

## **CUESTIONES** Constitucionales

Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 25, julio-diciembre 2011

SOBERANES DÍEZ, José María, *La igualdad y la desigualdad jurídicas*, México, Porrúa, 2011, 194 pp.

Actualmente, es común escuchar, en los medios de comunicación, en discursos políticos, como proyectos de campaña electoral o planes de gobierno e incluso en conversaciones coloquiales, el tema de la igualdad. Todos hablan de la igualdad. Parece ser un tópico actual e importante, y en verdad lo es, —siempre la ha sido—, la igualdad es un aspecto innato a la condición humana y ha sido objeto de estudio de distintas disciplinas, como la sociología, la política, la filosofía y naturalmente el derecho.

A finales del siglo XVIII, producto del pensamiento ilustrado, la igualdad será —junto con la libertad y la fraternidad— el estandarte de la Revolución francesa y será plasmada como derecho del hombre en la Declaración Francesa de 1789 bajo la premisa de que, al nacer todos los hombres libres e iguales, deben en consecuencia recibir un trato igualitario por la ley, sin que puedan prevalecer privilegios o discriminaciones, se trata pues de una igualdad *ante* la ley. Pero esta concepción de la igualdad, que había influido en todo el mundo occidental, sufrirá un cambio de significado (*Bedeutungswandel*) tras la Segunda Guerra Mundial, y será entendida como un verdadero derecho subjetivo que vinculará a todos los poderes públicos incluido el legislador. Se hablará entonces ya no de un derecho *ante* la ley sino de un derecho *en* la ley.

En México, la recepción del concepto de igualdad desde el primer constitucionalismo obedecerá a las ideas liberales, mientras que la concepción nacida de la Segunda Guerra Mundial, tendrá muy poca —si no es que ninguna— acogida, ya por la jurisprudencia, ya por la doctrina constitucional. Pero apenas hace unos meses, en enero de 2011, la casa editorial Porrúa ha tenido a bien publicar un excelente libro titulado *La igualdad y la desigualdad jurídicas*, autoría del joven constitucionalista José María Soberanes Díez, en el que se aborda esta “nueva” perspectiva de la igualdad nacida de la segunda posguerra.

La obra es en esencia la tesis doctoral del autor, que tras varios años de investigación en el programa de Doctorado en Derecho en la Universidad Panamericana defendiera ante un tribunal de la más alta estatura intelectual conformado por dos ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el doctor Genaro David Góngora Pimentel y el doctor José Ramón Cossío Díaz, además del doctor Juan Abelardo Hernández Franco, profesor de Filosofía del Derecho y secretario académico de la Facultad de Derecho de esta casa de estudios; el doctor Alberto Saíd Ramírez, profesor de Teoría General del Proceso; el doctor José Antonio Lozano Díez, director de la Facultad de Derecho de esta Universidad, y el doctor Edgar Corzo Sosa, investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

El libro es en realidad el reflejo del autor, por un lado muestra su marcada vocación académica y por el otro, una intensa experiencia profesional en la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Consecuencia de lo primero es el amplio conocimiento de la doctrina europea más actualizada sobre derechos fundamentales; influencia de lo segundo es la naturalidad y soltura con la que el autor cita y analiza las sentencias de nuestro más alto tribunal. El resultado es una obra que combina la doctrina iusfundamental europea más actual trasladada al análisis de las resoluciones de nuestra Corte, logrando así que la investigación no se quede un plano teórico abstracto sino que aterrice en el terreno de lo práctico, en la práctica judicial. Se devela pues, en pocas palabras, la gran madurez intelectual, académica y profesional del autor.

Pero además de la capacidad del doctorando, una buena tesis, como es el caso de ésta, depende en gran medida de una buena dirección. El doctor Edgar Corzo Sosa, reconocido constitucionalista, fue el director de este trabajo y su rigor académico se ve reflejado en la obra. Como no podía ser de otra forma, es él quien prologa el libro de su discípulo y amigo José María y al hacerlo, considera que se trata de un trabajo que marcará el camino a seguir por el Poder Judicial “para tener las cosas menos confusas” (p. XI) y en verdad no cabe duda al respecto, pues se trata de una obra propositiva, innovadora y muy sugerente.

Por todo lo anterior, la tarea de reseñar este trabajo no resulta fácil. Tenemos ante nosotros la gran responsabilidad de comunicar en unas pocas páginas, el importante mensaje que José María Sobranes Díez nos transmite en su obra. Esperamos pues simplemente poder hacerle justicia al libro y a su autor.

Estructurado el libro en cinco capítulos, el primero de ellos lleva por título “El surgimiento de la noción de igualdad y su reconocimiento normativo”. En él, el autor repasa de manera breve pero concisa el desarrollo histórico de la noción de igualdad y para ello, se remonta hasta la época de los griegos, quienes entendían a la igualdad como el trato “igual a los iguales y desigual a los desiguales”. Pero si todos los hombres son iguales (según el pensamiento estoico y judeo-cristiano) falta en esta percepción griega de igualdad —según advierte Sobranes Díez— un punto de comparación respecto del cual se predique la igualdad, es decir, un *tertium comparationis*. Este *tertium comparationis* es pues una idea previa al juicio de relación sin el cual el juicio de igualdad carece de sentido, por lo que no es de extrañar que el autor recurra a él a lo largo de toda su obra.

En el pensamiento ilustrado, como ya adelantábamos, la igualdad supondrá la abolición de privilegios y el establecimiento de una igual eficacia de la ley para todos. Se entiende que, como todas las personas son iguales (sin privilegios ni prerrogativas) la ley es la misma para todos sin distinción alguna. Se trata pues de una concepción material en la que se identifica a la igualdad con la generalidad y la abstracción de la ley, en pocas palabras, es una igualdad *ante* la ley.

Pero si en el pensamiento liberal la igualdad fue concebida como una igualdad *ante* la ley, después de la Segunda Guerra Mundial la percepción cambiará y se entenderá que no se puede exigir la igualdad si ésta no se contiene también en las mismas normas, lo que conlleva a exigir que las leyes cumplan con ésta, dando paso así a la igualdad *en* la ley (p. 34).

Esta idea permeará en el constitucionalismo posbélico de las “nuevas” naciones y aunque —curiosamente— no haya sido recogido en estos términos en la Ley Fundamental de Bonn, cuyo artículo 3o. señala que “todas las personas son iguales ante la ley”, ello no será obstáculo para que, desde el primer momento en que el Tribunal Constitucional Federal alemán tenga oportunidad reconozca como algo evidente que la igualdad vincula también al legislador (p. 24). De igual forma lo reconocerá después la Corte Constitucional italiana y años más tarde el Tribunal Constitucional español.

Abordada la cuestión histórica, el autor analiza en el capítulo segundo *las condiciones normativas de la igualdad* en la Constitución Política mexicana. Es decir, si la igualdad es una regla, un valor o un principio, y

para ello acude a la distinción ya clásica hecha por Robert Alexy en su *Teoría de los derechos fundamentales* concluyendo que, las reglas son determinadas, los principios son indeterminados porque su objetivación depende del juez y los valores impredecibles porque su configuración depende de una libertad de configuración y de ciertos criterios políticos. (pp. 30 y 31).

Al tratar de encuadrar la igualdad en estas categorías, el autor advierte que no se trata de una regla (p. 32), pues no es posible definir en términos absolutos si dos razones son iguales o diferentes; en todo caso, la única manifestación de la igualdad como regla contenida en la Constitución mexicana sería la esclavitud, prohibida de manera expresa en el artículo lo., párrafo segundo, toda vez que no se puede valorar la razonabilidad del *tertium comparationes* libertad. Su uso está prohibido en cualquier caso.

Por el contrario, el autor identifica a la igualdad como un principio, de hecho, ya desde la introducción de la obra y en otras páginas, el autor se refiere a la igualdad como tal, pero es en este apartado en el que explica que, debido a que la igualdad se expresa como un mandato de optimización, tiene estructura de concepto y proyección normativa, la igualdad es un principio. Como tal, como principio, la igualdad comprende dos dimensiones, una material y otra formal. La igualdad material, se refiere a la igualdad de las personas en el ámbito social; se enfoca no tanto en que las personas sean consideradas como iguales sino que efectivamente los sean en la vida diaria y para ello, la Autoridad tiene el mandato de remover los obstáculos que impidan o dificulten que esta igualdad sea real y efectiva. La igualdad formal, por el otro lado, implica la idéntica consideración jurídica de las personas, pero ya no sólo en su clásica concepción liberal ilustrada, como igualdad ante la ley, sino también —como ya decíamos— en la moderna concepción nacida después de la Segunda Guerra Mundial como una igualdad *en* la ley.

Siguiendo con las condiciones normativas, resulta que a diferencia de los principios, los valores son objetivos que una sociedad pretende alcanzar y en este sentido, señala el autor, la igualdad es también un valor, es una cuestión que trasciende las dimensiones de igualdad *ante* y *en* la ley pero constituye el objetivo en el que estas expresiones se fundamentan, opera pues, como una norma de grado superior, como una norma de tercer grado con eficacia interpretativa.

Identificada así (como valor, principio y regla, en el caso de la esclavitud), la igualdad tiene tres funciones: por una parte orientar todo el sistema jurídico-político, de esta desprende una función crítica que permite medir las manifestaciones de este valor en dicho sistema jurídico y finalmente tiene una función fundamentadora al informar su núcleo todo el ordenamiento (pp. 35 y 36).

Pero además, la igualdad es —obviamente— un derecho fundamental. Para determinar este carácter de fundamentalidad, el autor determina primero que se trata de un derecho subjetivo, pues aunque es un derecho relacional que carece de contenido material, ello no quiere decir que no tenga un objeto que lo haga reconocible y distinto de los demás, este objeto es la equiparación. Por otro lado, el carácter fundamental de un derecho se determina también con base en tres concepciones distintas: una material considera que un derecho es fundamental en tanto coadyuva a la realización de la dignidad humana mediante el desarrollo de un valor constitucional; una postura formal, como la utilizada en España, considera que un derecho es fundamental dependiendo del tipo de protección que disfruta, y un criterio de fundamentalidad considera que un derecho es tal en tanto comprende un contenido esencial, que en el caso del derecho de igualdad, como ya se indicó, es la equiparación. La igualdad satisface las tres posturas antes reseñadas, cumple con el criterio material, con el criterio formal y también con el del contenido esencial. En consecuencia, se puede decir que se trata de un derecho fundamental en toda regla.

Identificada la igualdad como derecho fundamental, hay que señalar ahora desde la teoría analítica de qué tipo de derecho estamos hablando. Si es un derecho a algo, una libertad o una competencia. Por lo regular, la igualdad suele identificarse como un derecho a algo, un derecho a no ser tratado desigual, sin embargo, como la igualdad tiene una estructura relacional debería de incluirse en su concepción el trato y el sujeto con el que se compara el trato impugnado. Por ello y en aras de identificar de la mejor manera posible al derecho de igualdad en teoría analítica, el autor propone una cuarta categoría que quedaría expresada en el sentido: *x tiene frente a y derecho a ser tratado de la forma z, en donde z es igual que el trato b que a recibe de y.*

Como derecho fundamental, la igualdad tiene naturalmente un titular y un destinatario. El autor da por hecho que los titulares del derecho a la igualdad son las personas físicas, y no hay duda al respecto, el problema

consiste más bien en determinar si las personas jurídicas son también titulares del derecho de igualdad, pero la cuestión no ha sido abordada en México, (como se ha hecho en España), si en todo caso, respecto a la titularidad del juicio de amparo, lo que no significa su reconocimiento sustantivo. Por ello el autor clama por una resolución judicial que marque las pautas sobre la titularidad del derecho de igualdad por las personas jurídicas (p. 44). En realidad, creemos, sería oportuno un pronunciamiento sobre la titularidad de los derechos fundamentales por personas jurídicas en términos generales y no solo respecto de la igualdad, claro que este no es el tema que ahora nos ocupa.

Respecto al destinatario o sujeto pasivo de la igualdad, el autor considera que este no es sólo el Estado sino también los particulares. Es decir, que la igualdad despliega una eficacia horizontal, claro que la intensidad de ésta será distinta a la que opera en el control de los poderes públicos. En efecto, la misma teoría de la *Drittwirkung* señala que la eficacia horizontal de los derechos no opera de la misma manera que frente al Estado ni respecto de todos los derechos fundamentales. En consecuencia, el autor indica que la eficacia horizontal del derecho de igualdad es predicable en el caso de la discriminación, en la igualdad entre mujeres y hombres y en la igualdad retributiva, pero no así en los casos de la igualdad genérica ni de la equidad tributaria (pp. 47 y 48).

Una vez situados sobre la evolución histórica y la concepción normativa de la igualdad, el autor pasa a estudiar la forma en que ésta es recogida en la Constitución mexicana y ello lo hace en los capítulos tercero y cuarto. En el tercero, aborda la igualdad genérica y en el cuarto las manifestaciones específicas recogidas en el texto constitucional.

Al abordar *la igualdad genérica en la Constitución mexicana*, el también profesor de la Universidad Panamericana, hace en primer lugar una rápida revisión histórica de su reconocimiento en las Constituciones de nuestro país y en la jurisprudencia constitucional. La forma en que la igualdad ha sido recogida en nuestros distintos textos constitucionales obedeció a la concepción liberal burgués que identificaba a la igualdad con la generalidad de la ley. En la Constitución vigente, sin embargo, se observa que la igualdad fue reconocida (sobre todo en el artículo 123, fracción VII) acorde con una concepción social del Estado, no obstante, ello no generó las discusiones que por ejemplo se produjeron en Alemania a partir de la Constitución de Weimar. Muy por el contrario, en Méxi-

co se seguirá concibiendo a la igualdad bajo la concepción tradicional, es decir únicamente como una igualdad *ante* la ley pero no *en* la ley (p. 59).

Al repasar la jurisprudencia constitucional se observa también, sin mayor novedad, que la concepción recogida en ella es la propia de un Estado liberal. Será el 2004 cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación abandone este criterio y reconozca la igualdad en la ley.

En 2005, nuestro más alto tribunal sostuvo que la igualdad es un concepto relacional y no una cualidad intrínseca, que se trata de una relación entre al menos dos personas, objetos o situaciones y siempre es el resultado de un juicio que recae sobre una pluralidad de “términos de comparación”. A partir de este razonamiento se señaló que la determinación del tercio de comparación es una decisión libre mas no arbitraria y a partir de entonces el principio de igualdad se ha expresado en términos de la razón suficiente que justifique el trato desigual. El problema consiste entonces en determinar cuándo se entiende que el trato desigual es razonable y no arbitrario y para solucionar esta cuestión la Suprema Corte recurre al principio de proporcionalidad —que será explicado más tarde por el autor— con el cual analiza si el legislador adopta los principios de adecuación y proporcionalidad. Este método fue utilizado por el pleno al conocer el caso de los miembros de las Fuerzas armadas dados de baja por ser portadores de VIH, señalando que la Ley del Instituto de Seguridad Social de la Fuerzas armadas transgredía el principio de igualdad al contemplar la expulsión de los militares portadores de VIH por tratarse de una medida desproporcionada (pp. 67 y 68). Así, la Suprema Corte reconoce que la igualdad se refiere también a la igualdad *en* la ley y abandona el criterio clásico.

Después del análisis de esta sentencia, el autor llega a la conclusión de que el deber de trato igual que se impone al legislador debe formularse como la prohibición de tratar lo esencialmente igual arbitrariamente desigual (p. 73). O sea, que la clásica fórmula *tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales*, se transforma para ser entendida más bien como un *trato igual a los iguales y desigual a los iguales* cuando exista una razón que lo justifique, y para determinar si el trato desigual es justificado será necesario acudir a otro juicio de razonabilidad. En pocas palabras el trato igual implica razonabilidad en la elección del *tertium comparationis* y razonabilidad en el trato desigual (p. 74).

Este trato igual o desigual justificado que se impone al legislador puede consistir en mandatos implícitos o explícitos. Los primeros son aquellos supuestos en los que una norma superior no ordena expresamente hacer un trato diferenciado, pero no hacerlo sería irrazonable, como ocurre en el caso de las personas con discapacidad; los mandatos explícitos son aquellos en los que el principio de igualdad en la ley no es un fin en sí mismo, sino un instrumento al servicio del valor de igualdad material, se debe desigualar formalmente para abatir la desigualdad real de un determinado grupo.

Entendida la igualdad en estos nuevos términos el autor trata de descifrar donde puede estar contenida en el texto constitucional. Algunas sentencias de la Suprema Corte identificaron al principio de igualdad en el primer párrafo del artículo 1o. de la Constitución mexicana cuando este señalaba que “todo individuo gozará de las garantías que otorga la Constitución”, y como se entendía que todas las personas son iguales, (sin privilegios) gozan en consecuencia de todos los derechos fundamentales. Sin embargo, esta percepción es deudora del pensamiento racionalista y como bien apunta el autor, la igualdad en el goce de los derechos no equivale a un mandato de trato igual ni a un deber de trato desigual al legislador (p. 82). Otras resoluciones encontraron al principio de igualdad en el artículo 5o., párrafo primero de nuestra Constitución toda vez que este apartado respeta el principio de igualdad al reconocer el derecho del trabajo a toda persona sin hacer distinción alguna. Pero esta concepción señala el autor, podría sostenerse en realidad de todo precepto constitucional que esté redactado en términos universales (p. 84). También se ha sostenido que la igualdad está en toda la Constitución, pero reconocerlo así significa que no se encuentra en ningún precepto y en consecuencia que no existe un fundamento adecuado de la igualdad en el texto constitucional.

Otras sentencias han sostenido, desde la inclusión, en 2001, de la prohibición expresa de discriminación en el tercer párrafo del artículo 1o. de la carta magna, que la igualdad se encuentra contenida en este precepto al hacer una lista de *tertia comparationis* prohibidas. Pero en este numeral tampoco se encuentra contenida la igualdad entendida como la obligación de no realizar distinciones arbitrarias ni el deber de no distinguir cuando sea irrazonable no hacerlo.



Por último, el artículo 13 también ha sido fundamento, el más recurrido de hecho, para fundar el principio de igualdad. El problema que presenta este precepto es que no contiene el principio de igualdad de manera afirmativa, sino negativa, o sea señalando prohibiciones para respetar el principio de igualdad, lo que responde a la concepción de la igualdad en el pensamiento liberal.

Y así pues, al no encontrar el autor un precepto constitucional concreto que reconozca la igualdad en los términos por él antes esbozados, propone reconocer de manera expresa la igualdad ante la ley y en la ley en el tercer párrafo del art. 1o. de la Constitución quedando de la siguiente manera: “... Todos los individuos son iguales ante la ley, y en ella gozarán de los mismos derecho, libertades y oportunidades...” (p. 89).

El capítulo cuarto del libro se refiere a *las manifestaciones específicas de la igualdad en la Constitución mexicana*. En este apartado, el autor identifica los artículos en los que la igualdad se encuentra reconocida de manera puntual.

La *primera manifestación* concreta de la igualdad en la Constitución mexicana se contiene en el párrafo tercero del artículo 1o., que tras la reforma de 2001 prohíbe la discriminación, la cual, guarda una estrecha relación con la igualdad, pues ambas contienen una distinción que produce un trato diferente, sólo que en el caso de la discriminación se funda en diez *tertium* específicos prohibidos de manera expresa, lo que no quiere decir que sean absolutos, por el contrario, existen medidas legislativas que si bien se fundan en estos *tertium* prohibidos, no se consideran contrarios a la igualdad, pues su intención es precisamente eliminar situaciones discriminatorias preexistentes. Se trata pues de la discriminación inversa o también llamada acciones afirmativas, que son excepciones a la prohibición constitucional de utilizar determinados *tertia comparationis* toda vez que su uso resulta necesario para eliminar prácticas discriminatorias arraigadas.

En la jurisprudencia constitucional mexicana no ha habido muchos casos sobre discriminación, pero el que parece se ha convertido en el *leading case* ha sido el de los militares portadores de VIH, respecto del cual el autor se muestra crítico al analizar el tratamiento que se le dio por la Suprema Corte, pues en vez de abordar el conflicto en clave de igualdad, o mejor dicho como un caso de desigualdad por discriminación, valora el problema como si se tratase de dos principios en colisión, la eficacia de

las Fuerzas armadas por una parte y el principio de igualdad por la otra. Pero es que la eficacia de las Fuerzas Armadas no es un principio, según entiende el autor, sino un fin constitucional, por lo que el caso debió de haberse planteado desde la perspectiva del trato desigual a dos militares con base en un *tertium comparationis* vedado constitucionalmente, y analizar si el trato desigual estaba justificado por el fin constitucional mencionado (la eficacia de las Fuerzas Armadas).

La *segunda manifestación* concreta del principio de igualdad contenida en el texto constitucional se encuentra en el artículo 4o., que reconoce la igualdad del hombre y la mujer ante la ley, pero como ya puede advertirse, esta fórmula es de marcado corte liberal. Hoy, por el contrario, no basta con que la Constitución y los tratados internacionales reconozcan la igualdad entre ambos géneros sino que hacen falta acciones políticas (acciones afirmativas) tendentes a eliminar la desigualdad real entre mujeres y hombres. Una acción afirmativa en favor de las mujeres se justificará (o no) en la medida en que la restricción a la igualdad, se justifique, y para ello, habrá de ser necesaria, adecuada y proporcional y entonces lograr la igualdad de oportunidades entre ambos sexos. Toda esta cuestión le resulta paradójica al autor, pues como bien apunta, resulta que para conseguir la igualdad de facto hay que crear una desigualdad de *iure* y la igualdad de *iure* produce desigualdad de facto.

La *tercera manifestación* concreta de la igualdad en la Constitución mexicana, y la que mas jurisprudencia ha producido, es la referente a la equidad tributaria reconocida en el artículo 31. En este supuesto el *tertium comparationis* identificado ha sido el hecho imponible, aspecto con el que no comulga el autor, pues para él, el hecho imponible es un elemento que utiliza el legislador para distinguir, y la igualdad no puede encontrarse en un trato desigual, sino en un elemento ajeno. Por el contrario, el autor propone que: “siendo la capacidad contributiva un elemento ajeno a la definición legal de los elementos del tributo, y siendo la justa medida de éstos, (...) sea considerada el *tertium comparationis* de la equidad tributaria” (p. 124).

La *cuarta y última manifestación* de la igualdad es la igualdad retributiva. “A trabajo igual salario igual”, reza el artículo 123, pero si se toma como *tertium comparationis* la actividad laboral, el autor no encuentra problemático que a trabajos iguales correspondan salarios desiguales, siempre que la desigualdad esté justificada.

Una vez analizadas las manifestaciones concretas de la igualdad en la Constitución mexicana el autor considera pertinente introducir una fórmula que permita la discriminación inversa en la Constitución y propone una reforma constitucional que debería incluirse justo después de la cláusula antidiscriminatoria del tercer párrafo del artículo 1o. de la Constitución. Respecto a las otras tres manifestaciones el autor no considera que deban ser reformadas (pp. 131 y 132).

Después de estudiar el desarrollo, la concepción, y la forma en que el derecho de igualdad es recogido en la Constitución mexicana el autor procede a estudiar la forma en que opera, en el que es, desde nuestra percepción, el capítulo más sugerente e interesante del libro, denominado *el juicio de igualdad*.

En este quinto y último apartado, el autor traslada el juicio de razonabilidad utilizado con gran intensidad por los tribunales constitucionales europeos para determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las intervenciones hechas a los derechos fundamentales, al caso concreto de la igualdad. Claro que este supuesto, explica Soberanes Díez, difiere del juicio normal, pues mientras que éste tiene dos elementos, la norma y la Constitución, aquél tiene tres, la norma impugnada, la norma de comparación y la Constitución.

En los casos de igualdad, dice el autor, es necesario realizar dos juicios de razón práctica para determinar si una ley se adecua o no a este principio. Primero, debe determinarse si entre ambas razones existe identidad (comparación) y, en segundo término, debe valorarse si el trato desigual es razonable (justificación).

Apoyándose en las resoluciones del Tribunal Constitucional Federal alemán, y también de la Corte Constitucional italiana y del Tribunal Constitucional español, el autor sostiene que el primer requisito para declarar inconstitucional un trato desigual es que los supuestos de hecho sean iguales. Así pues, señala el autor, el juicio de igualdad se compone de dos fases, las cuales, han sido denominadas en Alemania como autovinculación del legislador o juicio de racionalidad, la primera y juicio de proporcionalidad la segunda; los italianos no hacen una distinción teórica, aunque lo aplican en la práctica, y en España se distingue entre juicio de racionalidad y de proporcionalidad y ambos se contienen en el denominado juicio de razonabilidad. Apegándose pues a la denominación

española el autor procede a estudiar el juicio de igualdad o razonabilidad con sus dos componentes, racionalidad y proporcionalidad.

El juicio de racionalidad implica para Soberanes Díez, no la comparación de dos normas, como sostienen ciertos autores, sino la comparación entre dos situaciones jurídicas (pp. 137 y 138). La primera situación jurídica se deriva de la norma impugnada y recibe el nombre de razón o término impugnado, la segunda situación sirve para predicar la igualdad o desigualdad respecto a la primera y es conocida como término de comparación (que no debe confundirse con el *tertium comparationis*).

Así, en el juicio de racionalidad debe identificarse primero el *tertium comparationis* y después analizarse la relación que tiene respecto a la finalidad de la norma. Si de acuerdo a la finalidad de la norma ambas situaciones jurídicas se encuentran en la misma posición se pasa entonces al juicio de proporcionalidad.

El juicio o test de proporcionalidad se aplica con regularidad en la mayoría de las jurisdicciones constitucionales europeas para determinar si la limitación de un derecho fundamental es o no constitucional. En términos generales este principio implica que toda restricción a los derechos fundamentales debe ser adecuada, necesaria y proporcional en sentido estricto. Claro que en el caso de la igualdad este *test* de proporcionalidad es distinto; no debe aplicarse para determinar si la injerencia en el derecho es justificada (o no) como normalmente se hace, sino para determinar si el trato desigual es proporcional, utilizando, eso sí, los mismos parámetros de adecuación, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*.

La *adecuación* implica que toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada (valga la redundancia) para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. La medida debe de tener un fin legítimo y además debe ser idónea para conseguir ese fin, si no contribuye a la obtención del fin no es idónea. Trasladado al caso específico de la igualdad, la adecuación significa que una norma haga una diferenciación con la intención de obtener un fin relevante y constitucionalmente lícito y esta diferenciación ha de ser idónea para conseguir el fin que se persigue.

La *necesidad* implica que toda intervención a un derecho fundamental debe ser la más benigna con el derecho intervenido entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto. La necesidad implica un análisis entre varias op-

ciones con igual o mayor eficacia y valorar si la medida adoptada es la que menos restringe al derecho. Si hay un medio menos restrictivo que el adoptado, la norma resulta inconstitucional. Llevado al plano de la igualdad ha de considerarse si existen otras medidas diferenciadoras iguales o más efectivas que la medida diferenciadora utilizada y si ese fuese el caso la medida adoptada no habrá sido necesaria y en consecuencia será inconstitucional.

La *proporcionalidad en estricto sentido* tiene como objeto determinar si la medida restrictiva del derecho guarda una relación razonable con el fin que se procura alcanzar. Para ello ha de ponderarse entre la importancia que tiene la realización del fin que se pretende mediante la intervención del derecho y la intervención del derecho. Esto significa darle un peso a un derecho y otro peso al fin, y debido a la dificultad que ello implica se ha considerado necesario integrar el contenido esencial del derecho al juicio de proporcionalidad *stricto sensu*. Así, este subprincipio, señala el autor, consta de dos partes, por un lado el costo beneficio entre el fin y la intervención del derecho y por el otro, el contenido esencial del derecho (p. 152). En el caso de la igualdad, la proporcionalidad *stricto sensu* consistirá en valorar si el trato desigual hecho por la norma se compensa con el fin que se persigue.

Una vez explicado el análisis de razonabilidad, el autor propone su uso en los casos de igualdad y nos muestra como ejemplo su utilización en el caso de los militares portadores de VIH. Y ya por último, el autor también traslada este juicio a los casos concretos de igualdad contenidos en el texto constitucional, es decir, a la discriminación, a la igualdad entre hombres y mujeres, a la equidad tributaria y a la igualdad retributiva, encontrando que no puede aplicarse de igual manera a todos ellos. Así, en el caso de la discriminación, la igualdad entre hombres y mujeres y en la igualdad retributiva se aplicará un examen estricto, mientras que en el caso de la equidad tributaria y la igualdad general procederá un examen laxo.

José María Soberanes Díez termina su obra con un apartado de conclusiones en el que presenta de manera condensada y a manera de incisos las ideas más importantes de cada uno de los capítulos, lo que resulta útil e incluso didáctico, pero se echa de menos una conclusión general, un broche de cierre de todo el trabajo. Desde nuestra concepción, la gran aportación de su obra lo constituye el juicio de razonabilidad que propone para la solución de los conflictos de igualdad, entendiendo, claro

está, que la igualdad ya no debe ser concebida como una igualdad *ante* la ley sino también *en* la ley y que respecto de esta última perspectiva la igualdad no es *tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales*, sino *tratar desigual a los iguales* cuando exista una justificación razonable.



José Juan ANZURES\*

\* Doctorando en el Programa de Doctorado en Derecho de la Universidad de Navarra, España.