueva York, De Gruyter, 1979.

las posibilidades jurídicas fundamenta, por su parte, la existencia del examen de proporcionalidad en sentido estricto. Ahora bien, la aplicación sucesiva o escalonada de cada uno de estos exámenes en el marco del juicio de igualdad se explica por los mayores niveles de racionalidad que garantiza el principio de proporcionalidad en la definición de las razones que puedan justificar una diferenciación legal, en comparación con los demás criterios metodológicos que para tal propósito utilizan los tribunales constitucionales, como sucede con los principios de interdicción de la arbitrariedad o de razonabilidad.

7.2. Estructura de la fundamentación: fundamentación interna y externa

7.2.1. Fundamentación interna

La fundamentación interna consiste en el tránsito de una norma general a una norma individual (el fallo de la sentencia con que se define la constitucionalidad de la diferenciación legal en examen), y se estructura a partir de los tres siguientes elementos:

(1) Una premisa mayor (la norma constitucional de igualdad, que puede ser una norma directamente estatuida o una norma adscrita); (2) Una premisa menor (que ha de ser la norma legal que establece la diferenciación en examen), y (3) Una conclusión.³⁶

Premisa mayor: (1) $(x) (Tx \rightarrow ORx)$

Premisa menor: (2) Ta

Conclusión: (3) $Ora (1), (2).$

36 v. Wróblewski, Jerzy. "Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision", en *Rechtstheorie*, 5, 1974, pp. 33-46; Alexy, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 214-223. El control material de constitucionalidad de las diferenciaciones legales es un tipo específico de discurso jurídico, cuyo resultado es una decisión judicial (el fallo contenido en la sentencia), que como tal debe ser debidamente fundamentada. La fundamentación de las decisiones judiciales se proyecta en una dimensión interna y en una dimensión externa. La fundamentación interna es el razonamiento mediante el cual se infiere el fallo de las premisas que lo sustentan. La fundamentación externa, por su parte, es el razonamiento mediante el cual se definen las premisas que conforman la fundamentación interna que sustenta la decisión contenida en el fallo. La fundamentación interna de toda decisión judicial consiste en el tránsito desde una norma general hasta una norma particular (el fallo), tránsito que básicamente reviste la estructura de un silogismo, conformado por una premisa mayor, una premisa menor y una conclusión. La premisa mayor es una norma general establecida por una disposición nacida de una de las fuentes del Derecho. La premisa menor, por su parte, consiste en un juicio sobre el cumplimiento de las condiciones previstas en el supuesto de hecho de la norma general. La conclusión, finalmente, es la norma particular contenida en el fallo que se sigue de las premisas mayor y menor. El concepto de fundamentación interna o de silogismo judicial explica la estructura general de la fundamentación contenida en las sentencias con que se define la constitucionalidad de las diferenciaciones legales. La sujeción de las diferenciaciones legales a

El punto de partida de la fundamentación interna lo constituye la norma constitucional de igualdad (1), bien se trate de una norma directamente estatuida (el mandato de tratamiento igual o la prohibición de discriminación), o de una norma adscrita. La premisa menor (Ta) consiste en un juicio subsuntivo según el cual la diferenciación legal en examen (a), individuo del género intervención legislativa en el derecho de igualdad (x) y objeto del control en el caso concreto, cumple las condiciones fijadas en el supuesto de hecho (Tx) de la norma constitucional de igualdad (1). La conclusión de este silogismo está conformado por la norma individual ORa, es decir, el fallo de la sentencia con que se define la constitucionalidad de la diferenciación legal en examen y que se sigue de las premisas (1) y (2). Con esta norma particular la Corte Constitucional da cumplimiento al mandato que le ordena declarar la inconstitucionalidad de la ley que contiene la diferenciación en examen (a), en la medida en que la misma cumple las condiciones del supuesto de hecho (Tx). La norma constitucional que ordena al legislador el tratamiento igual (1) y la premisa menor (2) estructuran el núcleo de la fundamentación interna. Tales elementos establecen lo siguiente:

- a. Norma constitucional de igualdad (1) o premisa mayor. A toda ley se aplica el siguiente enunciado: cuando una ley (x) establezca una diferenciación (q), y, como consecuencia de ello, contravenga la prescripción del comportamiento contrario ($\neg q$), establecida por una norma constitucional de igualdad, la Corte deberá declarar la inconstitucionalidad de la ley en examen (x); y
- b. Premisa menor (2): la ley que establece la diferenciación (a), objeto del control en el caso concreto, cumple las condiciones del supuesto de hecho de la norma constitucional de igualdad (1), porque establece una diferenciación legal (q), que contradice el comportamiento ($\neg q$) previsto por la norma constitucional de igualdad (1).

El principal problema que supone el control material de las leyes que establecen tratamientos diferenciados es establecer si, en un caso concreto, lo previsto en la ley examinada (a) contradice lo prescrito por la norma constitucional de igualdad (1). En los casos concretos, en consecuencia, la Corte Constitucional deberá establecer, en primer lugar, lo que prescribe la norma constitucional de igualdad (1), es decir, el comportamiento que ella ordena, permite o prohíbe. En segundo lugar, la Corte deberá examinar el contenido de la ley bajo control (a), así como establecer si dicho contenido es contrario a la norma constitucional de igualdad (1). Esto último es una cuestión puramente lógica, pues su respuesta dependerá de la aplicación al caso concreto de relaciones de oposición, contradicción y correlatividad entre las diversas modalidades deónticas contenidas en las

la Constitución y la vinculación del legislador como destinatario del mandato de tratamiento igual, imponen al mismo el deber de cumplir lo que tal norma prescribe, so pena de que se declare su inconstitucionalidad y su expulsión del ordenamiento jurídico. v. Bernal, *El principio de proporcionalidad*, op. cit. p. 114-126.

normas jurídicas. Con base en dichas relaciones lógicas, la Corte Constitucional podrá establecer si el contenido de la norma constitucional de igualdad y el de la ley que establece el tratamiento diferenciado, son incompatibles entre sí.³⁷

7.2.2. Fundamentación externa

Lo que prescribe la norma constitucional de igualdad (1), así como el examen de la ley que contiene la diferenciación bajo control, constituye el objeto, como premisas mayor y menor del silogismo, de la fundamentación externa de la sentencia. En esta fundamentación deben ofrecerse las razones o los argumentos que permitan definir el contenido de la ley en examen y si la Corte, tras la interpretación de la Constitución y la ley, concluye que tal diferenciación contradice lo prescrito por la norma constitucional de igualdad, debe entonces formular y fundamentar un enunciado subsuntivo en el que se afirme que la ley en examen cumple las condiciones establecidas en el supuesto de hecho de la norma constitucional de igualdad (1), haciendo explícitas las razones que lo llevan a esa conclusión.³⁸

En síntesis, la fundamentación externa de la premisa menor consiste básicamente en una interpretación de la ley y en un enunciado acerca de la subsunción de esta bajo el supuesto de hecho de la norma constitucional de igualdad aplicable al caso. Respecto de la fundamentación externa de la premisa mayor, la Corte Constitucional deberá determinar el contenido prescriptivo de la norma constitucional de igualdad (1), es decir, lo que ella ordena, permite o prohíbe al legislador, así como hacer explícitos los argumentos que respaldan su interpretación. Los argumentos mediante los cuales se construye la fundamentación externa de las premisas mayor y menor, que sustentan la sentencia que define la constitucionalidad de la diferenciación legal en examen, pueden ser juicios acerca del significado de las disposiciones legales o de otras disposiciones del Derecho positivo, enunciados relativos a hechos, precedentes jurisprudenciales o conceptos elaborados por la dogmática jurídica.³⁹

37 Bernal, *El principio de proporcionalidad*, op. cit. p. 120.

38 Expresado en términos lógicos, el fallo de la Corte Constitucional es la consecuencia que se deriva de la subsunción de una premisa menor (n), la norma legal que establece la diferenciación definida en la etapa comparativa del juicio de igualdad, bajo una premisa mayor (N), la norma iusfundamental adscrita definida en la etapa “discursiva” de tal juicio. La Corte deberá declarar la inconstitucionalidad de la norma legal que contiene dicha diferenciación si entre esta y la norma iusfundamental adscrita que actúa de premisa mayor (N), existe una relación de contradicción normativa. La primera establece una diferenciación legal que, en las condiciones del caso concreto, la norma adscrita prohíbe. En tal evento la diferenciación legal representa una intervención ilegítima en el contenido de los derechos garantizados por el principio de igualdad.

39 Bernal, *El principio de proporcionalidad*, op. cit. p. 125 y Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, op. cit. pp. 67-68.

El principio de proporcionalidad estructura la fundamentación externa del juicio de igualdad, en especial el proceso de concreción normativa del mandato de tratamiento igual y la norma adscrita que sirve de premisa mayor en la fundamentación interna del fallo con que se define la constitucionalidad de la diferenciación legal en examen.

7.3. La estructura “principal” del mandato de tratamiento igual

Por la forma como ha de ser aplicado, el mandato de tratamiento igual constituye una norma con estructura de principio, entendido éste como mandato de optimización (*Optimierungsgebot*), pues ordena que su objeto normativo se realice en la mayor medida posible de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. La mayor o menor realización del mandato de tratamiento igual dependerá del peso de las razones que jueguen a favor o en contra de su realización, o de las razones que jueguen a favor o en contra de la realización de los principios con los que puede entrar en colisión. El carácter de principio del mandato de tratamiento igual exige ponderar tales razones, cuyo resultado será la norma adscrita que expresa la relación de precedencia condicionada de los principios en conflicto. El mandato de tratamiento igual no prescribe de manera definitiva la conducta prohibida o permitida al legislador, ni establece criterios que permitan a la Corte Constitucional definir si la intervención legislativa en el contenido de los derechos de igualdad es o no legítima. Para establecer el contenido prescriptivo del mandato de tratamiento igual, la Corte ha de sopesar las razones fácticas o jurídicas que juegan a favor o en contra de realización del principio de igualdad o a favor o en contra de la realización de los principios con los que éste entra en colisión. El mandato de tratamiento igual no presupone que lo que debe ser sea posible fáctica y jurídicamente en toda su dimensión, sino que exige un cumplimiento lo más extendido o aproximadamente posible. A diferencia de las reglas que contienen determinaciones que proceden de la previa consideración de las razones que juegan en contra de lo ordenado por una norma y, por tanto, es un deber definitivo que puede ser aplicado mediante subsunción, el deber ser del mandato de tratamiento igual no tiene en cuenta las razones que puedan jugar en contra de lo ordenado por el mismo, de manera que no contiene determinaciones definitivas, sino sólo determinaciones *prima facie* que deben ser contrastadas con las determinaciones *prima facie* de los principios contrarios con los que entra en colisión.⁴⁰

40 Las reglas son normas que contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible y que solo pueden ser cumplidas o no. Los principios, en cambio, son mandatos de optimización que pueden ser cumplidos en diversos grados y que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible según las posibilidades fácticas y jurídicas. Una norma será una regla o un principio en función de la manera como ha de ser aplicada y de la forma como hayan de ser resueltas las colisiones en que la misma se vea implicada. Las reglas se aplican mediante subsunción pues contienen mandatos definitivos. Cuando ocurre la

8. COLISIÓN ENTRE PRINCIPIOS Y PONDERACIÓN

Las intervenciones legislativas en el derecho de igualdad suponen una colisión entre principios cuya aplicación separada conduciría a resultados contradictorios entre sí: por una parte, el principio de igualdad (P₁), que ordena *prima facie* el tratamiento igual; y el principio que fundamenta la diferenciación legal (P₂), por la otra. Mientras P₁ prohíbe *prima facie* la diferenciación legal, P₂, por el contrario, la autoriza o permite.

Ahora bien, las colisiones entre principios son resueltas de modo distinto a como son resueltos los conflictos entre reglas. Un conflicto entre reglas es resuelto, o bien introduciendo una cláusula de excepción en alguna de las dos reglas, o bien declarando la invalidez de una de ellas. La colisión que supone una diferenciación legal no se resuelve, sin embargo, declarando la invalidez de alguno de los principios enfrentados, ni considerando a uno de ellos como excepción del otro. Antes bien, dicha colisión se resuelve estableciendo una relación de precedencia entre ambos principios, condicionada por las circunstancias especiales del caso concreto. Bajo unas circunstancias diferentes, la relación de precedencia puede ser distinta.⁴¹ Los conflictos entre reglas tienen lugar en la dimensión de la validez; las colisiones entre principios tienen lugar en la dimensión del peso. Cuando dos principios entran en colisión, uno de ellos debe ceder ante el otro. Esto no significa que se deba declarar inválido el principio desplazado. Significa más bien que ante unas determinadas circunstancias, uno de los principios precede al otro. En los casos concretos los principios tienen diferente peso y

conducta que las reglas prevén, debe hacerse lo que ellas han prescrito, ni más ni menos. En otras palabras, para imputar la consecuencia jurídica, la conducta ha de subsumirse exactamente en el supuesto de hecho de la regla pertinente. Por el contrario, si las condiciones previstas en el supuesto de hecho de la regla no se presentan, ésta no debe aplicarse. La forma característica de los principios es, en cambio, la ponderación (*Abwägung*). Los principios no contienen mandatos definitivos, sino mandatos de optimización: ellos ordenan ser realizados en la mayor medida posible, según las posibilidades fácticas y jurídicas o las razones que juegan en sentido contrario. En la ponderación se tienen en cuenta las razones fácticas y jurídicas que juegan en contra con el fin de determinar en qué medida es fáctica y jurídicamente posible realizar un principio. v. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 70-79 y Bernal, *El principio de proporcionalidad*, op. cit. pp. 727-751. Principios y reglas son normas jurídicas que regulan conductas y que son aptas para fundamentar una decisión judicial. Desde una perspectiva lógica, las reglas son aplicables por completo o no son aplicables en absoluto en la solución de un caso concreto (todo o nada) [Dworkin]. Si sucede el supuesto de hecho previsto en la regla, el Juez debe aplicarla por completo. Por el contrario, si el supuesto de hecho previsto por la regla no se verifica, el Juez debe excluir su aplicación. Los principios, por su parte, tienen una dimensión de peso (*Gewicht*) o importancia de que carecen las reglas jurídicas. Cuando el Juez deba solucionar los conflictos entre principios, ha de tener en cuenta el peso o la importancia relativa de que cada uno de estos. La decisión que el Juez adopta no implica, según esto, un juicio de valor absoluto o definitivo sobre la subordinación de un principio a otro, sino un juicio relativo al caso concreto, en donde el principio que tenga mayor peso determina el sentido de la decisión. v. Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984, pp. 61-101. Sobre la colisión entre principios y su diferencia con el conflicto entre reglas, v. Dworkin, *Ibid.*, p. 14; Alexy: *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 69-79 y *Zur Struktur der Grundrechte*, op. cit. p. p. 96-97.

41 Sobre el concepto de relación de precedencia condicionada (*bedingte Vorrangrelation*), v. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit. pp. 92 ss. y *Zur Struktur der Grundrechte*, op. cit. pp. 99-100.

en la colisión entre ellos prima el principio con un peso mayor. Dicho peso es definido por la Corte Constitucional mediante la ponderación de los principios en juego, con la ayuda del principio de proporcionalidad. De esta manera, entre la teoría de los principios y los conceptos de ponderación y de proporcionalidad existe una relación estrecha, ya que el carácter de principio implica el concepto de proporcionalidad y viceversa.⁴²

En este sentido, el principio de proporcionalidad representa el criterio que permite a la Corte Constitucional establecer la relación de precedencia entre el principio de igualdad (P₁) y el principio que fundamenta la diferenciación legal (P₂), en un caso concreto (C). Si en unas circunstancias determinadas (C₁), el principio de igualdad (P₁) prima sobre el principio que fundamenta la diferenciación legal (P₂), significa entonces que dicha diferenciación supera las exigencias del principio de proporcionalidad en sentido amplio y de cada uno de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. En tal supuesto, la diferenciación legal representa una restricción legítima de los derechos garantizados por el art. 13 de la Constitución y la Corte Constitucional deberá declarar la constitucionalidad de la norma legal enjuiciada. Por el contrario, si en unas circunstancias distintas (C₂), el principio que fundamenta la diferenciación legal (P₂) precede al principio de igualdad (P₁), es decir, C₂ (P₂ P₁), significa entonces que la diferenciación legal es desproporcionada por incumplir las exigencias de los exámenes de idoneidad, necesidad o proporcionalidad en sentido estricto. En dicho caso, la diferenciación legal representa una intervención ilegítima en el contenido de los derechos garantizados por el principio de igualdad y la Corte Constitucional deberá declarar la inconstitucionalidad de la ley enjuiciada.

9. LA NORMA IUSFUNDAMENTAL ADSCRITA COMO RESULTADO DE LA ETAPA DISCURSIVA

Que uno de los principios en colisión tenga prioridad sobre el otro significa que debe aplicarse la consecuencia jurídica prevista por aquél. Las circunstancias en las que un principio prevalece sobre otro constituyen el supuesto de hecho de una regla cuya realización apareja la consecuencia prevista en el principio precedente, es decir, C→R.⁴³ En este sentido, resolver un caso de diferenciación legal mediante la aplicación del principio de proporcionalidad equivale a establecer una regla que se fundamenta a partir de los principios relevantes en la ponderación. La ley de colisión expresa el hecho de que entre

42 Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit. pp. 91-95.

43 *Ibid.*, pp. 49-55. Sobre la expresión “norma adscrita” (Alexy), “norma de decisión” (Fr. Müller), “norma del caso” (Fikenscher) o “juicio concreto de deber ser jurídico” (Engisch), v. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit. p. 61, nota 79.

el principio de igualdad y los principios que fundamentan una diferenciación legal no existen relaciones absolutas de precedencia, sino únicamente relaciones de precedencia condicionada.

Como quiera que establecer una relación de precedencia es establecer una regla que se fundamenta a partir de los principios contrapuestos en la ponderación, debe concluirse que el nivel de las reglas y el nivel de los principios en modo alguno están separados en el marco del juicio de igualdad, así como en el mismo convergen y aún se complementan los métodos de la ponderación, propia de los principios, y de subsunción, propia de las reglas. Si se parte del hecho de que tanto el principio de igualdad como el principio que fundamenta la diferenciación legal, en tanto normas con carácter de principio, contienen un supuesto de hecho (S), cuya realización conlleva una consecuencia jurídica (R), es decir, $S \rightarrow R$, entonces una formulación más técnica de la ley de colisión para el caso de la aplicación constitucional del principio de igualdad, sería la siguiente:

Si bajo las circunstancias específicas de una diferenciación legal (C_1), el principio de igualdad (P_1) prevalece sobre el principio que fundamenta dicha diferenciación (P_2), es decir, $C_1 (P_1 \text{ P } P_2)$, entonces adquiere validez una regla en la que C_1 constituye el supuesto de hecho y R su consecuencia jurídica: $T (C_1) \rightarrow R$. Por el contrario, si bajo unas circunstancias distintas (C_2), el principio que fundamenta la diferenciación legal (P_2) prevalece sobre el principio de igualdad, es decir, $C_2 (P_2 \text{ P } P_1)$, entonces adquiere validez una regla cuyo supuesto de hecho sería C_2 y R su consecuencia jurídica: $T(C_2) \rightarrow R$.⁴⁴

Las consecuencias jurídicas que apareja la realización del supuesto de hecho del principio precedente en la colisión son diversas y se refieren, entre otras, a la constitucionalidad de la norma enjuiciada, a su validez, al deber de reparación o a la carga de argumentación. De acuerdo con lo anterior, en las circunstancias en las que el principio de igualdad tenga prelación sobre el principio que fundamenta la diferenciación legal [$C_1 (P_1 \text{ P } P_2)$], es decir, en el caso en que esta no satisfaga las exigencias del principio de proporcionalidad, la Corte Constitucional deberá considerarla desproporcionada y declarar su inconstitucionalidad. En dicho evento se produce un desplazamiento normativo a favor del principio de igualdad y en contra del principio que fundamenta la diferenciación legal. En consecuencia, la ley enjuiciada perderá toda validez por efecto de la declaratoria de inconstitucionalidad y las normas y derechos garantizados por el principio de igualdad adquirirán validez definitiva para el caso concreto. Una diferenciación legal que no satisfaga las exigencias del principio de proporcionalidad representa una intervención ilegítima en el principio de igualdad. Decir que una diferenciación legal no satisface las exigencias del principio de proporcio-

44 Sobre la ley de colisión (*Kollisionsgesetz*), v. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit. pp. 71-76.

alidad equivale a afirmar que las razones tenidas en cuenta por el legislador son insuficientes para justificar dicha intervención en el derecho de igualdad, o que dadas las circunstancias especiales del caso concreto la diferenciación legal resulta constitucionalmente imposible.

Por el contrario, bajo las circunstancias en las que el principio que fundamenta la diferenciación legal tenga prioridad sobre el principio de igualdad [C₂ (P₂ P₁)], es decir, en las condiciones en que dicha diferenciación satisface las exigencias del principio de proporcionalidad, la Corte Constitucional deberá considerarla proporcionada en sentido amplio y declarar la constitucionalidad de la ley que la contiene. En dicho evento, se produce un desplazamiento normativo a favor del principio que fundamenta la diferenciación legal y, en consecuencia, tanto la ley enjuiciada como las normas y derechos que garantiza el principio predominante, adquirirán validez definitiva para el caso concreto. Una diferenciación legal que satisfaga las exigencias del principio de proporcionalidad constituye una intervención legítima en el principio de igualdad, es decir, una restricción en sentido propio de los derechos garantizados por este principio. Afirmar que una diferenciación legal satisface las exigencias del principio de proporcionalidad, equivale a afirmar que las razones tenidas en cuenta por el legislador son suficientes para justificar la intervención legislativa en el derecho de igualdad o que, teniendo en cuenta las condiciones fácticas y jurídicas del caso concreto, es constitucionalmente posible dicha intervención.

10. EL EXAMEN DE IDONEIDAD

Mediante el examen de idoneidad (*Geeignetheitsprüfung*) se define parte del ámbito de posibilidad fáctica de realización del mandato de tratamiento igual. Con dicho examen la Corte Constitucional define la idoneidad de una diferenciación legal como medio para alcanzar la finalidad perseguida por el legislador. Si una diferenciación legal (M), adoptada para alcanzar el principio que la fundamenta (P₂), no es idónea o adecuada para lograr dicho fin, entonces la máxima realización del principio de igualdad exigiría la eliminación de la diferenciación legal (M), sin detrimento del principio que la fundamenta. Dicho de otro modo, respecto de las posibilidades fácticas, la máxima realización tanto del principio de igualdad (P₁), como del principio que fundamenta la diferenciación legal (P₂), exigen la invalidez de esta última en los casos en que no sea idónea para alcanzar el fin perseguido por el principio que la fundamenta. Tal es exactamente el contenido normativo que presenta el subprincipio de idoneidad en el marco del juicio de igualdad.⁴⁵

45 Para una fundamentación similar del examen de idoneidad frente a la intervención legislativa de los derechos fundamentales en general, v. Alexy, *Zur Struktur der Rechtsprinzipien*, *op. cit.* p.p. 102-103.

De acuerdo con lo anterior, dos exigencias establece el subprincipio de idoneidad:

(1) Que la diferenciación legal persiga un fin legítimo; y (2) Que la diferenciación legal sea un medio idóneo para procurar o facilitar la obtención del fin perseguido por el legislador (juicio de idoneidad en sentido estricto). La legitimidad del fin presupone que la Corte Constitucional haya fijado previamente este último extremo, como quiera que la fijación del fin es un presupuesto necesario para la definición posterior de su legitimidad.⁴⁶

10.1. Fijación del fin perseguido por el legislador

Dicha fijación la obtiene la Corte Constitucional mediante la interpretación teleológica de la ley. Una diferenciación legal puede perseguir diversos fines que no estén en una relación de generalidad y especialidad, sino que sean independientes entre sí. Se trata de una hipótesis en que un mismo medio persigue un fin principal y uno o varios fines secundarios. En estos casos la Corte deberá distinguir claramente cada uno de los fines y examinar por separado la legitimidad de cada uno de ellos y la idoneidad que reviste el medio en examen para realizarlos. Fijado el fin, corresponderá a la Corte Constitucional definir si el mismo es o no legítimo, es decir, si el fin fijado se encuentra dentro del ámbito de alguna norma constitucional o legal que lo respalde.⁴⁷

10.2. Legitimidad del fin

El fin perseguido por el legislador es legítimo si no se encuentra prohibido explícita o implícitamente por la Constitución. De esta manera, cuando la Corte Constitucional necesite establecer la legitimidad del fin perseguido por el legislador, deberá indagar si dicho fin se encuentra prohibido explícita o implícitamente por la Constitución. Una prohibición explícita se deduce directamente del texto de ésta, en tanto que las prohibiciones implícitas son deducidas, de manera excepcional y restrictiva, mediante interpretación. El principio democrático que supone una libertad en la fijación de fines a favor del legislador, fundamenta el carácter extensivo o amplio de la interpretación que haga la Corte para determinar la legitimidad constitucional del fin. Sólo los casos claros de prohibición legal de un fin determinado avalan la nulidad de la cláusula o condición en examen. En los casos de duda, por el contrario, debe considerarse *prima facie* legítimo el fin concreto perseguido por el legislador. En este sentido, todo derecho o bien jurídico sobre cuyo contenido no recaiga

46 Clérico, Laura. *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*. Baden-Baden, Nomos, 2001, p.28.

47 Clérico, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, op. cit. p.p. 17-20.

una prohibición explícita o implícita, puede fundamentar legítimamente un tratamiento legal diferenciado. Cuando la realización de otro derecho respalda dicha imposición, se trata una auténtica colisión de derechos que puede revestir muy diversas formas.

10.3. Idoneidad de la diferenciación legal

Fijado el fin perseguido por el legislador y definida su legitimidad, debe la Corte Constitucional examinar si la diferenciación legal es un medio idóneo o adecuado para alcanzar el fin perseguido por el legislador. La comprobación de la aptitud de la diferenciación para obtener el fin presupone definir previamente el concepto de idoneidad. En este sentido, la diferenciación legal en examen es un medio idóneo si entre ella y el fin existe una relación de causalidad positiva de acuerdo con algún criterio relevante para la realización de la finalidad perseguida (eficacia, rapidez, entre otros). Dicha relación de causalidad positiva la reconstruye la Corte a partir de premisas empíricas. De los conocimientos de la ciencia y de la técnica o de las convicciones generalmente aceptadas en la sociedad, la Corte Constitucional toma los datos empíricos que le permitan comprobar si un determinado medio es idóneo para alcanzar el fin que persigue. Si de acuerdo con dichas premisas no puede establecerse una relación positiva de causalidad, deberá concluirse entonces la falta de idoneidad de la diferenciación legal en examen y declararse su inconstitucionalidad (inidoneidad o impropiedad del medio).

Por el contrario, si entre el medio y el fin existe una relación de causalidad positiva, podrá predicarse la idoneidad de la diferenciación legal en examen para procurar o facilitar la obtención del fin. En este caso, la intervención legislativa en el derecho de igualdad debe ser considerada idónea o *prima facie* legítima y someterse a los subsiguientes exámenes de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Un tratamiento legal diferenciado no es un medio idóneo cuando de ningún modo contribuye o facilita la obtención del fin perseguido por el legislador, es decir, cuando entre ambos extremos (medio y fin) no existe ninguna relación positiva de causalidad, como sucede en los casos claros de falta de idoneidad del medio.⁴⁸

10.4. Intensidad del examen de idoneidad

El concepto de idoneidad se refiere siempre a la aptitud del medio para, de alguna forma, alcanzar el fin perseguido por el legislador. No obstante, esa relación de

48 Bernal, *El principio de proporcionalidad*, op. cit. pp. 912-932.

causalidad positiva puede tener un mayor o menor grado de intensidad según el criterio desde el cual se le aprecie. Desde el punto de vista de su eficacia o de su rapidez, por ejemplo, el medio puede ser más o menos eficaz o más o menos rápido para la obtención del fin perseguido por el legislador. Por esta razón puede haber tanto una versión fuerte como una versión débil del examen de idoneidad que determina la intensidad del control con que la Corte Constitucional revisa la diferenciación legal en examen. Una versión fuerte del examen de idoneidad aumenta la intensidad del control judicial sobre las intervenciones legislativas que afectan a los derechos y posiciones de igualdad garantizados por el mandato de tratamiento igual, pues no todas ellas serán medios idóneos para alcanzar, conseguir o asegurar la obtención del fin perseguido por el legislador.

Por el contrario, una versión débil del examen de idoneidad disminuye la intensidad del control, lo que supone el reconocimiento de la autonomía y libertad del legislador para definir sus propios fines y los medios con que pretende alcanzarlos, pues condiciona la validez de las diferenciaciones legales, no a que éstas sean plenamente eficaces para alcanzar su finalidad, sino que faciliten en alguna medida su obtención. Salvo las diferenciaciones legales que de ningún modo contribuyen a la realización del fin (casos claros de inidoneidad), deberán considerarse válidas y, en consecuencia, someterse a los exámenes de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, las diferenciaciones legales que de algún modo contribuyan a la obtención del fin perseguido por el predisponente. En síntesis, la opción por una versión fuerte o débil del examen de idoneidad es indicativa de la opción por una actitud más activa de la Corte respecto de su función de proteger los derechos de igualdad o, por el contrario, más deferente con los derechos o principios que respaldan la diferenciación legal en examen.⁴⁹

10.5. Los resultados del examen de idoneidad

Con relación al examen de idoneidad los resultados pueden ser los siguientes:

(1) Bajo las circunstancias en las que el principio de igualdad tenga prelación sobre el principio que fundamenta la diferenciación legal [C₁ (P₁ P₂)], es decir, en el caso en que dicha diferenciación no satisfaga las exigencias del subprincipio de idoneidad, la Corte Constitucional deberá considerarla inidónea y declarar la inconstitucionalidad de la ley que la contiene. En dicho evento, se produce un desplazamiento normativo a favor del principio de igualdad y en contra del principio que fundamenta la diferenciación legal. En consecuencia, la ley enjuiciada perderá toda validez como consecuencia de la declaratoria de inconstitucionalidad y las normas y derechos garantizados por el principio de

49 *Ibid.*, pp. 929-931.

igualdad adquirirán validez definitiva para el caso concreto. Una diferenciación legal que incumpla las exigencias del subprincipio de idoneidad, constituye una intervención legislativa ilegítima en el contenido de los derechos garantizados por el art. 13 de la Constitución. En otras palabras, afirmar que una diferenciación legal incumple las exigencias del subprincipio de idoneidad, equivale a decir que las razones aducidas por el legislador en apoyo de las mismas son insuficientes para justificar dicha intervención en el derecho de igualdad, o que en las condiciones del caso concreto dicha diferenciación resulta constitucionalmente imposible; y (2) Por el contrario, bajo las circunstancias en las que el principio que fundamenta la diferenciación legal tenga prioridad sobre el principio de igualdad [C2 (P2 P P1)], vale decir, en el caso en que dicha diferenciación satisface las exigencias del subprincipio de idoneidad, la Corte deberá considerarla idónea y someterla al subsiguiente examen de necesidad. En tal evento, tanto la ley enjuiciada como las normas y derechos garantizados por los principios en colisión mantienen su validez *prima facie* hasta la práctica del mencionado examen.

En las condiciones (C1) en que, de acuerdo con el examen de idoneidad, una diferenciación legal (M1) no representa un medio adecuado o idóneo para alcanzar la finalidad perseguida por el principio que la fundamenta (P2), entonces el principio de igualdad (P1) prevalece sobre aquel otro principio [C1 (P1 P P2)]. Tales condiciones representan el supuesto de hecho de una regla cuya realización apareja la consecuencia jurídica prevista en el principio predominante (C1→R). Una de las consecuencias previstas por el principio de igualdad en los casos en que la diferenciación no sea idónea para alcanzar el fin perseguido por el principio que la fundamenta, es la invalidez de la norma legal enjuiciada. En otros términos, establecida la falta de idoneidad de la diferenciación legal como medio para alcanzar la finalidad perseguida por el principio que la fundamenta, la Corte Constitucional deberá declarar la inconstitucionalidad de la ley que la establece. La ley objeto de control perderá su validez como consecuencia de dicha declaratoria de inconstitucionalidad, y las normas y derechos de igualdad adquirirán validez definitiva para el caso concreto.

Si, en unas condiciones distintas (C2), la diferenciación legal satisface las exigencias del examen de idoneidad, la Corte Constitucional deberá considerarla idónea y someterla al subsiguiente examen de necesidad. En este caso, tanto el principio de igualdad, como el principio que fundamenta la diferenciación legal, mantienen su validez *prima facie* hasta la práctica de dicho examen. Las razones para que en este último caso la Corte se abstenga de declarar la constitucionalidad de la norma que establece la diferenciación legal a pesar de que esta sea idónea para alcanzar el objetivo perseguido por el principio que la fundamenta y, por el contrario, la someta al subsiguiente examen de necesidad, radica en la

consideración de los principios como mandatos de optimización, así como en el máximo grado de racionalidad u objetividad que exige el juicio de igualdad.

En el marco del juicio de igualdad, corresponde entonces al legislador la obligación de fundamentar la diferenciación legal y a la Corte Constitucional la competencia para definir la suficiencia de las razones que puedan justificarla. La definición de esta suficiencia supone la obligación de considerar todas las razones, fácticas y jurídicas, que jueguen a favor o en contra de una diferenciación legal determinada. De esta manera, a una razón fáctica o jurídica que juegue a favor de la diferenciación legal y, por tanto, del principio que la fundamenta, cabe oponer otra razón, fáctica o jurídica, que juegue a favor del principio de igualdad. La Corte debe entonces definir el peso específico de cada uno de los principios en colisión y establecer entre ellos una relación de precedencia teniendo en cuenta las condiciones concretas en que tiene lugar la diferenciación. Ahora bien, la idoneidad de una diferenciación legal no es una razón suficiente, por sí sola, para justificarla. Como hemos dicho, el examen de idoneidad permite establecer sólo una parte del ámbito de posibilidad fáctico de una diferenciación legal. El cuadro definitivo de todas sus posibilidades es completado tanto por el examen de necesidad, respecto de las demás premisas fácticas, como por el examen de proporcionalidad en sentido estricto, respecto de las premisas jurídicas.⁵⁰

11. EL EXAMEN DE NECESIDAD

El ámbito de posibilidad fáctica del mandato de tratamiento igual es completado por el examen de necesidad (*Erforderlichkeitsprüfung*). Establecida la idoneidad de una diferenciación para conseguir la finalidad perseguida por el legislador, corresponde a la Corte Constitucional definir si dicho medio es también necesario o imprescindible. Una diferenciación legal es necesaria siempre que no exista un medio alternativo (M₂), que siendo por lo menos igualmente idóneo para alcanzar la finalidad legislativa propuesta, sea menos restrictivo, o más benigno, con el principio de igualdad (P₁). El examen de necesidad presupone entonces una comparación de dos tipos de medios (uno real y otro hipotético) con dos objetivos diferentes:

50 La razón por la que la Corte Constitucional somete la diferenciación legal a los exámenes de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, en lugar de declarar su constitucionalidad, radica en el hecho de que los exámenes de idoneidad y necesidad sólo definen el ámbito fáctico de posibilidad de una diferenciación legal. Tanto la optimización de los principios relevantes en la ponderación, como la racionalidad del juicio de igualdad, exigen la consideración de todas las premisas, fácticas y jurídicas, en las que una intervención en los derechos garantizados por el art. 13 de la Constitución resulta constitucionalmente legítima. El cuadro de tales premisas se completa, precisamente, con la práctica de los exámenes de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

(1) En primer término, establecer si el medio alternativo hipotético (M₂) reviste por lo menos el mismo grado de idoneidad que el medio real efectivo que representa la diferenciación legal (M₁); y (2) En segundo lugar, establecer si la intensidad de afectación del medio alternativo sobre el principio de igualdad es mayor o menor que la afectación que en dicho principio efectivamente produce la diferenciación legal.⁵¹

En la primera fase del examen de necesidad, la Corte busca establecer la existencia de un medio alternativo equivalente; en la segunda, trata de establecer un medio alternativo más benigno, o menos restrictivo, con el principio de igualdad. En la medida en que exista un medio alternativo que reúna ambas cualidades, la diferenciación legal deberá considerarse innecesaria o prescindible y declararse inconstitucional la ley que la contiene. En esto radica exactamente el contenido normativo del subprincipio de necesidad en el marco del juicio de igualdad.

Por otra parte, si existe un medio alternativo (M₂) que revista por lo menos el mismo grado de idoneidad que la diferenciación legal (M₁), y que sea además más benigno o menos restrictivo con el principio de igualdad, entonces la máxima realización de este principio exige que el medio alternativo más benigno sea preferido en lugar de la diferenciación legal enjuiciada. La optimización del principio de igualdad legitima entonces que la norma enjuiciada sea invalidada cuando la diferenciación que establece fuere innecesaria o prescindible.⁵²

El examen de necesidad presupone la existencia de medios alternativos al tratamiento legal enjuiciado, frente a los cuales se pueda medir su idoneidad y el grado de afectación de los derechos y posiciones garantizados por el mandato de tratamiento igual. Ahora bien, como los medios alternativos pueden ser múltiples, la Corte Constitucional deberá seleccionar aquellos que de alguna manera sean idóneos para contribuir o facilitar la obtención del fin perseguido por el legislador, según los conocimientos técnicos y científicos existentes al momento de la expedición de la ley. El fin perseguido por el legislador será el principal criterio para definir tanto la relevancia como la idoneidad de los medios alternativos.⁵³

11.1. Los resultados del examen de necesidad

Bajo las circunstancias en las que el principio de igualdad tenga prelación sobre el principio que fundamenta la diferenciación legal [C₁ (P₁ P₂)], es decir, en el

51 Clérico, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, op. cit. pp. 17-20.

52 Alexy, *Zur Struktur der Rechtsprinzipien*, op. cit. pp. 102 y 103.

53 Bernal, *El principio de proporcionalidad*, op. cit. pp. 932-935.

caso en que dicha diferenciación no satisfaga las exigencias del subprincipio de necesidad, la Corte Constitucional deberá considerarla innecesaria y declarar la inconstitucionalidad de la ley que la contiene. En dicho evento, se produce un desplazamiento normativo a favor del principio de igualdad y en contra del principio que fundamenta la diferenciación legal. Por tanto, la ley perderá su validez como consecuencia de la declaratoria de inconstitucionalidad y las normas y derechos garantizados por el principio de igualdad adquirirán validez definitiva. Una diferenciación legal que incumpla las exigencias del subprincipio de necesidad constituye una intervención ilegítima o inconstitucional en el derecho de igualdad, es decir, una infracción o una restricción ilegítima de los derechos garantizados por dicho principio. Afirmar que una diferenciación legal incumple las exigencias del subprincipio de necesidad, equivale a afirmar que las razones aducidas por el legislador son insuficientes para justificar dicha intervención en el principio de igualdad, o que en las condiciones del caso concreto dicha diferenciación resulta constitucionalmente imposible; y

Por el contrario, bajo las circunstancias en las que el principio que fundamenta la diferenciación legal tenga prioridad sobre el principio de igualdad [C₂ (P₂ P₁)], vale decir, en el caso en que dicha diferenciación satisface las exigencias del subprincipio de necesidad, la Corte Constitucional deberá considerarlo necesario y someterlo al subsiguiente examen de proporcionalidad en sentido estricto. En dicho evento, tanto la ley enjuiciada como las normas y derechos garantizados por los principios en colisión mantienen su validez *prima facie* hasta la práctica del mencionado examen. La razón por la que la Corte no declara en este caso la constitucionalidad de la ley enjuiciada radica en el hecho de que los exámenes de idoneidad y necesidad definen solamente el ámbito fáctico de realización de los principios ponderados. Tanto la optimización de tales principios, como la racionalidad de la aplicación del principio de igualdad, exigen la consideración de todas las premisas relevantes, tanto fácticas como jurídicas, que puedan justificar una diferenciación legal. Como sabemos, el ámbito normativo de posibilidad de realización de ambos principios se define mediante el examen de proporcionalidad en sentido estricto.

Ahora bien, las condiciones (C) en las que una diferenciación legal es un medio innecesario, esto es, las condiciones en las que, según el examen de necesidad, el principio de igualdad prevalece sobre el principio que fundamenta el tratamiento legal diferenciado, C (P₁ P P₂), constituye el supuesto de hecho de una regla cuya realización apareja la consecuencia jurídica prevista por el principio que prevalece, C→R. Dicha regla se fundamenta a partir de los principios relevantes en la ponderación. En dicho supuesto, la Corte Constitucional debe considerar innecesaria la diferenciación legal y declarar la inconstitucionalidad de la ley que la contiene. Por tanto, la ley perderá toda validez como consecuencia de la

declaratoria de inconstitucionalidad y las normas y derechos garantizados por el principio de igualdad adquirirán validez definitiva.

12. EL EXAMEN DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO

Mediante el examen de proporcionalidad en sentido estricto (*Proportionalitätsprüfung*), la Corte Constitucional define el ámbito de posibilidad jurídico del mandato de tratamiento igual. En un caso concreto de diferenciación legal, las posibilidades jurídicas del principio de igualdad lo determina el principio que fundamenta tal diferenciación. El examen de proporcionalidad en sentido estricto supone entonces una ponderación entre el principio de igualdad y el principio que fundamenta la diferenciación legal en examen. La colisión que supone dicha diferenciación es resuelta por la Corte estableciendo una relación de precedencia entre ambos principios, teniendo en cuenta las condiciones particulares del caso concreto. Tales condiciones representan el supuesto de hecho de una regla cuya realización conlleva la consecuencia jurídica prevista en el principio predominante en la ponderación. Dicha regla es una norma iusfundamental adscrita que se fundamenta a partir de las premisas fácticas y jurídicas que sean relevantes en la etapa discursiva del juicio de igualdad.

Ahora bien, en el marco de éste, el examen de proporcionalidad en sentido estricto se explica por la consideración de la igualdad como mandato de optimización, así como por el máximo grado de racionalidad que exige la aplicación constitucional de tal principio. La ponderación que supone el examen de proporcionalidad en sentido estricto resulta necesaria cuando el cumplimiento de un principio suponga el incumplimiento de otro, o cuando la realización de un principio se obtenga a expensas del sacrificio de los demás, como sucede precisamente en los casos de diferenciación legal.

12.1. El grado de afectación de los principios en colisión

La ponderación, a su vez, presupone definir tanto el grado de afectación negativa del principio de igualdad (P₁), como el grado de realización del principio que fundamenta la diferenciación legal en examen (P₂). Con fundamento en tales magnitudes, la Corte Constitucional definirá si la diferenciación legal es proporcionada o desproporcionada en sentido estricto.

La consideración de la igualdad como mandato de optimización exige que una diferenciación legal sea considerada desproporcionada en sentido estricto cuando logre un grado de realización del principio que la fundamenta menor que

el grado de afectación que ella misma produce en el principio de igualdad. Dicho en otros términos, una diferenciación legal será desproporcionada en sentido estricto cuando el grado de afectación del principio de igualdad sea mayor que el grado de realización del principio que fundamenta aquella medida. Cuanto mayor sea el grado de afectación del principio de igualdad, mayor tendrá que ser el grado de realización del principio que fundamenta una diferenciación legal. Si una diferenciación legal, aun siendo idónea y necesaria, afecta desproporcionadamente al principio de igualdad en relación con el grado con que dicha medida contribuye a realizar el principio que la fundamenta, la optimización de aquel primer principio exige la invalidez de la norma que establece dicha diferenciación.⁵⁴

12.2. Los resultados del examen de proporcionalidad en sentido estricto

Bajo las circunstancias en las que el principio de igualdad tenga prelación sobre el principio que fundamenta la diferenciación legal [C₁ (P₁ P P₂)], es decir, en el caso en que dicha diferenciación incumpla las exigencias del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, la Corte Constitucional deberá considerarla desproporcionada en sentido estricto y declarar la inconstitucionalidad de la ley que la contiene. Una diferenciación legal que incumpla las exigencias del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, representa una intervención ilegítima o inconstitucional en el derecho de igualdad, es decir, una infracción de las normas y derechos garantizados por dicho principio. Afirmar que una diferenciación legal incumple las exigencias del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, equivale a decir que las razones aducidas por el legislador en apoyo de tal diferenciación son insuficientes para justificarla, o que en las circunstancias especiales del caso concreto dicha diferenciación resulta constitucionalmente imposible. Por el contrario, bajo las circunstancias en las que el principio que fundamenta la diferenciación legal tenga prioridad sobre el principio de igualdad [C₂ (P₂ P P₁)], es decir, en el caso en que dicha

54 Alexy, *Zur Struktur der Rechtsprinzipien*, op. cit. p. 103 y Clérico, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, op. cit. p. 103. En los casos colisión, uno de los principios ha de ceder ante el otro, teniendo en cuenta las circunstancias específicas del caso concreto. El principio que ostenta un mayor peso específico prevalece sobre el principio concurrente en el conflicto, pero no para siempre o de manera definitiva, sino para el caso concreto. Bajo unas circunstancias distintas, la relación de precedencia podría ser la inversa. La ponderación es el procedimiento mediante el cual se establecen las relaciones de precedencia condicionada entre los principios en colisión. En la ponderación son tenidos en cuenta todos los argumentos que juegan a favor y en contra de cada uno de los principios en conflicto y se determina cuál de ellos tiene un mayor peso en el caso concreto. El resultado de la ponderación es una regla que expresa la relación de precedencia entre los principios en conflicto, condicionada por las circunstancias del caso concreto, cuya realización apareja la consecuencia jurídica del principio precedente. De acuerdo con la llamada “ley de colisión”, las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro, constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente. v. Bernal, *El principio de proporcionalidad*, op. cit. p. 962-964.

diferenciación satisface las exigencias del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, la Corte deberá considerarla proporcionada en sentido estricto y declarar la constitucionalidad de la ley que la contiene.

En resumen, una diferenciación legal representa una restricción en sentido propio de un derecho de igualdad sólo si satisface las exigencias del principio de proporcionalidad en sentido amplio, o de cada uno de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

CONCLUSIONES

1ª. El art. 13 de la Constitución establece dos normas claramente identificables: el mandato de tratamiento igual, por una parte, y la prohibición de discriminación, por la otra. Al mandato de tratamiento igual corresponde un derecho de igualdad de carácter general, que se proyecta tanto al ámbito de la producción como al de la aplicación del Derecho. Tanto al mandato de tratamiento igual en la aplicación de la ley, como al mandato de tratamiento igual en el contenido de la ley corresponden derechos abstractos de igualdad: el derecho a ser tratado de forma igual por la Administración y los jueces, en el primer caso, y el derecho a ser tratado de forma igual por el legislador, en el segundo. Ahora bien, el mandato de tratamiento igual no prohíbe de manera definitiva cualquier intervención legislativa en el principio de igualdad, sino aquellas diferenciaciones legales que sean injustificadas, es decir, carentes de razones que de manera suficiente puedan justificarlas, de acuerdo a las circunstancias particulares del caso concreto. El deber ser del mandato de tratamiento igual no tiene en cuenta las razones que puedan jugar en contra de lo ordenado por el mismo, de manera que no contiene determinaciones definitivas, sino sólo determinaciones *prima facie* que deben ser contrastadas con las determinaciones *prima facie* de los principios contrarios con los que puede entrar en colisión.

Por otra parte, el mandato de tratamiento igual es una norma estructuralmente indeterminada, pues no prescribe de manera inequívoca la conducta que está prohibida o permitida al legislador, ni establece criterios que permitan definir cuándo existe una diferenciación legal, ni cuándo son suficientes las razones que puedan legítimamente justificarla. El principal problema que plantea la aplicación judicial del mandato de tratamiento igual es que el art. 13 de la Constitución, por su grado de apertura e indeterminación normativas, no proporciona criterios o elementos de juicio suficientes de los cuales se pueda inferir la igualdad o desigualdad de dos situaciones concretas, ni tampoco la suficiencia de las razones que puedan justificar una diferenciación legal, lo que hace que la Corte Constitucional deba, en los casos en que

tenga que definir la constitucionalidad de diferenciación legal, emprender un proceso de concreción normativa mediante el cual se determine lo que al legislador esté prohibido, ordenado o permitido desde el punto de vista del principio de igualdad. Lo anterior plantea también la cuestión de saber con fundamento en qué criterios pueden los órganos estatales definir la suficiencia de las razones que justifican una diferenciación legal y si tal definición ofrece las suficientes garantías de racionalidad u objetividad jurídicas.

- 2ª. De acuerdo con lo anterior, la aplicación judicial del mandato de tratamiento igual exige dos presupuestos básicos: en primer lugar, que se establezca la existencia de una diferenciación legal y, en segundo término, establecida esta, que se defina la suficiencia de las razones que puedan justificarla. La definición de los anteriores presupuestos corresponde, respectivamente, a las etapas comparativa y discursiva del juicio de igualdad. En la fase comparativa la Corte Constitucional establece la existencia de una intervención legislativa en el derecho de igualdad; en la fase discursiva, por su parte, la Corte define la suficiencia de las razones que puedan justificar la diferenciación legal enjuiciada.

La etapa comparativa consiste básicamente en un proceso de interpretación teleológica-objetiva, mediante el cual se establece la igualdad o desigualdad de las situaciones en que se hallan los destinatarios de la ley, así como la igualdad o desigualdad de su tratamiento jurídico. La norma que establece la diferenciación legal deducida en la etapa comparativa actúa como premisa menor (**n**) del fallo de constitucionalidad. La etapa discursiva, a su turno, consiste en un proceso de interpretación constitucional mediante el cual se ponderan las razones que puedan justificar la diferenciación legal deducida previamente en la etapa comparativa. El resultado de la ponderación es una norma iusfundamental adscrita que sirve de premisa mayor (**N**) al fallo con que se define la constitucionalidad de la ley. La colisión que la diferenciación legal supone es resuelta por la Corte Constitucional estableciendo una relación de precedencia condicionada entre los principios en conflicto. De acuerdo con la ley de colisión, las condiciones en que unas razones prevalecen sobre otras constituyen el supuesto de hecho de una regla cuya realización apareja la consecuencia jurídica prevista en el principio dominante en la ponderación (Alexy). Dicha regla es una norma adscrita que se fundamenta a partir de las premisas fácticas y jurídicas que sean relevantes en la etapa discursiva del juicio de igualdad.

- 3ª. El papel que cumple el principio de proporcionalidad dentro de la etapa discursiva del juicio de igualdad es doble. Por un lado, tal principio actúa como el criterio estructural de que se sirve la Corte Constitucional para definir, frente a un caso concreto de diferenciación legal, el contenido normativo

- del mandato de tratamiento igual y, en general, como criterio idóneo para fundamentar las decisiones que aquélla deba adoptar en los procesos de control de constitucionalidad de las intervenciones legislativas en el derecho de igualdad. Por otra parte, dada la indeterminación normativa del mandato de tratamiento igual, el principio de proporcionalidad en sentido amplio, y cada uno de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, auxilian a la Corte en la concreción de tal mandato, como quiera que la definición de su contenido normativo es un presupuesto lógico de su aplicación a un caso concreto de diferenciación legal. El principio de proporcionalidad estructura de manera racional la fundamentación correcta de tal proceso de concreción normativa y de los actos judiciales en que se materializa el mismo, en especial de las normas derivadas que puedan ser adscritas interpretativamente al art. 13 de la Constitución.
- 4^a. El principio de proporcionalidad permite a la Corte establecer la relación de precedencia entre el principio de igualdad (P₁) y el principio que fundamenta la diferenciación legal (P₂), en un caso concreto (C). Si en unas circunstancias determinadas (C₁), el principio de igualdad (P₁) prima sobre el principio que fundamenta la diferenciación legal (P₂), es decir, C₁ (P₁ P P₂), significa entonces que dicha diferenciación supera las exigencias del principio de proporcionalidad en sentido amplio y de cada uno de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. En tal supuesto, la diferenciación legal representa una restricción legítima de los derechos garantizados por el art. 13 de la Constitución y la Corte Constitucional deberá declarar la constitucionalidad de la norma legal enjuiciada. Por el contrario, si en unas circunstancias distintas (C₂), el principio que fundamenta la diferenciación legal (P₂) precede al principio de igualdad (P₁), es decir, C₂ (P₂ P P₁), significa entonces que la diferenciación legal es desproporcionada por incumplir las exigencias de los exámenes de idoneidad, necesidad o proporcionalidad en sentido estricto. En dicho caso, la diferenciación legal representa una intervención ilegítima en el contenido de los derechos garantizados por el principio de igualdad y la Corte Constitucional deberá declarar la inconstitucionalidad de la ley enjuiciada.
- 5^a. Mediante el examen de idoneidad la Corte Constitucional define la aptitud de una diferenciación legal como medio para alcanzar la finalidad perseguida por el legislador. Si una diferenciación legal (M), adoptada para alcanzar la finalidad del principio que la fundamenta (P₂), no es idónea o adecuada para lograr dicho fin, entonces la máxima realización del principio de igualdad exigiría la eliminación de la diferenciación legal (M), sin detrimento del principio que la fundamenta. Dicho de otro modo, respecto de las posibilidades fácticas, la máxima realización del principio de igualdad (P₁), como del principio que fundamenta la diferenciación legal (P₂), exigen la invalidez de

esta última en los casos en que no sea idónea para alcanzar el fin perseguido por el principio que la fundamenta.

El fin perseguido por el legislador es legítimo si no se encuentra prohibido explícita o implícitamente por la Constitución. Una prohibición explícita se deduce directamente del texto de ésta, en tanto que las prohibiciones implícitas son deducidas, de manera excepcional y restrictiva, mediante interpretación. El principio democrático que supone una libertad en la fijación de fines a favor del legislador, fundamenta el carácter extensivo o amplio de la interpretación que haga la Corte para determinar la legitimidad constitucional del fin. Sólo los casos claros de prohibición legal de un fin determinado avalan la inconstitucionalidad de la diferenciación legal en examen. En los casos de duda, por el contrario, debe considerarse *prima facie* legítimo el fin concreto perseguido por el legislador. En este sentido, todo derecho o bien jurídico sobre cuyo contenido no recaiga una prohibición explícita o implícita, puede fundamentar legítimamente un tratamiento legal diferenciado.

Fijado el fin perseguido por el legislador y definida su legitimidad, debe la Corte Constitucional examinar si la diferenciación legal es un medio idóneo o adecuado para alcanzar el fin perseguido por el legislador. La comprobación de la aptitud de la diferenciación para obtener el fin presupone definir previamente el concepto de idoneidad. En este sentido, la diferenciación legal en examen es un medio idóneo si entre ella y el fin existe una relación de causalidad positiva de acuerdo con algún criterio relevante para la realización de la finalidad perseguida. Dicha relación de causalidad positiva la reconstruye la Corte a partir de premisas empíricas. Si de acuerdo con dichas premisas no puede establecerse una relación positiva de causalidad, deberá concluirse entonces la falta de idoneidad de la diferenciación legal en examen y declararse su inconstitucionalidad. Por el contrario, si entre el medio y el fin existe una relación de causalidad positiva, podrá predicarse la idoneidad de la diferenciación legal en examen para procurar o facilitar la obtención del fin. En este caso, la intervención legislativa en el derecho de igualdad debe ser considerada idónea o *prima facie* legítima y someterse a los subsiguientes exámenes de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

- 6ª. El concepto de idoneidad se refiere siempre a la aptitud del medio para, de alguna forma, alcanzar el fin perseguido por el legislador, pero esa relación de causalidad positiva puede tener un mayor o menor grado de intensidad según el criterio desde el cual se le aprecie. Por esta razón puede haber tanto una versión fuerte como una versión débil del examen de idoneidad que determina la intensidad del control con que la Corte Constitucional revisa la diferenciación legal en examen. Una versión fuerte del examen de idoneidad aumenta la intensidad del control judicial sobre las intervenciones

- legislativas que afectan a los derechos y posiciones de igualdad garantizados por el mandato de tratamiento igual, pues no todas ellas serán medios idóneos para alcanzar, conseguir o asegurar la obtención del fin perseguido por el legislador. Por el contrario, una versión débil del examen de idoneidad disminuye la intensidad del control, lo que supone el reconocimiento de la autonomía y libertad del legislador para definir sus propios fines y los medios con que pretende alcanzarlos, pues condiciona la validez de las diferenciaciones legales, no a que éstas sean plenamente eficaces para alcanzar su finalidad, sino que faciliten en alguna medida su obtención. Salvo las diferenciaciones legales que de ningún modo contribuyen a la realización del fin, deberán considerarse válidas y, en consecuencia, someterse a los exámenes de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, las diferenciaciones legales que de algún modo contribuyan a la obtención del fin perseguido por el predisponente. En síntesis, la opción por una versión fuerte o débil del examen de idoneidad es indicativa de la opción por una actitud más activa de la Corte respecto de su función de proteger los derechos de igualdad o, por el contrario, más deferente con los derechos o principios que respaldan la diferenciación legal en examen.
- 7ª. Establecida la idoneidad de una diferenciación para conseguir la finalidad perseguida por el legislador, corresponde a la Corte Constitucional definir si dicho medio es también necesario o imprescindible. Una diferenciación legal es necesaria siempre que no exista un medio alternativo (M₂) que, siendo por lo menos igualmente idóneo para alcanzar la finalidad legislativa propuesta, sea menos restrictivo, o más benigno, con el principio de igualdad (P₁). Mediante el examen de necesidad, la Corte busca establecer la existencia de un medio alternativo equivalente, así como establecer el medio alternativo más benigno, o menos restrictivo, con el principio de igualdad. En la medida en que exista un medio alternativo que reúna ambas cualidades, la diferenciación legal deberá considerarse innecesaria o prescindible y declararse inconstitucional la ley que la contiene. El examen de necesidad presupone la existencia de medios alternativos a la diferenciación legal enjuiciada, frente a los cuales se pueda medir su idoneidad y el grado de afectación de los derechos y posiciones garantizados por el mandato de tratamiento igual.
- 8ª. Mediante el examen de proporcionalidad en sentido estricto, la Corte Constitucional define el ámbito de las posibilidades jurídicas de realización del mandato de tratamiento igual. En los casos concretos, las posibilidades jurídicas del principio de igualdad lo determina el principio que fundamenta la diferenciación legal. El examen de proporcionalidad en sentido estricto supone entonces una ponderación entre el principio de igualdad y el principio que fundamenta la diferenciación legal en examen. La colisión

que supone dicha diferenciación es resuelta por la Corte estableciendo una relación de precedencia entre ambos principios, teniendo en cuenta las condiciones particulares del caso concreto. Tales condiciones representan el supuesto de hecho de una regla cuya realización conlleva la consecuencia jurídica prevista en el principio dominante en la ponderación. Dicha regla es una norma iusfundamental adscrita que se fundamenta a partir de las premisas fácticas y jurídicas que sean relevantes en la etapa discursiva del juicio de igualdad.

La ponderación, a su vez, presupone definir tanto el grado de afectación negativa del principio de igualdad (P_1), como el grado de realización del principio que fundamenta la diferenciación legal en examen (P_2). Con fundamento en tales magnitudes, la Corte Constitucional definirá si la diferenciación legal es proporcionada o desproporcionada en sentido estricto. La consideración de la igualdad como mandato de optimización exige que una diferenciación legal sea considerada como desproporcionada en sentido estricto cuando logre un grado de realización del principio que la fundamenta menor que el grado de afectación que ella misma produce en el principio de igualdad. En otros términos, una diferenciación legal será desproporcionada en sentido estricto cuando el grado de afectación del principio de igualdad sea mayor que el grado de realización del principio que fundamenta aquella medida. Cuanto mayor sea el grado de afectación del principio de igualdad, mayor tendrá que ser el grado de realización del principio que fundamenta la diferenciación legal. Si una diferenciación legal, aun siendo idónea y necesaria, afecta desproporcionadamente al principio de igualdad en relación con el grado con que dicha medida contribuye a realizar el principio que la fundamenta, la optimización de aquél principio exige la invalidez de la norma que establece dicha diferenciación.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, Robert. *El concepto y la validez del Derecho* (J. Malem Seña, trad.), Barcelona, Gedisa, 1997.
- Alexy, Robert. *Zur Struktur der Rechtsprinzipien*, en B. Schilcher et al. (eds.), *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*, Wien, Österreich Verlag, 2000, pp. 31-52.
- Alexy, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica* (M. Atienza e I. Espejo, trad.), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales* (C. Bernal Pulido, trad.), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- Alonso García, Enrique. “El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española”, en *Revista de Administración Pública*, 100-102, Madrid, 1983, p. 37;
- Bernal, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 4ª ed., 2014.
- Bernal, Carlos. “El juicio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”, en *El Derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 257-283.
- Borowsky, Martin. *Grundrechte als Prinzipien. Die Unterscheidung von prima facie Position und definitiver Position als fundamentaler Konstruktionsgrundsatz der Grundrechte*, Baden-Baden, Nomos, 1998.
- Borowsky, Martin. *La restricción de los derechos fundamentales* (Rodolfo Arango, trad.), *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 20, núm. 59, mayo-agosto 2000, pp. 29-56.
- Borowsky, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales* (C. Bernal, trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.
- Cifuentes Muñoz, Eduardo. “La igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”, en *Pensamiento Jurídico*, Universidad Nacional de Colombia, nº 7, 1996.

- Clérico, Laura. *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, Baden-Baden, Nomos, 2001.
- Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio* (Marta Gustavino, trad.), Ariel, Barcelona, 1984.
- González Beilfuss, Markus. *El Tribunal Constitucional y la reparación de la discriminación normativa*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2000.
- Hart, Herbert Lionel Adolphus. *El concepto del Derecho* (G. Carrió, trad.), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2009.
- Hesse, Konrad. *Der allgemeine Gleichheitssatz in der neuen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Rechtsetzungsgleichheit*, en *Wege und Verfahren des Verfassungslebens, Festschrift für Peter Leche zum 65. Geburtstag*, P. Badura y R. Scholz (eds.), München, C.H. Beck, 1993.
- Huster, Stefan. *Rechte und ziele. Zur Dogmatik des allgemeinen Gleichheitssatzes*, Dunker und Humblot, Berlin, 1993.
- Jouanjan, Olivier. *Le principe d'égalité devant la loi en Droit allemand*, París, Economica, 1992.
- Larenz, Karl. *Metodología de la ciencia del Derecho* (M. Rodríguez Molinero, trad.), Barcelona, Ariel, 2ª ed. 2001.
- Leibholz, Gerhard, *Die Gleichheit vor dem Gesetz. Eine Studie auf rechtsvergleichender und rechtsphilosophischer Grundlage*, C.H. Beck, München und Berlin, 2ª ed., 1959.
- Michael, Lothar. "Die drei Argumentationsstrukturen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit-Zur Dogmatik des Über und Untermaßverbotes und Gleichheitssätze", en *JuS*, 2001, Heft 2, pp. 148-182.
- Rodríguez, César. "El test de razonabilidad y el derecho a la igualdad", en *Observatorio de Justicia Constitucional*, Bogotá, Universidad de los Andes y Siglo del Hombre Editores, 1998.
- Rubio Llorente, Francisco. "La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción", en *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- Ruiz Miguel, Alfonso. "La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *Doxa*, 19, 1996.

Stark, Christian. “Die Anwendung des Gleichheitssatz”, en *Der Gleichheitssatz im modernen Verfassungsstaat*, Christoph Link (ed.), Baden-Baden, Nomos, 1982.

Wieacker, Franz. *Historia del Derecho privado de la edad moderna* (F. Fernández Jardón, trad.), Madrid, Aguilar, 1957.

Wieacker, Franz. “Geschichtliche Wurzeln des Prinzips de verhältnismässigen Rechtsanwendung”, en M. Lutter, W. Lutter y H. Wiedemann (eds.), *Festschrift für Robert Fischer*, Berlín-Nueva York, De Gruyter, 1979.

Wróblewski, Jerzy, “Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision”, en *Rechtstheorie*, 5, 1974, pp. 33-46.