



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO

**CRÍTICA
DE LA IGUALDAD EN LA LEY**

TESIS

**QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE :
MAESTRO EN DERECHO**

PRESENTA

FRANCISCO ALEJANDRO OLMOS DE LA TORRE

Directora de Tesis:

Carla Huerta Ochoa

Instituto de Investigaciones Jurídicas

Ciudad Universitaria, Ciudad de México, marzo de 2017



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN GENERAL

.....7

TABLA DE SIGLAS

.....15

PRIMERA PARTE

IGUALDAD SUSTANTIVA E IGUALDAD FORMAL

INTRODUCCIÓN

.....19

CAPÍTULO I

CRÍTICA A LA TEORÍA DE LA IGUALDAD DE LA SCJN

1.1. Delimitación de la teoría.....23

1.2. La teoría de la igualdad de la Primera Sala.....24

1.3. La teoría de la igualdad de la Segunda Sala.....32

CAPÍTULO II

CRÍTICA A LA TESIS DE PETER WESTEN

2.1. La tesis de WESTEN.....57

2.2. Una distinción teórica entre las dimensiones sustancial y formal de la igualdad.....62

CONCLUSIÓN

.....66

SEGUNDA PARTE

LA TEORÍA DE LA IGUALDAD FORMAL

INTRODUCCIÓN

.....	71
-------	----

CAPÍTULO III

LOS CONCEPTOS DE LA TEORÍA

3.1. Igualdad formal y otras exigencias de igualdad: no discriminación, no arbitrariedad y no sometimiento.	75
3.2. Un concepto formal y puro del mandato de igualdad en la ley.	86
3.3. La razón de ser de la norma y su finalidad.	89
3.4. Cumplimiento y violación al mandato de igualdad en la ley.	91
3.5. Igualdad, justicia, adecuación o racionalidad, y proporcionalidad.	93
3.6. Efectos de la norma: beneficio y perjuicio.	97

CAPÍTULO IV

LOS CASOS DE VIOLACIÓN AL MANDATO DE IGUALDAD EN LA LEY

4.1. Vuelta a los reclamos de la igualdad y de la justicia.	99
4.2. Ambivalencia normativa: reclamos de igualdad positivos y negativos.	99
4.3. Fórmulas de la igualdad.	103
4.4. La matriz de todos los casos de igualdad.	105
4.4.1. Los casos de la dimensión del trato igual a los iguales.	108
4.4.2. Los casos de la dimensión del trato desigual a los desiguales.	112

CAPÍTULO V

EL JUICIO DE IGUALDAD

5.1. El problema de la identificación.	117
5.2. El problema de la reparación.	120
5.2.1. La igualdad en conflicto.	121

CONCLUSIÓN

.....123

TERCERA PARTE

LA ARTICULACIÓN DE LOS JUICIOS DE IGUALDAD Y DE PROPORCIONALIDAD

INTRODUCCIÓN

.....129

CAPÍTULO VI

**¿PUEDE ENJUICIARSE LA VALIDEZ DE UNA MISMA NORMA DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA
IGUALDAD Y DE LA PROPORCIONALIDAD?**

6.1. Las dimensiones del análisis. 131
6.2. Un problema común.132
6.3. La articulación de los juicios de igualdad y de proporcionalidad.134

CONCLUSIÓN

.....141

CONCLUSIÓN GENERAL

.....143

FUENTES

.....147

INTRODUCCIÓN GENERAL

Quise analizar el derecho a la igualdad desde que leí por primera vez una tesis de la Suprema Corte que contenía el estándar constitucional de este derecho para los productos del legislador. La encontré en el merendero, junto a un puñado de tesis más. Era la actualización más reciente de criterios aislados y jurisprudenciales que difundía el Poder Judicial de la Federación a sus jueces y magistrados. En ese entonces, mi padre era juez de distrito y yo estudiaba el tercer semestre de la licenciatura en abogado. Él se encontraba revisando un proyecto de sentencia, cuando, de manera intempestiva, le tendí la tesis y le pregunté si la entendía. La leyó y compartimos la impresión de que era un criterio demasiado complejo. Me comentó, algo molesto, que esto se debía a la incorporación en las sentencias de teorías puramente académicas; que era, pues, un criterio «doctrinal» y no «judicial», o algo así. Claro que era necesario leer los precedentes que originaban la tesis para formarse un buen juicio sobre su aptitud para ser aplicada o no con facilidad al caso concreto; pero, ¡sí que se trataba de un criterio contra-intuitivo!

Cuando cualquiera, con poca instrucción, comienza a pensar en la igualdad, a soltar ideas descuidadamente, lo primero que quizá le venga a la cabeza es la regla que leyó o escuchó alguna vez, de que la igualdad implica tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, y se requiere un nivel de intuición mínimo para saber que esta regla se aplica comparando. Pero el estándar de respeto a la igualdad en la ley que impuso la Corte en esa tesis exige más que hacer una comparación interpersonal. Habla de que la diferenciación normativa debe perseguir una finalidad legítima, ser adecuada y proporcional, y esto último sí implicaba una comparación, pero no entre personas, sino entre valores, ventajas y desventajas. ¡Qué raro! Pero lo más extraño era que esas exigencias resultaban ser las mismas que las del juicio de proporcionalidad, el cual se presenta típicamente como un método para resolver las colisiones entre derechos o principios.

Comencé la crítica a la teoría de la igualdad de la Suprema Corte a propósito de un concurso nacional de ensayo sobre el derecho a la no discriminación organizado por el CONAPRED. Me pregunté si, a partir de esta línea jurisprudencial, era posible legitimar una norma abiertamente discriminatoria si rebasaba un juicio de proporcionalidad. No era la pregunta más pertinente, pero surgía de la misma intuición con la que ahora escribo este trabajo. De acuerdo con

la tesis, si existe una norma que ha tratado desigual a los iguales, esto no conduce, a juicio de la Corte, a amparar en automático al quejoso, porque podrían existir razones suficientes para darle un trato desigual o, lo que es lo mismo, la norma puede superar un test de proporcionalidad y esto implicará que la norma no viola la igualdad, a pesar de que trate desigual a los iguales. La idea no es tan fácil de aprehender: es un lugar común pensar que si una norma trata desigual a los iguales, entonces es una disposición que viola la regla de tratar igual a los iguales; en pocas palabras, que viola la igualdad. No obstante, la Corte quiere decir que si una norma viola la igualdad (en este sentido común), al mismo tiempo no la viola si lo hace con una finalidad legítima, y de manera adecuada y proporcional.

Me pareció entonces que había una mezcla casi homogénea de juicios. Me pregunté si era posible disgregarlos, y así comenzó todo. Un día entendí que no solo era posible hacer esta separación, sino que además era necesario si se quería salvar la coherencia entre la pretensión del demandante y la decisión judicial. El argumento es increíblemente simple: si el justiciable pretende que lo incluyan en un régimen de beneficio porque considera que comparte el mérito de los favorecidos, es comprensible que le importe poco y quizá nada que ese régimen persiga una finalidad legítima y que constituya, además, una medida adecuada y proporcional. Puede estar de acuerdo en que la norma satisface esas condiciones. Puede no estarlo. Puede que le dé lo mismo.

Claro que también es comprensible que al juzgador constitucional sí le preocupen estas cuestiones. Hay buenas razones para negar la inclusión del justiciable a un régimen inconstitucional, por desproporcionado. Lo que no es nada entendible es que la razón de que se favorezca o no al justiciable dependa absolutamente del principio de proporcionalidad. ¿Por qué? Por un lado, si el régimen de beneficio es desproporcionado, los conceptos de violación a la igualdad se vuelven inoperantes, y eso, como dije, es entendible -aunque también discutible-, y si, por otro lado, no es desproporcionado, esto equivale a decir solamente que no se trató de manera injustificada a las clases incluidas en el beneficio, por lo que se declarará la validez del régimen, y se negará el amparo sin que los planteamientos de igualdad hubieren sido estudiados, es decir, sin saber si el promovente tenía derecho o no de estar incluido en el beneficio. Cualquiera que sea la respuesta, el justiciable no vencerá.

Para que lo constate, invito al lector a revisar los casos que se analizan en el primer capítulo de este trabajo. Siendo francos, en estos precedentes no se concluye que el legislador violó o no la igualdad, aunque así lo expresan. En realidad terminan por establecer que no se puede estudiar si el quejoso merecía el mismo trato, o si la clase con la que este se compara no merecía, al igual que él,

sujetarse al efecto de la norma. Se concluye que eso sería invadir la competencia del legislador. Al parecer la igualdad, como la entendieron los justiciables, es un derecho no justiciable. ¿O tal vez no sea un derecho?

Si se examinan otros precedentes quizá se localice alguno en el que el quejoso haya planteado una violación a la igualdad, y le fuera concedido el amparo por violación a este derecho, a partir de un test de proporcionalidad. ¿Cómo es eso posible? Un caso emblemático de nuestra Suprema Corte es el de la seropositividad de los militares como causal de retiro por inutilidad. Pero es un caso diferente al de aquel en el que el quejoso se encuentra fuera del beneficio y pretende incluirse. En el asunto de los militares, los quejosos se encontraban dentro del régimen de perjuicio y pretendían excluirse. El test de proporcionalidad se dirigió, pues, al régimen en el que estaban incluidos, de modo que, al advertirse que la norma no superó el test, se declaró su invalidez, y la norma se les desaplicó. Ahora a los quejosos, materialmente, se les trata igual que a los militares que no presentan seropositividad.

Sin embargo, el presente trabajo académico no trata nada más de decir: la Corte solo debería aplicar su «juicio de igualdad» en los supuestos en que el quejoso pretenda excluirse de un régimen de perjuicio, porque en los casos en que pretenda incluirse en uno de beneficio ese juicio no es atinente y solo deberá constreñirse a comparar méritos. ¡Qué miserable análisis! ¿No es acaso un dolor de cabeza que los asuntos en los que se alegue la violación al mismo derecho se resuelvan a partir de tratamientos totalmente discordantes? Sería una irresponsabilidad de mi parte percatarme de ello y dejar las cosas así, en perpetua paz. Sin embargo, nunca imaginé lo profundo que tenía que escarbar, y las dificultades que durante mi exploración fui hallando, para topar con una respuesta.

El problema elemental de la teoría de la Suprema Corte es que razona sobre la igualdad desde un punto de vista sustantivo. Esto la ha llevado a equiparar las exigencias de la regla de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales con las exigencias de la proporcionalidad. Lo que es lo mismo: confunde una violación a la igualdad con la violación a un derecho sustantivo. No se puede encontrar otra razón para que, ante un reclamo de violación a la igualdad, se implemente un juicio de proporcionalidad, que en realidad se diseñó para analizar la validez de medidas que restringen derechos.

Si el concepto sustantivo llegara a ser la idea total de la igualdad, se correría el riesgo que de este discurso se dejen fuera reclamos de igualdad formales o que pueden aducirse con independencia de que se tenga o no un derecho o de que esté en juego o no algún otro principio. Estos últimos reclamos corresponden a un concepto formal de igualdad, en oposición al sustancial.

Todo este trabajo se rige por una idea de igualdad formal. Solo así es posible una aproximación que funde reclamos de igualdad no superfluos ni redundantes, es decir, independientes de los derechos que están en juego en un caso concreto.

Antes de apreciar esta dicotomía, parecía una buena hipótesis de trabajo decir que los sub-principios del juicio de proporcionalidad no deberían confundirse con las exigencias de la igualdad; que habría de hacer a un lado el juicio de proporcionalidad para responder los casos de violación a este derecho, porque cabe implementar un juicio genuino de igualdad, con el que se responda a la pretensión efectivamente planteada. Pero las ideas nada más no fluyeron de este modo. Sin percatarme, comencé entonces por abordar el presupuesto de lo anterior: un concepto de igualdad autónomo o puro, pero que era posible gracias a una postura formal de este principio, bien diferenciada de la sustancial. Al darme cuenta de que una teoría de la igualdad formal podía ser construida, fui capaz de emprender con mayor destreza la separación de los juicios de igualdad y de proporcionalidad, y, posteriormente, su articulación.

Lo que finalmente apareció fue un trabajo redondo. Sinceramente, en un inicio, no se planeó de esta manera: en tres partes unidas por un fuerte lazo epistémico. La primera parte del trabajo, que comprende los primeros dos capítulos, tiene por objeto demostrar qué no es la igualdad en la ley. La hipótesis es que la igualdad en la ley no debería entenderse como sustantiva, y que, hasta ahora, la aplicación del juicio de igualdad y su crítica, aunque fundada, solo habían operado en esta dimensión. En el primer capítulo, pues, se disgregan las exigencias de la proporcionalidad y de la igualdad, que habían sido unidas en perjuicio de la justiciabilidad de planteamientos formales o que no dependen de los derechos o principios en juego. Esto se lleva a cabo a partir de la crítica a dos jurisprudencias, pertenecientes a cada una de las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Aparece, en el segundo capítulo, una crítica a la tesis de WESTEN, para quien la igualdad es un concepto que debería desaparecer del discurso moral y jurídico, al ser superfluo y redundante. Se muestra que este argumento aplica plena pero exclusivamente a la dimensión sustantiva de la igualdad; asimismo, se profundiza en la dicotomía entre la igualdad formal y la igualdad sustantiva. En esta primera parte se muestra cómo la Corte ha estudiado planteamientos formales de igualdad como si en realidad se le hubieran planteado casos de restricción de principios sustantivos, y cómo pueden verificarse casos en los que existe una violación a la igualdad, pero no una violación a derechos, y, viceversa, casos en los que sí existe una violación a derechos, más no una violación a la igualdad. Reconozco que la jurisprudencia de la Suprema Corte no es original, sino que trae ideas importadas. Ya muchos tribunales constitucionales habían construido y aplicado un criterio similar.

No ha sido mi pretensión efectuar un trabajo monográfico sobre esta problemática. Ni siquiera saber cuáles son los antecedentes exactos en los que las tesis de la Suprema Corte hunden sus raíces: simplemente, no hace falta para mis fines, que son más bien críticos y constructivos, en lugar de didácticos. Sin embargo, algunas referencias al respecto se dejan en las notas al pie de página.

La segunda parte se ocupa del problema que deja abierto la primera: ¿qué es entonces la igualdad? La hipótesis es que es posible construir una teoría formal y pura de la igualdad. Su demostración constituye la tesis en sentido estricto y comprende tres capítulos, del tercero al quinto. En el tercer capítulo se presentan los conceptos de la teoría. Parece, más bien, la deconstrucción de una teoría de la norma jurídica y el posterior reacomodo de sus elementos para hacer viable el análisis de una norma a la luz de la igualdad. De forma destacada, en primer lugar, se diferencia el concepto formal de igualdad de otros conceptos relevantes y controvertidos como son la no discriminación, la no arbitrariedad y el no sometimiento, que alguna doctrina los ha asimilado como exigencias de igualdad. El cuarto capítulo es el corazón de la tesis. Se conforma por todos los razonamientos que derivan de que se acepte la posibilidad de un reclamo formal de trato igual a los iguales y desigual a los desiguales. Son varias las ideas claves en esta parte: el entendimiento de la ambivalencia normativa, de lo que deriva que pueden plantearse reclamos de igualdad negativos y positivos; que los reclamos del trato igual a los iguales y desigual a los desiguales son bien distintos, ambos pueden ser positivos y negativos y corresponden, respecto de cada valor, a fórmulas de igualdad diferenciadas. Se diseña una matriz de todos los casos de igualdad, de la cual surgen los casos posibles de la dimensión del trato igual a los iguales y de la dimensión del trato desigual a los desiguales. Todos estos casos se clasifican atendiendo a diversas actitudes de los seres humanos. El quinto capítulo aborda el juicio de igualdad, el problema de la identificación de una violación a la igualdad y el problema de su reparación.

El planteamiento de esta parte, la tesis en estricto sentido, intentará ser teórico y, sobre todo, puro. Lo primero, porque será independiente de cualquier sistema normativo y lo segundo, dado que no tomará en cuenta la incidencia de cualquier regla o principio imaginable. En consecuencia, todos los razonamientos que se presentan ahí serán derivaciones del mandato de «tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales», en un sentido formal, al cual se habrá de vincular, necesariamente, con una teoría del mérito, que, si bien le restará pureza, lo hará útil. Lo que se quiere es llevar a la igualdad a que se muestre tal cual es, a que exija todo lo que le corresponde, hasta sus últimas consecuencias. Por ejemplo, si una forma de reparación de la violación a la igualdad se pudiera oponer a otros principios de un determinado sistema, como el de división de poderes o la propia

justicia, esto no obstará para considerarla una forma de reparación que mandata el principio de igualdad.

A la luz de nuestro sistema jurídico, muy probablemente acabaría negándose la existencia de un principio de igualdad, formal y puro. La igualdad formal, entendida en toda la extensión que proyecta su pureza, difícilmente puede existir, pues habría que dar entrada en los tribunales a planteamientos tanto razonables como no razonables, y a pretensiones tanto justas como injustas; habría que darle al juez, en muchos casos, competencia para dar efectos generales a sus resoluciones. Por eso no tengo ningún reparo en reconocer que la tesis en sentido estricto, si se le considera en toda su amplitud, es inútil para resolver muchos casos en la realidad. Su mayor utilidad es, quizá, la de dar soporte a lo que se ha establecido en el primer capítulo: la disociación entre una visión formal y otra sustantiva de este derecho, entre un juicio de igualdad y un juicio de proporcionalidad. Este entendimiento impulsaría el cambio de una serie de precedentes judiciales que, al menos en el Estado mexicano, han dado una respuesta incongruente a la pretensión efectivamente planteada en relación con una violación genuina o formal a la igualdad o incluso de otros principios.

Finalmente, en la tercera parte, constituida por el último capítulo, el sexto, el planteamiento es dogmático y no teórico. La hipótesis consiste en que es posible articular los juicios de igualdad y de proporcionalidad en los mecanismos de control abstracto y concreto de constitucionalidad. ¿Procede aplicar ambos estándares en todos los casos? Si es así, ¿cuál se aplica primero? ¿Se puede excluir a un quejoso de la norma que restringe proporcionalmente uno de sus derechos solo porque dejó fuera a una clase que tiene los mismos méritos para participar de la restricción? ¿Se puede incluir a un justiciable en un beneficio que no supera el test de proporcionalidad? Esto parte de reconocer que no es despreciable el avance de discernir entre ambos juicios, el de igualdad y el de proporcionalidad, pero se reconoce que lo que en realidad buscan los operadores del sistema jurídico es solucionar el problema de cómo, si es posible, articularlos correctamente en los medios de control de constitucionalidad y, para ello, en esta parte, se profundizará en la solución esas interrogantes, aunque desde el inicio se darán las pistas.

Así como partes, el presente trabajo tiene también una triple metodología. Es una tesis que recorre, en el orden respectivo, un camino analítico, luego ontológico y, finalmente, sintético. Quizá el lector cuestione por qué he decidido sostener como tesis genuina o estricta algo a lo que yo mismo niego una utilidad total. La respuesta es que esto es lo más honesto, lo que se apega fielmente a la realidad del proceso que tuvo mi conocimiento sobre la igualdad. Tanto la primera parte como la

tercera fueron construidas en mi mente mucho después de que hube dado sustancia a mi tesis estricta. Como lo dije, al principio mi batalla fue la separación de los juicios de marras, pero no pude afrontarla sin antes aproximarme al conocimiento formal y puro de la igualdad. Acaso sea más preciso decir que lo que siempre busqué fue esa idea y que el problema de la separación no era más que un error del planteamiento.

A partir de aquí, se dejará de hablar en primera persona.

TABLA DE SIGLAS

Amparo directo en revisión:	ADR
Amparo en revisión:	AR
Código Penal Federal:	CPF
Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:	CPEUM
Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:	LAMP
Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:	LR105
Suprema Corte de Justicia de la Nación:	SCJN

PRIMERA PARTE

IGUALDAD SUSTANTIVA E IGUALDAD FORMAL

INTRODUCCIÓN

Es verdad que cuando una norma restringe solo a cierta clase de personas el ejercicio de un derecho, se está ante una norma que establece un trato desigual. Si se concluye, a partir de un juicio de validez de las restricciones a los derechos (o sea, un juicio de proporcionalidad), que la medida es inconstitucional porque no persigue una finalidad legítima, o porque no es adecuada ni necesaria, o porque ocasiona la lesión desproporcionada de algún derecho, también se podría suponer que esa norma otorga al quejoso un trato desigual injustificado con respecto a las clases no sujetas a la restricción. El razonamiento parece impecable; sin embargo, no lo es. Alguien podría decir que, de cualquier modo, el argumento no importa tanto porque de todas formas se hará justicia al quejoso, y si se demuestra una restricción injustificada a un derecho en lugar de una violación a la igualdad, no por eso se le dará más o menos justicia. ¡De acuerdo! En términos prácticos, si el quejoso observa el resolutivo que señala «la sentencia ampara y protege», lo más probable es que repare en las consideraciones solo para revisar los efectos del amparo. Pero la importancia de esta diferencia se verá hasta que el juicio se pierde, es decir, en las razones por las que se niega la pretensión.

A cualquiera que impugne, por ejemplo, el trato desigual injustificado en la mecánica de un tributo, porque hace que pague cinco veces más que otro contribuyente con tan solo la mitad de su capacidad contributiva, le causará molestia que no le den la razón porque el tributo persigue la finalidad legítima de sufragar el gasto público, dado que cobrarle de ese modo es eficaz para lograr este fin, y en virtud de que no existe desproporción entre la afectación del derecho a su patrimonio y el beneficio al gasto público. Es evidente que así no se da respuesta a la pretensión efectivamente planteada, porque lo que se busca es que, a partir de una comparación entre dos supuestos de hecho, se determine si en virtud de los méritos de uno y el otro, se justifica que tributen en una proporción tan distinta; de modo que, de advertirse que tienen los mismos méritos para tributar en la misma proporción, se conceda el amparo para ese efecto. Es lamentable que, por lo común, solo interesen las razones por el resultado que producen, y solo cuando este no es favorable.

Esta primera parte del trabajo consiste en un ejercicio analítico para discernir entre el concepto de igualdad formal y el de igualdad sustancial, el cual lleva a mezclar el juicio de igualdad con el de proporcionalidad y, por tanto, a soluciones de ese último tipo. Distinguir oportunamente esos dos conceptos de igualdad implica saber que la igualdad sustantiva es un recurso redundante que debería desaparecer del discurso moral y jurídico, y que la igualdad solo puede existir en este ámbito en clave formal.

La idea formal de la igualdad, en palabras demasiado simples, radica en hacer depender la similitud y la diferencia entre dos clases de sujetos, del objeto o la razón de ser de la norma¹ cuya validez se analiza. En contraste, la idea sustantiva de la igualdad hace depender esto mismo de un estándar de tratamiento independiente de esa norma diferenciadora: el de un derecho u otro principio. La confusión de estos dos conceptos lleva a incurrir en dos tipos de *errores*: (i) hacer una identificación válida, en términos generales, de la violación a un derecho y concluir que de manera necesaria se violó la igualdad en ese derecho, e (ii) identificar de manera innecesaria que no se viola un derecho y concluir de forma inválida que no se viola la igualdad.

El primer tipo de error es de redundancia. Tiene lugar cuando lo que se plantea es, en el fondo, nada más que un caso de violación a un derecho. Solo el estándar del derecho en juego dará las razones para que el justiciable se sujete a la consecuencia de la norma o para que no se le aplique. La igualdad no puede aportar ninguna razón sustantiva en este sentido. Es común que en este tipo de casos el justiciable señale que ha sido violada la igualdad en su perjuicio, pero si el juez mira con cuidado advertirá que dicha violación no la hace depender en realidad de los dictados provenientes de la razón de ser de la norma en cuestión. Por eso, aun cuando el justiciable realice este planteamiento, el juez debería responder que lo que aquel aduce es realmente una violación a un derecho o a una de sus libertades, y que el examen de constitucionalidad se realizará a partir de un juicio de proporcionalidad. El juicio de proporcionalidad llevará, pues, a concluir exclusivamente que se violó o no el derecho. Esta conclusión será válida. Si se violó el derecho, nada aportará a la decisión concluir que se violó la igualdad entre las clases sujetas a la restricción y las que no lo están. Y si esta última conclusión se pronuncia, será redundante.

El segundo tipo de error provoca un juicio inválido y, por tanto, en términos de justiciabilidad, es más grave que el primero. Se produce en un caso en el que el justiciable plantea una violación a la igualdad en sentido formal, es decir, que conforme a la razón de ser de la norma, merece estar sujeto a la consecuencia que ésta dispone, o no merece estarlo, de manera igual o a diferencia de las personas con las que se compara. El problema aquí es que el juez no hace caso de este reclamo formal e, innecesariamente, porque no le fue planteado así, corrompe el reclamo, lo transforma en uno de igualdad sustantiva o igualdad en derechos, y aplica un juicio de proporcionalidad a la norma de la que el justiciable quiere excluirse o en la que este pretende incluirse. La conclusión será en todo caso inválida porque señalará si la disposición supera o no un

¹ También se puede referir a ella como el «fundamento» o «sentido» de la ley (*Cfr.* GIMÉNEZ GLÜCK, David, *Juicio de igualdad y tribunal constitucional*, Barcelona, Bosch, 2004, p. 83).

juicio de restricción de derechos, cuando lo que se planteó originalmente era una violación a la igualdad de tipo formal.

Si el justiciable pretende excluirse de una norma, puede tener la suerte de que ésta no supere el juicio de proporcionalidad; así quedará salvado de su aplicación. Pero cuando la norma impugnada es de beneficio (piénsese en una exención fiscal) y el justiciable pretende incluirse en ella, la aplicación del juicio de proporcionalidad sobre esta disposición, para resolver el problema de igualdad planteado, carece completamente de atinencia. Lo que debe ponderarse es la finalidad del beneficio (generar empleos o mayor inversión en activos) frente a otras finalidades que se menoscaban con su existencia (suficiencia del gasto público). Si el beneficio es desproporcionado, sería contrario a derecho incluir al justiciable, y si supera el juicio de proporcionalidad, ello equivaldría, dada la confusión entre igualdad y otros principios en juego, a decir que no se viola la igualdad en sentido sustantivo, cuando lo que en realidad se resuelve es que la importancia del fin del beneficio supera el menoscabo que pueda traer al Estado. De ese modo, cualquier resultado que se produzca no favorecerá al demandante, además de que de ninguna manera se atenderá su pretensión de igualdad formal.

Es objeto de los capítulos que comprenden esta primera parte del trabajo los problemas ocasionados por la falta de distinción entre la igualdad sustantiva y la igualdad formal. El primer capítulo es una crítica a la teoría de la igualdad de la SCJN. Se dedica a mostrar que bajo esta teoría se ha resuelto que la norma impugnada no viola la igualdad en un sentido sustantivo, cuando, originalmente, la parte quejosa planteó un problema de igualdad formal. El énfasis se pone en la falta de precisión de los estándares de proporcionalidad y su no atinencia para responder la pretensión efectivamente planteada. El problema que se pretende exponer aquí es la anulación, consciente o inconsciente, de una demanda de trato igual acorde con la razón de ser de la norma.

El segundo capítulo se dedica a WESTEN, profesor emérito de derecho en la Universidad de Michigan, quien denunció el error de redundancia arriba explicado y concluyó que la igualdad, todo el concepto de igualdad, debía de ser desvanecido del discurso moral y jurídico. En consecuencia, el problema expuesto aquí es que si se reduce la idea de la igualdad al concepto sustantivo, se debería aceptar que no es más que un concepto vacío, que se invoca de manera redundante en la resolución de los problemas de constitucionalidad de normas, a pesar de que pueden reconocerse exigencias de igualdad independientes de los derechos o principios involucrados en un caso. Se defenderá, por eso, que la igualdad formal escapa a la crítica de este filósofo, la que, se dice, aplica plena pero

exclusivamente a la idea de la igualdad sustantiva. Asimismo, se abundará en la distinción entre la igualdad sustantiva y la igualdad formal.

En síntesis, la primera parte de la tesis pretende demostrar que los reclamos formales de trato igual a los iguales y desigual a los desiguales en la ley han carecido de justiciabilidad a causa de la idea de igualdad sustantiva, y que si, en el peor de los casos, la idea total de la igualdad se identifica solo con su aspecto sustancial, no quedará otra alternativa más que borrar a la igualdad del discurso moral y jurídico, por ser un concepto vacío, y desconocer la posibilidad de reclamos formales.

CAPÍTULO I

CRÍTICA A LA TEORÍA DE LA IGUALDAD DE LA SCJN

1.1. Delimitación de la teoría

Lo que se puede identificar como la teoría de la igualdad de la SCJN se erigió en la Novena Época de su jurisprudencia². Si por esta teoría puede entenderse una construcción integral que aspira a vincular, coherentemente, un concepto constitucional de igualdad y un juicio específico, «de igualdad», para discernir cuándo una norma viola este mandato, entonces encuentra sus únicas expresiones en los criterios de la Salas de este tribunal constitucional.

El Tribunal Pleno de la SCJN no ha forjado una teoría de la igualdad en este sentido. Sin embargo, el enfoque de esta instancia en el análisis de la constitucionalidad de normas que se estiman violatorias de la igualdad ha resultado sumamente peculiar. Al resolver los amparos en revisión en los que se impugnó la causal de retiro por inutilidad de los militares basada en la seropositividad de los anticuerpos contra el virus de la inmunodeficiencia humana, por considerarla violatoria de la igualdad, el caso fue planteado como una colisión de principios constitucionales: el principio de protección y salvaguarda de la eficacia del Ejército, por un lado, y la propia garantía de igualdad y de no discriminación por razón de salud, por el otro. Para resolver el caso, se aplicó un test de «razonabilidad y proporcionalidad jurídica».³

Las Salas de la SCJN han establecido de manera diferenciada sus criterios, de modo que se puede hablar en realidad de dos teorías de la igualdad en ese alto tribunal. Es posible encontrar diferencias tanto en el contenido que le atribuyen a la igualdad, como en el juicio para analizar la constitucionalidad de las normas a la luz de este principio⁴.

² La historia de la jurisprudencia de la SCJN ha sido dividida en dos grandes periodos que comprenden, a su vez, distintas épocas. El primero corresponde a la «jurisprudencia histórica», que abarca del 8 de diciembre de 1870, cuando se crea el Semanario Judicial de la Federación, hasta 1914, y comprende cuatro épocas, y el segundo corresponde a la «jurisprudencia aplicable», que inicia del 1º de junio de 1917, cuando se instaura el Alto Tribunal en el nuevo orden constitucional, y se extiende, actualmente, hasta la Décima Época (Cfr. SCJN, *Noticia histórica de la publicación y difusión de la jurisprudencia*, 02/2015, [citado 19-03-15], Disponible en internet: <http://goo.gl/jSBbdS>).

³ Cfr. Amparo en revisión 307/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, [citado 06-04-2015], tomo XXVII, abril de 2008, p. 805, Disponible en internet: <http://200.38.163.178/SJFSem/Paginas/SemanarioIndex.aspx>.

⁴ Hasta principios del mes de septiembre de 2015, todavía no se denuncia la contradicción de tesis entre las Salas de la SCJN, en torno a la forma en que entienden la igualdad y estructuran su respectivo test. La resolución que derive de esta contradicción de tesis, que dictaría el Pleno, constituiría, propiamente, «la teoría de la igualdad de la Suprema Corte».

El objetivo de este capítulo es evidenciar estas diferencias y, a través de una crítica específica, la falta de atinencia de esos criterios para responder a la pretensión efectivamente planteada en relación con un reclamo de igualdad formal. Como se podrá advertir, el test de la Primera Sala es un mero juicio de proporcionalidad, mientras que el de la Segunda Sala se compone, primero, por lo que la doctrina ha denominado un «juicio de racionalidad de la clasificación legislativa» y, segundo, por un juicio de proporcionalidad. La construcción del test de igualdad como juicio de proporcionalidad o con elementos de este escrutinio no es para nada exclusiva de la jurisprudencia mexicana, ni nueva. Más bien, es una práctica importada que se venía configurando, ya desde hace varias décadas, tanto en sistemas jurídicos internos como regionales⁵.

Solo se tratará un asunto por instancia, o sea dos. Cada uno de ellos es una unidad teórica completa que no ha sido abandonada en los precedentes ulteriores. Dado que los fines de esta investigación son críticos más bien que monográficos, es innecesario aquí estudiar el origen importado y el desarrollo de dichos criterios. Además, estos encuentran su base en conceptos de impugnación apropiados para mostrar cómo bajo el presupuesto de la igualdad sustantiva se ha cometido el equívoco de estudiar el planteamiento de violación formal a la igualdad originalmente propuesto, con base en un juicio de proporcionalidad.

Esta crítica pretende demostrar, pues, que tanto el test de igualdad de la Primera Sala como el de la Segunda Sala, como juicios básicamente de proporcionalidad, sirven más bien para casos en los se plantean conflictos entre derechos o principios, es decir, en los que el promovente busca impedir que se apliquen normas que restringen sus derechos, ya sea que esté incluido o excluido de la situación jurídica impugnada, pero no para aquellos en los que el justiciable reclama una violación formal a la igualdad. De ninguna manera son atinentes para responder a violaciones genuinas de igualdad, es decir, para resolver los casos en los que se aduce, únicamente, tener los mismos méritos o no tener los mismos méritos que otras clases, conforme a la razón de ser de la norma, para recibir las mismas consecuencias jurídicas que a estas se atribuyen.

1.2. La teoría de la igualdad de la Primera Sala

⁵ Al respecto, *vid.* GIMÉNEZ GLÜCK, David, *op. cit.*, pp. 70-91. En esta obra, GIMÉNEZ realiza una ilustrativa explicación del funcionamiento del test de igualdad en distintos países y tribunales internacionales. Además, destaca su intento por exponer la mejor y más coherente cara de la doctrina del Tribunal Constitucional español. Por otra parte, es de sumo interés el estudio de las tres versiones del juicio de igualdad aplicadas por el Tribunal Constitucional colombiano, contenido en: BERNAL PULIDO, Carlos, *El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, pp. 262-274. Aquí, BERNAL ilustra que esta Corte Constitucional ha aplicado un mero juicio de proporcionalidad (de influencia europea), otro juicio que distingue entre tres tipos de escrutinio (de influencia norteamericana), y un juicio integrado que pretende ser una simbiosis de los dos anteriores.

La más sofisticada teoría de la igualdad de la Primera Sala de la SCJN se inauguró en el ADR 988/2004⁶, resuelto el 29 de septiembre de 2004⁷. En el caso, el quejoso denunció que los artículos 70 y 90 del CPF establecían un trato desigual injustificado entre quienes se encuentran en prisión por delitos graves y quienes lo están por delitos no graves, porque los primeros tienen la posibilidad de acceder a la sustitución de la pena de prisión y a la condena condicional, si su pena no rebasa los cuatro años, mientras que a los segundos, a pesar de que cometieron delitos no graves, no se les permite acceder a ese beneficio si su pena excede esa temporalidad. A juicio del quejoso, la procedencia de esos beneficios debía depender de la gravedad del delito imputado y no de la duración de la pena de prisión impuesta⁸. De forma caritativa y razonable puede entenderse que el justiciable demandaba un trato igual a los iguales, para excluirse de la norma que no le reconoce beneficios pre-libertarios, ya que hay una categoría que, al igual que la suya, merece incluirse en ella y, sin embargo, no lo está.

En orden de contestar este planteamiento, la Primera Sala dedica una importante porción de la sentencia a concretar la naturaleza de la igualdad a partir de sus diversas facetas constitucionales y los criterios para discernir entre distinciones normativas constitucionalmente legítimas y las que son constitucionalmente ilegítimas⁹. Pero no solo eso, pues, además, explica en qué casos estos criterios deben ser aplicados con especial rigor, es decir, establece una diferencia entre dos tipos de «test de igualdad», uno ordinario y otro más exigente¹⁰. El último se aplica siempre que la clasificación del legislador incida en los derechos fundamentales o se articule con base en alguna de las clases mencionadas en el actual quinto párrafo del artículo 1º de la CPEUM¹¹. Todo esto, sin

⁶ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, [citado 06-04-2015], tomo XXIV, Septiembre de 2006, p. 77, Disponible en Internet: <http://200.38.163.178/SJFSem/Paginas/SemanarioIndex.aspx>

⁷ De esta resolución derivaron las tesis 1a./J. 37/2008, 1a./J. 55/2006 y 1a. CXXXIV/2004, de rubros: “IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE HACER UN ESCRUTINIO ESTRICTO DE LAS CLASIFICACIONES LEGISLATIVAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 10. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS)” (*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVII, abril de 2008, p. 175); “IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL” (*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIV, Septiembre de 2006, p. 75), e “IGUALDAD. LOS ARTÍCULOS 70 Y 90 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL QUE PREVÉN, RESPECTIVAMENTE, LOS SUSTITUTIVOS DE LA PENA DE PRISIÓN Y LOS BENEFICIOS DE LA CONDENA CONDICIONAL, NO VIOLAN ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL” (*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XX, diciembre de 2004, p. 363).

⁸ *Semanario Judicial de la Federación*, *op. cit.* nota 6, p. 13.

⁹ *Cfr. Ibídem*, pp. 15-20.

¹⁰ *Cfr. Ibídem*, pp. 21-24.

¹¹ Es decir, el “origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas” (CPEUM, [citado 06-04-15], Disponible en Internet: <http://legislacion.scjn.gob.mx/LF/>).

embargo, únicamente para concluir que el preciso agravio del quejoso «es algo que no corresponde a esta Suprema Corte apreciar»¹².

La Primera Sala advirtió de oficio que la sentencia del Tribunal Colegiado es incongruente porque calificó como inoperantes los conceptos de violación a partir de argumentos de fondo sobre la violación al principio de igualdad¹³. Sin embargo, esta instancia no fue menos incongruente. Su razonamiento toral consistió básicamente en esto: Tú, quejoso, planteas que determinado artículo viola la igualdad, entonces te muestro qué debe entenderse por igualdad y qué es lo que este principio exige al legislador, cuándo le exige más y cuándo menos; ahora bien, dado que la norma que impugnas no está en el supuesto de mayor exigencia, con base en un test de igualdad ordinario te respondo que dicha norma no trata desigualmente a personas que se encuentren en similar situación jurídica, porque persigue una finalidad constitucionalmente legítima, está racionalmente conectada con la persecución de dicho propósito y no incurre en alguna desproporción constitucionalmente reprochable.

El inconveniente de este juicio es que el quejoso, en sus agravios, nunca mencionó que la norma tuviera una finalidad constitucionalmente ilegítima, tampoco que fuera abiertamente irracional y, mucho menos, aludió al complejo concepto de proporcionalidad. Lo único que parece haber expresado fue que el precepto que impugna viola la la igualdad entre quienes cumplen una pena de prisión por cometer delitos no graves, respecto de los se encuentran encarcelados por delitos graves, quienes, a diferencia de los primeros, pueden acceder, en algunos casos, a los beneficios penitenciarios no obstante que la CPEUM, en su artículo 20 A, fracción I, señala que, cuando se trata de delitos graves, los implicados no deben gozar ni siquiera de la libertad provisional, por el peligro que representan y los valores sociales a los que atentan¹⁴.

En el estudio preliminar, la Primera Sala afirma que del conjunto de las referencias constitucionales al principio de igualdad, «se desprende, de manera central, que [éste] debe entenderse como un principio que exige tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales»¹⁵; pero, más adelante, cuando termina de explicar las etapas del test de igualdad ordinario, precisa que «[lo] que la garantía constitucional de la igualdad exige es, en definitiva, que la persecución de un objetivo constitucionalmente válido no se haga a costa de una afectación innecesaria o desmedida de otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos»¹⁶.

¹² Semanario Judicial de la Federación, *op. cit.* nota 4, p. 30.

¹³ *Cfr. Ibídem*, pp. 13-14.

¹⁴ *Ibídem*, pp. 11-13.

¹⁵ *Ibídem*, p. 18.

¹⁶ *Ibídem*, p. 20.

¿Podría encontrarse alguna relación entre estos dos enunciados? Lo que más fuertemente se intuye es que son dos tipos muy distintos de estándares. El primero llevaría a verificar si son iguales, para efectos de recibir un mismo trato legal, es decir, si tienen los mismos méritos para no acceder a la sustitución de la pena de prisión y la condena condicional, quienes cumplen una pena de prisión que no excede de cuatro años, por cometer un delito grave, y quienes cumplen esa misma pena por un número de años mayor a cuatro, por cometer un delito no grave. Se trata, en este sentido, de comparar dos clases de sujetos y de declarar la inconstitucionalidad de la norma que les da un trato distinto en el caso de que tengan la misma condición de mérito o de no mérito, pues en este supuesto el mandato de igualdad obliga al legislador a darles el mismo tratamiento, o bien, de reconocer su constitucionalidad si mantienen condiciones de mérito distintas, porque en esa hipótesis se actualiza el mandato de trato desigual, y desigualmente habrían sido tratadas por el legislador.

Por su parte, el segundo estándar corresponde típicamente a un examen para evaluar la legitimidad de las restricciones a los derechos fundamentales. Así, se dice que toda restricción a un derecho debe perseguir una finalidad legítima, ser adecuada y necesaria, y, solo si supera las condiciones anteriores, ser proporcional¹⁷. De entrada, pues, resulta contra-intuitivo responder a través del anterior test el agravio del quejoso, pues este en ningún momento denunció la restricción injustificada de alguno de sus derechos.

Conforme al principio de proporcionalidad, para determinar si una restricción a un derecho es constitucional, se debe verificar, en primer término, que tenga una finalidad constitucionalmente legítima, por ejemplo, que busque cumplir determinado principio, pues de otra manera la restricción sería automáticamente arbitraria. No se debe restringir un principio nada más para violarlo, sino para permitir la consecución de otro principio. En su adaptación de este parámetro en el test ordinario de igualdad, la Primera Sala señala que «el legislador no puede introducir tratos desiguales de manera arbitraria, sino que debe hacerlo con el fin de avanzar en la consecución de objetivos

¹⁷ Al conjunto de estos estándares se le conoce como el principio de proporcionalidad: un ejercicio teórico de reconstrucción de los criterios utilizados por el Tribunal Constitucional alemán para enjuiciar tanto la ponderación realizada por el legislador al crear una ley, como controversias particulares (Cfr. Martínez Zorrilla, David, *Metodología jurídica y argumentación*, Madrid, Marcial Pons, colección Filosofía y derecho, 2010, p. 162). Zorrilla admite que la elaboración más completa y teóricamente refinada de esta teoría se encuentra en Alexy (Vid.: Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, colección El Derecho y la Justicia). Para profundizar sobre esta última obra, pueden consultarse, entre otros, a: Ochoa Huerta, Carla, *Conflictos normativos*, 2a., ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, núm. 142, 2007; Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3a, ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, colección Estudios constitucionales, 2007; Clérico, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Eudeba, Facultad de derecho de la Universidad de Buenos Aires, serie Tesis, 2009 y Moreso, José Juan, *La Constitución: modelo para armar*, Madrid, Marcial Pons, 2009.

constitucionalmente válidos»¹⁸. Y esto genera demasiada extrañeza. En primer lugar, una finalidad, cualquiera que esta sea, no se alcanza a través de un trato desigual, sino, propiamente, a través de una medida. Esta medida siempre, o casi siempre, se regirá por una regla de trato desigual. Por ejemplo, la finalidad de dar acceso a la educación puede lograrse a través de becas, pero no porque se establece quienes sí y quienes no, o que todos, pueden tener acceso a este beneficio. En segundo lugar, este juicio no es atinente: si la norma «n» establece que únicamente se otorgarán becas a indígenas, entonces constituye una medida que adopta una regla de trato desigual, ya que establece para unos, y no para todos, el derecho de acceder a las becas, y si el sujeto «s» denuncia que ese trato desigual es injustificado, porque cree merecer también ese derecho, o porque cree que, al igual que él, los indígenas no lo merecen, ¿qué relevancia tiene que «n» persiga o no una finalidad «legítima» para saber si da un trato desigual en relación con «s»? En realidad, «s» podría estar de acuerdo en que «n» persigue una finalidad constitucionalmente legítima o pudiera no estarlo. Y es más, pudiera no importarle si es una cosa o la otra, pues, finalmente, lo único que busca es que se le dé el mismo trato que a los indígenas.

Al aplicar este estándar en el caso, se esperaba, pues, una inconsistencia. La Primera Sala concluye que el legislador no introduce arbitrariamente unas disposiciones que distinguen entre aquellos condenados a los que podrán ser otorgados ciertos beneficios y los que no, sino que lo hace con el fin de alcanzar el objetivo constitucionalmente previsto de readaptar socialmente al delincuente y de evitar la sobrepoblación de los centros penitenciarios, lo que a su vez permite el primer objetivo¹⁹. En oposición a esto, como se señaló, lo que contribuye a alcanzar esa finalidad es la sustitución de la pena de prisión y la condena condicional, y no que se establezca quien sí y quien no puede acceder a estos beneficios; además, el planteamiento del quejoso era, al parecer, que quien se encuentra cumpliendo una pena de prisión por cometer delitos graves merece no tener acceso a ellos al igual que quienes cometieron delitos no graves y se les impuso una pena mayor a cuatro años, y al mismo quejoso puede estar o no de acuerdo o, incluso, no importarle que esos beneficios persiguen una finalidad legítima.

En segundo lugar, el principio de proporcionalidad conmina a que toda medida restrictiva de un derecho deba ser racional o adecuada para conseguir la finalidad legítima que se ha acreditado. El fundamento de este estándar es que no sería legítimo mantener medidas que solo conllevan a la restricción de un principio, porque no son idóneas para la consecución de lo que exige un diverso principio. Este es el estándar elemental para determinar si existe o no un conflicto entre derechos o

¹⁸ *Semanario Judicial de la Federación, op. cit.*, nota 4, p.19.

¹⁹ *Cfr. Ibídem*, p. 27.

principios. Si la medida restrictiva en nada contribuye a la consecución del derecho o principio para la cual se configura, eso quiere decir que la subsistencia o desaparición de esta medida le es indiferente a ese derecho o principio, el cual, por tanto, no entra en conflicto con el derecho o principio que se restringe. La Primera Sala afirma que, como segundo estándar en el test ordinario, es necesario «examinar la racionalidad o adecuación de la distinción introducida por el legislador»²⁰. La introducción de una distinción debe constituir un medio apto para conducir al fin u objetivo que el legislador quiere alcanzar, de modo que si la relación de instrumentalidad entre la medida clasificatoria y el fin que ésta pretende alcanzar no es clara, o es patentemente ineficaz para conducir al fin pretendido, entonces la medida no es constitucionalmente razonable²¹. Para esta Sala, las distinciones y requisitos que instituyen los artículos examinados están racionalmente conectados con la persecución del fin.

Aquí, nuevamente, se incurre en las mismas inconsistencias ya apuntadas. La medida, y no la distinción bajo la cual se configura, es lo que promete la consecución de un fin, y la que puede, en consecuencia, calificarse como adecuada o ineficaz. Tráigase la misma norma «n», por la que los indígenas son los únicos destinatarios de becas, y nuevamente hay que preguntar ¿qué importancia tiene que se afirme que esa medida sea adecuada, para «s», que no es indígena, pero que alega también merecer una beca o que los indígenas no la merecen? Otra vez, ninguna. Que se encuentre racional o irracional la medida, a «s» no le interesa. La beca puede parecerle suficiente, o bien, por cualquier razón, ya sea por su monto, o por las circunstancias sociales o personales del destinatario, una medida completamente ineficaz para garantizar el acceso a la educación. Lo que busca, con independencia de eso, es que también se le otorgue la beca, porque considera que se encuentra en la misma situación que los indígenas, ya sea de mérito o de no mérito, para obtener este beneficio.

El tercer estándar para analizar la legitimidad de una medida restrictiva de algún derecho es la necesidad, pero la Primera Sala no lo adopta para el test ordinario, sino para el test reforzado y como parte del estándar de proporcionalidad: «cuando procede aplicar un examen de igualdad más estricto es necesario que la diferencia de trato refleje un balance cuidadoso de las distintas exigencias normativas en juego, y que no se detecten alternativas menos gravosas para los derechos capaces de conducir a ese fin (énfasis añadido)»²². Con este estándar se busca terminar con una medida restrictiva, cuando existe otra que es igualmente racional para la consecución del derecho o principio para el cual se establece, pero menos lesiva para el derecho en el que se provoca la

²⁰ *Ibidem*, p. 19.

²¹ *Cfr. Ibidem*, pp. 19-20.

²² *Ibidem*, p. 24.

restricción. Nótese que aquí la Primera Sala ya no habla de distinciones o de tratamientos desiguales, sino de derechos. Está haciendo referencia, precisamente, a los derechos que se restringen por virtud de una medida que tiende a la consecución de otro derecho o principio; una evidencia de que la Sala no terminó de hacer el ajuste cabal del test de restricciones a los derechos, para los casos en que se alegan violaciones a la igualdad. Que quede claro, sin embargo, que esto también es impropio. Con independencia de que una medida sea más o menos gravosa con respecto a un principio cualquiera, eso no le interesa a quien cuestiona la regla de trato bajo la que se configura. En el mismo ejemplo, la implementación de un programa ambicioso de becas podría comprometer las políticas públicas de acceso a otros derechos como la salud o la vivienda ¿Existe alguna alternativa menos gravosa, algo que garantice mejor el equilibrio entre la forma de satisfacer las necesidades sociales? La respuesta a este tipo de preguntas no orienta nada para saber si «s», al igual que los indígenas merece que se le otorgue la beca.

El último estándar es, pues, la proporcionalidad en estricto sentido o ponderación. Es el que permitiría, en estricto sentido, resolver una colisión entre derechos o principios. Implica, en simples metáforas, efectuar un balance entre los valores en juego y hacer que prevalezca el derecho o principio que valga más. Se dice que envuelve más bien una cuestión de peso y no de validez²³. La ponderación en el test de igualdad ordinario de la Primera Sala quiere decir: «cuidar que exista un adecuado balance entre el trato desigual que se otorga y la finalidad perseguida»²⁴. Más adelante se explica: «basta que no exista un desbalance grosero entre el objetivo al servicio del cual está la medida clasificadora y los bienes y derechos que quedan afectados por la misma»²⁵. En medio, menciona que la apreciación de si la distinción realizada por el legislador es la medida más óptima y oportuna para alcanzar el fin deseado está excluida del ámbito que le corresponde analizar, porque ello exige aplicar criterios de oportunidad política cuyo uso es totalmente ajeno a la competencia jurisdiccional²⁶. Entonces precisa que su competencia se «limita a determinar si la distinción realizada por el legislador se encuentra dentro del abanico de tratamientos que pueden considerarse proporcionales habida cuenta de la situación de hecho, la finalidad de la ley, y los bienes y derechos

²³ Cfr. Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. Marta Guastavino, Barcelona, 2002, p. 77: «Los principios tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión del peso o importancia. Cuando los principios se interfieren [...], quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno». Según lo que se podría denominar «núcleo conceptual mínimo de la ponderación», esta actividad se refiere a «la atribución de un determinado nivel de “peso” o “importancia” a cada uno de los elementos en conflicto en las circunstancias del caso a decidir (no en abstracto), que determina cuál de estos elementos <vence> sobre otro (u otros) y resuelve el caso» (Martínez Zorrilla, David, *op. cit.*, p. 154).

²⁴ *Semanario Judicial de la Federación, op. cit.*, nota 5, p. 20.

²⁵ *Ibidem*, p. 24.

²⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 20

afectados por la misma, con independencia de que, desde ciertos puntos de vista, unos puedan considerarse preferibles a otros»²⁷.

En el caso, la Sala concluye que las distinciones y requisitos introducidos por los artículos examinados «no incurren en desproporción alguna que pueda ser constitucionalmente reprochada en este juicio de amparo»²⁸. Este examen, nuevamente, por como se diseña y dado el tipo de caso para el que se aplicó, despierta muchas dudas. ¿Se debe hacer un balance entre el trato desigual que se otorga y la finalidad perseguida o entre el objetivo de la medida clasificadora y los bienes y derechos que afecta? Lo acertado sería entender que la ponderación implica un balance de valores, del valor que se lesiona y del valor que se favorece, con motivo de la medida sobre la que recae ese juicio. No obstante, el quejoso, en este amparo, aunque así se pueda interpretar, no planteó un conflicto de valores. En ningún momento aludió a que se le restringiera un derecho para favorecer otra prerrogativa, sino que solo señaló que existía una clase de sujetos (los que cometen delitos graves) a quienes, en alguna hipótesis, no se les perjudicaba aun cuando lo merecieran. Ni siquiera, como preso que era, hizo algún planteamiento de violación a la libertad o a su derecho a la reinserción social.

De acuerdo a cómo se planteaba la litis, no había, pues, que resolver un conflicto entre derechos o principios, sino, simplemente, comparar méritos, pero eso que implica acaso establecer qué otro criterio es mejor para distinguir, a juicio de la Primera Sala, era «irrelevante a los efectos de conceder o negar el amparo a los quejosos, porque los criterios que sí tienen en cuenta los artículos mencionados son perfectamente racionales y proporcionales desde el punto de vista de la finalidad perseguida por la disposición legal y los artículos constitucionales aplicables»²⁹. No le corresponde a la Corte apreciar si el criterio sugerido por el recurrente —gravedad del delito— es o no admisible a efecto de alcanzar el fin constitucional de la readaptación social, o si es mejor o más adecuado que los contemplados por los artículos impugnados: «Lo que debe es analizar si dichos artículos, tal y como los configuró el legislador, superan las condiciones impuestas por el respeto al principio de igualdad consagrado, entre otros, en el artículo 1º de la CPEUM, cuestión que esta Sala acaba de responder afirmativamente»³⁰.

La conclusión de este fallo se podría resumir en el siguiente enunciado: las normas impugnadas no restringen injustificadamente el derecho del quejoso a la sustitución de la pena de prisión y a la condena condicional; es la solución a un problema de constitucionalidad que, sin

²⁷ *Ídem*.

²⁸ *Ibidem*, p. 27.

²⁹ *Ibidem*, pp. 29-30.

³⁰ *Ibidem*, p. 30.

embargo, no fue planteado en la demanda. Esta instancia terminó por establecer un parámetro desorientador para juzgar un planteamiento formal de igualdad, pero, al mismo tiempo, que carecía de competencia para atender un agravio de este tipo. Parece un resultado irónico y contradictorio, pero también es cierto que ahí se sentó un precedente en extremo relevante, porque, finalmente, determina qué *no* constituye una exigencia impuesta por el principio de igualdad y que, en consecuencia, la Corte no está en posibilidad de analizar porque pertenece al ámbito de la libertad de configuración del legislador.

La teoría de la Segunda Sala, a diferencia de esta, condiciona la aplicación del juicio de proporcionalidad a que se constate que la norma respectiva establece un trato desigual en iguales condiciones de mérito. Se demostrará que este estándar parece congruente solo para solucionar un planteamiento falaz de igualdad y que es inatento aplicarlo con respecto a una misma norma, dado que el test de proporcionalidad no justificará la violación a la igualdad. Se verá que los casos en los que parece que se aplica bien el test de la Segunda Sala no sólo pueden solucionarse únicamente mediante el test de proporcionalidad sino que, en última instancia, así debe hacerse. El juicio de igualdad sale sobrando.

1.3. La teoría de la igualdad de la Segunda Sala

La Segunda Sala sentó su teoría de la igualdad a partir de un conjunto de amparos en revisión resueltos el 7 de mayo de 2008, en los que se analizó la constitucionalidad del «Decreto por el que se exime del pago de contribuciones federales, se condonan recargos de créditos fiscales y se otorgan estímulos fiscales y facilidades administrativas a los contribuyentes que se indican», publicado en el Diario Oficial de la Federación el 23 de abril de 2003. En esta norma, el Presidente de la República eximió del pago del impuesto al activo causado durante el ejercicio fiscal de 2003 a los contribuyentes de este impuesto cuyos ingresos totales en el ejercicio de 2002 no hubieran excedido de \$14'700,000.00 y siempre que el valor de sus activos, en ese ejercicio, no hubiera excedido de esta cantidad. Se tomará como base para el análisis el AR 1260/2006³¹.

³¹ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, [citado 06-04-2015], Novena Época, t. XXVIII, octubre de 2008, p. 576, Disponible en internet: <http://200.38.163.178/SJFSem/Paginas/SemanarioIndex.aspx>. De esta sentencia derivaron, entre otras, las tesis 2a. LXXXII/2008, 2a. LXXXIII/2008, 2a. LXXXIV/2008, 2a. LXXXV/2008, 2a. LXXXVII/2008, de rubros: “PRINCIPIO GENERAL DE IGUALDAD. SU CONTENIDO Y ALCANCE” (*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVII, Junio de 2008; p. 448), “IGUALDAD. LAS VIOLACIONES A LA GARANTÍA RELATIVA SON REPARABLES MEDIANTE LA EQUIPARACIÓN DE LOS SUPUESTOS DE HECHO COMPARADOS” (*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, XXVII, Junio de 2008; Pág. 442); “IGUALDAD. CRITERIOS QUE DEBEN OBSERVARSE EN EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS QUE SE ESTIMAN VIOLATORIAS DE DICHA

Preliminarmente, se reparará en dos pronunciamientos aún no vinculados al estudio de fondo, pero que poseen importancia extrema para entender el problema de la procedencia de una pretensión de igualdad en relación con normas de beneficio o que eximen el cumplimiento de alguna obligación, en este caso fiscal.

El primero de ellos es la aclaración de que ya han quedado superados los criterios, de la propia Segunda Sala y del Pleno, que sostenían como indispensable reclamar la ley que originaba la obligación tributaria, para estar en aptitud de impugnar el decreto de exención, ya que, según estos criterios, solo así, considerando que ambos conjuntos forman un *sistema normativo*, la concesión del amparo contra ese decreto permitiría que esa obligación se desincorpore de la esfera jurídica del contribuyente³². A juicio de la Sala, estos están contenidos en las jurisprudencias 2a./J.39/96³³ y 2a./J.90/2007³⁴, de la Segunda Sala, y P./J.59/97³⁵, del Pleno. Sin embargo, importa aclarar que las jurisprudencias 2a./J.39/96 y P./J.59/97 no se refirieron, en realidad, a tal condición de procedencia. Esta interpretación les dio la Segunda Sala al resolver, el 25 de abril de 2007, la contradicción de tesis 42/2007³⁶, de la que derivó la citada jurisprudencia 2a./J.90/2007.

En la jurisprudencia 2a./J.39/96, la Segunda Sala consideraba jurídicamente imposible que el amparo contra un decreto de beneficio pudiera tener el efecto de exentar al quejoso, quien en el caso específico pretendía quedar inmerso en la hipótesis de exención³⁷. Pero esta fue una conclusión basada en una técnica del amparo contra leyes corta de vista. Desde la Séptima Época, la Segunda Sala había sostenido que la determinación de la inconstitucionalidad de una ley debía resultar en su *no aplicación* en la esfera jurídica del quejoso, cuando era de naturaleza autoaplicativa, o cuando, al ser de naturaleza heteroaplicativa, ya haya sido aplicada y sea factible la *privación de efectos*

GARANTÍA” *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVII, Junio de 2008; Pág. 440), “IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUZGADOR CONSTITUCIONAL DEBE ANALIZAR EL RESPETO A DICHA GARANTÍA CON MAYOR INTENSIDAD” (*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVII, Junio de 2008, p. 439), “ACTIVO. EL ARTÍCULO PRIMERO DEL DECRETO DEL EJECUTIVO FEDERAL POR EL QUE EXIME DEL PAGO DEL IMPUESTO RELATIVO Y OTORGA DIVERSAS FACILIDADES A LOS CONTRIBUYENTES QUE INDICA, PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 11 DE OCTUBRE DE 2005, NO VIOLA LA GARANTÍA DE IGUALDAD” (*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época t. XXVII, Junio de 2008, p. 433).

³² Cfr. *Ibidem*, pp. 33-48.

³³ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, [citado 06-04-2015], Novena Época, t. IV, agosto de 1996, p. 169, Disponible en internet: <http://200.38.163.178/SJFSem/Paginas/SemanarioIndex.aspx>.

³⁴ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, [citado 06-04-2015], Novena Época, t. XXV, mayo de 2007, p. 807, Disponible en internet: <http://200.38.163.178/SJFSem/Paginas/SemanarioIndex.aspx>.

³⁵ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, [citado 06-04-2015], Novena Época, t. VI, septiembre de 1997, p. 5. Disponible en internet: <http://200.38.163.178/SJFSem/Paginas/SemanarioIndex.aspx>

³⁶ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, [citado 06-04-2015], Novena Época, t. XXV, junio de 2007, p. 376. Disponible en Internet: <http://200.38.163.178/SJFSem/Paginas/SemanarioIndex.aspx>.

³⁷ Cfr. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, *op. cit.* nota 34.

inconstitucionales del acto de aplicación³⁸. Bajo esta misma lógica, en ese precedente se sostuvo que el amparo no produciría efectos en el decreto de exención con los que se obtuviera el respeto al interés jurídico del quejoso o, en palabras más recortadas, que: «la quejosa no se le afecta en su interés jurídico con los actos que reclama»³⁹, pues si se concediera el amparo en contra de ese acto su efecto sería dejar insubsistente esta norma respecto de la esfera jurídica del quejoso. Era obvio que este efecto de ningún modo podía beneficiarlo: además de que el decreto ni siquiera le era aplicable, su inconstitucionalidad de ninguna manera implicaría que se le devolvieran las cantidades que erogó con motivo del pago del tributo, ya que la obligación de pago deriva de la ley y no del decreto.

En este precedente nunca se habló, pues, de una unidad normativa en la que el vicio de la exención pudiera trascender a la obligación fiscal, y de que, en estos términos, debería impugnarse el decreto de exención junto con la ley, para que el amparo pudiera tener efectos en la esfera jurídica del quejoso, pues, incluso, en el caso concreto así se hizo, y se sobreseyó respecto de las disposiciones de la ley porque su impugnación fue extemporánea. Así que, incluso cuando el quejoso hubiera reclamado la ley, y la impugnación de ésta fuera procedente, la inconstitucionalidad de la exención, por sí misma, no lo hubiera liberado de la obligación de pago que en ella se consigna.

Por otro lado, tampoco en la tesis P./J.59/97, del Pleno, que también se considera abandonada, se sostuvo que la ley que contiene la obligación fiscal y el decreto que prevé la exención tributaria constituyen un sistema normativo; más bien, se advierte lo contrario, pues en una de las ejecutorias que le dan origen se señala que «al no formar parte del mismo ordenamiento la obligación de pago y la exención, la inconstitucionalidad que, en su caso, se decretara respecto de

³⁸ *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, Volumen 145-150, Tercera Parte, p. 58: «AMPARO, PROCEDENCIA DEL. REQUIERE QUE LA SENTENCIA PRODUZCA EFECTOS EN EL ACTO RECLAMADO, CON QUE SE OBTENGA EL RESPETO DE INTERESES JURIDICOS DEL QUEJOSO.- [...] el juicio constitucional debe tener siempre una finalidad práctica y no servir para realizar una actividad meramente especulativa. De ahí que proceda contra leyes solamente cuando, por ser éstas autoaplicativas, la determinación de su inconstitucionalidad pueda dar por resultado la no aplicación de sus disposiciones; o cuando, por no serlo, ya hayan sido aplicadas, sea factible la privación de efectos inconstitucionales del acto de aplicación». También *vid.* en este mismo sentido: P./J. 112/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, [citado 06-04-2015], Novena Época, t. X, noviembre de 1999, Disponible en internet: <http://200.38.163.178/SJFSem/Paginas/SemanarioIndex.aspx>, p. 19: «los efectos de una sentencia que otorga la protección constitucional al peticionario de garantías en un juicio de amparo contra leyes, de acuerdo con el principio de relatividad, son los de proteger exclusivamente al quejoso, pero no solo contra el acto de aplicación con motivo del cual se haya reclamado la ley, si se impugnó como heteroaplicativa, sino también como en las leyes autoaplicativas, la de ampararlo para que esa ley no le sea aplicada válidamente al particular en el futuro».

³⁹ Amparo en revisión 555/96, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, [citado 06-04-2015], Novena Época, t. IV, agosto de 1996, p.170, Disponible en internet: <http://200.38.163.178/SJFSem/Paginas/SemanarioIndex.aspx>.

esta última, no traería como consecuencia la de la obligación»⁴⁰. Es decir, para el Pleno un sistema normativo no se constituiría entre dos normas que provienen de fuentes distintas, como es el caso del decreto que contempla la exención y la ley que consigna la obligación de tributar, sino cuando provienen del mismo ordenamiento. Asimismo, concluyó que, como el efecto del amparo no podría consistir en que el quejoso no pague el tributo, o bien, en que se le incluya en la exención del pago del impuesto, sino, simplemente, en dejar insubsistente para el quejoso el decreto respectivo, era por tanto procedente sobreseer el amparo, ya que no le produciría ningún beneficio al quejoso. Sin embargo, también remata que sería ilógico incluir al quejoso en la exención establecida en el decreto reclamado, cuando este mismo sostiene la inconstitucionalidad del decreto⁴¹.

Entonces, lo que en realidad abandonó expresamente la Segunda Sala a partir del AR 1260/2006 fue, pues, el estrecho alcance que se le concedía al interés jurídico para impugnar en amparo una ley o un decreto de beneficio, por el que se redujo el abanico de las pretensiones que podían hacerse valer a las que expresamente refiere, incluso, el actual artículo 107, fracción I, de la LAMP, es decir, a retrotraer los efectos de «normas generales que por su sola entrada en vigor o con motivo del primer acto de su aplicación causen perjuicio al quejoso»⁴². Este criterio, que se aplicó en los precedente de los que derivaron las tesis 2a./J.39/96 y P./J.59/97, dejaba inevitablemente fuera del juicio de constitucionalidad aquellas normas que, como los decretos de exención de impuestos, ni siquiera tienen un impacto en la esfera jurídica de los quejosos, porque estos no se encuentran en las hipótesis de aplicación. Son casos en los que la pretensión del quejoso, respecto de la norma impugnada, no consiste en lograr que no se le aplique, sino que le sea aplicada. Es decir, el interés jurídico, tratándose de la impugnación de este tipo de normas, se satisface con la inclusión del quejoso en la hipótesis legal; porque se trata, en síntesis, de disposiciones que no se impugnan debido a que «causan un perjuicio», sino porque, en estricto sentido, «no benefician» al quejoso.

Para la Segunda Sala, la superación del criterio que nunca se sostuvo –de que era necesario impugnar la Ley del Impuesto al Activo para que fuera procedente el juicio de amparo en contra del decreto presidencial que exime del pago de ese tributo a determinados contribuyentes– se basaba en que el propio Tribunal Pleno, al resolver, el 12 de julio de 2002, la controversia constitucional 32/2002⁴³, determinó que la facultad del ejecutivo federal prevista en el artículo 39, fracción I, del

⁴⁰ Amparo en revisión 2871/96, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, [citado 06-04-2015], tomo VI, septiembre de 1997, p. 6, Disponible en internet: <http://200.38.163.178/SJFSem/Paginas/SemanarioIndex.aspx>.

⁴¹ *Cfr. Idem.*

⁴² [Consultada 06-04-2015], Disponible en Internet: <http://legislacion.scjn.gob.mx/LF/>.

⁴³ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, [citado 06-04-2015], Novena Época, t. XVI, Julio de 2002, p. 649. Disponible en internet: <http://200.38.163.178/SJFSem/Paginas/SemanarioIndex.aspx>

Código Fiscal de la Federación, de liberar del pago de un tributo a determinados grupos de contribuyentes, en situaciones de fuerza mayor o de emergencia y mediante resoluciones de carácter general, no implica modificar los elementos esenciales del tributo, además de que no está sujeta al principio de reserva de ley ni se integra al sistema del tributo. De este modo, la Segunda Sala consideró que la eximente derivada del ejercicio de dicha facultad y la ley que rige el tributo sobre el que aplica no forman un sistema fiscal, porque la primera regula aspectos recaudatorios, y la segunda, de imposición. De ahí, concluyó que no podía obligarse al contribuyente a impugnar la ley para que su amparo proceda en contra del decreto y que, entonces, el efecto de una posible concesión del amparo abarcaría al decreto únicamente, sin afectar la ley que prevé el tributo⁴⁴.

Como se aprecia, con este pronunciamiento no se abordó la añeja cuestión sobre si la inconstitucionalidad de una exención fiscal establecida en un decreto presidencial podía liberar al quejoso de su obligación legal de pagar el tributo. Esto fue realizado más adelante: cuando, al principio del estudio de fondo, se reconoce que las violaciones a la igualdad no siempre son factibles de repararse mediante la nulidad del acto inconstitucional y que, en todo caso, es obligatorio restablecer la igualdad mediante la equiparación de los supuestos de hecho comparados⁴⁵.

El otro aspecto previo que se considera relevante destacar es esta interesante afirmación: «la regularidad constitucional de los Decretos expedidos con base en el artículo 39, fracción I, del Código Fiscal de la Federación no puede ser analizada desde la perspectiva de los derechos previstos en el artículo 31, fracción IV, constitucional, pues, incluso, la igualdad establecida en el artículo 1º de la misma Constitución Federal, puede aplicarse idóneamente en este tipo de actos estatales»⁴⁶. Esto, que parece ser el resultado de una discusión meramente terminológica (¿qué más da que se llame al parámetro de validez «igualdad» o «equidad tributaria»?) es, en realidad, una distinción sobradamente justificada, porque guarda estrecha relación con el correcto entendimiento del criterio para discernir los méritos a los que atiende el trato desigual.

El decreto impugnado buscaba de forma expresa amortiguar los efectos que la incertidumbre en la economía internacional pudiera producir directamente en el desarrollo de las pequeñas y medianas empresas⁴⁷; por eso, difícilmente se disputa que el mérito para participar o no del beneficio es ajeno a la capacidad contributiva. Es decir, no es relevante para la configuración del trato desigual a que da lugar la exención el que la clase de personas incluida en ella tenga o no

⁴⁴ Amparo en revisión 1834/2004, pp. 38-48

⁴⁵ *Cfr. Ibidem*, p. 64.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 60.

⁴⁷ Como reducir la inversión en sus activos productivos y mermar la creación de empleos.

capacidad para contribuir, porque su fin no es repartir la carga impositiva –lo que sí debe atender a esta capacidad–, sino la de mitigar una contingencia económica, a través de la no recaudación.

La Sala, pues, hace bien al declarar inoperantes los agravios que acogen esta línea argumentativa. Y aunque imprecisamente lo vincula con este entendimiento, también fue acertada la declaración de inoperancia de los agravios sobre la falta de competencia o el ejercicio arbitrario de esta para emitir el decreto, porque el hecho de que alguien merezca o no estar incluido en un beneficio derivaría, en todo caso, de la condición del propio sujeto y no de la invalidez formal de la norma que lo establece. La Sala justificó la inoperancia, en este caso, en que el decreto no invadía la esfera de derechos del recurrente, ya que no estaba dirigido a él y porque, en caso de que el agravio prosperara, no podría incluirse en el beneficio que deriva, en todo caso, de un decreto inconstitucional; lo que no deja de estar puesto en razón.

Y hasta aquí las dos acotaciones preliminares. En el fondo, la Segunda Sala, tal cual lo hizo la Primera, es decir, inicialmente, estableció cómo entiende la igualdad y cuál es la metodología para discernir entre diferenciaciones normativas que son constitucionales y las que no lo son⁴⁸.

Para la Segunda Sala, la igualdad constituye un derecho subjetivo que protege a su titular frente a los comportamientos discriminatorios de los poderes públicos y que, por ende, es alegable ante cualquier diferenciación de trato no suficientemente justificada⁴⁹. Este tipo de violaciones no siempre son factibles de repararse mediante la nulidad del acto inconstitucional, pero en todo caso es obligatorio restablecer la igualdad mediante la equiparación de los supuestos de hecho comparados⁵⁰. Afirma también que la posibilidad de restablecer la igualdad forma parte de su contenido, y que, a efecto de restituir al agraviado en el pleno goce de la garantía individual violada, podrá ser necesario suprimir las restricciones o exclusiones injustificadas de regímenes jurídicos beneficiosos, a efecto de expulsar del ordenamiento privilegios que sean injustificados o arbitrarios, o anular las excepciones a regímenes jurídicos generales.⁵¹

Por otro lado, la Segunda Sala asigna al principio de igualdad un carácter complejo, ya que subyace a toda la estructura constitucional y vincula a los poderes públicos, incluido el legislador, mediante «normas particulares de igualdad»⁵², que son los múltiples preceptos constitucionales en los que se encuentra positivizado, y a través de un «principio general de igualdad»⁵³, fundado

⁴⁸ Cfr. *Ibidem*, pp. 63-73

⁴⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 64.

⁵⁰ Cfr. *Ídem*.

⁵¹ Cfr. *Ibidem*, pp. 64-65.

⁵² *Ibidem*, p. 66.

⁵³ *Ídem*.

específicamente en el artículo 16 constitucional, en tanto contiene una prohibición de actuar con exceso de poder o arbitrariamente. La «esencia de la igualdad», para la Segunda Sala, consiste, «no en proscribir diferenciaciones o singularizaciones, sino en evitar que éstas carezcan de justificación objetivamente razonable»⁵⁴. Así que, como límite específico al legislador, el *principio general de igualdad*, según esta Sala, exige razonabilidad en la diferencia de trato, como criterio básico de su labor, y esto se traduce en el deber de que la producción normativa cumpla estas dos normas:

1. Un mandamiento de tratamiento igual en supuestos de hecho equivalentes, salvo que exista un fundamento objetivo y razonable que permita darles un trato desigual, y
2. Un mandato de tratamiento desigual, que obliga al legislador a establecer diferenciaciones entre supuestos de hecho distintos cuando sea la propia Constitución la que imponga dicha diferenciación.⁵⁵

En este punto, a diferencia de la Primera Sala, para la cual, el principio de igualdad exige tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, la Segunda Sala adiciona una condición de excepción al mandato de trato igual y una condición de aplicación para el cumplimiento del mandato de trato desigual. En efecto, como se ve, esta establece que, a pesar de que se trate de iguales supuestos de hecho, no se les deberá otorgar un trato igual cuando exista un fundamento objetivo y razonable que autorice un trato desigual, y que deberá otorgarse un tratamiento desigual, cuando, además de que se trate de supuestos de hecho diferentes, la propia Constitución lo imponga.

La primera exigencia tiene una vinculación directa con el juicio de igualdad que la propia Segunda Sala configura; lo que hace que, hasta este punto, supere a la teoría de la Primera Sala, al menos en cuanto a congruencia interna y respecto de este primer mandato, pues, como se revisó, las exigencias de igualdad que estipula la Primera Sala (tratar igual a los iguales y tratar desigual a los desiguales) no guardan ninguna relación con su test, que únicamente corresponde a un juicio de proporcionalidad de las restricciones a los derechos.

El segundo mandato, de tratar desigual a los desiguales «cuando sea la propia Constitución la que imponga dicha diferenciación»⁵⁶ causa, sin embargo, extrañeza. ¿Debe tratarse a los desiguales de manera igual, si la Constitución no ordena tratarlos desigualmente? Eso parece. La Constitución, en efecto, impone en ocasiones al legislador otorgar tratos desiguales, por ejemplo, al reconocer

⁵⁴ *Ibidem*, p. 68.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 67.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 67.

específicamente a los indígenas un derecho a acciones afirmativas para su desarrollo, o cuando señala que las penas o las cargas tributarias deben ser proporcionales. Pero sería un despropósito establecer que todas las demás diferenciaciones no impuestas constitucionalmente puedan ser, en automático, inválidas, si se toma en cuenta que casi toda norma supone un trato desigual. La propia Sala así lo reconoce más adelante, cuando aclara que la posición constitucional del legislador democrático no exige que toda diferenciación normativa esté amparada en permisos de diferenciación derivados del propio texto constitucional, y mucho menos en imposiciones, sino que es suficiente que la finalidad perseguida sea constitucionalmente aceptable o, en su caso, imperativa⁵⁷.

Ante esta circunstancia, para hacer coherentes las exigencias de la Segunda Sala, quizá no habría más opción que sujetar este segundo mandamiento a la misma condición de excepción que tiene el primero, pero a la inversa. Se diría, entonces, que hay que tratar desigual a los desiguales, salvo que exista un fundamento objetivo y razonable que permita darles un trato igual.

Ahora bien, de acuerdo con esta Sala, antes de iniciar con el juicio de proporcionalidad, debe elegirse el término de comparación apropiado, para determinar, a partir de éste, si los individuos sujetos al régimen jurídico cuestionado se encuentran o no en una situación de igualdad respecto de otros individuos sujetos a diverso régimen y si el trato que se les da, a la luz del propio término de comparación, es diferente. Se denomina «término de comparación» al criterio utilizado para la comparación⁵⁸. Aclara que en caso de que los sujetos comparados no sean iguales o no sean tratados de manera desigual, no habrá violación a la garantía individual, y que una vez establecida la situación de igualdad y la diferencia de trato, debe determinarse si la diferenciación persigue una finalidad constitucionalmente válida, adecuada para el logro del fin buscado y proporcional. Y parece que con esto ya se incurrió en una incongruencia.

Recuérdese que la mejor versión, o la menos incoherente quizá, de la igualdad en la jurisprudencia de la Segunda Sala implicaría las siguientes exigencias:

1. Un mandamiento de tratamiento igual en supuestos de hecho equivalentes, salvo que exista un fundamento objetivo y razonable que permita darles un trato desigual, y
2. Un mandamiento de trato desigual en supuestos de hecho diferentes, salvo que exista un fundamento objetivo y razonable que permita darles un trato igual.

⁵⁷ Cfr. *Ibidem*, p. 72.

⁵⁸ *Ibidem*, pp. 71-72. Pudiera resultar más apropiada la concepción de GIMÉNEZ GLÜCK sobre el *tertium comparationis*: «[e]l término de comparación siempre una situación jurídica (supuesto de hecho + consecuencia jurídica) que se contrapone a la situación jurídica impugnada» (GIMÉNEZ GLÜCK, David, *op. cit.*, Barcelona, Bosch, 2004, p. 71).

Sin embargo, ahora, la propia Sala señala que si la norma trata igual a los iguales (cuando excluye el caso en que los sujetos comparados no sean tratados de manera desigual) o desigual a los desiguales (al excluir el caso en que los sujetos comparados no sean iguales), entonces debe declararse que no existe violación a la igualdad, y ya no se debe buscar un fundamento objetivo y razonable para dar un trato desigual, en el primer caso, o un trato igual, en el segundo. Habrá de buscarse ese fundamento únicamente “establecida la situación de igualdad y la diferencia de trato”, es decir, cuando la norma trate desigual a los iguales.

En la sentencia no existe algún tipo de justificación para reducir a uno los supuestos en que procedería el juicio de proporcionalidad, de cuatro posibles de acuerdo con las dos reglas primigenias, esto es, cuando la norma trate: (1) igual a los iguales, (2) desigual a los desiguales, (3) desigual a los iguales y (4) igual a los desiguales. ¿Por qué en los casos (1) y (2) se debe declarar que no existe violación y acabar el juicio, pero en el caso (3) no se debe declarar nada más la violación a la igualdad sino que se implementa adicionalmente un juicio de proporcionalidad, y el caso (4) no se toma en cuenta para nada?

La lógica del test de igualdad de la Segunda Sala es muy compleja. Y esto se debe a que se aplica a dos diferentes situaciones jurídicas, y no a una sola; pero no solo eso, sino que a cada una de esas distintas situaciones jurídicas se le aplican diversos parámetros de validez. Esto es una perplejidad, porque en cualquier caso parece, o se espera, que los justiciables impugnen sólo una situación jurídica y que los jueces apliquen un solo parámetro de validez a esa misma situación. Pero, en realidad, esto no sucede.

Este es el caso para el que el test de igualdad de la Segunda Sala parece que encaja bien: supóngase una disposición, en el sistema del impuesto sobre la renta, que impone como requisito para deducir un gasto mayor a cien pesos, que este gasto se efectúe mediante cheque nominativo⁵⁹. La razón de ser de cualquier norma que regule una deducción estructural en este impuesto es hacer que el monto gravado refleje la capacidad real del sujeto para contribuir al gasto público, al hacer que en la base gravable no se tomen en cuenta los gastos que se consideren indispensables para

⁵⁹ Existen diversos precedentes de este tipo en la jurisprudencia mexicana. *Vid. v. gr.* tesis 1a. XLII/2006, de rubro: RENTA. EL ARTÍCULO 24, FRACCIÓN III, DE LA LEY DEL IMPUESTO RELATIVO VIGENTE EN 1996 QUE ESTABLECE COMO REQUISITO PARA DEDUCIR LOS PAGOS EN EFECTIVO CUYO MONTO EXCEDA EL LÍMITE AHÍ SEÑALADO, QUE SE EFECTÚEN CON CHEQUE NOMINATIVO, NO VIOLA EL PRINCIPIO DE EQUIDAD TRIBUTARIA (*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIII, febrero de 2006, p. 642).

obtener el monto que se grava. Desde este punto de vista, aquella norma trata desigual a los iguales, pues tanto quien realiza un gasto indispensable superior a cien pesos sin que medie cheque nominativo, como aquel que lo hace mediante un cheque de esta naturaleza, merecen, por el simple hecho de realizar una erogación indispensable, que se les permita la deducción a fin de que tributen de acuerdo con su capacidad y, sin embargo, la norma concede este permiso a los segundos y a los primeros no.

El justiciable acude ante el juez con este reclamo. Y atendiendo al test de igualdad de la Segunda Sala, como primer paso, da la razón al quejoso y constata «la situación de igualdad y la diferencia de trato» y, como segundo paso, procede a hacer un juicio de proporcionalidad. En este encuentra que imponer que la erogación se realice mediante cheque de caja responde adecuadamente a la necesidad de tener un mayor control de las deducciones realizadas y de combatir la evasión y el lavado de dinero, lo que es una medida legítima y no desproporcional en relación con el derecho a contribuir de acuerdo con la capacidad real de cada cual, puesto que, finalmente, no prohíbe la deducción, sino que la sujeta a una formalidad mínima. Se concluye que, por estas razones, esa norma no viola la igualdad.

A primera vista este argumento soluciona el problema y, por eso, puede parecer coherente. Sin embargo, no lo es tanto. Primero porque el justiciable acude ante el juez con un reclamo de violación a la igualdad y se le da la razón en este punto, pero, inmediatamente después, con base en razones que, se dice, son de igualdad, se concluye que la igualdad no se violó.

La igualdad se viola o no se viola. No puede violarse y no violarse a la vez. Y, más en el fondo, lo incoherente de este fallo es que cree que aplicó un mismo parámetro de validez a una misma situación jurídica cuando en realidad aplica dos distintos parámetros, y cada uno de estos dos, a diferentes normas. El test de igualdad se aplica para una norma «n₁» cuya razón de ser es el gasto indispensable, y finalidad, «p₁», la de que los contribuyentes tributen de acuerdo con su capacidad, mientras que el test de proporcionalidad se aplica para una norma «n₂» cuya razón de ser pudiera tratarse de los pagos que no se destinen a gastos indispensables, que no pudieran declararse y que pudieran provenir de actividades ilícitas, y cuya finalidad «p₂» es la de tener un mayor control de las deducciones realizadas y combatir la evasión y el lavado de dinero.

La norma «n₁» sería la norma «Podrán deducir...», mientras que la norma «n₂» sería la excepción «No podrán deducir...».

Si el juicio de igualdad, hablando sólo de méritos, se aplicara a la norma «n₂» se daría lugar a un razonamiento de este tipo: la norma trata igual a los desiguales, en tanto que no permite deducir a

quien lava dinero, pero tampoco a quien pagó más de cien pesos sin que mediara cheque nominativo, aun cuando dicha erogación constituyera un gasto indispensable, fuera expedida una factura y pueda fielmente comprobarse el origen lícito de esos recursos, o desigual a los iguales en tanto permitiría deducir a quien lava dinero pero eroga menos de cien pesos, y no deducir a quien también lava dinero pero eroga una cantidad mayor. Es decir, porque afecta a quien tiene el mérito como a quien no lo tendría, y no afecta a quien sí lo tendría, pero sí a otros que también lo tienen. Y si se aplicara el juicio de proporcionalidad respecto de la norma «n₁», se aduciría, quizá, que deducir persigue una finalidad legítima de justicia tributaria, que constituye una medida adecuada para ajustar la manifestación de riqueza que revela la verdadera capacidad del contribuyente y que, en realidad, no pugna con el interés del Estado de recabar recursos, pues, de hecho, de no reconocerse la deducción, el Estado afectaría una porción de riqueza a la que no tiene derecho. Así, pues, resulta que a la norma «n₂» solo se le aplicó un juicio de proporcionalidad, mientras que a la norma «n₁» un juicio de igualdad.

Al ser esto cierto es también una perplejidad. Pero, dar entrada a esta perplejidad es también poner en práctica alguna doctrina, que parece a todos razonable, según la cual puede distinguirse entre la norma y la disposición.⁶⁰ Así, se puede decir que «n₁» y «n₂» se tratan de la misma disposición, pero interpretada desde dos razones de ser distintas, y que, en este caso, se cayó en el error de querer impugnar una norma de una disposición a partir de un vicio que deriva de una norma distinta de la misma disposición. De lo que se duele el quejoso «s» es, en realidad, de la norma «n₂», y este debe ser el blanco de su impugnación, aun cuando, de hecho, «n₁» y «n₂» se tratan, pues, de la misma disposición.

El vicio de igualdad de la norma «n₁», y que es de infra-inclusividad, no hace que la norma «n₂» también tenga un vicio de esta naturaleza, pues «s» puede tener el mérito para estar incluido en ella y «n₂» hacer que se trate igual a quienes tienen ese mérito, y el hecho de que «s» deba estar incluido en el supuesto general de deducción que contempla «n₁», no le quita el mérito para que se incluya en el régimen de excepción de «n₂». Entonces el que «n₁» sea violatoria de la igualdad, porque hace que entre quienes realizan erogaciones indispensables, existan unos que puedan deducirlas y otros que no, es irrelevante para conocer la validez de «n₂», que sujeta la posibilidad de deducir a que la erogación que excede de cierto monto, se realice mediante cheque nominativo, para cumplir ciertos fines. Los vicios de «n₂» solo se acreditan mediante un juicio de igualdad o un juicio de proporcionalidad, ambos respecto de «n₂» y solo respecto de «n₂».

⁶⁰ Vid. GUASTINI, Riccardo, *Interpretar y argumentar*, Álvares Medina, Silvina (trad.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, Colección El Derecho y la Justicia, 2014, pp. 77-78.

Lo que un juez tiene ante sí, en un caso como este, es, pues, un planteamiento falaz para impugnar la norma que sí trae un perjuicio al quejoso: que limita en todo caso el derecho que tiene para soportar la carga tributaria de acuerdo con su efectiva capacidad, a costa de cumplir determinados fines. Pero, es razonable que el justiciable no alcance a apreciar lo falaz que puede ser su argumentación de igualdad, por lo que resulta conveniente suplir la deficiencia de su queja. Al final, comprobar que aquella limitación es injustificada pudiera ser, muy probablemente, el afán del justiciable, la pretensión efectivamente planteada. Y esto conduciría a interpretar el caso como realmente es: un conflicto entre el derecho a deducir y la finalidad de lograr un estado de legalidad, mediante un mayor control de las deducciones realizadas y el combate a la evasión y al lavado de dinero.

Por eso es que, finalmente, el juez, con apoyo en la jurisprudencia de la Segunda Sala, logró atajar el caso como se debe; pero al final fue incongruente, pues no concluyó que la norma impugnada no restringía desproporcionadamente el derecho a deducir, sino que esta no viola la igualdad. Y terminó, pues, por transformar la igualdad, de un reclamo formal, a un reclamo sustantivo. El juicio de igualdad de la Segunda Sala puede resumirse en un test diseñado a partir de un caso mal planteado.

Una cuestión sumamente importante dentro de la mecánica del juicio de igualdad de la Segunda Sala es que, para que funcione, aunque sea de forma incoherente con la pretensión, se requiere que sea aplicado, como se hizo, en cada una de sus fases, a dos distintas normas, siempre que, también, se aplique el test de igualdad a la norma que administre el derecho o beneficio que el quejoso quiere recibir, es decir a la norma en la que se le deja de incluir, y el de proporcionalidad a la norma que administre la finalidad que se opone en abstracto a ese derecho o beneficio, y en la que se ubica el justiciable, siendo la segunda una excepción a la primera. Curiosamente, en el AR 1260/2006, las circunstancias estaban al revés, pues el quejoso quería incluirse en la excepción y excluirse de la regla general, por lo que el caso no daba para aplicar el test; aun así, como se verá más adelante, se aplicó, dando como resultado que se juzgara la igualdad de la disposición que regía la obligación tributaria, en la cual se encontraba el quejoso, como contribuyente del impuesto al activo, y la proporcionalidad de la disposición, del decreto, en el que el quejoso pretendía incluirse. Fue un completo mal entendido.

Ahora bien, quizá se piense que se ha hecho aquí una incorrecta interpretación del test de igualdad de la Segunda Sala, que no convenza la hipótesis de que sólo es aplicable para casos que estén mal planteados, de dos normas en juego, donde a una se le aplique el test de igualdad y a otra

el de proporcionalidad que es el que realmente importa. Por eso quizá convenga demostrar que no es nada atinente aplicar el juicio de proporcionalidad respecto de una misma norma una vez que se acredita que viola la igualdad, si fuera acaso la estrategia que se adopte para refutar todos los razonamientos anteriores.

Para esto, conviene recordar, primero, que a la Segunda Sala solo le interesa finalmente la primera exigencia primigenia, un reclamo de trato igual a los iguales, pues solo autoriza o prevé la denuncia de que la norma ha tratado desigual a los iguales (3). El reclamo de trato desigual a los desiguales, contenido en la segunda exigencia primigenia, no le importa pues no previó el supuesto de que se impugne una norma por haber tratado igual a los desiguales (4). En términos prácticos esto de verdad no es tan relevante, pues el segundo tipo de reclamo contempla indefectiblemente las mismas pretensiones que el primero. En otras palabras, para lograr una misma pretensión, el justiciable puede aducir un reclamo o el otro.

Se explica: en un sistema justo y con actores razonables⁶¹, como se entiende cualquiera, solo se admitirían demandas en las que la pretensión del justiciable se encamine a ser colocado en la situación jurídica que merece o que se le excluya de aquella en la que no merece estar, pero además que favorezcan al justiciable en su esfera jurídica, ya sea para obtener beneficios o librarse de perjuicios. Esto conduce a que, en la práctica, cuando se denuncian cuestiones formales de igualdad, la impugnación se contraiga a dos tipos de normas: a) a una norma infra-inclusiva de beneficio, o b) a una norma supra-inclusiva de perjuicio⁶², y que la pretensión consista, respecto de la primera, en la inclusión de la infra-incluida y, respecto de la segunda, en la exclusión de la supra-incluida.

Para que la infra-incluida se incluya, el quejoso puede denunciar que se dio un trato desigual a los iguales, entre alguna clase incluida y la suya infra-incluida, pues la primera está fuera y la segunda dentro a pesar de que ambas tienen mérito para estar dentro, o que se dio un trato igual a los desiguales, entre su clase infra-incluida y otra clase excluida, dado que la primera tendría el mérito para estar dentro y la segunda no, pero ambas están excluidas. Por otro lado, para que la supra-incluida sea excluida, puede denunciar que se dio un trato desigual a los iguales, entre alguna categoría excluida y la suya supra-incluida, pues la primera está fuera y la segunda dentro a pesar de que ambas carecen de mérito para estar dentro, o que se dio un trato igual a los desiguales, entre la

⁶¹ Estos dos conceptos, de justicia y de razonabilidad, se analizarán en la segunda parte de este trabajo.

⁶² Por el momento, basta entender, simplemente, que una norma infra-inclusiva deja fuera a una categoría que debería estar dentro, y que una norma supra-inclusiva, incluye a una categoría que debería estar fuera. La segunda parte del trabajo se encargara de profundizar más en las cualidades de estos fenómenos de violación a la igualdad. *Vid:* Tussman, Joseph y tenBroek, Jacobus, «The Equal Protection of the Laws», *California Law Review*, Vol. 37, núm. 3, Septiembre de 1949, pp. 348.

clase supra-incluida y otra clase incluida, dado que la primera no tendría el mérito para estar dentro y la segunda sí, pero ambas están incluidas.

No importa, pues, que la Segunda Sala haya contemplado un solo tipo de denuncia, pues con independencia de cuál sea esta, en el fondo lo que se buscará será la inclusión de la infra-incluida en una norma de beneficio o la exclusión de la supra-incluida en una norma de perjuicio, y estas pretensiones pueden lograrse, ya sea denunciando un trato desigual a los iguales o un trato igual a los desiguales. Para simplificar ahora las cosas, nada más basta con tomar como fundadas esas pretensiones, y contestar ahora ¿por qué es desatinado implementar un juicio de proporcionalidad con respecto a una norma de beneficio o de perjuicio cuyo vicio de infra-inclusividad o supra-inclusividad se ha demostrado, respectivamente? Se identificará siempre, para esto, al régimen general como «n₁» y al régimen especial o de excepción, como «n₂».

Primera cuestión a demostrar: no es atinente aplicar el juicio de proporcionalidad a una norma infra-incluyente de beneficio o cuando se ha demostrado que el justiciable merece encontrarse dentro de esa regulación. La lógica del test de igualdad de la Segunda Sala es que las excepciones a los regímenes generales tengan que superar el juicio de proporcionalidad, a fin de que se permita realizar una distinción con base en un criterio disfuncional de acuerdo con la razón de ser de ese régimen general que el justiciable estima como infra-inclusivo; en otras palabras, justificar una violación formal a la igualdad.

Cabe advertir, primero, que cuando lo que se impugna, por ser violatorio de la igualdad, es el propio régimen de excepción que se contrasta con el régimen general, se está, por tanto, fuera de la lógica del test. Ahora, supóngase que una regulación «n₂», que constituye el régimen de excepción, permite incluir a quienes tienen el mérito para colocarse en este mismo régimen pero a su vez prohíbe incluir a otros que también participan de ese mérito, entre los que se encuentra «s»; constatado esto, la aplicación del test de proporcionalidad respecto de «n₂» daría lugar, o bien a la declaración de invalidez del régimen o bien a su validez desde este punto de vista, y con respecto al principio o finalidad «p₁» que es afectado por ese régimen, y que se sigue a través de «n₁», que es exceptuada por «n₂». La violación a la igualdad quedará, simplemente, constatada ahí, al igual que en el caso de la deducción fiscal, aunque la diferencia entre un caso y el otro es que, aquí, la constatación no pasa más de eso: mientras que allá servía en el fondo para afirmar, prima facie, la existencia de un derecho que ha sido restringido, que es la antesala al juicio de proporcionalidad, y mientras en el caso de la deducción la desproporcionalidad del régimen de excepción beneficiaba al quejoso, pues este le era aplicable, en este preciso caso el juicio de proporcionalidad no podría

beneficiar al justiciable al haberse aplicado a la norma donde pretende incluirse, ya que si la excepción es desproporcional, esto implica su invalidez, y si es proporcional, su validez, aunque sólo desde este punto de vista, de su proporcionalidad.

Para que la aplicación del test de proporcionalidad en «n₂» tuviera algún sentido después de constatar la infrainclusividad de la propia «n₂», el juicio de proporcionalidad debería justificar la diferencia de trato, esto es, que no se incluya a «s» en «n₂». Al parecer sólo existiría una razón para ello: la desproporcionalidad del beneficio de «p₂» de que «s» esté incluido en «n₂» en relación con el perjuicio de «p₁» de que «s» no esté incluida en «n₁». Sin embargo, este juicio no puede obtenerse de aplicar un test de proporcionalidad sobre la misma norma «n₂», ya que «s» no está incluido en «n₂», por lo que ni «p₂» se beneficia ni «p₁» se perjudica. Por eso, aplicar un juicio de proporcionalidad en una norma infra-inclusiva no justificará esta infra-inclusión. En realidad, esta consideración resulta de advertir la proporcionalidad del beneficio de «p₁» de que «s» se incluya en «n₁» en relación con el perjuicio de «p₂» de que «s» no esté incluida en «n₂». Pero, este es el resultado de que el juicio de proporcionalidad se aplique sobre «n₁» y no sobre «n₂».

Cabe advertir, además, que este resultado implica la invalidez del régimen de excepción donde «s» pretende incluirse. Si la norma «n₂» es una regla de excepción de «n₁», entonces el principio «p₂» que inspira «n₂» siempre se encontrará en conflicto abstracto con respecto al principio «p₁» que inspira la norma «n₁», que es la regla general, a propósito de todas las clases que se incluyen en «n₂». El presupuesto de validez de «n₂» es que «p₂» prevalece sobre «p₁», si se aplica a cada una de las clases que «n₂» incluye, pues todas estas a su vez merecerían encontrarse en «n₁». En otras palabras «n₂» es válida porque «p₁» ha cedido ante «p₂» clases que a su vez merecen encontrarse en «n₁», pero deja que se encuentren en «n₂», porque de esta forma «p₂» obtendría mayor beneficio que el perjuicio que le ocasiona a «p₁» al no tener esas clases en «n₁». En estas circunstancias, de aceptarse que el principio «p₁» es el fundamento para que «s» quede excluida de «n₂», entonces debe aceptarse también que ninguna clase debe estar incluida en «n₂», porque «n₂» es inválida.

En un caso en el que se va a analizar si «n₂» viola o no la igualdad lo más probable es que se esté presuponiendo que «n₂» es una norma proporcional en el sistema, es decir que el principio «p₁» que se cumple con «n₁» ha cedido frente al principio «p₂» que se cumple con «n₂», por lo cual «n₂» es una excepción válida a «n₁»; de no presuponerse esto será porque «n₂» es desproporcional y ya no tendría caso analizar si viola o no la igualdad. Si todavía presuponiendo lo anterior se determinara que «s» debe quedar fuera de «n₂» dada la proporcionalidad del beneficio de «p₁» de que «s» se

incluya en «n₁» en relación con el perjuicio de «p₂» de que «s» no esté incluida en «n₂», se estará por tanto incurriendo en una contradicción con el presupuesto de validez de «n₁», que depende en general de que «p₁» prevaleciera sobre «p₂». Entonces, si «n₂» es proporcional, por un lado, y «s» permanece fuera «n₂», pero merece estar en «n₂», por el otro, el juez debe limitarse a incluir a «s» en «n₂», pues en este supuesto no hay nada que ponderar, en tanto no existe más principio que justificara la exclusión de «s» que el mismo principio «p₁» que ya cedió en abstracto para que «n₂» tuviera validez.

Piénsese, precisamente, en el caso concreto que analizó la Segunda Sala: una exención fiscal, es decir, una disposición, donde la norma general «n₁» sería “deben pagar el impuesto” y el régimen de excepción «n₂» sería “no deben pagar el impuesto”. La norma «n₂» que contempla la excepción está inspirada por el principio «p₂» de salvaguarda a la economía de las personas y de las empresas, pues busca atemperar los efectos perniciosos que la incertidumbre en la economía internacional pueda producir en la capacidad de estas últimas para generar empleos e invertir en activos productivos. Dado el medio elegido, este principio entrará en colisión abstracta con otro principio «p₁» que es el de satisfacción del gasto público, pues en virtud de la exención el Estado dejará de recabar ingresos a los que antes tenía derecho en virtud de la norma «n₁» que regula la obligación tributaria, y es una colisión en abstracto pues cualquiera que sea la clase que se incluya en el beneficio fiscal, la exención de esta afectará el gasto público. Si «s» merece colocarse en «n₂», y si se considera que «n₂» sigue de manera proporcional el principio «p₂» en relación con «p₁», entonces el juez constitucional no puede hacer otra cosa más que ordenar que a «s» se le trate como si estuviera incluido en «n₂», pues de esa manera está honrando el principio «p₂» que prevalece en el caso; si afirmara la proporcionalidad del beneficio de «p₁» de que «s» se incluya en «n₁» en relación con el perjuicio de «p₂» de que «s» no esté incluida en «n₂», estará haciendo un juicio que trasciende a la validez de toda la norma «n₂». Entonces, al constatar esto último, estaría el juez cuestionando la validez de «n₂» cuando ya la había presupuesto. De este modo, en caso de que considerara que «s» no debe incluirse en «n₂» aunque lo merezca, debe ser solo porque ha demostrado que el beneficio tributario que contempla es desproporcionado.

Después de constatar la igualdad y la diferencia de trato en «n₁», tampoco podría aplicarse un juicio de proporcionalidad en «n₁» cuando esta se trate del régimen general. Es el caso de que se pretende remitir a una clase, del régimen excepcional, al régimen general y, por tanto, sí se encuentra dentro de la lógica del test. Sin embargo, naturalmente, el estándar de la Segunda Sala no se podrá aplicar respecto de una misma norma tampoco aquí de forma que el segundo juicio

justifique el resultado del primero. Si se aplica primero un juicio de igualdad respecto de «n₁», que constituye un régimen general, se determinará que esta norma viola la igualdad, que «s» tiene el mérito para incluirse al igual que otras clases incluidas y que, sin embargo, «s» fue excluida, y si luego se procede a aplicar a esta un juicio de proporcionalidad se daría lugar, o bien a la declaración de invalidez del régimen o bien a su validez desde este punto de vista. Para que la aplicación del test de proporcionalidad en «n₁» tuviera algún sentido después de constatar la infrainclusividad de la misma «n₁», se tendría que comprobar, en este caso, la desproporcionalidad del beneficio de «p₁» de que «s» se esté incluida en «n₁» en relación con el perjuicio de «p₂» de que «s» no esté incluida en «n₂». Sin embargo, este juicio de proporcionalidad no puede tener en cuenta una supuesta afectación del principio «p₂» que inspira la norma de excepción «n₂» donde «s» está incluida, ni el supuesto beneficio de «p₁» por la simple razón de que «s» no está incluida en «n₁», sino en «n₂». Por lo tanto, en todo caso, la inclusión de la clase «s» a «n₂» depende de la proporcionalidad del beneficio de «p₂» de que «s» se esté incluida en «n₂» en relación con el perjuicio de «p₁» de que «s» no esté incluida en «n₁», que es un juicio aplicado sobre «n₂» y no sobre «n₁», última a la que se aplicó el juicio de igualdad. Entonces, también en este caso la violación a la igualdad vale para quedar únicamente constatada, ya que el trato desigual a los iguales que se constate a partir de «n₁», no repercute en nada sobre la validez del régimen especial «n₂», que en todo caso depende de que este mismo supere un juicio de proporcionalidad en relación con el perjuicio de «p₁». Entonces, si el sujeto «s» está excluido de un régimen general «n₁» en violación de la igualdad, la justificación para que permanezca excluido no provendrá, en ningún caso, de un juicio de proporcionalidad que se aplique respecto «n₁», sino respecto de su régimen de excepción «n₂». En otras palabras, la consideración de que sería desproporcionado que «s» se coloque en «n₁» resulta, en realidad, de que se juzgue la proporcionalidad no el régimen general «n₁» sino el régimen de excepción «n₂», por el cual «s» no está incluido a fin de que se respete el principio «p₂», es decir, es producto de juzgar la proporcionalidad de la excepción, que no es la norma «n₁», sino la norma «n₂». Ante un caso planteado de este modo, sería, pues, inatento aplicar el juicio de proporcionalidad respecto de «n₁», dado que esta no afecta el principio que se sigue de incluir a «s» en «n₂», por el solo hecho de que «s» no está incluido en «n₁».

Conviene traer otro ejemplo, aunque sea con la pretensión de colocar a alguien en un perjuicio: es el caso de la norma «n₁» que regula el servicio militar y que deja expresamente fuera de la obligación de prestarlo a «s» dado que su categoría profesa cierta religión. Alguien pudiera considerar que «n₁» es violatoria de la igualdad porque, de acuerdo con su razón de ser, deben estar

incluidos todos aquellos que tengan la madurez física y mental suficiente para defender a su país en casos de invasión, de modo que al excluir a las personas porque profesan cierta religión, trata desigual a quienes son igualmente merecedores de la obligación, por tener la misma condición de madurez; sin embargo, el fundamento objetivo y razonable para que «s» no se incluya en «n₁» será en todo caso la proporcionalidad del régimen de excepción, pues en tanto que «s» no está obligado a prestar el servicio, no puede estudiarse si esta obligación es desproporcional para «s», no puede estudiarse si «n₁» es desproporcional con respecto «s», sino sólo si «n₂» al haber exentado «s» afecta o no de manera desproporcionada un principio de seguridad y defensa nacional que sigue con «n₁».

Así puede demostrarse que, si se van a aplicar los dos juicios respecto de una misma norma, el juicio de proporcionalidad debería ser aplicado necesariamente con anterioridad al de igualdad: si la norma es proporcional, cabe proseguir al juicio de igualdad para advertir si el justiciable debe o no estar incluido en ella: si no la viola, procede solo declarar la validez de la regulación, y si viola la igualdad hay que incluirlo solamente, sin poder aplicar un juicio posterior de proporcionalidad de no querer incurrir en contradicción. Si, en cambio, la norma no es proporcional, pues debe esta declararse inválida, y aun cuando el justiciable merezca colocarse en ella, no se le podría ahí colocar, pues se estaría deshonrando el principio prevalente, o que se restringió de manera desproporcional.

Es corolario de lo anterior que el establecimiento de una regla por la que el juicio de proporcionalidad deba aplicarse una vez que se demuestra que se viola la igualdad no tiene ningún sentido en tanto regla así construida, ya que, de aplicarse a una norma infrainclusiva, ya sea que se trate de la regla general o su excepción, no serviría para convalidar esta violación a la igualdad. Se trata de una regla creada para resolver un caso planteado de forma incorrecta, falaz; al final del día, es posible hacer valer en los casos donde parece que aplica únicamente la desproporcionalidad de la norma que restringe el principio o fin de la otra norma sobre la que se aplica el juicio de igualdad, pues se ve que, en esos casos, la violación a la igualdad, que siempre es fundada, no trasciende más allá de su simple constatación.

Ahora, la segunda cuestión a demostrar: el juicio de proporcionalidad no es atinente en el caso de una norma supra-incluyente de perjuicio o cuando el justiciable no merece encontrarse dentro esta regulación, de la que pretende excluirse.

Esto es más fácil de demostrar. Aquí no importa que la norma suprainclusiva se trate de un régimen especial o de uno general. Supóngase que una regulación «n» permite incluir tanto a quienes tienen el mérito como a quienes no lo tienen para estar incluidos; si una persona «s» está

incluida en «n» sin mérito para estarlo, entonces un juez justo deberá excluir a «s» de «n₁», cualquiera que sea el reclamo razonable que se pronuncie. ¿Sería en este caso adecuado sujetar este resultado a que, sin embargo, la propia norma supra-inclusiva supere un juicio de proporcionalidad? No. El fundamento razonable para mantener a «s» en «n» sería el propio principio que inspira «n». Pero «n», por el contrario, se honra si «s» queda fuera. Entonces, si «s» no merece estar en «n», el juez debe limitarse a excluir a «s» de «n», pues en este supuesto no hay nada que ponderar, en tanto no existe más principio que justifique la inclusión de «s» que el mismo principio que se honra si «s» queda fuera.

Es curioso, aunque no es importante para seguir con esta línea argumentativa, hacer notar que, dentro de su misma lógica que aquí se juzga incongruente, la Segunda Sala fue incongruente al no haber tomado en cuenta los supuestos (1) y (2) en que la norma trata igual a lo iguales o desigual a los desiguales, para que fuera procedente aplicar enseguida un juicio de proporcionalidad. Esta crítica cuenta solo para el caso en que la denuncia de la supra-inclusividad sea infundada, es decir, en la práctica, cuando el justiciable pretenda infundadamente excluirse de un régimen que le perjudica, pues en los casos de infrainclusividad infundada no habría nada que ponderar que justifique incluir al justiciable en donde no merece estar.

Para explicar esta incongruencia conviene traer un ejemplo. Es el caso del servicio militar, reformulado: esta vez el mismo sujeto «s» está obligado a cumplir el servicio militar pues la norma no guarda deferencia alguna hacia las creencias religiosas. La regulación no es violatoria de la igualdad porque, de acuerdo con su razón de ser, «s» tiene el mérito para quedar obligado al igual que otras categorías incluidas, es decir, porque trata, desde este punto de vista, igual a los iguales. Es posible extraer a «s» del régimen en donde debe estar incluido de acuerdo con su mérito, sin poner en entredicho la validez total de «n», pues no se tratará de remitirlo, del régimen especial al régimen general, sino de un régimen general a uno especial y así se dice que el servicio militar, «en el caso concreto», es desproporcional. No necesariamente esta desproporcionalidad se verifica cuando se fuerza a cualquiera a cumplir con el servicio militar.

Después de estos razonamientos, se constata que lo congruente hubiera sido no descartar, como sí se hizo, la posibilidad de aplicar un juicio de proporcionalidad después de que se advierte que la norma no viola la igualdad. Se constata, curiosamente, que sólo en este tipo de casos el juicio de proporcionalidad sí legitimaría una violación a la igualdad; pero, particularmente, no será la violación a la igualdad que se dé en el régimen donde se aplica el juicio de igualdad primigenio,

pues en este caso la violación es infundada, sino la violación a la igualdad que resulta de excluir a «s» de «n», al comprobarse que este régimen es desproporcional respecto de ese sujeto.

En todo caso, sin embargo, con este ejemplo se confirma que la regla que conminara al juez a revisar la validez de una norma en este orden no tendría razón de ser, ya que la invalidez, como se advierte, se determina, en única instancia, porque la regulación obtiene un beneficio desproporcional en relación al perjuicio que se ocasiona a otro principio que exigiría una norma de excepción a favor del justiciable; la circunstancia de que se hubiera constatado que «s» mereciera estar en la norma no cambiaría en nada la decisión de invalidez fundada en la violación a ese otro principio.

Hay que continuar, ahora, con el análisis del AR 1260/2006.

En lo que resta al parámetro de validez, la Segunda Sala sostiene similares criterios que la Primera, por lo que le corresponden las mismas críticas. Una sutil diferencia que se distingue en el juicio de igualdad-proporcionalidad de la Segunda Sala es que, al exponer los alcances del juicio de proporcionalidad en estricto sentido o ponderación, establece la regla de que entre más alta sea la jerarquía del interés tutelado, mayor puede ser la entidad de la diferenciación, sin incluir consideraciones sobre el criterio de necesidad de la medida para la cara estricta de este sub-principio⁶³.

Ahora bien, para justificar la negativa del amparo en contra del decreto de exención, la Sala comienza por hacer un buen planteamiento del caso de igualdad, dejando en claro las situaciones jurídicas a comparar: lo que se va a determinar es si eximir del pago del impuesto al activo a un sector de contribuyentes cuyos ingresos y el valor de sus activos en el año de dos mil dos no excedieron la cantidad de \$14'700,000.00, viola la garantía de igualdad en perjuicio de quienes obtuvieron ingresos y activos en ese período que rebasaron la suma señalada⁶⁴. Sin embargo, enseguida, indica que para determinar si existe una violación a la garantía de igualdad «es necesario establecer si ambas clases de sujetos se encuentran en un plano de igualdad a la luz de las disposiciones de la Ley del Impuesto al Activo que establece la obligación de pago del tributo»⁶⁵.

Esto resulta una incongruencia clara. El caso planteado se ha deformado. Esto último revela que lo que finalmente se planteó resolver fue si el beneficio podía considerarse o no una restricción proporcional en relación con el principio de satisfacción del gasto público. Es decir, si estaba justificada la diferencia de trato entre quienes tienen el mismo mérito para contribuir al gasto público; pero no, como se planteó originalmente, si el quejoso merecía o no incluirse en el beneficio

⁶³ Cfr. *Ídem*.

⁶⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 69.

⁶⁵ Cfr. *Ídem*.

tributario. El primero caso formaría parte de un reclamo de igualdad sustantiva, ya que la respuesta depende exclusivamente de que se supere un juicio de proporcionalidad, mientras que el segundo formaría parte de un reclamo formal, de méritos, en relación con la razón de ser, no de la obligación tributaria, sino de la exención fiscal.

El planteamiento de la Segunda Sala sería correcto para un caso en el que la pretensión fuera la inclusión de los exceptuados al supuesto general de la obligación tributaria; para un caso que exigiera verificar si la excepción se justifica a la luz de la satisfacción del gasto público. En otras palabras, lo que a esto conduce es a verificar si es justificado o no que ciertas clases que merecen encontrarse en el supuesto general de la obligación tributaria, se encuentren incluidas en un beneficio: la justificación de un trato desigual a los iguales que depende de la proporcionalidad de una excepción. Sin embargo, era claro que lo que originalmente se planteó en este caso fue si un sujeto colocado en el régimen general de obligación fue indebidamente excluido del régimen de beneficio excepcional; solo se exigía verificar si este sujeto tenía los mismos méritos que los incluidos en el beneficio para recibir, en consecuencia, el mismo trato. Es decir, este planteamiento solo conllevaba a realizar un ejercicio formal de igualdad. Así que, mientras la respuesta que el quejoso esperaba era si tenía el mismo mérito que los favorecidos para incluirse en el beneficio tributario, la Segunda Sala, de forma completamente inatente, se planteó resolver si era justificado que ciertos sujetos estuvieran excluidos de la obligación fiscal. Si bien se contesta que no existe un trato desigual injustificado entre el quejoso y quienes están incluidos en el beneficio, esto no es más que un juicio de igualdad sustantiva que redundaba sobre el resultado de un juicio de proporcionalidad del beneficio: un problema que el justiciable nunca planteó.

La falta de congruencia interna del fallo de la Segunda Sala se constata en el hecho de que, al comienzo del estudio de fondo, determinó que el parámetro de constitucionalidad que utilizaría se conformaba por el principio de igualdad y no por el de equidad tributaria, porque el decreto impugnado no tiene un origen ni consecuencias estrictamente fiscales. Por eso, desde el principio se esperaba que la Sala evaluara si el justiciable era igual o desigual que la clase beneficiada según el mérito que proporciona la razón de ser de la norma de beneficio, y no con relación a su obligación de pagar el impuesto al activo, como aquí se efectuó. Para ser coherentes con lo que planteó desde un inicio, la Sala debió efectuar el análisis de igualdad, no respecto del mérito para cumplir con la obligación tributaria, que se distribuye en atención a la capacidad contributiva, sino, acaso, en atención a los «males» derivados de la contingencia economía vigente, que constituyen la razón de ser de la exención fiscal con la que se pretende mitigarlos.

La Sala, en esta etapa del examen, concluye, pues, de manera no atinente que ambas clases de sujetos se encuentran en el mismo plano de tributación ante la ley y que, no obstante ello, el decreto reclamado les da un trato desigual⁶⁶. Recuérdese que, incluso, el quejoso realizó un planteamiento similar y se declaró inoperante. ¿Qué importa si ambas clases son iguales en cuanto a que son sujetos del impuesto al activo? Eso nadie lo niega. La Sala no debía evidenciar una violación a la equidad tributaria, la cual se traduce en que, entre sujetos con capacidad para contribuir, unos tributen y otros no; más bien determinar si el decreto violó la igualdad, lo que la hubiera llevado a examinar si el quejoso excluido tiene, de acuerdo con su razón de ser, los mismos méritos que la clase incluida para participar del beneficio, soslayando sus capacidades contributivas, como se estableció de un inicio.

Pudiera estimarse que el decreto no viola la igualdad, porque trata desigual a los desiguales, si acaso se demostrara que con respecto al quejoso, a diferencia de la clase incluida, no existen efectos que atemperar, salidos de la incertidumbre en la economía internacional; en cambio, pudiera constatar su violación, al implicar un trato desigual a los iguales, si se considera que el justiciable tiene los méritos para participar del beneficio, porque, tal vez, al igual que a las pequeñas y medianas empresas que sí se benefician, aunque en menor grado, ese factor externo dificulta que invierta en activos rentables y que genere más empleos. Este tipo de juicios que requería el caso nunca tuvieron lugar, y de esta forma, con una mera declaración sobre la situación de igualdad entre las clases comparadas con respecto a la obligación tributaria, carente de trascendencia para la validez del decreto, la Segunda Sala continuó con el examen de proporcionalidad de la medida.

Así, terminó haciendo juicios que, cualquiera que sea su resultado, no justificarán la inclusión o exclusión de la parte quejosa respecto del beneficio. Primero, afirma que la exención prevista en el decreto (aunque la Sala alude –inconsistentemente– a veces a «la diferencia de trato» o a la «diferenciación») persigue una finalidad que encuentra fundamento en los artículos 3º, 25 y 26 constitucionales. En segundo lugar, indica que resulta adecuada y racional, pues para impulsar el desarrollo del país mediante la generación de empleos, es indispensable apoyar y proteger, de manera preponderante a las empresas pequeñas y medianas, que son las que crean las mayores fuentes de trabajo, además de que los parámetros para gozar de la eximente permiten que solo beneficie a quienes expresamente se destina. Finalmente, en tercer lugar, señala que la norma es proporcional, porque, por una parte, solo favorece a quienes se encuentran expuestos a no continuar realizando sus actividades productivas en beneficio del país y, por otra parte, no se afectan

⁶⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 95.

gravemente los intereses de la sociedad, pues se trata de un impuesto con una tasa mínima –del 1.8% sobre el valor del activo– y los ingresos dejados de percibir permiten, a su vez, la reactivación de la actividad económica que ellas realizan.⁶⁷

¿Y qué si fuera lo contrario, es decir, que el decreto no persiguiera una finalidad legítima, o que la exención fiscal no fuera adecuada o que esta ocasionara un daño desproporcional a la sociedad? Pues tendría que declararse su inconstitucional. ¿Y eso hará que, por el contrario, se exente también al quejoso? Es claro que no, con mayor razón. Por eso, cualquiera que haya sido el resultado, de ninguna manera se hubiera beneficiado al quejoso. Un juicio de validez normativa que dé lugar, siempre, a no dar la razón al justiciable es, solo por eso, un error grave.

La incongruencia resulta demasiado evidente: la circunstancia de que la exención fiscal tenga un fundamento constitucional, de que sea adecuada para apoyar y proteger a las empresas a fin de no poner en riesgo la generación de empleos, y de que no afecte de manera preponderante los intereses de la sociedad, habla nada más de que esa medida no es desproporcional en abstracto, de que es válida en abstracto, sólo justifica la existencia de la excepción; no se explica, de verdad, cómo a partir de esto pudo tenerse por justificado que el quejoso no se incluya en ella a pesar de que lo merezca, más bien debería ser lo contrario: al colocar al justiciable en donde merece estar se honra un principio que no se sigue de manera desproporcional.

No hay que dejar pasar inadvertido que, incluso, dentro del juicio de proporcionalidad de la Segunda Sala se incluyen juicios ajenos a este razonamiento. La medida para impulsar el desarrollo del país mediante la generación de empleos no consiste en apoyar y proteger de manera preponderante a las pequeñas y medianas empresas, sino, nada más, en una exención fiscal. Si esta se otorga sólo a las pequeñas y a las medianas empresas, o a todas las empresas, es una cuestión de mérito, más no de adecuación. Así que tampoco tiene que ver con la adecuación que «los parámetros para gozar de la eximente permiten que solo beneficie a quienes expresamente se destina», sino sólo si la eximente es adecuada para, de algún modo, contrarrestar los efectos negativos de la incertidumbre económica. Eso último tiene que ver con la arbitrariedad del criterio⁶⁸. El hecho de que sólo favorezca a quienes se encuentran expuestos a no continuar realizando actividades productivas en beneficio del país también es indicativo de que el criterio no es arbitrario, y si bien esto es una condición para que la norma sea proporcional, no es determinante para saber si viola o no la igualdad. Si bien el criterio responde a la razón de ser de la norma, es posible que haya dejado fuera a categorías que también, aunque en menor proporción, respondan a esta misma razón.

⁶⁷ Cfr. *Ibidem*, pp. 93-110

⁶⁸ Se profundizará en el concepto de arbitrariedad en la segunda parte del trabajo.

Al final, la Sala sólo terminó por mostrar más inconsistencias: 1) que a partir de un juicio de proporcionalidad, es decir, sin hacer una comparación entre supuestos de hecho, concluya que el decreto otorga un trato diferente a contribuyentes del impuesto al activo que se encuentran en situaciones también distintas;⁶⁹ 2) que afirme que el decreto no viola la igualdad porque trata desigual a los *desiguales*, cuando, al inicio señalaba que daba un trato desigual a sujetos *iguales*, en tanto se encuentran en un mismo plano de tributación ante la Ley del Impuesto al Activo⁷⁰; 3) que, de inicio, se hubiera propuesto examinar si el decreto establece privilegios o excepciones que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias, tomando en cuenta «las diferencias constitutivas de las personas a las que se dirige o beneficia, y las que no quedaron inmersas en sus efectos, pero alegan estar en igualdad personal»⁷¹ y que al final termine afirmando que «al legislador se le debe exigir que los supuestos en los que fundamenta sus hipótesis sean aquellos que de ordinario estén asociados a una mayor probabilidad de ocurrencia⁷²» o que «resultaría desproporcionado reclamar que la norma en todos los eventos fuera un fiel retrato de la realidad y que, por lo tanto, incorpore, inclusive, las situaciones que ocasionalmente se aparten del curso normal de los acontecimientos»⁷³; 4) que, al final, la validez del criterio para distinguir, adoptado por el decreto, se base en que «permite abarcar a la mayor cantidad de personas físicas y morales que por su baja capacidad contributiva requieran de protección especial»⁷⁴, es decir, «advertir a las personas físicas y morales con una menor capacidad contributiva del resto de los contribuyentes del impuesto al activo»⁷⁵, cuando desde el inicio se señaló que el examen de constitucionalidad de la medida, desde la perspectiva de la igualdad, soslayaría la capacidad contributiva⁷⁶.

Del análisis que se ha realizado de la teoría de la igualdad, de la Primera y de la Segunda Sala, se constata que un principio de igualdad formal, como lo entendieron los justiciables, en realidad no existe. Ninguna de las Salas lo dice francamente; pero es así.

El planteamiento formal de igualdad implica cuestionar el criterio que usó el legislador, en la medida en que, a juicio de los justiciables, dejaba fuera a quienes tenían el mérito para estar incluidas. Ambas Salas expresaron que estudiar un planteamiento así tendría un alcance violatorio

⁶⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 111.

⁷⁰ Cfr. *Ibidem*, p. 114.

⁷¹ *Ibidem*, p. 61

⁷² *Ibidem*, p. 112

⁷³ *Ibidem*, pp. 112-113.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 112.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 113.

⁷⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 61.

de la libertad de configuración del legislador. En el caso de la Segunda Sala esto se advierte más claro: «al legislador se le debe exigir que los supuestos en los que fundamenta sus hipótesis sean aquellos que de ordinario estén asociados a una mayor probabilidad de ocurrencia». Esta era la única razón que podía considerarse congruente con la pretensión efectivamente planteada. Era suficiente decir que a la Suprema Corte solo le correspondía constatar que el criterio escogido por el legislador no fuera arbitrario, porque al creador de la norma no se puede exigir nada más allá que el no ser arbitrario. Sin embargo, en lugar de decir, directo, que la violación que aducían los justiciables no podía ser estudiada, mucho se insistió en diseñar un supuesto “test de igualdad”, en contestar que la norma impugnada no es violatoria de la igualdad, a pesar de que esto implicaba la consecuencia funesta de deformar el caso: de un planteamiento de violación formal de igualdad, se terminó por responder que no se violó la igualdad desde un punto de vista sustantivo.

En otras palabras: con tal de no concluir nada más que al legislador no puede exigírsele que respete la igualdad en un sentido formal, el reclamo que de esta naturaleza realizó el quejoso fue transformado en un reclamo sustantivo; de modo que, sin ninguna atinencia, al demostrarse que la norma impugnada no restringía algún derecho o principio en juego de manera desproporcional, se concluyó que esta no era violatoria de la igualdad, de una igualdad sustantiva, entre las clases que se encontraban fuera y las que se encontraban dentro de la norma impugnada, pero no formal como se reclamaba originalmente.

Lo que se quiso demostrar acá fue que ninguno de los supuestos “test de igualdad” de las Salas son atientes para responder al planteamiento de que una norma viola la igualdad en un sentido formal, porque, básicamente, conducen a corromper la pretensión efectivamente planteada, y que, por tanto, lo que la Corte dice que es una exigencia de la igualdad corresponde más bien a una cosa distinta.

Lo que resta de la tesis trata de las posibilidades teóricas de ese derecho a la igualdad formal que les fue negado a los justiciables en los casos que se han analizado. Lo primero que se hará a continuación será separar el entendimiento formal de ese derecho de esa otra cosa que es la idea de la igualdad sustantiva. Esta es, precisamente, la estrategia que se utilizará para vencer la tesis de WESTEN según la cual la igualdad es un concepto vacío que, por tanto, debe desaparecer del discurso moral y jurídico.

CAPÍTULO II

CRÍTICA A LA TESIS DE PETER WESTEN

2.1. La tesis de WESTEN

En su lúcido artículo, *The empty idea of equality*, Westen se ocupó de demostrar, con apoyo en bastante literatura, dos proposiciones:

- (1) that statements of equality logically entail (and necessarily collapse into) simpler statements of rights; and
- (2) that the additional step of transforming simple statements of rights into statements of equality not only involves unnecessary work but also en-genders profound conceptual confusion. Equality, therefore, is an idea that should be banished from moral and legal discourse as an explanatory norm.⁷⁷

El núcleo de la tesis de WESTEN consiste, pues, en que el análisis de igualdad lógicamente se empalma con el análisis de derechos, y que analizar los problemas jurídicos en términos de igualdad es esencialmente redundante. Por eso es que dice que la idea de igualdad debe desvanecerse totalmente del discurso moral y jurídico. Si se quiere defender cualquier idea de igualdad, en este caso de igualdad formal, es imprescindible entonces superar a WESTEN.

La clave para ello está en demostrar que la igualdad y los derechos o principios suponen reclamos, cada uno, autónomos y valiosos. Pero, hay que aclarar, en principio, que no se está totalmente en contra de lo que WESTEN sostiene. El problema de su tesis es que no distingue entre la dimensión sustancial y la formal de la igualdad. Él solo se queda en la dimensión sustancial y este es, en consecuencia, el único blanco de sus críticas. Solo en cuanto dirigidas a este blanco se está absolutamente de acuerdo con ellas. La igualdad *sustantiva*, mas no la igualdad formal, es una idea que debería desvanecerse del discurso moral y jurídico.

El argumento fundamental del profesor es este:

[I]n order to decide whether a state classification treats differently people who are constitutionally deemed to be "alike," however, we must first possess a constitutional standard for distinguishing those people who are alike from those who are not. We cannot find such standards in the formula that "likes should be treated alike," because the equality formula presupposes anterior constitutional standards for ascertaining "likeness" and "unalikeness. Yet once we ascertain the anterior constitutional standards (as we must do anyway), our substantive work is complete, and the

⁷⁷ WESTEN, Peter, «The Empty idea of equality», *Harvard Law Review*, Vol. 95, No. 3, enero 1982, p. 542.

additional and self-evident step of stating our conclusion in terms of "equals" or "unequals" is entirely superfluous.⁷⁸

Para el profesor, lo que siempre se debe hacer es acudir al estándar constitucional que determina cuándo dos personas son iguales o desiguales; ello no se obtiene de la fórmula de la igualdad, sino de la interpretación del derecho en juego, y una vez que este se conoce, y que se advierte que al justiciable se le viola el derecho, entonces basta con declararlo así, pues es enteramente superfluo decir que se violó el derecho a la igualdad al justiciable, porque a él se le restringe el derecho y a otras personas no.

Para demostrar este argumento, se apoya, en parte, en el caso *Carey vs. Brown*. Los actores, que protestaron frente al domicilio particular del alcalde de Chicago en contra de sus políticas de transporte, habían sido detenidos y procesados bajo la ley estatal que prohibía las huelgas en residencias privadas, excepto cuando se llevaran a cabo pacíficamente en un lugar de trabajo con motivo de un conflicto laboral.⁷⁹ La Corte Suprema sostuvo que, en virtud de que daba un trato distinto a manifestantes laborales y políticos, la ley negó los actores la igual protección de las leyes.⁸⁰ A su juicio, el razonamiento de la Corte en el caso *Carey* disfraza un caso de libertad de expresión como uno de igualdad, dado que la sustancia de la decisión de invalidar la ley de Illinois proviene enteramente del análisis de la primera enmienda, por ejemplo, cuando dice que: «*the state of Illinois cannot justify the statute by asserting a special interest or preference for labor speech, because by first amend-ment standards "social" and "political" speech are at least as valuable as labor speech*»⁸¹ y que «*the state advances no other interests that are sufficient under the first amendment to justify prohibiting peaceful political picketing*»⁸².

El análisis de WESTEN apunta no solo a que los casos de igualdad pueden ser decididos por referencia directa al derecho sustantivo subyacente sino también que, en última instancia, así deben decidirse.⁸³ Independientemente de si uno se toma el paso adicional de analizar el caso como uno de igualdad, siempre se debe analizar el derecho subyacente.⁸⁴ La cláusula de igual protección implica que si las protestas políticas son iguales que los laborales, para efectos constitucionales, el Estado debe tratarlos por igual; pero la idea de que los iguales deben ser tratados de manera igual no tiene y no puede tener algo que decir sobre si las protestas políticas son iguales que las laborales para los

⁷⁸ *Ibidem*, p. 560.

⁷⁹ *Ídem*

⁸⁰ *Ídem*

⁸¹ *Ibidem*, p. 561.

⁸² *Ídem*.

⁸³ *Ibidem*, p. 563.

⁸⁴ *Ídem*

finos constitucionales.⁸⁵ En orden de determinar esto último, uno debe mirar los propósitos y el alcance del derecho a la libertad de expresión.⁸⁶ Incluso si uno está dispuesto a enmarcar los valores constitucionales en términos de igualdad, no se puede evadir la tarea de identificar y evaluar el derecho constitucional sustantivo para analizar cuándo las personas son iguales y cuando desiguales.⁸⁷ Por tanto, desde su punto de vista la igualdad sigue necesariamente la suerte del derecho constitucional sustantivo que subyace en el caso: concluir que se viola la cláusula de igualdad protección es superfluo, pues basta con decir que se viola el derecho (a la libertad de expresión) subyacente para invalidar la ley que afecta al demandante.

Este ensayo despertó de forma inmediata un intenso debate. Sus críticos trataron de defender el concepto sustantivo de la igualdad⁸⁸, pero aquí se empleará otra táctica: defender un concepto de otra naturaleza. Para refutar que el análisis de igualdad se empalma con el análisis de derechos y demostrar que sí es posible hacer una afirmación no redundante de que una norma viola la igualdad, este trabajo sostiene que existen juicios formales de igualdad que son muy distintos a esas redundantes afirmaciones de igualdad que pueden formularse una vez que se advierte el estándar de tratamiento que se desprende de un derecho. Estas afirmaciones son las que exclusivamente toma en cuenta WESTEN para concluir que la igualdad es un concepto vacío.

No cabe duda de que el caso *Carey vs. Brown* se pudo resolver exclusivamente si tan solo se demostraba una violación a la libertad de expresión, y sin, incluso, hacer juicios sobre el igual valor de la protesta política y de la protesta laboral, para efectos constitucionales; esto es, simplemente argumentando que la defensa a la privacidad de los barrios residenciales no justifica una restricción a la protesta cuando esta se realiza pacíficamente, con independencia de cuál sea su motivo. Pero esto no puede llevar a sostener que, *en todo caso*, sea superflua la afirmación de que la ley de Illinois violó la cláusula de igual protección, siempre que esta se entienda en un sentido formal.

Se explica. No todos los casos de igualdad pueden ser decididos por referencia directa al derecho subyacente, sino solo aquellos, que no son todos, en los que realmente se reclame una

⁸⁵ *Ídem*

⁸⁶ *Ídem.*

⁸⁷ *Ídem.*

⁸⁸ Los argumentos que confrontan a WESTEN se encuentran en: BURTON, Steven J. «"Empty Ideas": Logical Positivist Analyses of Equality and Rules», *The Yale Law Journal*, Vol. 91, núm. 6, mayo, 1982, pp. 1136-1152; CHEMERINSKY, Erwin, «In Defense of Equality: A Reply to Professor Westen», *Michigan Law Review*, Vol. 81, núm 3, enero, 1983, p. 582) y D'AMATO, Anthony, «Is Equality a Totally Empty Idea?» *Michigan Law Review*, Vol. 81, núm. 3, enero, 1983, p. 602. WESTEN responde a estas críticas en sus artículos «On "Confusing Ideas": Reply», *The Yale Law Journal*, vol. 91, núm. 6 May, 1982, pp. 1153-1165 y «The Meaning of Equality in Law, Science, Math, and Morals: A Reply», *Michigan Law Review*, Vol. 81, núm. 3, enero, 1983, pp. 604-663.

violación al derecho subyacente, y esto esté enmascarado por un argumento de igualdad, es decir, en los que el planteamiento parta de una violación a la igualdad sustantiva o de igualdad en cuanto a tener, por ejemplo, en este caso, derecho a la libertad de expresión. Desde un planteamiento *formal*, o que tome en cuenta la razón de ser de la norma, que se afirme o no una violación a la igualdad en ningún caso será superfluo, pues ello no implicará necesariamente que se haya violado o no un derecho. Desde este punto de vista, pueden existir casos en que se viole la igualdad, más no un derecho, y casos en los que se viole un derecho, pero no la igualdad.

Supóngase que de acuerdo con la razón de ser de la norma impugnada en el caso *Carey* la privacidad del barrio residencial solo pudiera ser vulnerada en el caso de que se protestara en contra de una medida de gobierno que afectara el patrimonio personal de los protestantes. De ser así, una protesta la laboral y una protesta política, serían formalmente desiguales, ya que la primera tendría mérito para estar incluida en la permisión y la segunda no. Desde este punto de vista, el mero reclamo de igualdad formal de los manifestantes políticos sería infundado, pero su reclamo de violación al derecho sustantivo a la libertad de expresión sería, por las razones que expresó la Corte, fundado.

Con este ejemplo puede distinguirse, pues, la importancia de poner atención en lo que se demanda. Bajo este entendido de la igualdad, no sería lo mismo reclamar una mera violación a la libertad de expresión que una violación a aquel valor. Mientras el reclamo de igualdad formal fracasaría porque los manifestantes políticos carecen de mérito para afectar el domicilio particular, ya que la norma habría tratado de manera desigual a los desiguales, el reclamo de violación al derecho triunfaría según los razonamientos de la Corte. En ese sentido, permitir también la manifestación política en las residencias particulares no implicaría reparar una violación formal a la igualdad, sino todo lo contrario y a costa de defender un derecho.

Para demostrar que se puede dar una violación a la igualdad pero no a un derecho, solo basta con suponer que la razón de ser de la norma permite ejercer tanto la protesta laboral como la política, y asumir, por otro lado, que existe un derecho absoluto a la privacidad del barrio residencial. De este modo, no permitir la protesta política sería violatorio de la igualdad, porque la norma trata desigual a los iguales, sin embargo, ello no resulta violatorio del derecho a la libertad de expresión que, bajo estos supuestos, no existe. El hecho es que si se plantea ante el juez una violación a la igualdad así entendida, y bajo estos supuestos, la respuesta que este dé debería ser distinta a si se le planteara un simple reclamo de violación a la libertad de expresión.

Así entendido, el mandato de tratar igual a los iguales no sería del todo una norma que se pueda desaparecer tan fácil del discurso moral o jurídico. El hecho de que, tal como se plantea en este último ejemplo, se pueda, por virtud de la igualdad, acceder a una permisión que quede fuera del derecho a la libertad de expresión, habla de que se está haciendo uso de un valor autónomo de los principios que juegan en el caso, tanto del principio de libertad de expresión, que no se alega violado, como, por supuesto, del de la privacidad del barrio residencial que tira en contra de las manifestaciones. El caso también es que no podría decirse que un principio de igualdad así entendido debería desaparecer del discurso moral y jurídico por que se empalme con la idea de los derechos, sino por virtud de que se afirme que constituye una regla contraria o no que pertenezca a la moral y al derecho. Pero esta idea lleva a una discusión tan ajena para WESTEN, como para este trabajo.

Se pudiera contestar que lo que se ha hecho aquí es simplemente manipular los hechos o las consideraciones de naturaleza constitucional para demostrar las hipótesis. Pero aun cuando esto es cierto, no hace que estas descripciones sobre la igualdad y los derechos sean equivocadas o más equivocadas que las que se basarían en supuestos ciertos, pues lo único que se pretende demostrar es que las razones de igualdad formal y las razones de derecho tienen una naturaleza distinta. Hay que notar que un juicio de igualdad apela a la razón de ser de la norma, para verificar, primero, cuales son las clases meritorias, y, después, si la norma da un trato igual o desigual entre las meritorias o no meritorias o entre las unas y las otras, mientras que un juicio de derechos apela a razones que no parten de la razón de ser de la norma sino a estándares externos.

En resumen: WESTEN ha propuesto que los reclamos de igualdad lógicamente conllevan a más simples reclamos de derechos, y a fin de demostrarlo únicamente argumenta que el reclamo de igualdad se le puede contestar como si se estuviera haciendo un reclamo de derechos⁸⁹. Pero, aquí se ha puesto en evidencia que esto aplica realmente cuando al planteamiento subyace un reclamo de igualdad sustantiva, ya que un reclamo en términos formales prescinde que el actor tenga o no el derecho sustantivo subyacente. Y debe concluirse entonces, más bien, que los simples reclamos de igualdad formal, a diferencia de los sustantivos, conllevan solo a eso, y deben estudiarse como tales, sin efectuar consideraciones sobre los derechos en juego.

⁸⁹Idem: «Yet once we ascertain the anterior constitutional standards (as we must do anyway), our substantive work is complete, and the additional and self-evident step of stating our conclusion in terms of "equals" or "unequals" is entirely superfluous».

Enjuiciar un caso desde la igualdad formal no implicaría, como dice WESTEN, acudir al estándar constitucional para distinguir aquellas personas que son iguales de las que son desiguales⁹⁰. Este estándar siempre será independiente del juzgamiento de las normas a la luz de la igualdad así entendida, y el estándar a la que ésta sí acude, por el contrario, no está determinado de antemano constitucionalmente, sino que se encuentra en la razón de ser de la norma que establece para unos y no para todos, una consecuencia jurídica determinada.

Es ciertamente un juicio redundante el que sostiene que, por el hecho de que todas las personas deben ser tratadas con igual respeto y consideración, todas aquellas medidas normativas que impliquen la exclusión de los negros o de las mujeres, de los derechos fundamentales, son violatorias de la cláusula de igual protección de la ley, siempre que ésta se entienda en un sentido sustantivo. Porque, en su caso, solo basta decir que son violatorias de esos derechos fundamentales. Pero, desde el punto de vista formal, incluso sería válido concluir que las medidas deliberadas más abiertamente discriminatorias son acaso las que de forma más clara respetan, se reitera, formalmente, el derecho a la igual protección de la ley de las personas a quienes perjudican, si es que a este entendido se reduce la fórmula «tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales».

2.2. Una distinción teórica entre las dimensiones sustancial y formal de la igualdad

En el discurso moral y jurídico en torno a la igualdad pueden encontrarse dos posturas: (1) Para una sustantiva, la igualdad es un principio por el que ciertas diferenciaciones están vedadas, o se consideran arbitrarias, en virtud de que el valor con respecto al que se diferencian las personas *se presupone* que debe corresponder a todos por igual, ya que todos somos iguales en el aspecto relevante que nos hace merecedores de ese mismo valor. (2) Una postura formal, en cambio, *no presupone* ningún tipo de igualdad entre las personas; una persona es igual a otra, no por sí, sino siempre *para* alguna suerte de reparto, y la razón de ser de ese reparto es lo que determina la igualdad y la diferencia. Una teoría formal de la igualdad en la ley es una teoría de la igualdad con base en la razón de ser de las normas.

Desde ambas posturas es válido decir que una persona será igual a otra si ambas merecen el bien a repartir, y será diferente a otra en tanto que una merezca el bien y la otra no lo merezca. Pero desde una postura meramente sustantiva, el mérito es incluso anterior al reparto y se encuentra,

⁹⁰ *Idem*: «[I]n order to decide whether a state classification treats differently people who are constitutionally deemed to be "alike," however, we must first possess a con-stitutional standard for distinguishing those people who are alike from those who are not».

pues, previamente determinado en las personas, mientras que desde una postura formal, el mérito solo puede provenir de la razón de ser de la repartición: nadie es igual o desigual a otro, hasta que así lo determina esa razón de ser.

Esta dicotomía es importantísima. Se insiste, no hay algo más significativo que aceptar o rechazar en cualquier teoría de la igualdad. Este maniqueísmo marca la diferencia entre quienes consideran que la igualdad es un concepto que, por superfluo y redundante en el mundo de los valores, debe desaparecer del discurso moral y jurídico, y quienes creen, justificadamente, que la igualdad tiene alguna oportunidad de valer.

Por tanto, quienes comulgan con lo primero es porque solo habrán entendido la igualdad en términos sustantivos. Solo así se participa enteramente de la tesis westeniana que anteriormente se analizó: la igualdad sustantiva, más no la igualdad formal, es la que se encuentra empalmada con las ideas sobre los derechos y se vuelve superfluo y redundante decir que se violó la igualdad, cuando a una persona se le restringe un derecho y a otra no.

Supóngase un régimen en el que todas las personas tienen prohibido el acceso a Internet. Supóngase que después este régimen permite el acceso a este recurso solo a una clase caracterizada por incluir a las familias más ricas del país. Decir que ese trato viola la *igualdad de derechos* entre las personas ricas (clase «A») y las de clase media o pobre (clase «B») puede ser un juicio automático y común. Pero es, sobre todo, un juicio completamente vacío, y se procederá a explicar por qué.

Lo que esa afirmación quiere significar es que se ha violado un deber vigente, legítimo, de tratar igual a la clase «A» y a la clase «B», un deber que se deduce, quisiera atinarse, de una consideración positiva en el sentido de que ambas clases merecen que se les garantice el acceso a Internet. Puede apostarse todo a que lo que subyace a esta afirmación es un juicio sustantivo sobre el valor del Internet, el cual hace que, desde una postura más bien negativa ahora, se considere que el nivel económico parezca irrelevante o simplemente una mala razón para restringir o permitir su acceso. Se apela entonces, en el fondo, al valor de aquello que se limita. Por ese valor se dice que restringir dicho bien por motivos económicos es injustificado y, por ende, que el Estado ha actuado de manera inválida.

Llegada, pues, la conclusión de que en el caso subyace una restricción injustificada al acceso al Internet para la clase «B» se vuelve meramente redundante o vacío afirmar que se configuró una violación a la igualdad entre las clases «A» y «B». La prueba de ello es que la pretensión de cualquier persona no beneficiada es, razonablemente, el acceso a Internet y no el mero

trato igual. ¿Quedaría satisfecha la común pretensión si el favor a los pudientes desaparece, es decir, con el restablecimiento de la prohibición general? No, porque en el fondo la pretensión aquí no es formal sino sustantiva; lo que en serio importa es el acceso al derecho en sí, y no la manera en que se distribuye la permisión.

Del otro lado, para que un juicio de igualdad sea válido y no vacío, debe ser formal y no sustantivo. Apelar a la razón de ser de las normas y no a prejuicios sobre la igualdad o la desigualdad de las clases afectadas. El juicio de igualdad válido es aquel que determina la igualdad entre las clases a partir de esa razón de ser; de lo qué, en el ejemplo, determina que solo a los ricos se les permita acceder a Internet. Supóngase que esa clase debe, en parte, su condición al régimen mismo; apoyó la implantación del régimen, y ahora el régimen la consiente y protege. El régimen, por tanto, cree que si el Internet se restringe solo a favor de esa clase, no se convertirá en una herramienta para formar una oposición crítica y un medio eficaz para encumbrar el sabotaje. Desde esta supuesta razón de ser la norma viola la igualdad, por infra-inclusión, si se considerara, por ejemplo, que es tanto el nivel de adoctrinamiento de algunas personas pertenecientes a la clase «B» que ya no tienen remedio, por lo que nunca conspirarán, y toda diatriba hacia el gobierno que pudieran encontrar en el navegador se le considerará por ellas, dogmáticamente, una farsa. Desde este punto de vista, tanto esas personas como las ricas, de la clase «A», merecerían la permisión y, por tanto, la igualdad formal obliga a otorgárselas a ambas, o a no dársela a ninguna de las dos clases. La norma habrá tratado desigual a los iguales. Por otro lado, la norma también violará la igualdad formal, pero por supra-inclusión, cuando algunas de las personas ricas, a pesar de los privilegios, no se sientan, por cualquier razón, totalmente complacidas con el régimen y quieran derrocarlo, quizá para asumir ellas el poder. Y aquí la norma violará la igualdad formal por haber tratado igual a los desiguales.

Este ejemplo contribuye bien a la comprensión de que es en realidad un juicio vacío sostener que la igualdad se viola, una vez determinado que el reparto que estatuye la norma en cuestión no respeta el estándar de derechos, externo o independiente a esa norma, que establece la igualdad y la diferencia de las clases en tanto sujetos o no del derecho de acceder al bien a repartir, pues no aporta nada a la decisión afirmar que se viola la igualdad entre la clase a la que aquel le fue restringido y la clase a la que se le garantiza. El único juicio de igualdad dotado plenamente de autonomía es aquel que señala que la norma viola la igualdad cuando, de conformidad con el objeto o razón de ser de la propia norma impugnada, y no respecto de otra norma, beneficia a clases que

merecen y no beneficia a otras que también lo merecen, o beneficia tanto a las clases que merecen esas medidas como a las que no las merecen.

CONCLUSIÓN

¿En qué ha consistido la distinción entre la igualdad sustantiva y la igualdad formal? Se trataron los problemas que ocasiona no reconocer la autonomía de esos dos conceptos y, a partir de ahí, estas ideas fueron concretadas teóricamente. Dos inconvenientes, que derivan de la no delimitación de las dos dimensiones de este principio fueron explicados; aunque sería mejor decir que son los problemas de considerar la dimensión sustantiva de la igualdad como *toda la igualdad*.

El primero, que se evidenció en las sentencias de la SCJN, consiste en dejar fuera de lo justiciable los reclamos formales de igualdad. En los casos en que se plantean, se termina concluyendo que la norma impugnada no restringe ningún derecho o principio de manera desproporcionada; nunca se responde la pretensión efectivamente planteada, sobre si, conforme a su razón de ser, la norma impugnada violaba la igualdad al dejar fuera de su aplicación a una categoría que también cumplía el mérito para estar incluida. Esto implica cuestionar el criterio diferenciador el cual, para las Salas de la Corte, al parecer, debe declararse válido mientras no sea arbitrario, pues exigir más allá de la no arbitrariedad al legislador equivaldría a violar su libertad configuración. Si el criterio no es arbitrario, la Corte no se introduce a analizar si la categoría excluida merece, al igual que la incluida, participar de los efectos de la norma, para declarar que, si es así, entonces debe darse a aquella el mismo trato que a esta. Un derecho que implique esta exigencia no existe. La igualdad formal no existe.

A pesar de esto, en este trabajo se ha pretendido rescatar esta exigencia, por ser, tal vez, la única alternativa para que la igualdad siga teniendo algún valor, se mantenga respirando, en el discurso jurídico y moral, después del embate westeniano.

Por eso, el segundo problema de que la igualdad sustantiva sea toda la igualdad es el de sostener que este concepto debe desvanecerse del discurso moral y jurídico. La crítica a WESTEN consistió en que sus argumentos aplican de forma plena pero exclusiva a la dimensión sustantiva de la igualdad. La igualdad solo tiene oportunidad en este ámbito como idea formal, cuya violación no es superflua y más bien es independiente de si se viola o no el derecho afectado por la norma que establece el trato desigual. Esto fue demostrado al jugar con las consideraciones de los derechos y los planteamientos del caso *Carey vs. Brown*.

Una exigencia de igualdad formal siempre se justifica en el fundamento o razón de ser de la norma. ¿Por qué el legislador ha decidido atribuir la consecuencia jurídica «x» a la clase de personas «A₁» y «A₂»? Sobre este término se profundizará en la segunda parte de la tesis. Lo que por el

momento debe importar es que el tipo de reclamos provenientes de la exigencia de igualdad formal apuntan, por así decirlo, al interior de la norma, y esto es lo que los diferencia principalmente de los planteamientos de igualdad sustantiva, que miran al otro lado, hacia afuera.

En el fondo, lo que se puede determinar a través de estándares externos es que la norma impugnada restringe desproporcionalmente alguno de los derechos del justiciable o algún otro principio, pero nunca si trató igual a los iguales y desigual a los desiguales. Puede haber casos en que se viole un derecho, pero no la igualdad, y, viceversa, casos en que se viole la igualdad, pero no un derecho. Sin embargo, cuando se ha llegado al punto de reconocer que se ha violado un derecho, se ha querido concluir también que se violó al justiciable la *igualdad en derechos*, respecto de las clases a las que ya se les reconocía o en relación con aquéllas a las que no se le violaban. Pero este último juicio es completamente superfluo, pues la decisión de incluir o excluir al justiciable ya fue determinada por el estándar del derecho. Esta igualdad en los derechos, vacía, es a lo que aquí se identificó como una noción de igualdad sustantiva.

SEGUNDA PARTE

LA TEORÍA DE LA IGUALDAD FORMAL

INTRODUCCIÓN

En la primera parte de la tesis, fue advertido que en la práctica se ha declarado la violación a la igualdad a partir de estándares para determinar la constitucionalidad de las medidas que restringen principios. Por eso, la crítica a la igualdad ha concluido que ésta constituye un valor superfluo y redundante, que debe desaparecer del discurso moral y jurídico. No obstante, también se ha mostrado que este empleo de la igualdad corresponde nada más a una de sus caras. Si se le mira en por su lado formal, es posible discernir entre una violación a la igualdad y una violación a un derecho sustantivo; comprobar que una norma puede violar un derecho, pero no la igualdad, y viceversa, que puede violar la igualdad, pero no el derecho o el principio en juego.

Es la igualdad sustancial, y no la formal, la que, por tanto, debería desvanecerse del mundo de los valores, porque, en efecto, no es nada significativo afirmar que se violó la *igualdad*, cuando lo que se demuestra, simplemente, es que ha sido restringido de manera desproporcional un derecho. Ha quedado abierto de este modo un camino para analizar las posibilidades de una teoría formal de la igualdad. Esta segunda parte de la tesis es un intento por recorrer este pasaje.

Así pues, en esta parte, se presentará una teoría de la igualdad formal o en función de la razón de ser o fundamento de las normas. El objeto de esta teoría es postular un concepto de igualdad en el que este valor sirva como estándar autónomo de validez normativa, a partir del cual puedan emitirse juicios de igualdad que, además de no incurrir en la falacia de derivar el deber ser del ser, no sean redundantes o tautológicos. En pocas palabras, se trata darle al enunciado de que una norma viola la igualdad un significado independiente y relevante en el discurso jurídico, en el sentido de que es suficiente para privar a esa norma de validez, porque viola aquel y no otro principio. Esta idea se pretende postular como la *única* manera posible en que la igualdad pueda tener significación en el derecho.

Esta teoría puede considerarse como un desarrollo más avanzado del método de interpretación analógica de la ley, por lo que es ahí en donde hunde sus raíces. Este método se utiliza, por ejemplo, para conocer si una norma que prohíbe la entrada a perros en los restaurantes se aplica también en el caso de perros amaestrados o de osos. Si la razón de ser de la prohibición fuera únicamente la de evitar un disturbio a los comensales, se debe considerar que los perros amaestrados y los perros cualquiera se encuentran en una condición normativa distinta, y que estos últimos y los osos en una condición normativa similar. Por ende, en respeto a la igualdad, debería darse un trato distinto a los primeros respecto de los dos restantes, y un trato igual a estos últimos.

En esta parte de la tesis, esta básica idea se lleva hasta sus últimas consecuencias, fuera de cualquier sistema normativo y sin intervención de cualquier otro principio imaginable. Por eso esta teoría se califica como pura. Ni siquiera la justicia o la razonabilidad constriñen lo que puede denominarse el conocimiento que se le adscribe. Se debe reconocer, por otro lado, que ninguno de los engranajes de esta teoría, pura y formal, son originales, pero también que la batería que los anima se alimenta de las intuiciones propias sobre *todo* lo que podría reclamarse ante los tribunales en un juicio contra leyes, aunque por diversas reglas y principios no proceda.

Sorprendentemente, esos engranajes constituyen elementos doctrinales y jurisprudenciales con los que se han adscrito estándares de proporcionalidad al juicio de igualdad. Por tanto, en ninguna de estas fuentes se encuentra una idea tan pulida de la igualdad formal como la que aquí se muestra, aun cuando ellas contenían todos los elementos para construirla. Había, sin embargo, que percibir la existencia de conceptos ahí mezclados –como el de razón de ser de la norma, la finalidad de la medida, el mérito, el término de comparación, la infra-inclusividad y la supra-inclusividad– que revestían una lógica distinta, a la del resto de los conceptos –como el de derechos o los estándares de la proporcionalidad. A la vez, se debía descubrir que el engranaje de estas piezas extrañas podía unirse, como si hubieran sido diseñadas para activar el mismo dispositivo. Y así nació esta teoría: del análisis y de la síntesis.

Un aspecto importante a aclarar es que esta teoría no tiene la pretensión de ser ni de mostrarse como una lógica normativa. Si se usan algunos recursos de la lógica, no es más que para satisfacer lo que parece una necesidad normal o natural de la mente de resumir, mediante esquemas o representaciones, las ideas que le resultan complejas de asimilar. Originalmente, esta teoría incluía un apartado completo sobre las falacias de igualdad, que se verifican cuando la pretensión de trato no guarda ninguna coherencia con el argumento que se requiere para justificarla. La falacia de igualdad es típica de los casos quejosos pretenden excluirse de un régimen de excepción que les perjudica; en lugar de reclamar que no merecen el perjuicio, reclaman que merecen el beneficio. Es, precisamente, el caso de la deducción que se estudió en la primera parte. Se decidió excluir dicho apartado de falacias, debido a su complejidad y dado que explicaba más falacias que las que, en la práctica, se podía esperar que se verificaran. Es decir, desviaba demasiado la atención hacia un punto demasiado particular que no servía, finalmente, para atacar los problemas que aquí más interesan. Sirva esta aclaración solo para dejar constancia de que una teoría de las falacias dentro de la teoría de la igualdad formal es posible.

Para no dar mayor preámbulo, basta decir que esta parte se divide en tres capítulos. El primero trata de los conceptos, el segundo de los casos de igualdad, y el tercero, del juicio de igualdad. Son demasiadas las particularidades en cada capítulo que su enunciación causará aburrimiento, y quizá perplejidad, antes de comenzar su estudio. Es importante que el lector se adentre sin haberse generado algún prejuicio, sobre todo negativo, que es el que dificulta más la asimilación de las ideas.

CAPÍTULO III

LOS CONCEPTOS DE LA TEORÍA

3.1. Igualdad formal y otras exigencias de igualdad: no discriminación, no arbitrariedad y no sometimiento

Dentro de la idea de la igualdad como estándar de validez normativa, en este trabajo se han distinguido de manera general dos concepciones: la igualdad formal y la igualdad sustantiva. En otras palabras, se ha postulado que cuando los jueces invocan la igualdad como parámetro de validez de una ley recurren a veces a un concepto sustantivo, de igualdad en derechos, cuando en alguna de esas esas ocasiones debieran atender a otro formal que toma en consideración la finalidad que el legislador persigue al establecer la medida normativa en estudio, para discernir cuáles son las categorías meritorias y no meritorias y, después, verificar si la norma dio un trato igual o desigual entre meritorias o entre no meritorias o entre las unas y las otras.

No se puede soslayar, sin embargo, que dentro del discurso de la igualdad, en la doctrina y en la jurisprudencia se encuentran otras concepciones específicas de igualdad cuyas exigencias es conveniente tener delimitadas correctamente. Claro que es discutible sostener que un concepto ha sido correctamente delimitado. Dependerá en todo caso del uso que se le dé dentro de una teoría particular. Es, pues, algo sumamente relativo. Aquí se entenderá que un concepto se delimita correctamente cuando la teoría lo reconstruye de manera tal que es posible aceptar razonablemente una cierta autonomía que lo hace distinguible de otros conceptos que se tildan como típicamente confundidos.

En el caso de la jurisprudencia mexicana con suma contundencia se establece que el concepto de igualdad, si bien encuentra diversas expresiones, implica exigencias puntuales que el juez debe aplicar en el análisis de cualquier norma que se reclama como violatoria de la igualdad. Sin embargo, en nombre de la igualdad pueden llevarse a la Corte reclamos de no discriminación, de no arbitrariedad o de no sometimiento y propiamente reclamos formales de igualdad que, como aquí se demostrará, requieren análisis distintos. Con lo anterior se quiere poner sobre la mesa el siguiente problema: que cuando se habla de la igualdad comúnmente se hace referencia a exigencias diferentes y que esto lleva a que una determinada litis constitucional puede ser resuelta desde un punto de vista no atinente; por ejemplo, que el problema efectivamente planteado sea formal y que el juez aplique exigencias del principio de no discriminación.

La premisa de la que parte el análisis de conceptos que a continuación se realizará es que el único concepto *auténtico* de igualdad es el de igualdad formal y que los demás conceptos son *espurios*. Un concepto de igualdad auténtico es aquel en el que tiene sentido realizar un ejercicio comparativo entre categorías. Es un lugar común la idea de Bobbio de que la igualdad es un concepto relacional que denota una propiedad común a dos o más objetos⁹¹. Nadie negaría razonablemente que un juicio de igualdad deba contener una comparación, de modo que también razonablemente podría aceptarse que todo juicio que no implique este ejercicio, por tanto, no es de igualdad sino algo diferente.

En consecuencia, la estrategia es simple: hay que demostrar que las exigencias de no discriminación, de no arbitrariedad y de no sometimiento, no se satisfacen a través de un ejercicio comparativo; en otras palabras, que el juicio de si una norma viola el principio de no discriminación o de no arbitrariedad no se sostiene o no resulta de la comparación entre diversas categorías de personas, a diferencia de un juicio de igualdad formal.

Considérese, primero, el principio de no discriminación. Este se encuentra contenido en el último párrafo del artículo 1º constitucional, que señala:

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

En el artículo 11 de la Convención Internacional sobre todas las Formas de Discriminación Racial se establece que la expresión “discriminación racial”, para efectos del propio instrumento, denotará:

toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.

⁹¹ *Cfr.* Bobbio, Norberto, *Igualdad y libertad*, trad. de Pedro Aragón Rincón, Barcelona, Ed. Paidós, Instituto de Ciencias de la Educación de la Universidad Autónoma de Barcelona, colección Pensamiento Contemporáneo, 2009, p. 54.

Estos dos fundamentos de peso pueden llevar a considerar, de forma básica y razonable, que una norma discriminatoria es aquella que priva de un derecho a una persona por razón de alguno de esos rasgos, ya sea porque es pobre, porque es homosexual, o porque es negro, por ejemplo, y que el principio de no discriminación implica la exigencia de no emitir o de invalidar este tipo de normas.

Piénsese en una norma que establezca como requisito para el ingreso a la educación superior ser blanco; una regulación claramente discriminatoria. Si se califica como tal, querrá decirse que lo que está en juego en el caso, lo que realmente preocupa ahí, es una violación al derecho a la educación de los negros. En este tipo de casos un juicio de igualdad formal no se planteará; seguramente la norma estará inspirada en un falso estereotipo por el cual se busque mantener sometida a la clase de los negros; la norma, desde este punto de vista, habría tratado desigual a los desiguales: los negros tienen mérito para quedar sometidos y los blancos no. No tiene, pues, ningún sentido aplicar aquí un juicio formal de igualdad que mire al interior de la norma; el reclamo sería evidentemente infundado. Sin embargo, se espera que, de forma inmediata y natural, cualquiera tilde a esta norma de ser violatoria del derecho a la igualdad entre blancos y negros de acuerdo con un estándar externo: el del derecho a la educación que aparece restringido para una clase.

Parece que ahí, de todos modos, se hace una comparación útil; mas habría que preguntarse si el hecho de que los blancos tengan el derecho condiciona el derecho de los negros a la educación; es decir, si los negros tienen derecho a la educación porque los blancos lo tienen. La respuesta razonable es que no. Esto lleva a que los negros deban necesariamente combatir la norma únicamente aduciendo una violación a su derecho a la educación, porque esa norma lo restringe sin justificación suficiente, con independencia de si los blancos lo tengan o no. La comparación, por tanto, es inútil. Alguien pudiera considerar que no resulta justificado negar a los negros el acceso a este derecho, pues el sometimiento de una raza, o la superioridad de otra, no es una finalidad constitucionalmente legítima; una vez llegada esta conclusión, se vuelve, como decía WESTEN, superfluo o redundante afirmar que se violó la igualdad en el derecho a la educación entre blancos y negros. Esto último no aporta nada sustantivo a la decisión. Entonces, sostener desde el inicio que la igualdad entre blancos y negros fue vulnerada es un juicio vacío, pues si bien puede advertirse una desigualdad, no es la igualdad, como principio en sí, la que determina que negros y blancos tienen el mismo derecho a la educación, sino el estándar constitucional de este mismo derecho, el que muestra que resulta injustificado que los negros no lo tengan. La igualdad no dice que un negro

también tiene derecho a la educación, tampoco dice que no lo tenga. Desde el mismo estándar para justificar una restricción al derecho a la educación se encontrará esta respuesta y este derecho es el único que, en consecuencia, es susceptible de ser parte, o del que se puede hablar propiamente, en el juicio de violación o de respeto a la Constitución que exige el caso.

En esta vía argumentativa aparece que la validez de una norma discriminatoria no requiere comparar categorías de personas, como supondría un juicio de igualdad natural. Entonces, cuando se lleva a juicio una norma porque se le tilda de violar el principio de no discriminación, lo acertado es emprender un juicio de validez de restricciones a los derechos, no hablar de igualdad, ni formal ni sustantiva. El juez habrá de revisar no si se viola la igualdad, sino si se restringe injustificadamente el derecho a la categoría en cuestión. Sostener al último que, al violarse el derecho de los negros, se viola la igualdad entre estos y los blancos es redundante.

Este entendido del principio de no discriminación lleva a considerar que los casos de normas discriminatorias son casos de derechos y no de igualdad. Si bien en la jurisprudencia mexicana el juicio de igualdad aparece como un juicio de proporcionalidad, importa que a ese juicio de proporcionalidad sólo se le identifique como un juicio de derechos, pues de lo contrario hay riesgo de que, bajo un espurio “juicio de igualdad”, se estudien casos auténticos de igualdad, que no sean de derechos, y, por ende, que no se atienda a la pretensión efectivamente planteada en esos supuestos.

Esto ocurrió claramente en el AR 1260/2006, en el que la Segunda Sala aplicó un test de proporcionalidad a la norma que establecía un beneficio tributario en el que el quejoso pretendía incluirse. Fue un juicio tan falto de atinencia que, por un lado, implicaba que nunca se estableciera si el quejoso tenía o no el mérito para estar incluido en el régimen favorable, y, por otro, dejaba a éste sin oportunidad de vencer: si se superaba el juicio, ello equivalía a que la norma no era violatoria de la igualdad, y si no se superaba, dado que se demostraría que la norma afecta injustificadamente otro principio, seguramente se hubiera concluido que no debía incluirse en ella al quejoso.

Se pasará ahora al análisis de lo que se conoce como el principio de igualdad como no arbitrariedad. Este concepto es definido por SABA:

Esta visión individualista de la igualdad ante la ley que establece la posibilidad de hacer distinciones basadas en criterios razonables –entendiendo por “razonables” aquellos criterios que logren establecer una relación de funcionalidad con el fin buscado por la regulación del derecho–, tiene por objeto impedir que las decisiones estatales (y, quizá, también algunas decisiones particulares) se realicen sobre la base de perjuicios y visiones estigmatizantes de grupos de personas. El objeto de un artículo como el 16 de nuestra

Constitución Nacional, entendido desde esta perspectiva, aspira a que las personas sean tratadas de modo que sólo sea relevante su capacidad para cumplir con el objeto que busca la regulación en cuestión. El estado debe ser ciego a las características de nacimiento, físicas o de otro tipo que no resulten de relevancia para los fines de la actividad que esa persona aspira a realizar (por ejemplo, un empleo).⁹²

Con la misma claridad SABA expone la forma de hacer este análisis con el caso hipotético de una regulación que estableciera que, para la admisión a la universidad, además de tener completos los estudios secundarios, se requiere ser varón:

Esta versión reformulada del significado de “igualdad de trato ante la ley” requiere de un doble juicio. Por un lado, es preciso establecer cuál es el fin que persigue la norma (en nuestro ejemplo, podría ser, según sostendrían algunos, el de admitir en la universidad personas que hayan recibido el entrenamiento básico necesario para poder pasar a un estadio educativo superior sin el cual éste último no sería posible) y, por el otro, es necesario poder encontrar una relación de “funcionalidad” o “instrumentalidad” entre el criterio escogido (haber completado los estudios secundarios) y el fin buscado (identificar por medio de ese “criterio indicativo” a aquellas personas que podrían efectivamente realizar estudios universitarios). El criterio “haber completado los estudios secundarios” supera este test, mientras que los criterios “ser varón” o “no ser mujer” no lo superan.⁹³

SABA refiere, sin adherirse, que el principio de igualdad ante la ley así entendido refleja lo que alguna doctrina se ha denominado como el principio de no discriminación⁹⁴, entendimiento que es atendible pues con este principio se evita el perjuicio de una persona sobre la base de criterios indeseables, como el sexo, la raza o el origen nacional. Sin embargo, aquí se definirá este concepto simplemente como el principio de no arbitrariedad.

¿En qué radica, entonces, la distinción entre este principio de no arbitrariedad y el principio de no discriminación como se ha entendido aquí, si parece que ambos pretenden evitar que se hagan las mismas distinciones? La diferencia no es menor. El principio de no discriminación exige que no se violen derechos mientras que la no arbitrariedad busca que la ley se dirija a quienes tengan el mérito o, como señala SABA, a una categoría “funcional” en términos del fin buscado por la regulación, se diría aquí, para horrar dicho fin. La distinción radica, pues, en el tipo de razonamiento que se exige al momento de evaluar la validez de una norma. Mientras que la no discriminación implica un juicio sobre derechos, la no arbitrariedad es un juicio sobre clases y fines.

⁹² SABA, Roberto, (Des)igualdad estructural, en: Alegre, Marcelo y Gargarella, Roberto (coord.), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, p. 177.

⁹³ *Ibidem*, pp. 173-174.

⁹⁴ Hace referencia al Trabajo de FISS, Owen, Una comunidad de igualdad, Buenos Aires, Miño y Dávila, 2002, pp. 3-29.

En el ejemplo de SABA, un juicio sobre discriminación terminaría concluyendo si se violó o no el derecho a la educación de las mujeres, y el juicio de arbitrariedad implicaría determinar solo si la clase “ser varón” es o no funcional para honrar la finalidad a la que atendió el legislador. Después de un juicio de arbitrariedad no es, pues, atinente concluir que se violó o no el derecho a la educación de las mujeres, sino que se honró o no la finalidad perseguida por la regulación. Si se acude a un juicio de proporcionalidad, es posible que la finalidad de que los recursos universitarios sean lo mejor aprovechados supere la primera etapa, y también que la medida de controlar el ingreso sea adecuada para ese efecto, pero la norma no superará la tercera etapa, ya que no se percibe un beneficio claro en la finalidad de obtener el mejor aprovechamiento de los recursos si solo se admiten hombres a la universidad, de modo que el derecho de las mujeres a la educación se afecta de forma grave y desproporcionadamente.

Al respecto, interesa advertir que el juicio de adecuación del test de proporcionalidad difiere del de “funcionalidad”, que se aplica en el análisis de no arbitrariedad, en su objeto: se habla de la *adecuación de la medida de controlar el ingreso* para lograr el mejor aprovechamiento de los recursos universitarios, mientras que se habla de *funcionalidad de la clase* sobre la que recae esa medida; de si *el término varón* puede ser definido con la condición específica de ser aquella clase de personas que pueden alcanzar un aprovechamiento universitario óptimo. En el primer caso se trata de analizar si la restricción a un derecho está justificada; mientras que en el segundo, de si la categoría escogida hace o no que razonablemente se convoque a quienes tienen el mérito de estar incluidos.

También interesa advertir que el juicio de proporcionalidad, que implicaría el principio de no discriminación, y el de no arbitrariedad se encuentran conectados en la medida en que, para que una norma no sea discriminatoria o sea proporcional resulta casi, o quizá absolutamente, indispensable que no sea arbitraria. Muy difícilmente una categoría arbitraria permitirá que el estado de cosas que el legislador aspira a contrarrestar o patrocinar (la razón de ser de la norma) se modifique en alguno de estos sentidos, por más que la medida sea adecuada. En otras palabras, una categoría arbitraria haría que el principio o finalidad se beneficie muy poco a costa, quizá, de una grave afectación a otro derecho o principio en juego. Esto no quiere decir que ambos estándares lleven siempre a la misma decisión, de validez o de invalidez.

Por eso, para entender mejor la diferencia entre no discriminación y no arbitrariedad quizá sea conveniente poner un caso en el que estos dos estándares pueden llevar a decisiones encontradas. Piénsese en la misma norma que establece como requisito para acceder a la universidad

ser varón, pero debe suponerse ahora que esta tiene expresamente como finalidad confinar a las mujeres a tareas del hogar que, dada la liberación de este sexo, han quedado descuidadas. El principio de no arbitrariedad legitimaría la norma, pues la categoría “ser varón” excluye automáticamente la de “ser mujer” que, a su vez, coincide con la razón de ser o el estado de cosas al que el legislador pretende desincentivar. No obstante, la restricción al derecho de las mujeres a la educación no se justifica debido a que el cuidado del hogar no es ni siquiera un principio constitucional, por lo que el test de proporcionalidad no superaría aquí ni la primera de sus etapas. En el caso se estaría, pues, ante una norma discriminatoria, aunque no arbitraria.

El principio de no arbitrariedad tampoco tiene que ver con la igualdad, pues, como se advierte, el doble juicio de validez normativa que implica no conduce a realizar algún tipo de comparación interpersonal: primero, establecer cuál es el fin que persigue la norma y, segundo, encontrar o no una relación de “funcionalidad” entre el criterio escogido y el fin buscado. Para seguir con el ejemplo de SABA, la categoría “ser varón” es arbitraria nada más porque no es indicativa de “tener entrenamiento básico necesario”, y esto se demuestra porque esta última condición no puede servir para definir aquella categoría, es decir, uno no puede definir un varón diciendo que es una persona que ha adquirido ese entrenamiento. La categoría “estudios secundarios completados” no sería arbitraria, pues puede decirse que sí es razonable definirla como aquella que agrupa a las personas que han adquirido ese entrenamiento.

Como la categoría “estudios secundarios completados” puede definirse como aquella que ha adquirido el entrenamiento básico, entonces “funciona” para hacer que incluya a quienes tienen el mérito de estar incluidos, es decir, que sí se afecte de manera favorable el estado de cosas “tener entrenamiento básico necesario”, que se pretendía. Y solo por esto puede decirse que la norma educativa que haya contemplado esa categoría no es arbitraria. La categoría “ser varón” no funciona de este modo, por lo que usarla para intervenir favorablemente en ese estado de cosas es arbitrario.

Ahora bien, el hecho de que alguna de esas categorías pudiera, de hecho, incluir a personas que no están entrenados o excluir a otros que sí lo están no es un problema de arbitrariedad, sino de infra-inclusividad o supra-inclusividad, que son casos de violación a la igualdad entendida de manera formal. Por tanto, con independencia de que una norma sea arbitraria o no, puede ser violatoria del principio de igualdad.

Así, la categoría “ser varón” sería arbitraria, pues no puede definirse razonablemente a través de la condición de “tener entrenamiento básico necesario”, y además, así sola, sería violatoria de la igualdad, por tratar igual a los desiguales, porque, en los hechos, lleva a que tanto un varón con

entrenamiento básico como un varón sin ese entrenamiento puedan ingresar a la universidad, y por tratar desigual a los iguales en mérito, ya que conduce a que a un varón entrenado ingrese y una mujer, también entrenada, no. Por su parte, “estudios secundarios completados” no sería arbitraria, ya que puede razonablemente definirse con la condición de haber obtenido el “entrenamiento básico necesario”, pero podría implicar una violación a la igualdad, por tratar igual a los desiguales entre los que obtuvieron 6 y los que obtuvieron 10 de promedio, pues alguien pudiera estimar que los primeros, sin embargo, no demuestran haber tenido el “entrenamiento básico necesario” para realizar efectivamente los estudios universitarios, mientras los de 10 sí; también por tratar desigual a los iguales, con respecto a quien no estudió la secundaria, pero superó un examen de conocimientos generales con el que acredita este mérito.

Esta desigualdad en el trato que de hecho puede darse con fundamento en la ley, entre personas con mérito y sin mérito, de acuerdo con la razón de ser de la regulación, es lo que precisamente legitima el reclamo de igualdad formal. Se explica: alguien que haya aprobado un examen general de conocimientos y otro que haya egresado de la secundaria, ambos satisfactoriamente, tienen el mismo mérito para realizar estudios superiores de acuerdo con la razón de ser de la norma de que ingresen quienes permitan lograr el mayor aprovechamiento de los recursos universitarios; sin embargo, la norma solo da acceso al segundo y no al primero. Para que el primero pueda tener también acceso, no puede reclamar un trato arbitrario ya que la categoría que eligió el legislador no es arbitraria; el problema es su infra-inclusividad. Por eso, para que sea incluido en la norma que otorga acceso a la universidad a quien cursó la secundaria, debe reclamar una violación formal de igualdad, es decir, un trato desigual a los iguales en mérito y aducir, por tanto que: si el legislador hace que ingresen a la educación superior los que cursaron la secundaria, entonces también debe hacer que se incluya a quienes aprobaron un examen general, pues ambos demuestran tener un entrenamiento básico que hará que se aprovechen correctamente los recursos universitarios.

Este ejemplo aclara una de las ideas más relevantes del principio de igualdad formal, la cual es que, para que alguien se incluya en una regulación, necesariamente requiere que esa regulación incluya a otra persona con su misma condición de mérito, ya sea tenerlo o no tenerlo, para que se cumpla la exigencia de tratar igual a los iguales. Asimismo, para que alguien se excluya de ella, aduciendo un trato desigual a los desiguales, es necesario que esa regulación incluya a otra persona con diferente condición de mérito, ya sea tenerlo o no tenerlo, de manera que pueda ser posible cumplir con un trato desigual a los desiguales. El fenómeno de la ambivalencia normativa que se

revisará más adelante dará más posibilidades pero sólo las enunciadas bastan para explicar, por el momento, la naturaleza de la igualdad formal.

Otra idea relevante sobre la igualdad formal es que no procura que los únicos que estén incluidos en la legislación sean quienes tengan los méritos. Es decir, por ejemplo, si la categoría empleada por el legislador hace que, de hecho, accedan a la universidad personas que no cuentan con entrenamiento básico, entonces una persona que se encuentre excluida pero que tampoco cuente con el entrenamiento básico puede reclamar que la norma es infraincluyente y exigir un trato igual a los iguales, bajo el argumento de que: si el legislador ha permitido que ingresen a la universidad personas que no adquirieron el entrenamiento básico necesario, entonces debe hacer que ingresen todas las que tampoco cumplen ese mérito.

Esta no es una consecuencia que demuestre un vicio en la concepción o teoría de la igualdad formal, sino que constituye el reconocimiento de sus implicaciones naturales y también de su diferencia con la exigencia de no arbitrariedad, cuya lógica, enfocada en honrar los principios que sigue una regulación, le es ajena. Asimismo, esta es quizá la condición que demuestra más fielmente el valor de la igualdad como un principio autónomo, y no como una simple regla de administración de los principios en juego; la igualdad puede repararse deshonrando el principio que inspira la norma que ha violado la igualdad.

Otro concepto, que conviene estudiar finalmente, es el de igualdad estructural o igualdad como no sometimiento o no exclusión. Este no se vincula, siguiendo a SABA, con la funcionalidad del criterio escogido para realizar la distinción, pues entiende que el fundamento de la igualdad ante la ley es evitar la constitución y establecimiento de grupos sometidos, excluidos o sojuzgados por otros grupos. Esta idea de la igualdad no se opone al ideal de no arbitrariedad sino que lo concibe como insuficiente o incompleto. Correr el velo y tratar de modo diferente a las personas de acuerdo con el grupo al que pertenecen, para privilegiar, por ejemplo, a las mujeres por sobre los varones en un contexto de exclusión sistemática de las primeras de su participación en las orquestas, sería requerido por el principio de igualdad como no sometimiento, mientras que resultaría inadmisibles desde la perspectiva de la igualdad como no arbitrariedad por ser el criterio “ser mujer” irrelevante para juzgar el desempeño de los músicos. En este contexto de exclusión, sería contrario a la idea de la igualdad como no sometimiento y, por tanto, inconstitucional, establecer un tipo de privilegio para los varones. Desde la perspectiva de la igualdad como no sometimiento, las categorías sospechosas serían aquellas que se correspondan con un grupo excluido, sometido o sojuzgado; en cambio, según el principio de igualdad como no arbitrariedad, las categorías sospechosas se

referirían a aquellos criterios utilizados para diferenciar y que nunca parecerían justificarse como criterios que superen un test de funcionalidad: la categoría sospechosa en la no arbitrariedad sería el sexo, mientras que “ser de sexo femenino” sería la categoría sospechosa para la igualdad como no sometimiento. De este modo, no es que “ser mujer” no supere el test de funcionalidad, sino que es una categoría que contribuye a perpetuar la inferioridad del grupo de mujeres. Así, una norma por la que solo se contraten a mujeres se dice que distingue con base en la categoría sospechosa “sexo”, pues la categoría “ser varón” no sigue la misma suerte que la de “ser mujer” desde la perspectiva de la igualdad como no sometimiento. Por eso, las acciones afirmativas respecto de las mujeres serían requeridas por el principio de igualdad, mientras que sería impensable establecerlas para los varones.⁹⁵

La redefinición o reinterpretación del principio de igualdad como no arbitrariedad, de modo que sea compatible con las medidas de acción afirmativa es, para SABA, la respuesta más satisfactoria a lo que él llama la tensión o el dilema entre las medidas de acción afirmativa y el principio de igualdad ante la ley entendido como no arbitrariedad: «¿Cómo es posible justificar el trato desigual fundado en el sexo (más precisamente “ser mujer” en el caso de las acciones afirmativas) al tiempo que se sostiene que el criterio a utilizarse debe guardar una relación de funcionalidad con el fin buscado por la legislación?»⁹⁶ Al respecto, termina por asumir que no es convincente la estrategia de DWORKIN para superar este dilema, en el caso particular del ingreso a las universidades, que se basaba en la redefinición de los fines de la regulación para fundar en el propio principio de no arbitrariedad la constitucionalidad de las acciones afirmativas.

La crítica que merece aquí el principio de igualdad como no sometimiento, de paso, contribuirá a una solución a este dilema. La línea argumentativa es, como se ha venido desarrollando, radical. Es necesario advertir que a la idea de la igualdad como no sometimiento le sobra por mucho lo primero, la igualdad. La idea es muy fácil de entender: se puede buscar la reivindicación de los derechos de ciertos grupos sistemáticamente excluidos o sometidos, por la misma vía de los derechos y no de la igualdad. Las acciones afirmativas a favor de las mujeres en el caso del ingreso a las universidades pueden justificarse desde el derecho a la educación o desde un derecho de las mujeres a mejorar sus oportunidades de participación social y política, o desde su misma dignidad. No hace falta que las mujeres comparen su situación de sometimiento, con la de superioridad de los varones, para que superen esa condición desfavorable.

⁹⁵ Cfr. SABA, Roberto, *op. cit.*, pp. 178-196.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 180.

Quizá la confusión de lo que se defiende en el fondo cuando se trata de justificar una acción afirmativa sea el producto de las desigualdades. Cualquiera tiende a pensar, pues, en estas circunstancias desequilibradas, que debe buscarse la igualdad y se piensa en esta, entonces, como el principio autónomo, incluso sustantivo, por el que, se dice, ciertas diferenciaciones están justificadas. Pero este razonamiento puede ser muy erróneo. Las desigualdades entre hombres y mujeres existen; eso nadie lo pone en duda. Pero no es el principio de igualdad el que dice que hombres y mujeres deben tener garantizadas las condiciones para acceder a la universidad, sino el propio derecho a la educación. Si ante un reclamo igualitario de las mujeres el Estado diera como respuesta que ni varones ni mujeres tendrán garantizado ese derecho, para que ambos sexos estén igualmente sometidos, es razonable que estas no vean satisfecha su pretensión, pues, en el fondo, no es la igualdad lo que buscan, sino el derecho.

No es la igualdad sino el derecho a la educación, por tanto, el principio que justifica tomar medidas para combatir la exclusión o el sometimiento sistemático de las mujeres. Las cuotas de género para el ingreso en las escuelas deberían, pues, justificarse a luz del principio que en el fondo siguen, es decir, como un medio para garantizar a las mujeres el derecho a la educación, que les estaría vedado sino se les diera un tratamiento preferencial. Y lo que resulta de esta concepción de la exigencia de no sometimiento, es que, como no existe con la autonomía sustancial con la que se imaginaba, sino solo los derechos, es que se puede afirmar que el dilema de las acciones afirmativas aparece hasta el momento como un problema mal planteado.

Ahora puede verse que el caso de una cuota a favor de las mujeres para ingresar a la Universidad no supone un conflicto entre la igualdad como no arbitrariedad y la igualdad como no sometimiento, sino entre el principio que se sigue de que a la universidad solo ingresen los mejores estudiantes, como puede ser el apropiado aprovechamiento del recurso a la educación, y el derecho a las mujeres a la educación que sólo puede garantizarse a través de una medida favorable dadas las condiciones de sometimiento en las que se encuentran. Tanto la estrategia de SABA como la de DWORKIN no dan una respuesta satisfactoria cuando se analiza la regularidad de las normas que establecen ese tipo de medidas, porque dejan fuera de la litis o, curiosamente, discriminan, a ciertos principios importantes que ahí se involucran.

SABA diría que estas medidas están justificadas porque son congruentes con el principio de la igualdad como no sometimiento, que es, a su juicio, la manera más satisfactoria de entender el principio de igualdad ante la ley. De esta forma, desvanece el concepto de igualdad como no arbitrariedad, porque simplemente lo considera inapropiado para juzgar el caso. Sin embargo, no

advierte que lo que había detrás de este último concepto es ese principio sustantivo que se sigue de que quienes ingresen a la universidad sean los que puedan desempeñarse satisfactoriamente en los cursos universitarios. Este principio, que puede ser constitucionalmente relevante, queda, en consecuencia, inaudito con esta estrategia, de ahí que la respuesta que proporciona sea insatisfactoria, por dejar de lado un principio cuya fuerza normativa tensa el caso.

La estrategia de DWORKIN también es insatisfactoria ya que, al señalar que las universidades persiguen fines tanto sociales como académicos, evade completamente la litis que se enfoca, precisamente, a saber si el medio para alcanzar uno de esos fines se encuentra justificado para restringir el otro fin. Así, una respuesta de este tipo dejaría de lado, por ejemplo, el debate sobre si las acciones afirmativas son medios adecuados para lograr que las mujeres abandonen la situación de sometimiento, o sobre si la acción que en el caso se estudie pudiera o no ser desproporcionada por constituir una medida altamente invasiva sobre los lugares por los que se compete para ingresar en una escuela.

Entonces, hay que concluir que los casos en que se demanda la no arbitrariedad no son casos de igualdad sino del principio que se administra a través de esta exigencia; que tampoco el no sometimiento es una exigencia de la igualdad, sino de otros principios o derechos sustantivos, que a su vez justifican restringir otros. Por ello, las medidas de acción afirmativa no entrañan un problema de igualdad, sino un conflicto entre principios que pudiera resolverse a través de los estándares de proporcionalidad que se aplican para resolver los problemas de discriminación, que tampoco son casos de igualdad sino de derechos.

No es esta la oportunidad de resolver aquí el dilema de las acciones afirmativas como se ha replanteado, pues hay buenas razones para estimar que debe atenderse al caso concreto para dar la mejor respuesta. Además, como se señaló, es un problema de derechos y otros principios que no son materia de este trabajo. Si es razonable todo lo que aquí se ha mencionado, entonces se habrá hecho ya mucho al dejar más claramente las cuestiones sobre las que es preciso decidir en muchos de los casos que se dicen de igualdad.

3.2. Un concepto formal y puro del mandato de igualdad en la ley

La teoría de la igualdad formal tiene como modelo la porción de un sistema de normas por la que el legislador está obligado a cumplir un mandato de igualdad, es decir, está conminado a tratar

igual a los iguales y desigual a los desiguales, en la ley⁹⁷. No es que el trato igual sea la regla, y el trato desigual, la excepción, porque la regla es tratar igual a los iguales pero también tratar desigual a los desiguales⁹⁸. Esta regla tampoco presupone algún tipo de igualdad entre las personas; por el contrario, podría decirse que supone siempre un fraccionamiento entre desiguales: los que merecen y no merecen una medida normativa determinada.

Pero, ¿de forma igual o desigual con relación a qué? Se aceptará que dos clases son iguales o desiguales, para estar sujetas a una misma medida normativa, en función al mérito que determina la razón de ser de la norma. Aquí se entiende por clase o categoría un conjunto de personas definido por una propiedad que es común en ellas, y por mérito, la condición particular que guarda toda clase para ser acreedora de la consecuencia prevista en una norma. Cuando esté frente a dos clases que participan del mérito para atribuirles la misma consecuencia jurídica, el legislador está conminado por el mandato a tratarlas de forma igual, haciendo a ambas partícipes de esa misma medida o no haciendo partícipes a ninguna, de modo que si el legislador prescribe para unas clases, y no para otras, determinada consecuencia jurídica, debería ser porque considera que éstas, y no éstas, comparten el mérito para cumplirla, o no lo comparten.

⁹⁷ Se hace referencia al principio de justicia distributiva de ARISTÓTELES: «lo justo deberá requerir, por lo menos, cuatro términos; pues, aquellos para quienes es justo son dos, y las cosas en las que reside también son dos». Y la igualdad será la misma en las personas y en las cosas, pues la relación de unas y otras es la misma; en efecto si no son iguales, no tendrán partes iguales. De ahí que se susciten disputas, y acusaciones, cuando aquellos que son iguales no tienen o reciben partes iguales y cuando los que no son iguales tienen y reciben partes iguales» (ARISTÓTELES, *Ética nicomáquea*, trad. Julio Palli Bonet, Madrid, Gredos, Biblioteca Clásica, 89, 2003, p. 245). Se puede clasificar como un criterio de igualdad, al lado del que señala *lo mismo para todos o reparto igual (de beneficios o de cargas) entre todos* (Cfr. SARTORI, Giovanni, *Teoría de la democracia. 2. Los problemas actuales*, trad. Santiago Sánchez González, Madrid, Alianza Universidad, 2005, p. 425).

⁹⁸ En la filosofía política y moral, sin embargo, es común que el trato igual sea postulado como el ideal o la regla, y se señale a los tratos desiguales como una excepción que debe ser justificada. Por ejemplo, para BERLIN (“Equality”, en Hardy, Henry (ed.), *Concepts and Categories*, Londres, Pimlico, 1999), la fórmula: *cada hombre cuenta por uno y ninguno cuenta por más de uno*, «appears, more than any other formula, to constitute the irreducible minimum of the ideal of equality» (p. 81) y, al mismo tiempo, considera que es una aplicación concreta del principio de que a los casos similares se les debe dar un tratamiento similar: “Then, given that there is a class of human beings, it will follow that all members of this class, namely men, should in every respect be treated in a uniform and identical manner, unless there is sufficient reason not to do so» (p. 82). Según Berlin, para que esta regla no sea simplemente reducida al absurdo, debe dejarse claro qué razones son suficientes y por qué, y cuáles atributos son los únicos relevantes y por qué; pero, con independencia de eso, asume que, a menos de que exista una razón suficiente para no hacerlo, es «natural» o «racional» tratar a todos los miembros de una determinada clase como se trata a cualquier miembro de ella: «A society in which every member holds an equal quantity of property needs no special justification; only a society in which property is unequal needs it» (p. 84). WESTEN critica la idea de Berlin, de manera contundente: «The command to “treat likes alike” is absolute, while the presumption of equality is a lesser prima facie command, a command rebuttable by a showing of “rational reasons” for treating people differently. One cannot derive a prima facie command from an absolute command» (Westen, Peter, “The Empty idea of equality”, *op. cit.*, p. 571).

Desde la teoría moral, WESTEN argumenta que el mandato de igualdad es una tautología, basándose en la premisa de que una regla moral determina la igualdad entre las clases⁹⁹. Sostiene que con «iguales» el mandato *«may refer to people who are morally alike in certain respect»*¹⁰⁰. Es decir, que la condición de la igualdad de las clases, para darles un trato igual, es normativa y no fáctica. La razón para sostener esto es que, al parecer, solo así el mandato de igualdad podría evadir el problema filosófico de derivar el deber ser del ser: «It starts with a normative determination that two people are alike in a morally significant respect and moves to a normative conclusion that the two should be treated alike. Instead of deriving an "ought" from an "is," it derives an "ought" from an "ought"».

Es cierto que se incurrirá en la falacia de derivar el deber ser del ser en caso de obtener un mandato de trato igual o desigual simplemente de la constatación de cualquier desigualdad entre las categorías comparadas. Al parecer los tribunales realizan comúnmente este razonamiento falaz, pero, en realidad, la condición de igualdad y la desigualdad se obtiene del estándar de algún derecho sustantivo. De este estándar se obtiene que las personas deben ser tratadas igual o desigualmente, y es redundante concluir que, conforme a la igualdad, deben tratarse igual o desigual a las personas que, conforme a ese estándar anterior, deben recibir el mismo o diferente trato.

Sin embargo, no hay que olvidar que cuando WESTEN habla de la igualdad se refiere a ella en un sentido sustantivo; es decir, como un principio que presupone cierta igualdad entre las personas, conforme a un estándar moral. La igualdad solo es redundante desde este punto de vista. Desde una perspectiva formal, en cambio, la igualdad no es para nada circular, pues la condición que permite discernir cuándo dos clases son iguales o desiguales para que deban recibir igual o desigual tratamiento no se abstrae de un estándar moral anterior. Tampoco se abstrae, aisladamente, de la naturaleza de las personas comparadas, por lo que evita la falacia de derivar el deber ser del ser. Aquella condición, tratándose de la igualdad formal, se obtiene, más bien, de la razón de ser de un reparto determinado, que tiene naturaleza normativa. Para la igualdad formal, nadie es igual o desigual a otro, hasta que así lo determina esa razón de ser.

Así, pues, desde el punto de vista formal el mandato podría analizarse como un tipo especial de norma, es decir como un enunciado que se compone por una condición normativa (igualdad o

⁹⁹ Cfr. Westen, Peter, *op. cit.*, p. 544: «Thus, to say that people who are morally alike in a certain respect "should be treated alike" means that they should be treated in accord with the moral rule by which they are determined to be alike. Hence "likes should be treated alike" means that people for whom a certain treatment is prescribed by a standard should all be given the treatment prescribed by the standard. Or, more simply, people who by a rule should be treated alike should by the rule be treated alike» (p. 547).

¹⁰⁰ *Ibíd.*, p. 544.

desigualdad de las clases conforme a la razón de ser de la norma), como por una consecuencia obviamente normativa (tratar igual o desigual). De este modo, el juicio de igualdad no podría derivar el deber ser del ser, pues su estructura equivale a hacer referencia a una condición de naturaleza normativa que activaría una respuesta también de deber ser. Además, el hecho de que la razón de ser de la norma ya determine una condición normativa de igualdad o desigualdad no hace que la regla de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales sea tautológica, pues una cuestión es la simple condición normativa de igualdad o desigualdad que determina esa razón de ser, y otra, muy diferente, que a las categorías comparadas se les deba dar o no diferente trato.

Esto difiere con claridad del fenómeno de la igualdad sustantiva, en el que el estándar anterior determina el trato que debe otorgarse, de modo que el mandato de igualdad se vuelve *necesariamente* circular, en el sentido de decir que se debe tratar igual a los iguales y cuando se pregunta quienes son iguales, indefectiblemente este tipo de igualdad responde que son las personas que deben recibir el mismo trato.

Sin embargo, no hay que ocultar que cuando se afirma que el trato igual o desigual se configura a partir del mérito que determina la razón de ser de la norma, se reconoce que no existe nada dentro del mandato, puramente entendido, que así lo estipule ni, mucho menos, señale cuál es esa condición. En los términos más puros, el mandato no dice qué es lo que hace iguales o desiguales a dos clases de personas para que deban recibir el mismo trato o un trato distinto. Por eso, es claro que el mandato formal de igualdad en la ley, en el nivel más elevado de pureza, es inútil. Para que sea útil o algo útil, es indispensable disminuir ese nivel y establecer un criterio para decidir cuándo una clase es meritoria de una especial medida legal.

Se asumirán pues, dos premisas: 1) que el legislador, cuando prescribe que determinada clase de personas debe estar sujeta a una consecuencia jurídica particular, siempre busca lograr un efecto bien claro en esas personas, que puede ser de aliento o desaliento, con independencia del beneficio o del perjuicio que pueda ocasionarles, y 2) que la razón por la que una consecuencia jurídica debe repercutir en una clase de sujetos, y no en otra, es porque aquélla, y no ésta, cuenta con una propiedad que el legislador busca alentar o desalentar. De esta manera, se designará como meritoria a la clase que se define por la propiedad cuyo patrocinio o desmotivación pretende lograr el legislador al crear una norma. Esa propiedad es, precisamente, la razón de ser u objeto de ella.

3.3. La razón de ser de la norma y su finalidad

La propiedad que el legislador pretende patrocinar o desmotivar constituye precisamente la *razón de ser de la norma* y, como bien lo dice GIMÉNEZ GLÜCK, la «disimilitud se ha de determinar respecto de la razón de ser de la norma»¹⁰¹.

El juicio formal de igualdad o desigualdad entre dos clases no tiene sentido sin la idea de una razón de ser, pues no se basa en cualquiera de los rasgos que tienen en común o que las diferencian, sino en las propiedades que las hacen meritorias de una consecuencia jurídica. La razón de ser de la norma es el concepto cardinal de cualquier teoría que aspire a explicar el mandato de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales en la ley desde un punto de vista formal. Se acepta, junto con GIMÉNEZ GLÜCK, que existe una diferencia entre la razón de ser de la norma y su finalidad, y en que aquélla es el «por qué» y ésta representa el «para qué»¹⁰². Pero no habría que quedarse tan solo ahí; se intentará mejor aproximarse a la relación de estas dos ideas.

Se intuye, primero, que la razón de ser es la abstracción primigenia que concibe el legislador antes de crear cualquier norma. Corresponde a una miríada de situaciones en el mundo de los hechos que considera deseable modificar, ya sea para hacer que perdure o que perezca, y esta situación puede corresponder a un estado de las conductas de las personas o a cualquier otro estado de las cosas que no sean esas conductas. La finalidad, por su parte, responde a la pregunta para qué; pero siempre del por qué, esto es, no de la norma, no de la diferencia de trato, sino al para qué de modificar un estado de cosas determinado. La finalidad corresponde a ese otro estado de cosas que se aspira a alcanzar al modificar el por qué.

La finalidad de una norma y su razón de ser siempre están implicadas, pero la segunda en todo caso determinará a la primera. No se busca una finalidad para modificar algo, sino que se modifica algo para alcanzar un fin. El conocimiento de aquello que se puede aspirar a transformar en una realidad dada es, epistémicamente, anterior a la concepción del fin que se pretenda conseguir a través de esa mutación: «una representación ideal en la que coexiste una razón de ser y una finalidad, y en la que la primera es x y la segunda y , se verifica solo porque existe el estado de cosas x , y porque, necesariamente, de manera posterior, se piensa que un estado de cosas y , donde x se arraiga o se erradica, sería, por cualquier razón, deseable». La condición de lo que es deseable, de y , es, se repite, necesariamente posterior en la sucesión de las ideas, pues nadie desea lo que ya tiene, sino solo lo que no tiene, o no existe, o lo que, solo a causa de algo que sí existe, se perdió o dejó de existir.

¹⁰¹ Cfr. *Op. cit.* p. 85.

¹⁰² Aunque él nombra estos términos como «la razón de ser de la clasificación legislativa y la finalidad de la diferencia de trato» (Ibídem, p. 82.).

Por ejemplo: una norma que establezca una acción positiva de carácter económico en favor de los menos aventajados tiene una razón de ser y una finalidad. La razón de ser es el estado de las personas desaventajadas, mientras la finalidad sería el estado de cosas en el que ninguna persona se encuentre en condición de desventaja. Si no existiera esa desventaja, no se pensaría en la finalidad de aventajar. La desventaja entre las personas sería, en este caso, la condición que el legislador pretende erradicar a través de esa norma. Constituye, de esta manera, la razón de ser de esa entidad normativa. No se puede entender de otra forma sino solo en términos de esa razón de ser que dos clases son iguales o desiguales. Las que lo son, es porque ambas se definen o ambas no se definen por una propiedad que las vuelve desaventajadas, puede ser su débil condición económica o el déficit de sus capacidades, ya intelectuales, ya emocionales, para aventajarse por sí mismas, y son iguales solo en virtud de que comparten esa propiedad o porque ambas no la comparten, pero no en relación con otra condición. Y dos clases son desiguales porque una participa y otra no participa de esa propiedad; entre una clase que se define por una propiedad que la hace desaventajada y la otra clase que no participa de esa propiedad, solo puede predicarse desigualdad, y solo por virtud de esa propiedad que no comparten.

Mientras la razón de ser de la norma hace referencia a la dimensión del ser, de los hechos, la finalidad de la norma se ubica en la dimensión del deber ser, de los ideales. En esta lógica, las normas no serían, pues, como comúnmente se dice, el deber ser, sino un mero enunciado que, si es atendido, acaso sirva de tránsito entre el mundo que es y el que, se cree, debe ser. Y las propiedades que hacen iguales o desiguales a dos personas son las relevantes en función, no solo de la finalidad de la norma, como también comúnmente se considera¹⁰³, sino también de su razón de ser, que son dos condiciones implicadas.

3.4. Cumplimiento y violación al mandato de igualdad en la ley

Toda norma es, pues, una medida que crea el legislador para lograr un efecto alentador o desalentador de cierto estado de cosas. Cuando el legislador crea una norma, presupone una visión del mundo tan simple como esta: un mundo dividido entre las personas que merecen y las personas que no merecen ser afectadas por la medida. En este mundo, a los ojos del legislador, las personas

¹⁰³ En este sentido, PRIETO SANCHÍS señala: «El principio exige que las consecuencias jurídicas que se derivan de supuestos de hecho iguales sean, asimismo, iguales, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando el elemento diferenciador introducido por el legislador carece de relevancia para el fin perseguido en la norma» (PRIETO SANCHÍS, Luis, «Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 22, septiembre-diciembre 1995, p. 25).

merecedoras son iguales entre sí, así como las no merecedoras son también iguales entre sí, y ambas clases son desiguales, la una en relación con la otra.

Bajo estos mismos ojos se puede comprender cuándo una norma trata igual a los iguales y desigual a los desiguales. Lo primero cuando, respecto de dos clases definidas por propiedades que el legislador pretende alentar o desalentar, el medio afecta a ambas o no afecta a ninguna, y en relación con dos clases que no se definen por esas propiedades, también ese específico medio afecta a las dos o no afecta a nadie. Lo segundo cuando, respecto de dos clases, una definida por una propiedad que el legislador pretende alentar o desalentar, y otra no definida por esta misma propiedad, el medio específico solo afecta a la primera o solo afecta a la segunda.

Como ya se mencionó, el mandato de igualdad, formalmente, no obliga al legislador a que el medio con el que busque alentar o desalentar ciertas propiedades afecte necesariamente solo a las clases que se definan en función de esas propiedades, es decir, a las clases que lo merecen; más bien, solo lo obliga a que, si pretende afectar a las clases que lo merecen, entonces debe afectar a todas o, de lo contrario, no afectar a ninguna.

En esta lógica se entenderán los vicios de igualdad en la norma. Una norma trata desigual a los iguales cuando, respecto de dos clases definidas por propiedades que el legislador busca alentar o desalentar, o de dos clases que no se definen por esas propiedades, la consecuencia determinada solo afecta a una de ellas, en cada caso. Asimismo, una norma trata igual a los desiguales cuando, respecto de dos clases, una definida por una propiedad que el legislador pretende alentar o desalentar, y otra que no se define por la misma propiedad, la consecuencia prevista afecta a ambas o no afecta a ninguna.

Nótese cómo la forma de violar la igualdad, al tratar desigual a los iguales, corresponde con la manera de cumplir el trato desigual a los desiguales, así como la manera de violar la igualdad al tratar igual a los desiguales es el modo de respetar el mandato de tratar igual a los iguales. Pero, lo relevante es advertir que el cumplimiento del mandato de igualdad o su violación son condiciones que derivan de cómo se trate a dos clases concretas y no en relación con una tercera clase. Si no se entiende de este modo entonces la igualdad se convierte en un concepto conflictivo dentro de sí mismo, imposible de ser analizado. En este entendido, estaría fuera de lugar decir que al tratar igual a dos personas iguales, «S₁» y «S₂», se está implicando un trato desigual entre dos personas iguales «S₁» y «S₃» o «S₂» y «S₃», o que al tratar desigual a dos personas desiguales «S₁» y «S₂», se está implicando un trato igual a los desiguales «S₁» y «S₃» o «S₂» y «S₃».

3.5. Igualdad, justicia, adecuación o racionalidad, y proporcionalidad.

Se ha mencionado que el mandato de igualdad no busca que las clases que merecen la consecuencia normativa sean necesariamente las afectadas por la norma, y que ésta no afecte a ninguna clase que no merezca ese tratamiento. Se dirá que esto, más bien, es lo que busca la justicia. De este modo quedan escindidos los conceptos de justicia e igualdad, en otras palabras, la norma que dice «a cada quien lo suyo» de la que afirma que «los iguales deben ser tratados igual, y los desiguales, desigual». Mientras que la primera refiere que a cada quien debe tratársele como se lo merece, la segunda implica que, o se le da a todos lo que cada uno merece, o no se le da a nadie lo que merece.

Ha sido un hecho irrefutable, y que se da casi naturalmente, tener como vicios de la igualdad de forma absoluta los que, en este sentido analítico correspondería, hablando estrictamente, a los vicios de la justicia: la infra-inclusividad, y la supra-inclusividad¹⁰⁴. Son vicios de la justicia, en cuanto a que, en el primero, una clase que merece el tratamiento no lo recibe, y en el segundo, una clase recibe el tratamiento a pesar de que no lo merece. Y la justicia conduciría, pues, a tratar a cada quien como lo merece, es decir, que la primera clase reciba el tratamiento (que se le incluya en la norma) y que la segunda deje de recibirlo (que se le excluya de la norma). En efecto, no hay que negar que aquellos son también vicios de igualdad y éstas, son, del mismo modo, alternativas de reparación de la igualdad. Sin embargo, la igualdad comportaría además de las formas justas de reparación, otras formas injustas, como la de excluir a la clase incluida en lugar de incluir a la infra-incluida, o incluir a la excluida en lugar de excluir a la supra-incluida.

Es necesario profundizar más sobre estos vicios de justicia, pero ello se hará más adelante. Lo que sí debe hacerse por el momento, en este apartado, es discernir los vicios de injusticia de otro tipo de vicios que se pueden atribuir a una norma, como son su irracionalidad y su desproporcionalidad. Porque es común que se califique a una norma como irracional o inadecuada si la consecuencia que dispone se atribuye a una clase que no la amerita; como desproporcional, en razón de que simplemente no sirva y como injusta en razón de que transgrede otros derechos¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Tussman, Joseph y tenBroek, Jacobus, *op. cit.*, p. 348

¹⁰⁵ Cuando Dworkin debate las acciones afirmativas, distingue entre dos tipos de argumentos: “The first is an issue of principle: Is affirmative action for blacks unfair because it violates the right of every applicant to be judged on his or her individual merits? The second is a matter of policy or practical consequence: Does affirmative action do more harm than good, because it enrolls some black in studies beyond their capacities, or stigmatizes all blacks as inferiors, or makes the community more rather than less conscious of race? (*Sovereign virtue. The theory and practice of equality*, Cambridge, Harvard University Press, 2002, p. 389)” Mientras el segundo argumento refiere precisamente a lo que se apunta aquí como condiciones de racionalidad de una medida, el primero se asume mas bien como una cuestión de proporcionalidad

Pero las condiciones de racionalidad, justicia y proporcionalidad normativas deberían discernirse mejor, para, de una vez, distinguirlas claramente de la igualdad; en la inteligencia de que se ha aceptado que la justicia es, en parte, una demanda de igualdad.

Primero habría que reiterar que una norma, como medio para modificar un determinado estado de cosas (que constituye su razón de ser), se compone tanto de una medida como por el objeto sobre el que recae esa medida. La medida es la consecuencia jurídica que se atribuye al objeto, y este se refiere, a su vez, a las clases de personas que son receptoras de esta consecuencia. Esas clases, se supone, están definidas por propiedades que corresponden a la razón de ser de la norma. En segundo lugar, habría que aclarar que mientras la racionalidad es una condición del medio, la justicia es una propiedad de la elección de las clases, y la proporcionalidad tiene que ver con los efectos que se producen al pretender modificar ese objeto.

Una norma se puede calificar como racional o adecuada cuando la medida que dispone es eficaz o sirve para lograr los efectos modificadores que el legislador busca producir en las clases que componen el objeto de la norma; otra cosa distinta es si estas clases merecen o no el tratamiento y si se afecta a una finalidad o interés en mayor proporción al interés o finalidad que se busca conseguir a través de aquellos efectos. Asimismo, una norma se puede llamar justa cuando la medida solo afecta a las clases definidas por las propiedades que su creador busca alentar o desalentar, con independencia de si la medida que recae en ellas contribuye o no a lograr los efectos buscados por el legislador, o si esa medida causa más daño que beneficio. Por último, una norma se puede llamar proporcional cuando los favores que trae para la finalidad por la cual se configura superan los daños que causa a otras finalidades o intereses, lo que lo diferencia conceptualmente de la circunstancia de que la medida normativa sea útil o no para alcanzar la finalidad para la que se creó, o si se dirige a las personas que merecen el tratamiento o a las que no lo merecen.

Una medida es racional o irracional por sí misma, lo que implica que si una norma es racional no es porque las clases sujetas a su medida, la merezcan, o en virtud de que implica mayores beneficios que daños, o que si no es racional, tampoco se debe a que las clases que constituyen su objeto no merezcan la medida que dispone, o que los daños que provoca son mayores que los beneficios. El que la merezcan o no las clases que afecta, o la relación entre los daños y los beneficios que causa, no dice nada sobre la eficacia del medio. Del mismo modo, el objeto de la norma es justo o injusto por sí mismo, y esto quiere decir que si una norma es justa, no es porque la

en estricto sentido, que de justicia, con la que se hace referencia concretamente a la condición de que una medida solo afecte a las clases definidas por las propiedades que el creador de esa medida busca alentar o desalentar. Cuando se dice que las ventajas que obtiene la clase sujeta a una acción afirmativa son mayores que los perjuicios que se ocasionan a las clases no beneficiadas, se está dando un argumento a favor de la proporcionalidad de esa acción y no sobre su justicia.

medida que dispone sea adecuada para lograr el efecto que se pretende lograr o porque beneficia más de lo que daña, y que si no es justa, sea por irracional o desproporcional, porque el que sea o no eficaz una medida, o los beneficios o daños que ocasione, tampoco dicen nada sobre si se afectó a quienes lo merecen y si no se afectó a quienes no lo merecen. Pero, mención aparte merecería la proporcionalidad de los efectos que, si bien no se relaciona conceptualmente con los caracteres de racionalidad o de justicia en la norma, puede decirse que estos sí determinan su posibilidad afirmativa; es decir, para que una norma pueda ser proporcional se requiere que la medida sea eficaz y se distribuya entre los que la ameritan. Aun así, el efecto podrá ser desproporcional, incluso cuando la medida sea eficaz y afecte a quienes lo ameriten, ya sea en abstracto o en concreto.

Por eso se decía más arriba que, para que una norma sea proporcional, al menos no debe ser arbitraria, es decir debe ser capaz de incluir a quienes lo merecen, porque la categoría escogida puede definirse razonablemente con la condición del estado de cosas que el legislador busca reprimir o alentar. La justicia se distingue de la arbitrariedad en que la primera representa un grado mayor de exigencia, de que la medida solo afecte a las clases definidas por las propiedades que su creador busca alentar o desalentar, mientras que la no arbitrariedad simplemente exige una posibilidad razonable de que la categoría escogida se defina con la condición de la razón de ser de la legislación. Así que una norma no arbitraria puede ser, en cierto grado, injusta.

Las razones anteriores han querido justificar, por una parte, que las condiciones de justicia, racionalidad y proporcionalidad de la norma no están conceptualmente relacionadas; la relación, en realidad, se encuentra en los ámbitos en los que se predicen estas condiciones: en las clases, los medios y los efectos. Y en tanto que no se logra un efecto favorecedor en la finalidad sin una medida que modifique adecuadamente la razón de ser de la norma, es por lo que la racionalidad y la justicia determinan una posibilidad positiva de proporcionalidad, aun cuando la realización positiva de la racionalidad y la justicia no dependa la una de la otra.

Ahora bien, ¿qué relación guarda la finalidad de una norma, con la racionalidad, la justicia y la proporcionalidad normativas? Si una norma es racional, la finalidad se cumple; de lo contrario, no se cumple. Puede haber grados de adecuación o idoneidad de las medidas y, por tanto, grados de cumplimiento. Hay medidas más eficaces que otras para alcanzar una finalidad y, entonces, puede hablarse de una finalidad mejor cumplida. Pero si una norma es justa, la finalidad se honra y, de lo contrario, se contrarresta. Pudiera decirse que esta condición también es gradual, como lo es la arbitrariedad. En cambio, si una norma es desproporcional eso quiere decir que provoca que una diferente finalidad reciba un daño mayor al beneficio que se produce en la finalidad que se busca

con ella. Por eso, en cambio, puede hablarse de grados de desproporcionalidad en los efectos que se consiguen en las medidas.

Para ser claros en todo esto, habrá que ejemplificar. Dese por hecho que la pena de prisión ha sido creada para que las personas que con sus conductas hayan afectado los más altos valores de la sociedad no vuelvan a hacerlo. Las razones por las que ese medio o consecuencia jurídica es eficaz, o más o menos eficaz que otro dependen de una condición propia del medio para inhibir conductas y no de quien la merezca, o de si daña más o menos que lo que beneficia a su finalidad, a otros intereses como puede ser, claramente, la libertad. Que no la merezcan los simples malvivientes o vagos, o que causa más estragos en las personas que soluciones, no dice nada sobre si la pena de prisión es capaz de inhibir un comportamiento, o si es más o menos capaz, que una multa o el trabajo a favor de la comunidad.

Entonces, si por virtud de una norma se impone la misma pena de prisión, alta, a alguien que roba con violencia y a otro que lo hace sin violencia y en estado agravado de necesidad, ¿qué indica esta situación? En cualquiera de los dos casos esta circunstancia no propicia un juicio en relación a que la norma, en sí misma, sea más o menos adecuada que otra para inhibir esas conductas. Acaso si la ley impusiera tan solo una amonestación pública como sanción al robo, saltaría a la vista que, en esas condiciones, la voluntad del sujeto se cohibiría muy poco, acaso nada, ante la oportunidad de hurtar nuevamente, y así podría afirmarse, tal vez, que la norma es irracional, de que la finalidad pueda cumplirse menos o que simplemente no se cumpla.

Por otra parte, si el legislador pretendió modificar el estado de cosas en el que es constante que se trasgreda el valor de disponer libremente de los bienes propios, entonces tanto el que roba con violencia y el que roba sin ella, por necesidad agravada, merecerían la pena y, por tanto, la norma sería justa en este sentido. Lo injusto sería, por ejemplo, tratar como ladrón, para que se le imponga la misma pena, a quien recuperó por sí mismo, y aún con violencia, un bien de su propiedad que le había sido robado. Si la ley no distingue y trata igual a estas dos clases de personas, a la que se hace de un bien que no es suyo y a la que recupera el bien que le fue robado, imponiéndoles la misma pena, incurre en un vicio de justicia, tomando en cuenta que la razón de ser de la norma se concreta en quienes atentan contra bienes ajenos. En este caso, el efecto modificador se contrarrestaría, porque el sujeto que recuperó el bien del que se le privó busca defender el mismo valor que la ley, en este caso, el patrimonio propio, y, no obstante, el legislador lo reprocha por eso. Es decir, el trato injusto suscita una contradicción en la teleología de la norma. En este caso, se quiere evitar un atentado a los bienes que uno posee, al reprimir la actuación del

sujeto en defensa de su propio bien, cuando, de manera armónica, esta conducta debiera considerarse legítima, pues se corresponde con la misma finalidad.

Ahora, lo que acaso salte a la vista en el caso planteado sea una desproporcionalidad, porque se afecte más un derecho a subsistir con el mínimo vital que lo que pudiera beneficiarse el estado de cosas en el que nadie se apodere de un bien ajeno. La desproporcionalidad no requiere, en realidad, comparar las clases de sujetos a que hace referencia el ejemplo, sino que es posible determinarla aisladamente, en relación con los derechos o finalidades que están en juego en cada caso, es decir, ya respecto del caso del robo famélico, ya respecto del caso del robo no famélico y con violencia.

3.6. Efectos de la norma: beneficio y perjuicio

Por último, también puede decirse que, en general, toda norma tiene como efecto beneficiar o perjudicar a una determinada clase de personas, al mismo tiempo que incentiva o desalienta la propiedad que la define. Entiéndase por beneficio un incremento o ganancia en el ámbito de los derechos, las libertades o los bienes materiales, y por perjuicio lo contrario, es decir, un decremento o pérdida en el ámbito de los derechos, las libertades o los bienes materiales.

Pero, cuando se dice que una norma tiene como efecto beneficiar (B) o perjudicar (P) a una específica clase de personas, también se está diciendo que no beneficia ($\neg B$) o no perjudica ($\neg P$) al resto clases. Puede afirmarse entonces que toda norma crea dos regímenes jurídicos: aquel en el que se ubican las clases que merecen el beneficio o el perjuicio, y aquel en donde se encuentran las clases a que no merecen aquel beneficio o que no merecen ese mismo perjuicio. Se podría concluir, entonces, que toda norma, en cuanto distingue entre distintas clases de personas, establece, a la vez, dos situaciones jurídicas: ya sea de beneficio y de no beneficio (B y $\neg B$), ya sea de perjuicio y de no perjuicio (P y $\neg P$), y distingue, por tanto, entre las categorías que merecen el beneficio y las que no lo merecen, y entre las que merecen el perjuicio y las que no lo merecen.

CAPÍTULO IV

LOS CASOS DE VIOLACIÓN AL MANDATO DE IGUALDAD EN LA LEY

4.1. Vuelta a los reclamos de igualdad y de justicia

Sobre la base del capítulo anterior, se puede sostener que el mandato de igualdad en la ley obliga al legislador a dar un trato igual, entre dos clases que comparten el mérito, o entre dos clases que no son meritorias, afectando o no afectando a todas las que lo merecen, pero también afectando o no afectando a todas las que no lo merecen. Esto implica tratar igual a los iguales. Asimismo, está conminado a dar un trato desigual, entre una clase meritoria y una clase no meritoria, ya sea que solo a la primera se le atribuya la consecuencia normativa, ya sea que esta consecuencia se atribuya solo a la segunda clase, y esto conlleva a tratar desigual a los desiguales.

Pero, se estará afirmando la justicia de una norma, cuando se afecta a todas las que lo merecen y no se afecta a ninguna que no lo merezca. Así que una norma respetará la igualdad cuando entre dos clases que merezcan la consecuencia, o entre dos clases que no la merezcan, ambas sean afectadas o no se afecte a ninguna, en cada caso, mientras que sería justa cuando la consecuencia afecte a las que la merezcan y no afecte a nadie que no la merezca; también se respetará la igualdad, entre una clase meritoria y una no meritoria, cuando solo se afecte a la primera o solo se afecte a la segunda, pero para la justicia solo debe afectarse a la primera.

Tabla 1. Reclamos de la igualdad y de la justicia

Supuesto	Exigencias	
	Igualdad	Justicia
Entre dos clases meritorias	«Que ambas reciban el efecto/que ninguna reciba el efecto»	«Que ambas reciban el efecto»
Entre dos clases no meritorias		«Que ninguna reciba el efecto»
Entre una clase meritoria y una clase no meritoria	«Que solo la meritoria reciba el efecto/que solo la no meritoria reciba el efecto»	«Que solo la meritoria reciba el efecto»

4.2. Ambivalencia normativa: reclamos de igualdad positivos y negativos

Otro aspecto todavía más fino es aquel con el que concluyó el capítulo anterior, esto es, la hipótesis de que toda norma, en cuanto distingue entre distintas clases, establece, a la vez, dos situaciones jurídicas: de afectación y de no afectación. La primera situación es el perfil positivo de la norma, mientras la segunda corresponde al negativo. Esto implica que la situación de no

afectación o negativa presentará siempre el fenómeno opuesto al de la situación de afectación o positiva, con respecto a la clase infra-incluida o supra-incluida.

De esta manera, la clase infra-incluida con respecto a una situación de afectación podrá ser vista entonces como una clase supra-incluida en la situación de no afectación; la clase infra-incluida en relación con una situación de perjuicio, como una clase supra-incluida en la situación de no perjuicio; la clase supra-incluida en la situación de beneficio, como una clase infra-incluida respecto de la situación de no beneficio, y la clase supra-incluida en la situación de perjuicio, como una clase infra-incluida respecto de la situación de no perjuicio.

Lo anterior conduce irremediablemente a entender que, con respecto a una misma norma, el denunciante de la violación al mandato de igualdad puede hacer valer un reclamo de igualdad con miras al perfil positivo como al negativo de la norma, y entonces se convierte en un reclamo positivo o en uno negativo.

El modelo estándar que adopta esta teoría conlleva a que toda norma justa incluye a una clase que lo merece «m» y excluye a una clase que no lo merece «¬m»:

$$\boxed{m} \neg m$$

Esa norma se convertirá en infra-inclusiva, al adicionar una clase que merezca el efecto, fuera del recuadro y en supra-inclusiva cuando se incorpore en el recuadro a una clase que no lo merezca. Las normas que se analizan serán solo infra-inclusivas o solo supra-inclusivas, de modo que las primeras no incluirán una clase que no merezca el efecto, y las segundas no dejarán fuera a una clase que sí lo merezca. Así podrían entenderse las implicaciones exactas que los fenómenos de infra-inclusividad del beneficio e infra-inclusividad del perjuicio en las normas implican para las clases que no merecen el beneficio estando excluidas y las que merecen el perjuicio estando incluidas, y las que los fenómenos de supra-inclusividad del beneficio y la supra-inclusividad del perjuicio tendrían para las clases que merecen el beneficio estando incluidas y las que no merecen el perjuicio estando excluidas. Por tanto, todos los fenómenos que se analizan aquí serán trisitos o de tres posiciones.

Tómese en cuenta, primero, un fenómeno trisito, en relación con una norma infra-inclusiva en sentido positivo o supra-inclusiva en el sentido negativo:

$$\boxed{m_2} m_1 \wedge \neg m_3$$

En este modelo m_1 y m_2 son iguales dado que merecen el mismo efecto, y m_1 y m_2 son desiguales a $\neg m_3$ en cuanto aquellas lo merecen y esta no. Se tiene aquí, pues, una norma que, por un lado, trata desigual a los iguales, pues afecta a una clase que merece el efecto y no afecta a otra que también lo merece y, por otro lado, trata igual a los desiguales, pues no afecta a una clase que sí lo merece y tampoco afecta a otra que no lo merece, además trata desigual a los desiguales, pues también afecta a una clase que lo merece y no afecta a otra que no lo merece. Con respecto a m_1 se verifica tanto infra-inclusividad como supra-inclusividad y, por tanto, recibe un trato injusto; en cambio, $\neg m_2$ y $\neg m_3$ se ubican en donde merecen estar, y reciben, por tanto, un trato justo, pero que desatiende el mandato de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, respectivamente, en relación con m_1 .

Para reparar la igualdad de manera justa pueden hacerse valer dos cosas en relación con m_1 : (1) un reclamo de trato igual a los iguales con respecto a m_2 y (2) un reclamo de trato desigual a los desiguales con respecto a $\neg m_3$; en otras palabras, se puede alegar tanto la infra-inclusividad de la situación en la que se encuentra m_2 como la supra-inclusividad de la situación opuesta, en la que se ubica $\neg m_3$. El primer reclamo es positivo, porque apela a la situación de afectación, en tanto que el segundo es negativo porque apela a la situación de no afectación. En cuanto al primer reclamo, la igualdad puede implicar que se incluya a m_1 , pero también que se excluya a m_2 . Solo la primera alternativa es justa, pero ambas son acordes con el mandato de igualdad porque se logra tratar igual a los iguales. En cuanto al segundo reclamo, por su parte, la igualdad puede implicar incluir solo a m_1 o incluir solo a $\neg m_3$. Aquí también solo la primera alternativa se corresponde con la justicia, aunque las dos respetan el mandato de tratar desigual a los desiguales.

En segundo lugar, se analizará un fenómeno trisito respecto de una norma supra-inclusiva en sentido positivo o infrainclusiva en sentido negativo:

$$\boxed{\neg m_1 \wedge m_2} \neg m_3$$

En este modelo $\neg m_1$ y $\neg m_3$ son iguales dado que no merecen el efecto, y m_2 es desigual a $\neg m_1$ y a $\neg m_3$ en cuanto aquella lo merece y estas no. Aquí está, pues, una norma que, por un lado, trata desigual a los iguales, pues afecta a una clase que no merece el efecto y no afecta a otra que

tampoco lo merece y, por otro lado, trata igual a los desiguales, pues afecta a una clase que sí lo merece y a otra que no lo merece; finalmente, también trata desigual a los desiguales, pues alcanza a afectar a una clase que lo merece y no afecta a otra que no lo merece. Se verifica tanto supra-inclusividad positiva como infra-inclusividad negativa con respecto $\neg m_1$ y, por tanto, esta recibe un trato injusto; en cambio, $\neg m_3$ y m_2 se ubican donde merecen estar, y reciben, por tanto, un trato justo, pero que desatiende el mandato de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, respectivamente, en relación con $\neg m_1$.

Para reparar la igualdad de forma justa, se pueden hacer valer dos cosas en relación con $\neg m_1$: (1) un reclamo de trato igual a los iguales con respecto a $\neg m_3$, y (2) un reclamo de trato desigual a los desiguales con respecto a m_2 ; en otras palabras, se puede alegar tanto la infra-inclusividad de la situación en la que se encuentra $\neg m_3$ como la supra-inclusividad de la situación opuesta, en la que se ubica m_2 . El primer reclamo es, en este caso, negativo, porque apela a la situación no afectación, en tanto que el segundo es positivo porque apela a la situación de afectación. En cuanto al primer reclamo, la igualdad puede implicar que se excluya a $\neg m_1$, pero también que se incluya a $\neg m_3$. Solo la primera alternativa es justa, pero ambas son acordes con el mandato de igualdad porque se logra tratar igual a los iguales. En cuanto al segundo reclamo, por su parte, la igualdad puede implicar excluir solo a $\neg m_1$ o excluir solo a m_2 . Aquí también solo la primera alternativa se corresponde con la justicia, aunque las dos respetan el mandato de tratar desigual a los desiguales.

Es de advertirse, entonces, que las normas que adolecen de los vicios de infra-inclusividad o de supra-inclusividad son injustas y violatorias de la igualdad, pero la igualdad, para ser reparada, puede optar por formas de reparación tanto justas como injustas; en las primeras se encuentra incluir a la clase meritoria que ha quedado fuera del tratamiento, y excluir a la clase no meritoria que se mantiene en el objeto de la norma, y entre las alternativas reparadoras que, en cambio, producen injusticia, se encuentran excluir a las clases que merecen el tratamiento o incluir a clases que no lo merecen.

En la próxima tabla se ordenarán las pretensiones respecto una clase m_1 o $\neg m_1$, distinguiendo las positivas de las negativas, en lo que ya se pueden llamar las dos dimensiones de análisis de los casos de igualdad, la del trato igual a los iguales y la del trato desigual a los desiguales.

Tabla 2. Pretensiones positivas y negativas para las clases m_1 y $\neg m_1$

Caso general de igualdad	Valor de la pretensión	Dimensiones	
		Trato igual a los iguales	Trato desigual a los desiguales
Infra-inclusividad $\boxed{m_2} \ m_1 \wedge \neg m_3$	Positiva	«Si el legislador afecta a una que merece la afectación (m_2) y no afecta a otra que también la merece (m_1), entonces que afecte a ambas o que no afecte a ninguna que lo merezca»	---
	Negativa	---	«Si el legislador no afecta a una que merece la afectación (m_1) y tampoco a otra que no la merece ($\neg m_3$), entonces que no afecte solo a la primera o que no afecte solo a la segunda»
Supra-inclusividad $\boxed{\neg m_1 \wedge m_2} \ \neg m_3$	Positiva	---	«Si el legislador afecta a una que merece la afectación (m_2) y también a otra que no la merece ($\neg m_1$), entonces que solo afecte a la primera o que solo afecte a la segunda»
	Negativa	«Si el legislador no afecta a una que no merece la afectación ($\neg m_3$) y afecta otra que tampoco la merece ($\neg m_1$), entonces que afecte a ambas o que no afecte a ninguna que no lo merezca»	---

El principio obtenido de esto radica en que *el trato igual a los iguales siempre será un reclamo de infra-inclusividad o con motivo de un trato desigual a los iguales: en los fenómenos de infra-inclusividad de la afectación se reclamará desde un punto de vista positivo (propriadamente como infra-inclusividad de la situación de afectación), mientras que apelaran al lado negativo de la norma los reclamos de tratos igual a los iguales en los casos de supra-inclusividad de la afectación (efectivamente como infra-inclusividad de la situación de no afectación); en cambio, el trato desigual a los desiguales, en todo caso, será un reclamo de supra-inclusividad, porque se trata igual a los desiguales: en los fenómenos de infra-inclusividad de la afectación se reclamará desde el punto de vista negativo (realmente como supra-inclusividad de la situación de no afectación), en tanto que partirán del lado positivo de la norma los fenómenos de supra-inclusividad de la afectación (precisamente como supra-inclusividad de la situación de no afectación)*. Este principio vale para todos los casos posibles de la dimensión del trato igual a los iguales y de la dimensión del trato desigual a los desiguales.

4.3. Fórmulas de la igualdad

Hay que profundizar todavía más en la implicación entre una pretensión de igualdad y las respuestas que, desde el mandato de igualdad en la ley, se le puede brindar, es decir, en las sub-reglas de igualdad que valen para cada caso y que se establecieron en las dos últimas columnas de la tabla anterior.

Primero serán revisados los planteamientos de justicia *en la dimensión del trato igual a los iguales* o en los que se denuncia que la norma ha tratado desigual a los iguales.

Puede decirse que, en orden a que « m_1 » logre incluirse en la situación de afectación (t) que *merece*, puede argumentar válidamente que esa situación es infra-inclusiva, bajo el principio positivo de que «Si el legislador afecta a una que merece la afectación (m_2) y no afecta a otra que también merece la afectación (m_1), entonces que afecte a ambas o que no afecte a ninguna que lo merezca». Este principio, puede expresarse mediante la siguiente fórmula:

$$\frac{t \rightarrow m_2 \wedge \neg t \rightarrow m_1}{(t \rightarrow m_2 \wedge m_1) \vee (\neg t \rightarrow m_2 \wedge m_1)}$$

Las fórmulas de la igualdad pueden definirse, entonces, como los esquemas que muestran mediante símbolos las posibles soluciones que proporciona la igualdad para los casos que plantean su violación. Estas fórmulas también son aplicables con independencia de si la pretensión es justa o no.

Ahora bien, para que « $\neg m_1$ » logre excluirse de la situación (t) que *no merece*, puede argumentar que la situación de no afectación es infra-inclusiva, bajo el principio negativo de que «Si el legislador no afecta a una que no merece la afectación ($\neg m_3$) y afecta otra que tampoco lo merece ($\neg m_1$), entonces que afecte a ambas o que no afecte a ninguna que no lo merezca» que se expresa mediante la fórmula siguiente:

$$\frac{\neg t \rightarrow \neg m_3 \wedge t \rightarrow \neg m_1}{(t \rightarrow \neg m_3 \wedge \neg m_1) \vee (\neg t \rightarrow \neg m_3 \wedge \neg m_1)}$$

Toca el turno de los planteamientos de justicia en la dimensión del trato desigual a los desiguales, o en los que se denuncia que la norma ha tratado igual a los desiguales.

Para que « m_1 » logre incluirse en la situación (t) que *merece*, también puede argumentar válidamente que la situación de no afectación es supra-inclusiva, con fundamento en el principio negativo de que «Si el legislador no afecta a una que merece la afectación (m_1) y tampoco a otra que no lo merece ($\neg m_3$), entonces que no afecte solo a la primera o que no afecte solo a la segunda», que se expresa del siguiente modo:

$$\frac{\neg t \rightarrow m_1 \wedge \neg m_3}{(\neg t \rightarrow m_1 \wedge t \rightarrow \neg m_3) \vee (t \rightarrow m_1 \wedge \neg t \rightarrow \neg m_3)}$$

Finalmente, para que $\neg m_1$ pueda excluirse de la situación que no merece puede del mismo modo, válidamente, argumentar que la situación de perjuicio es supra-inclusiva, con base en el principio, esta vez, positivo, de que «Si el legislador afecta a una que merece el beneficio (m_2) y también a otra que no lo merece ($\neg m_1$), entonces que solo afecte a la primera o que solo afecte a la segunda», que se expresa como:

$$\frac{t \rightarrow m_2 \wedge \neg m_1}{(t \rightarrow m_2 \wedge \neg t \rightarrow \neg m_1) \vee (\neg t \rightarrow m_2 \wedge t \rightarrow \neg m_1)}$$

4.4. La matriz de todos los casos de igualdad

Es oportuno retomar la hipótesis de que toda norma tiene como efecto beneficiar o perjudicar a una determinada clase de personas. El efecto de la norma es la razón por la que existen todos los casos de igualdad; lo que puede explicar que una persona quiera excluirse o excluir a un tercero de una situación jurídica o incluirse o incluir a otro, en una norma diversa.

Se llamará «caso de violación al mandato de igualdad en la ley» a cualquier planteamiento en el sentido de que una norma viola el mandato, con independencia de si la pretensión sea justa o injusta. Cualquier planteamiento parte de la denuncia de alguno de los fenómenos de injusticia antes esquematizados, ya sea respecto de una situación de perjuicio o de beneficio, a partir de una posición normativa específica y con miras a satisfacer una pretensión determinada.

Tomando únicamente como variables el tipo de violación (infra-inclusividad o supra-inclusividad) y el efecto de la situación (beneficio o perjuicio), se originan los denominados: «casos generales de violación al mandato de igualdad en la ley». De esta forma, en todo caso de violación al mandato de igualdad se denunciará: 1) la infra-inclusividad de una norma de beneficio (INB) o 2) la infra-inclusividad de una norma de perjuicio (INP) o 3) la supra-inclusividad de una norma de beneficio (SNB) o 4) la supra-inclusividad de una norma de perjuicio (SNP).

Los cuatro casos generales de violación al mandato pueden tener distintas configuraciones que responden a la posición normativa, desde la cual se denuncia la violación, y a la pretensión del denunciante. Existen cuatro posiciones normativas desde las cuales actuará el justiciable:

inflainclusión, inclusión, supra-inclusión y exclusión. Es decir, la clase que reclama la violación puede encontrarse infra-incluida, cuando tiene el mérito y no está incluida; incluida, cuando tiene el mérito y sí está incluida; supra-incluida, cuando no tiene el mérito pero está incluida, y excluida, cuando no tiene el mérito y no está incluida. Por otra parte, esta clase puede pretender incluirse o excluirse o bien incluir o excluir a cualquiera de las clases que se ubican en aquellas posiciones.

La combinación de estas variables da lugar a una matriz o modelo de casos, en la que aparece que, a partir de los 4 casos generales de igualdad, determinadas clases de justiciables actúan a partir de 4 posiciones: infla-inclusión, inclusión, supra-inclusión y exclusión, para alcanzar 10 pretensiones definidas: incluirse o excluirse, e incluir o excluir a las clases que se ubican en las 4 posiciones. Esto hace un total de 40 casos por cada caso general, lo que a su vez da lugar a 160 casos particulares de igualdad.

Todos estos casos pueden clasificarse en casos posibles y casos no posibles. Existen 124 casos no posibles y 36 casos posibles. 9 casos particulares posibles por cada caso general de igualdad. La posibilidad de un caso depende básicamente de la ausencia de vicios de incoherencia o de redundancia¹⁰⁶ y cada uno de estos vicios tiene dos clases.

La incoherencia [i] se verifica entre un caso particular y el caso general, y puede suscitarse:

- [i.1]:** Cuando el caso se plantea desde una posición que no existe en el caso general (Ej. «Supra-incluida pretende incluirse en norma infra-inclusiva de beneficio»).
- [i.2]:** Cuando la pretensión se dirige a una posición que no existe en el caso general, salvo que se verifique [i.1] (Ej. «Excluida pretende incluir a la supra-incluida en una norma infra-inclusiva de beneficio»).

La redundancia se verifica cuando la pretensión no tiene ningún efecto, o bien cuando tiene el mismo efecto pretendido por la misma clase en otro caso, y siempre que no se trate de un caso de incoherencia; se da:

- [r.1]:** Cuando la clase pretende ubicarse en la misma posición en la que está, incluso cuando es autorreferente, o pretende ubicar a otra clase en la misma posición en donde se encuentra (Ej. «Incluida pretende incluirse en una norma infra-inclusiva de beneficio»).

¹⁰⁶ El uso de estos conceptos se inspira en Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, Colección mayor Filosofía y Derecho, 2002, pp. 41-42. Sin embargo, para estos dos autores la coherencia, independencia y la completitud son propiedades de un sistema normativo. Un sistema es completo cuando no hay ningún caso al cual no esté relacionada alguna solución; es coherente porque en ningún caso aparecen dos soluciones diferentes, y es independiente si no existe ningún caso en el cual el sistema sea redundante.

[r.2]: Cuando el caso tiene las mismas condiciones, en cuanto al origen de la pretensión y a la propia pretensión, que otro (Ej. «Excluida pretende incluirse, con respecto a Excluida pretende incluir a la excluida»).

De los 36 casos posibles (9 por cada caso general), existen, respecto de cada caso general, 6 casos, por decirlo así, aislados (3 de trato igual a los iguales y 3 de trato desigual a los desiguales), y otros 3 casos no aislados o que pertenecen a ambas dimensiones. Por esto último puede decirse que existen otros 3 casos más, particulares y posibles, por cada caso general. Esto hace que en realidad existan 12 casos particulares y posibles, por cada caso general, lo que, a su vez, hace un total de 48 casos posibles. Son 12 casos en total los que solo pueden plantearse mediante un reclamo de trato igual a los iguales, otros 12 casos, los que solo se plantearían a través de un reclamo de tratar desigual a los desiguales, y otros 12 casos, mediante ambos reclamos. Estos últimos 12 se cuentan como 24, porque en realidad implican 12 casos de trato igual a los iguales, y 12 casos de tratar desigual a los desiguales. Y así se cuenta con 24 casos de la dimensión del trato igual a los iguales y 24 casos de la dimensión del trato desigual a los desiguales.

Ya se ha utilizado algún meta-criterio para clasificar estos casos; por ejemplo, en la primera parte se identificaron como «casos razonables» a aquellos en que el sujeto que delata la violación tiene el propósito de situarse en una posición de beneficio o evitar una situación de perjuicio. También es posible elaborar categorías de casos atendiendo a las actitudes personales que se pueden predicar del sujeto denunciante de la violación al mandato. En ambas dimensiones de los casos de igualdad es dable encontrar planteamientos elitistas; pero, particularmente, en la dimensión del trato igual a los iguales, se encuentran los que se han calificado como casos de martirio, envidia, benevolencia, generosidad y escatimación, y en la dimensión del trato desigual a los desiguales, los casos de mezquindad, pusilanimidad, rectitud, justicia, e injusticia. Primero serán revisados los casos de violación a la igualdad, en la dimensión del trato igual a los iguales y, posteriormente, los que son propios de la dimensión del trato desigual a los desiguales.

4.4.1. Los casos de la dimensión del trato igual a los iguales

Pertenecen a esta dimensión todos aquellos casos en los que el planteamiento del denunciante parte de una violación a la igualdad por un trato desigual a los iguales. En todos estos casos, pues, la pretensión consiste en que una clase se incluya en una situación jurídica o se excluya

de ella, porque guarda la misma condición de mérito o de no mérito que la clase que se ubica en la situación donde se pretende la inclusión o la exclusión, y por eso se reclama un trato igual a los iguales.

En esta dimensión están: 1) los casos de elitismo o donde el denunciante cree merecer la condición favorecedora, de beneficio o de no perjuicio, exclusiva, de modo que la reclama también para sí, pero además no la comparte con otros que no la merecen; 2) los casos de martirio o donde el denunciante abandona su condición favorecedora en busca del perjuicio o del no beneficio; 3) los casos de envidia, de una envidia corrosiva que afana meras injusticias, o donde el denunciante, en lugar de reclamar la posición favorable que merece, busca colocar en la posición desfavorable a quienes sí se favoreció con justicia, y cuando se encuentra en una condición desfavorable que merece, entonces pretende ubicarse en la misma posición de los que se favoreció injustamente; 4) los casos de generosidad, o donde el denunciante tiene la buena voluntad de compartir su buena suerte, con los de su propia condición, pues cuando reconocen su mérito para obtener el favor, procura colocar a otras donde lo merecen, haciéndoles el bien, y cuando lo favorecen sin merecerlo, entonces se encarga de librar a otras de su situación de no beneficio o perjuicio que merecen; 5) los casos de benevolencia, o en los que el denunciante, que no busca la igualdad para sí, sino entre otros, no tiene tanta suerte que el generoso, pero cuando merece los favores, los comparte con quienes no los merece, y cuando no los merece, busca beneficiar o no perjudicar a quienes merecen estas situaciones, y 6) los casos de escatimación o donde el denunciante tampoco busca la igualdad para sí, sino entre otros, pero intentará siempre perjudicar o no beneficiar, por medio de pretensiones justas e injustas.

Los casos de elitismo son: a) el caso de la infra-incluida que pretende incluirse en una norma infra-incluyente de beneficio; b) el caso de la excluida que pretende incluir a la infra-incluida en una norma infra-incluyente de perjuicio; c) el caso de la incluida que pretende excluir a la supra-incluida de una norma supra-incluyente de beneficio, y d) el caso de la supra-incluida que pretende excluirse de una norma supra-incluyente de perjuicio.

Los casos de martirio son: a) el caso de la incluida que pretende excluirse en una norma infra-incluyente de beneficio; b) el caso de la infra-incluida que pretende incluirse en una norma infra-incluyente de perjuicio c) el caso de la supra-incluida que pretende excluirse de una norma supra-incluyente de beneficio y d) el caso de la excluida que pretende incluirse en una norma supra-incluyente de perjuicio.

Los casos de envidia son: a) el caso de la infra-incluida que pretende excluir a la incluida de una norma infra-incluyente de beneficio; b) el caso de la incluida que pretende excluirse de una norma infra-incluyente de perjuicio; c) el caso de la excluida que pretende incluirse de una norma supra-incluyente de beneficio, y d) el caso de la supra-incluida que pretende incluir a excluida de una norma supra-incluyente de perjuicio.

Los casos de generosidad son: a) el caso de la incluida que pretende incluir a la infra-incluida en una norma infra-incluyente de beneficio; b) el caso de la infra-incluida que pretende excluir a la incluida de una norma infra-incluyente de perjuicio; c) el caso de la supra-incluida que pretende incluir a la excluida en una norma supra-incluyente de beneficio, y d) el caso de la excluida que pretende excluir a la supra-incluida de una norma supra-incluyente de perjuicio.

Los casos de benevolencia son: a) el caso de la excluida que pretende incluir a la infra-incluida en una norma infra-incluyente de beneficio; b) el caso de la excluida que pretende excluir a la incluida de una norma infra-incluyente de perjuicio; c) el caso de la incluida que pretende incluir a la excluida en una norma supra-incluyente de beneficio, y d) el caso de la incluida que pretende excluir a la supra-incluida de una norma supra-incluyente de perjuicio.

Los casos de escatimación son: a) el caso de la excluida que pretende excluir a la incluida de una norma infra-incluyente de beneficio; b) el caso de la incluida que pretende incluir a la infra-incluida en una norma infra-incluyente de perjuicio; c) el caso de la excluida que pretende excluir a la supra-incluida de una norma supra-incluyente de beneficio, y d) el caso de la incluida que pretende incluir a la excluida, en una norma supra-incluyente de perjuicio.

Tabla 4. Casos de elitismo

	Norma de beneficio	Norma de perjuicio
Infra-inclusividad	Infra-incluida pretende incluirse	Excluida pretende incluir a la infra-incluida
Supra-inclusividad	Incluida pretende excluir a la supra-incluida	Supra-incluida pretende excluirse

Tabla 5. Casos de martirio

	Norma de beneficio	Norma de perjuicio
Infra-inclusividad	Incluida pretende excluirse	Infra-incluida pretende incluirse
Supra-inclusividad	Supra-incluida pretende excluirse	Excluida pretende incluirse

Tabla 6. Casos de envidia

	Norma de beneficio	Norma de perjuicio
Infra-inclusividad	Infra-incluida pretende excluir a la incluida	Incluida pretende excluirse
Supra-inclusividad	Excluida pretende incluirse	Supra-incluida pretende incluir a excluida

Tabla 7. Casos de generosidad

	Norma de beneficio	Norma de perjuicio
Infra-inclusividad	Incluida pretende incluir a la infra-incluida	Infra-incluida pretende excluir a la incluida
Supra-inclusividad	Supra-incluida pretende incluir a la excluida	Excluida pretende excluir a la supra-incluida

Tabla 8. Casos de benevolencia

	Norma de beneficio	Norma de perjuicio
Infra-inclusividad	Excluida pretende incluir a la infra-incluida	Excluida que pretende excluir a la incluida
Supra-inclusividad	Incluida pretende incluir a la excluida	Incluida pretende excluir a la supra-incluida

Tabla 9. Casos de escatimación

	Norma de beneficio	Norma de perjuicio
Infra-inclusividad	Excluida que pretende excluir a la incluida	Incluida pretende incluir a la infra-incluida
Supra-inclusividad	Excluida pretende excluir a la supra-incluida	Incluida pretende incluir a la excluida

Esta es la matriz de todos los casos posibles en la dimensión del trato igual a los iguales:

Tabla 10. Todos los casos posibles de la dimensión del trato igual a los iguales

	Egoísmo	Martirio	Envidia	Generosidad	Benevolencia	Escatimación
Norma infra-inclusiva de beneficio	Infra-incluida pretende incluirse	Incluida pretende excluirse	Infra-incluida pretende excluir a la incluida	Incluida pretende incluir a la infra-incluida	Excluida pretende incluir a la infra-incluida	Excluida que pretende excluir a la incluida
Norma infra-inclusiva de perjuicio	Excluida pretende incluir a la infra-incluida	Infra-incluida pretende incluirse	Incluida pretende excluirse	Infra-incluida pretende excluir a la incluida	Excluida que pretende excluir a la incluida	Incluida pretende incluir a la infra-incluida
Norma supra-inclusiva de beneficio	Incluida pretende excluir a la supra-incluida	Supra-incluida pretende excluirse	Excluida pretende incluirse	Supra-incluida pretende incluir a la excluida	Incluida pretende incluir a la excluida	Excluida pretende excluir a la supra-incluida
Norma supra-inclusiva de perjuicio	Supra-incluida pretende excluirse	Excluida pretende incluirse	Supra-incluida pretende incluir a excluida	Excluida pretende excluir a la supra-incluida	Incluida pretende excluir a la supra-incluida	Incluida pretende incluir a la excluida

4.4.2. Los casos de la dimensión del trato desigual a los desiguales

Pertencen a la dimensión del trato desigual a los desiguales todos aquellos planteamientos que parten de una violación a la igualdad por un trato igual a los desiguales. En todos estos casos, la pretensión consiste en que una clase se incluya en una situación jurídica o se excluya de ella, no precisamente porque guarde la misma condición de mérito o de no mérito que la clase que se ubica en la situación donde se busca esa inclusión o exclusión, sino solo por virtud de que esa clase tiene una condición meritoria distinta a la de otra clase que se encuentran en su misma situación de inclusión o exclusión, y entonces se reclama un trato desigual a los desiguales.

A esta dimensión pertenecen: 1) los ya conocidos casos de elitismo o donde el denunciante siempre cree merecer la condición favorecedora, de beneficio o de no perjuicio, de modo que la reclama también para sí, pero además no la comparte con otros que no la merecen; 2) los casos de mezquindad o en los que el denunciante es un oportunista que buscará el beneficio y librarse del perjuicio, aunque no merezca el beneficio y sí el perjuicio, e incluso intentará perjudicar o no beneficiar a otras clases que sí merecen el beneficio y no merecen el perjuicio; 3) los casos de pusilanimidad o en los que el denunciante muestra un carácter completamente opuesto al mezquino, dado que buscará el perjuicio y el no beneficio aunque no merezca el perjuicio y merezca el

beneficio, pero no solo eso, pues además hará que se favorezca con el beneficio o se libre del perjuicio a los que no merezcan el beneficio y merezcan el perjuicio; 4) los casos de rectitud o en los que el denunciante que busca que lo traten justo aunque lo priven del beneficio o lo perjudiquen, pero también, pudiendo actuar mezquinamente, prefiere que se incluya al beneficio a quien lo merezca y se excluya del perjuicio a quien no lo merece; 5) los casos de justicia o en los que el denunciante no pretende moverse de la situación favorable o desfavorable en la que merece estar, sino solo que se incluya en el beneficio y en el perjuicio a quienes lo merezcan y se excluya de estas situaciones a quienes no lo merezcan, y 6) los casos de injusticia o en los que el denunciante busca lo opuesto al justo, es decir, que se incluya en el beneficio y en el perjuicio a quienes no lo merezcan y que se excluyan de estas situaciones a quienes las merezcan.

Los casos de elitismo son: a) el caso de la infra-incluida que pretende incluirse en una norma infra-incluyente de beneficio; b) el caso de la excluida que pretende incluir a la infra-incluida en una norma infra-incluyente de perjuicio; c) el caso de la incluida que pretende excluir a la supra-incluida de una norma supra-incluyente de beneficio, y d) el caso de la supra-incluida que pretende excluirse de una norma supra-incluyente de perjuicio.

Los casos de mezquindad son: a) excluida pretende incluirse en una norma infra-incluyente de beneficio; b) Infra-incluida pretende incluir a la excluida en una norma infra-incluyente de perjuicio; c) supra-incluida pretende excluir a la incluida de una norma supra-incluyente de beneficio e d) incluida pretende excluirse de una norma supra-incluyente de perjuicio

Los casos de pusilanimidad son: a) infra-incluida pretende incluir a la excluida en una norma infra-incluyente de beneficio; b) excluida pretende incluirse en una norma infra-incluyente de perjuicio; c) incluida pretende excluirse de una norma supra-incluyente de beneficio, y d) supra-incluida pretende excluir a la incluida de una norma supra-incluyente de perjuicio

Los casos de rectitud son: a) excluida pretende incluir a la infra-incluida en una norma infra-incluyente de beneficio; b) infra-incluida pretende incluirse en una norma infra-incluyente de perjuicio; c) supra-incluida pretende excluirse de una norma supra-incluyente de beneficio, e d) incluida pretende excluir a la supra-incluida de una norma supra-incluyente de perjuicio.

Los casos de justicia son: a) incluida pretende incluir a la infra-incluida una norma infra-incluyente de beneficio; b) incluida pretende incluir a la infra-incluida en una norma infra-incluyente de perjuicio; c) excluida pretende excluir a la supra-incluida de una norma supra-incluyente de beneficio; y d) excluida pretende excluir a la supra-incluida de una norma supra-incluyente de perjuicio.

Los casos de injusticia son: a) incluida pretende incluir a la excluida una norma infra-incluyente de beneficio; b) incluida pretende incluir a la excluida en una norma infra-incluyente de perjuicio; c) excluida pretende excluir a la incluida de una norma supra-incluyente de beneficio, y d) excluida pretende excluir a la incluida de una norma supra-incluyente de perjuicio

Tabla 11. Casos de elitismo

	Norma de beneficio	Norma de perjuicio
Infra-inclusividad	Infra-incluida pretende incluirse	Excluida pretende incluir a la infra-incluida
Supra-inclusividad	Incluida pretende excluir a la supra-incluida	Supra-incluida pretende excluirse

Tabla 12. Casos de mezquindad

	Norma de beneficio	Norma de perjuicio
Infra-inclusividad	Excluida pretende incluirse	Infra-incluida pretende incluir a la excluida
Supra-inclusividad	Supra-incluida pretende excluir a la incluida	Incluida pretende excluirse

Tabla 13. Casos de pusilanimidad

	Norma de beneficio	Norma de perjuicio
Infra-inclusividad	Infra-incluida pretende incluir a la excluida	Excluida pretende incluirse
Supra-inclusividad	Incluida pretende excluirse	Supra-incluida pretende excluir a la incluida

Tabla 14. Casos de rectitud

	Norma de beneficio	Norma de perjuicio
Infra-inclusividad	Incluida pretende incluir a la infra-incluida	Infra-incluida pretende excluir a la incluida
Supra-inclusividad	Supra-incluida pretende incluir a la excluida	Excluida pretende excluir a la supra-incluida

Tabla 15. Casos de justicia

	Norma de beneficio	Norma de perjuicio
Infra-inclusividad	Incluida pretende incluir a la infra-incluida	Incluida pretende incluir a la infra-incluida
Supra-inclusividad	Excluida pretende excluir a la supra-incluida	Excluida pretende excluir a la supra-incluida

Tabla 16. Casos de injusticia

	Norma de beneficio	Norma de perjuicio
Infra-inclusividad	Incluida pretende incluir a la excluida	Incluida pretende incluir a la excluida
Supra-inclusividad	Excluida pretende excluir a la incluida	Excluida pretende excluir a la incluida

Esta es la matriz de todos los casos posibles en la dimensión del trato igual a los iguales:

Tabla 17. Todos los casos posibles de la dimensión del trato desigual a los desiguales

	Egoísmo	Mezquindad	Pusilanimidad	Rectitud	Justicia	Injusticia
Norma infra-inclusiva de beneficio	Infra-incluida pretende incluirse	Excluida pretende incluirse	Infra-incluida pretende incluir a la excluida	Excluida pretende incluir a la infra-incluida	Incluida pretende incluir a la infra-incluida	Incluida pretende incluir a la excluida
Norma infra-inclusiva de perjuicio	Excluida que pretende incluir a la infra-incluida	Infra-incluida pretende incluir a la excluida	Excluida pretende incluirse	Infra-incluida pretende incluirse	Incluida pretende incluir a la infra-incluida	Incluida pretende incluir a la excluida
Norma supra-inclusiva de beneficio	Incluida pretende excluir a la supra-incluida	Supra-incluida pretende excluir a la incluida	Incluida pretende excluirse	Supra-incluida pretende excluirse	Excluida pretende excluir a la supra-incluida	Excluida pretende excluir a la incluida
Norma supra-inclusiva de perjuicio	Supra-incluida pretende excluirse	Incluida pretende excluirse	Supra-incluida pretende excluir a la incluida	Incluida pretende excluir a la supra-incluida	Excluida pretende excluir a la supra-incluida	Excluida pretende excluir a la incluida

CAPÍTULO V

EL JUICIO DE IGUALDAD

5.1. El problema de la identificación

Hay que dejar de lado las anteriores categorías de análisis de los casos de igualdad. Había que enunciarlas como forma de organizar y analizar todos los casos teóricamente posibles. Había que enunciar todos los casos de violación a la igualdad teóricamente posibles para presentar la explicación más robusta del mandato formal de igualdad en la ley. Para fines prácticos, sin embargo, se revisará cómo debería proceder un juez para resolver los casos que pudieran presentarse en la práctica producida por actores razonables. Con «resolver los casos» se hace referencia a dos cosas: en primer lugar, a la identificación de la violación y, en segundo lugar, a la reparación de la violación en caso de que la haya. En este entendido, un juicio de igualdad, es decir, un modelo para resolver los casos de violación al mandato, habrá de proveer lineamientos para abordar ambos problemas.

Se asumirá, pues, que la obligación de un juez no se agota, en su caso, con la constatación de la violación, sino que este tiene competencia para decretar la forma en que la violación será reparada. Para traer la explicación más pura, se habrán de considerar pretensiones tanto justas como injustas, así como las posibilidades de reparación que posibilita el mandato mismo y solo el mandato mismo, de modo que si alguna forma de reparación parece oponerse a algún principio que se reconoce abiertamente en algún sistema jurídico, como pudiera ser la propia justicia, el debido proceso o la división de poderes, esto no podrá llevar a negar que aquella es una especie de reparación ordenada por el mandato de igualdad en la ley.

Estos razonamientos parten, pues, de un mundo en el que el denunciante es razonable, lo que implica que siempre y únicamente busque beneficiarse y librarse del perjuicio. Un «caso razonable» será aquel en el que el sujeto que delata la violación tiene el propósito de situarse en una posición de beneficio o evitar una situación de perjuicio.

Cuando la norma de beneficio es infra-inclusiva, lo razonable es que la infra-inclusividad se denuncie por alguna persona que pertenece a la clase infra-incluida o a la clase excluida, con la intención de obtener el beneficio de la norma. La persona que pertenece a la clase infra-incluida puede hacer valer dos reclamos: (1) uno de trato igual a los iguales con respecto a la clase que

merece el beneficio y está incluida, o (2) uno de trato desigual a los desiguales con respecto a la clase que no merece el beneficio y también está excluida; en otras palabras, puede alegar tanto la infra-inclusividad de la situación de beneficio como la supra-inclusividad de la situación de no beneficio. Ahora, en orden de que la excluida logre incluirse en la situación de beneficio, solo puede hacer aquel segundo reclamo, de trato desigual a los desiguales con respecto a la clase que sí merece el beneficio, pero se encuentra excluida, es decir la supra-inclusividad de la situación de no beneficio.

Del otro lado, cuando la norma de perjuicio es supra-inclusiva, lo razonable es que la supra-inclusividad se denuncie por quien pertenece a la clase supra-incluida o por la incluida, con el fin de evitar el perjuicio que le acarrea estar incluida en la norma. La persona que pertenece a la primera clase podrá sostener dos alegaciones: 1) un trato igual a los iguales con respecto a otra clase que, tampoco mereciendo el perjuicio, se encuentra fuera y (2) un reclamo de trato desigual a los desiguales con respecto a la clase que sí merece el perjuicio y se encuentra dentro; en otras palabras, puede alegar tanto la infra-inclusividad de la situación de no perjuicio como la supra-inclusividad de la situación de perjuicio. Y en orden de que la incluida logre excluirse de la situación de beneficio, solo puede hacer aquel segundo reclamo, de trato desigual a los desiguales, con respecto a la clase que no merece el beneficio, pero se encuentra incluida, es decir la misma supra-inclusividad de la situación de perjuicio.

En el caso de una norma infra-inclusiva de perjuicio, lo razonable es que la infra-inclusividad solo se denuncie por alguna persona que se encuentra incluida, con la pretensión de evadir el perjuicio. En este caso, el denunciante solo podrá argumentar que debió ser tratado igual a la clase infra-incluida, pues, al igual que ella, tiene el mérito para ser objeto de la medida perjudicial y, sin embargo, permanece dentro de la medida, mientras la otra, fuera. Esto es, hará valer la infra-inclusividad de la situación de perjuicio.

Por otra parte, cuando la norma de beneficio es supra-inclusiva, en términos razonables la supra-inclusividad se denunciará exclusivamente por alguien que también desea estar supra-incluido, es decir, por alguien que está excluido de la norma, que no tiene el mérito y todavía así pretende obtener el beneficio. En este supuesto, el sujeto solo podrá afirmar que el legislador debió tratarlo de forma igual a la clase supra-incluida, dado que, al igual que ella, tampoco cuenta con el mérito para ser objeto de la medida perjudicial y, sin embargo, quedó excluido de la medida, mientras la otra, dentro. Es decir, solo podrá hacer valer la supra-inclusividad de la situación de no beneficio.

Tabla 18. Casos razonables

	Trato igual a los iguales	
	Norma de beneficio	Norma de perjuicio
Infra-inclusividad	Infra-incluida pretende incluirse	Incluida pretende excluirse
Supra-inclusividad	Excluida pretende incluirse	Supra-incluida pretende excluirse
	Trato desigual a los desiguales	
Infra-inclusividad de norma de beneficio	Infra-incluida pretende incluirse	Excluida pretende incluirse
Supra-inclusividad de norma de perjuicio	Supra-incluida pretende excluirse	Incluida pretende excluirse

No siempre la clase a la que el legislador atribuye el mérito, lo tiene, ni siempre atribuye el mérito a todas las clases que participan de él. Cuando esto sucede, se da origen a normas supra-inclusivas o infra-inclusivas, según respecta. Para establecer que una norma que se denuncia como infra-inclusiva o supra-inclusiva, viola el mandato, hay que hacer una comparación. Debe determinarse, en primer lugar, cuál es la razón de ser de la norma a partir de la cual el legislador sujeta, por ser meritorias, a una o a varias clases a la consecuencia jurídica que permita alentar o desalentar la propiedad que las define. Se recuerda: la clase meritoria es aquella que se define por una propiedad que el legislador pretende alentar o desalentar, que constituye la razón de ser de la norma. Ahora bien, una vez que se determina el mérito, debe verificarse si la persona que pretende incluirse en la norma o excluirse de ella, participa o no participa de él, si tiene o no la condición que el legislador pretende alentar o desalentar.

A continuación se verá cómo proceder en los primeros dos casos: **1)** en el caso de infra-inclusividad de una norma de beneficio, cuando se reclame un trato igual a los iguales, el denunciante evidenciará la violación al mandato si cuenta con el mérito para estar incluido en la norma, es decir, si pertenece efectivamente a una clase infra-incluida, siempre y cuando, por supuesto, la clase incluida también tenga ese mismo mérito, y si el reclamo es de trato desigual a desiguales, el denunciante deberá demostrar que él sí cuenta con el mérito mientras que la clase frente a la que se compara no participa de ese mérito, cuando pertenece a la clase infra-incluida, o, en caso de que pertenezca a la clase excluida, que mientras él no tiene el mérito, la clase con la que se compara se encuentra, efectivamente, infra-incluida, por tener el mérito y estar fuera; **2)** en el caso de supra-inclusividad de una norma de perjuicio, si es que reclama un trato desigual a los desiguales, el denunciante, que en todo caso estará dentro, tendrá que demostrar que la clase frente a la que se compara tenga el mérito y que él no, cuando pertenezca a la clase supra-incluida, o que no

tenga el mérito y que él sí, cuando pertenece a la clase incluida, y, cuando lo que reclame sea el trato igual a los iguales, que no tiene el mérito para estar incluido en la norma, y que la clase excluida, en efecto, tampoco tenga el mérito para estar incluida.

En cuanto los otros dos casos: **1)** en de la infra-inclusividad de una norma de perjuicio, el denunciante reclamará un trato igual a los iguales y deberá evidenciar que existe otra clase que, al igual que él, amerita el perjuicio y que esta, sin embargo, no se encuentra incluida en la norma, y **2)** en el caso de una norma de beneficio supra-inclusiva, el denunciante también reclamará un trato igual a los iguales, y tendrá que demostrar la existencia de otra clase que al igual que la suya no tiene mérito y que, sin embargo, sí se encuentra incluida en la norma.

Atendiendo a lo que es justo, la infra-inclusividad se soluciona incluyendo a la clase infra-incluida, y la supra-inclusividad, excluyendo a la clase supra-incluida, con base en otro meta-criterio. Con base en otro meta-criterio, pueden nombrarse como «casos regulares» a aquellos en que la pretensión del denunciante implica la inclusión de la clase infra-incluida o la exclusión de la clase supra-inclusiva, y como «casos irregulares», a aquellos en que se procura la exclusión de la clase incluida en una norma infra-inclusiva y la inclusión de un clase excluida en una norma supra-inclusiva. Tratándose de reclamos razonables, solo esos casos regulares pueden también operar en la dimensión del trato desigual a los desiguales; la denuncia pueden hacerla tanto la clase infra-incluida como la excluida, en el caso de la infra-inclusividad de una norma de beneficio, y tanto la supra-incluida como la incluida, tratándose de la supra-inclusividad de una norma de perjuicio.

5.2. El problema de la reparación

En el caso de una norma de beneficio infra-inclusiva, si se reclama un trato igual a los iguales, la violación al mandato puede ser reparada mediante la inclusión de la clase infra-incluida al beneficio o bien mediante la exclusión de la incluida, y si se reclamara un trato desigual a los desiguales, mediante la inclusión de la infra-incluida o la inclusión de la excluida. Asimismo, si se trata de una norma de perjuicio supra-inclusiva, la igualdad se puede reparar con la exclusión de la clase supra-incluida o bien con la inclusión al perjuicio de la clase excluida, si es que se reclama un trato igual a los iguales, porque si se reclamara un trato desigual a los desiguales, la reparación implicaría excluir a la supra-incluida o excluir a la incluida.

En cambio, tratándose de la infra-inclusividad de una norma de perjuicio, el planteamiento razonable llevará a que la igualdad se repare con la exclusión de la incluida o bien con la inclusión

al perjuicio de la clase infra-incluida. Si es el caso de una norma supra-inclusiva de beneficio, con la inclusión al beneficio de la clase excluida o la exclusión del beneficio de la clase supra-incluida. Los planteamientos solo operan en la dimensión del trato igual a los iguales.

Con esto se reitera que las formas de reparación a la violación a la igualdad, implicadas por el mandato, no necesariamente corresponden con la justicia.

Tabla 19. Formas de reparación de las violaciones a la igualdad en los casos razonables

	Trato igual a los iguales
Infra-inclusividad	Inclusión de la infra-incluida o exclusión de la incluida
Supra-inclusividad	Inclusión de la excluida o exclusión de la supra-incluida
	Trato desigual a los desiguales
Infra-inclusividad de norma de beneficio	Inclusión de la infra-incluida o inclusión de la excluida
Supra-inclusividad de norma de perjuicio	Exclusión de la supra-incluida o exclusión de la incluida

5.2.1. La igualdad en conflicto

Al repararse la igualdad, pueden suscitarse conflictos entre el propio mandato de igualdad y otro principio; pero esto es solo contingente, pues se origina al momento de elegir alguna de las formas de reparación. Para que un conflicto entre la igualdad y otro principio exista, es pues necesario que previamente se haya constatado la violación al mandato de igualdad, y luego se opte por reparar la violación mediante la alternativa *conflictiva*, porque la igualdad exige en cada caso, si llega a ser violentada, una reparación que juega en contra de otros principios y otra que permite evitar el conflicto normativo.

En el caso de una norma infra-inclusiva de beneficio o de perjuicio, la forma de reparación conflictiva consiste en la exclusión de la clase incluida (que merecen estar incluida), y en el caso de la de beneficio, también la inclusión de la excluida (que no merece estar incluida), dado que mientras la inclusión de la clase infra-incluida honra la finalidad de la regulación, aquellas alternativas conllevan a que la finalidad se contrarreste, por la falta de sujetos a quienes se debe destinar la norma, o la inclusión de sujetos que no lo ameritan, y esto produce un conflicto entre el mandato de igualdad y el principio que se busca proteger o garantizar mediante el efecto que la regulación produce.

Por el otro lado, en el caso de una norma supra-inclusiva de beneficio o de perjuicio, la alternativa conflictiva consiste en la inclusión de los excluidos, pero también, en el caso de la de

perjuicio, la exclusión de la clase incluida, pues mientras la exclusión de la clase supra-incluida honra la finalidad de la regulación, las otras posibilidades implicarían que la igualdad entrara en conflicto con el principio que se honra teniendo precisamente fuera a las clases que no merecen el beneficio o el perjuicio de la regulación y dentro a las clases que sí merecen esos regímenes. Se llamarán alternativas de reparación justas a aquellas que honran la finalidad de la norma y que implican, por tanto, la inclusión de las clases infra-incluidas y la exclusión de las clases supra-incluidas.

De este modo, el mandato de igualdad puede entrar en conflicto con el principio garantizado por la medida que produjo el tratamiento desigual, solo cuando los jueces nieguen las pretensiones justas y concedan las injustas, esto es, cuando decidan excluir a la clase incluida o incluir a la excluida, respecto de una norma de beneficio infra-inclusiva, o incluir a la clase excluida o excluir a la incluida, en el caso de una norma de perjuicio supra-inclusiva, o bien excluir a la clase incluida de una norma de perjuicio infra-inclusiva o incluir a la clase excluida de una norma de beneficio supra-inclusiva.

En una práctica de la igualdad así entendida, lo más razonable es que los jueces opten por aplicar las soluciones no conflictivas, para honrar los principios en juego. Esto que puede acontecer al juzgar los casos realmente, y que así se supone que se hace en la tercera y última parte del trabajo, no desvanece la naturaleza de la igualdad. El que las exigencias conflictivas en realidad nunca se hagan cumplir no hace que estas dejen de ser parte del concepto de igualdad formal y, sobre todo, la prueba más fiel de su independencia de los principios que están en juego en un caso.

Solo aceptando teóricamente que la igualdad implica soluciones injustas, se puede comprobar que este valor tiene un carácter autónomo, incluso por el lado de las soluciones justas. Al aceptarse que la igualdad puede exigir tanto lo justo como lo injusto, nadie puede decir que es una simple regla de administración del principio que inspira la norma sobre la que se predica el respeto o violación a la igualdad. Para honrar un principio o finalidad, no debe decirse que hay que tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales en la norma, en tanto que esta regla puede exigir que la medida creada para la consecución de ese principio o fin no incluya a quien merece o incluya a quien no lo merece. Para honrar un principio o finalidad, hay que hacerle justicia, darle a cada quien lo que merece, y entonces la justicia sí sería una simple regla de administración del principio, un reclamo no autónomo, sino proveniente del propio principio, a diferencia de la igualdad.

CONCLUSIÓN

A manera de conclusión, se compendiarán algunos de los principales rasgos de la teoría formal de la igualdad, de una manera que permita ver sus principales enlaces.

La teoría formal de la igualdad en la ley es una teoría del mandato a cargo del legislador de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. Elabora un concepto no redundante de igualdad, que relaciona una condición de igualdad o desigualdad entre las clases comparadas, que también es normativa, pero se extrae de la razón de ser de la misma norma, cuya validez se enjuicia y no de un criterio sustantivo externo, y un mandato de trato igual o desigual que se activa con la condición correspondiente. Por eso, el mandato de igualdad formal debe analizarse como un tipo especial de norma.

Dentro del mandato de igualdad no existe, puramente, nada que determine la condición normativa de igualdad. En esta teoría, sin embargo, se introdujo el criterio de que esa condición puede predicarse respecto de dos clases de personas cuando ambas cuenten con la propiedad que el legislador busca alentar o desalentar a través de la regulación, lo cual se identificó como la razón de ser de la norma. Se designó como meritoria a la clase que se define por la propiedad cuyo patrocinio o desmotivación pretende lograr el legislador al crear una norma. Por ende, dos clases meritorias son iguales entre sí, así como las no meritorias son también iguales entre sí, y ambos tipos de clases son desiguales, el uno en relación con el otro. Dos clases serán normativamente desiguales cuando solo una de ellas cuenta con esta propiedad.

Con base en esto, se concretó que el mandato de tratar igual a los iguales en la ley obliga al legislador a dar un trato igual, entre dos clases que comparten el mérito, o entre dos clases que no lo comparten, afectando o no afectando a todas las que lo merecen, pero también afectando o no afectando a todas las que no lo merecen, y el mandato de tratar desigual a los desiguales, a dar un trato desigual, entre una clase meritoria y una clase no meritoria, ya sea que solo a la primera se le atribuya la consecuencia normativa, ya sea que esta consecuencia se atribuya solo a la segunda clase.

Existen dos premisas esenciales para explicar la naturaleza de los casos de igualdad. La primera es la hipótesis de que cualquier norma tiene como efecto beneficiar o perjudicar a una determinada clase de personas, al mismo tiempo que incentiva o desalienta la propiedad que la define, y que, en cuanto distingue entre distintas clases de personas, establece, a la vez, dos situaciones jurídicas: ya sea de beneficio y de no beneficio (B y $\neg B$), ya sea de perjuicio y de no

perjuicio (P y $\neg P$), y distingue, por tanto, entre las categorías que merecen el beneficio y las que no lo merecen, y las que merecen el perjuicio y no lo merecen. Esto último es lo que se identifica como el fenómeno de la ambivalencia normativa. La segunda premisa son los vicios de justicia: 1) infra-inclusividad, cuando no se afecta a una clase que merecía estar dentro, es decir que ameritaba participar de la consecuencia que dispone, y 2) supra-inclusiva, cuando se afecta a una clase que, en realidad, merece estar fuera, esto es, que no amerita ser afectada por la consecuencia prevista.

La ambivalencia normativa implica que la situación de no afectación o *negativa* presentará siempre el fenómeno opuesto al de la situación de afectación o *positiva*, con respecto a la clase infra-incluida o supra-incluida. De esta manera, la clase infra-incluida con respecto a una situación de afectación podrá ser vista entonces como una clase supra-incluida en la situación de no afectación. Lo anterior conduce a entender que, con respecto a una misma norma, el denunciante de la violación al mandato de igualdad puede hacer valer un reclamo de igualdad con miras al perfil positivo como al negativo de la norma, y entonces se convierte en un reclamo positivo y en uno negativo.

El trato igual a los iguales siempre será un reclamo de infra-inclusividad o con motivo de un trato desigual a los iguales: en los fenómenos de infra-inclusividad de la afectación se reclamará desde un punto de vista positivo (propriadamente como infra-inclusividad de la situación de afectación), mientras que apelaran al lado negativo de la norma los reclamos de trato igual a los iguales en los casos de supra-inclusividad de la afectación (efectivamente como infra-inclusividad de la situación de no afectación); en cambio, el trato desigual a los desiguales, en todo caso, será un reclamo de supra-inclusividad, porque se trata igual a los desiguales: en los fenómenos de infra-inclusividad de la afectación se reclamará desde el punto de vista negativo (realmente como supra-inclusividad de la situación de no afectación), en tanto que partirán del lado positivo de la norma los fenómenos de supra-inclusividad de la afectación (precisamente como supra-inclusividad de la situación de no afectación).

Ante los planteamientos de justicia en la dimensión del trato igual a los iguales y en la dimensión del trato desigual a los desiguales, se especificaron formulas de igualdad, que señalaron, en un primer nivel, la condición injusta, y en un segundo nivel, las formas de reparación que implica la igualdad, una de las cuales es justa y la otra no. Se tratan, pues, de esquemas que muestran la solución que la igualdad tiene para cada caso.

El «caso de violación al mandato de igualdad en la ley» es una categoría con la que se identifica a todo planteamiento en el sentido de que una norma viola el mandato, con independencia

de si la forma de reparación buscada sea justa o injusta. Se señaló que en todo caso de violación al mandato de igualdad se denuncia: 1) la infra-inclusividad de una norma de beneficio (INB) o 2) la infra-inclusividad de una norma de perjuicio (INP) o 3) la supra-inclusividad de una norma de beneficio (SNB) o 4) la supra-inclusividad de una norma de perjuicio (SNP). Por eso, estos supuestos se identificaron como los casos generales de violación al mandato de igualdad en la ley.

Estos cuatro casos pueden tener distintas configuraciones que responden a la posición normativa, desde la cual se denuncia la violación, y a la pretensión del denunciante. La combinación de las variables dio lugar a una matriz o modelo de casos, compuesta de 160 casos particulares de igualdad. Se identificaron 124 casos no posibles y 36 casos posibles. En tanto que dentro de estos últimos se ubicaron doce casos que podían hacerse valer mediante reclamos de trato igual y desigual, debieron sumarse otros 12 casos posibles. Se obtuvieron pues, en total, 48 casos posibles; 24 casos de la dimensión del trato igual a los iguales, y 24 casos de la dimensión del trato desigual a los desiguales. Estos 48 casos se agruparon en categorías de cuatro en cuatro atendiendo a las actitudes personales que es posible predicar del sujeto denunciante de la violación al mandato.

La parte final de esta teoría de la igualdad se ocupó del juicio de igualdad por partes: el problema de la identificación y el problema de la reparación. Para este efecto se acudió solo a los casos razonables. La clave de esto es entender que cuando la violación a la igualdad se constata, existe una forma de reparación que coincide con la pretensión y otra que no coincide. Una de esas dos soluciones es injusta, lo cual, sin embargo, no implica que no sea una forma de reparación del mandato de igualdad formal. Esta solución injusta es, por lo mismo, conflictiva, y representa la prueba más fiel de que la igualdad es un valor que guarda autonomía respecto de los principios que están en juego en un caso.

TERCERA PARTE

LA ARTICULACIÓN DE LOS JUICIOS DE IGUALDAD Y DE PROPORCIONALIDAD

INTRODUCCIÓN

Este capítulo, que compone la tercera y última parte del trabajo, se aproxima a las posibles respuestas a los diversos planteamientos de violación a la igualdad, en el juicio de amparo y en la acción de inconstitucionalidad, tomando en cuenta la proporcionalidad de las situaciones jurídicas en las que, para reparar dicha violación, operaría una exclusión o una inclusión. El estudio partirá de cada uno de los cuatro casos generales de igualdad: *infra-inclusividad de una norma de beneficio*, *infra-inclusividad de una norma de perjuicio*, *supra-inclusividad de una norma de beneficio* y *supra-inclusividad de una norma de perjuicio*. Pero, para facilitar el análisis, solo serán tomadas en consideración las pretensiones razonables de la dimensión del trato igual a los iguales.

Desde la primera parte, se trató el problema de la articulación de los juicios de igualdad y de proporcionalidad; pero, únicamente se puso el énfasis en la falta de atinencia de que el juicio de proporcionalidad se aplique necesariamente después que el de igualdad respecto de una misma norma. Acá, la articulación se entenderá como un ejercicio conveniente de comprobación de validez normativa, bajo el principio de que, ya sea que esté implicado un conflicto entre principios en concreto o uno en abstracto, debe evitarse incluir a la persona en un norma que afecta de manera desproporcionada algún valor constitucional, y procurar excluirla de una situación que, si bien merece, finalmente viola alguno de sus derechos.

Es necesario aclarar que esta aproximación ofrecerá respuestas donde, efectivamente, se plantean solo casos de igualdad formal, donde la aplicación de los juicios de igualdad y de proporcionalidad respecto de una misma norma tiene sentido, que son, pues, donde el justiciable puede satisfacer su pretensión solo mediante un reclamo de igualdad y no de proporcionalidad. Por tanto, el lector no verá útiles las soluciones que aquí se ofrecen frente a casos que, planteados como de igualdad, son falacias, y deben ser tratados más bien como si plantearan el problema de una restricción desproporcional. Se podría apostar que si el lector no encuentra aplicación a lo dicho aquí frente a un caso concreto, se deberá a que lo que tiene enfrente es un caso que debe plantear desde la proporcionalidad de la restricción a un principio y no desde la igualdad. Resulta pertinente, de cualquier manera, suministrar, en esta introducción, una orientación al respecto, para abundar sobre el problema de las falacias de igualdad y, por si, acaso, la identificación de los casos falaces no quedó suficientemente explicada en la primera parte.

Deberían ser tratados como casos típicos de proporcionalidad aquellos donde se impugna, por ejemplo, la inconstitucionalidad de una norma de beneficio, pero 1) no porque el quejoso alegue

que también merece encontrarse dentro, o que la clase incluida no merece encontrarse en esa situación favorable, o 2) no porque el demandante argumente que no tiene el mérito para encontrarse dentro o que otra clase también merece estar en esa favorable situación y no lo está. Es decir, son casos de restricción de principios cuando se dice en 1), que la clase arbitrariamente favorecida merece encontrarse en el supuesto general de perjuicio donde se ubica el quejoso, o, en 2), que la clase excluida a la que pertenece el quejoso merece encontrarse en el régimen general de beneficio. Estos argumentos conducen a una falacia de igualdad.

Si se les mira con cuidado, atribuyen el vicio de igualdad, propiamente, a una situación jurídica distinta al régimen arbitrariamente favorable o desfavorable que supuestamente se está impugnando. Al impugnar la primera situación jurídica, la de beneficio arbitrario, se plantea en realidad un caso de infra-inclusividad de un régimen de perjuicio, con referencia a la situación donde se encuentra incluido el quejoso, mientras que se combate la segunda situación jurídica, la de perjuicio arbitrario, denunciando, sin embargo, la infra-inclusividad del régimen general de beneficio. Lo que en el fondo el quejoso pretendería lograr con estos argumentos es, en el primer caso, que no se beneficie arbitrariamente a alguien, y en el segundo que no se le perjudique arbitrariamente; pero, en lugar de demostrar, mediante un genuino argumento de igualdad, que ese alguien no merece beneficio (supra-inclusividad del beneficio) y que él no merece el perjuicio (supra-inclusividad del perjuicio), aduce, falazmente, que aquel merece el perjuicio (infra-inclusividad del perjuicio) y que él merece el beneficio (infra-inclusividad del beneficio). Intenta, pues, contrariamente, por un lado, privar a alguien del beneficio (no beneficiarlo) demostrando porqué merece el perjuicio (perjudicarlo) y, por otro lado, librarse de un perjuicio (no perjudicarse) acreditando que merece el beneficio (beneficiarse). Jurídicamente pretende abolir la situación de excepción favorable, con argumentos que sirven únicamente para invalidar el régimen general de perjuicio, y proscribir la situación de excepción desfavorable, mediante razones para invalidar el régimen general de beneficio.

En casos así planteados, la violación a la igualdad no podría ser lógicamente remediada, y habría que abordarlos absolutamente como planteamientos de restricción de principios. Es decir, supliendo la deficiencia de la queja, pues acaso lo más probable sea que, en el fondo, ello corresponda a lo que en realidad los quejosos quisieron efectivamente plantear.

CAPÍTULO VI

¿PUEDE ENJUICIARSE LA VALIDEZ DE UNA MISMA NORMA DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA IGUALDAD Y DE LA PROPORCIONALIDAD?

6.1. Las dimensiones del análisis

Los juicios de igualdad y de proporcionalidad pueden aplicarse en el estudio de la constitucionalidad de una misma norma. El análisis sobre la articulación de estos juicios se abordará respecto de dos dimensiones, y únicamente serán tomadas en consideración las pretensiones razonables de la dimensión del trato igual a los iguales, en los cuatro casos generales de igualdad, como se explica a continuación.

Por un lado, se aborda este problema en el juicio amparo, medio de control de constitucionalidad concreto, donde se juzga la constitucionalidad de una norma a propósito de un caso particular de aplicación y en el que los efectos de la declaración de invalidez no pueden trascender más allá de la esfera jurídica del promovente. No se considerarán admisibles en este particular análisis, o se da por hecho la improcedencia de la pretensión, cuando los quejosos no buscan situarse en una posición de beneficio o evitar una situación de perjuicio, sino cualquier otro fin, como puede ser obtener un perjuicio, compartir el beneficio, además de excluir a otros de los beneficios o participar a otros de los perjuicios, sin obtener para sí alguna ventaja, aunque sea indirecta. Esto se sigue del principio general, inducido, de que los medios de defensa se usan, precisamente, para la protección de la esfera jurídica de quien los promueve y, en general, para obtener un beneficio o librarse de un perjuicio que redunde en esa esfera. También se sigue, en parte, por la naturaleza concreta del medio, pues de declararse fundadas algunas pretensiones no razonables, como excluir a un tercero o incluirlo, terminaría por afectarse una situación jurídica ajena a la esfera de derechos del promovente, y en este medio concreto solo se pueden estudiar pretensiones que, de reconocerse como fundadas, den lugar a efectos legales en esta última esfera.

La otra dimensión del análisis se refiere a un medio de control abstracto, como la acción de inconstitucionalidad, que procede sin necesidad de un caso concreto de aplicación y los efectos de la invalidez, en su caso, trascienden a todos los sujetos que se ubican en el supuesto de hecho de la norma. Se verá que, al igual que en el juicio de amparo, tampoco podrán ser planteadas, en este ámbito, algunas pretensiones injustas, aunque razonables dentro del juicio de amparo, como la

exclusión de la clase incluida en una norma infra-incluyente de perjuicio, o la inclusión de la clase excluida en una norma supra-incluyente de beneficio. Aunque sí podrán ser planteadas algunas pretensiones que no serían razonables en el juicio de amparo, como la exclusión de la clase supra-incluida en el beneficio o la inclusión de la clase infra-incluida en una norma de perjuicio.

Se acudirá a ambas dimensiones, la concreta y la abstracta, de forma simultánea, al momento de revisar cada uno de los casos generales de igualdad.

6.2. Un problema común

Un problema común en ambos medios de control de constitucionalidad es la posibilidad de reparar una violación a la igualdad, no expulsando del orden jurídico la norma violatoria, sino colocando en ella a determinadas clases de personas que también ameritan la consecuencia jurídica. Es común tomar como sinónimos la declaración de inconstitucionalidad y la declaración de invalidez, pero la igualdad puede exigir, para ser reparada, una declaración de inconstitucionalidad, sin declaración de invalidez, sino de inclusión.

Esto choca con el paradigma de la justicia constitucional en el que el juez solo debe operar como legislador negativo, que invalida o expulsa normas del sistema, y no como legislador positivo, con la aptitud de ampliar el supuesto de hecho de la norma, cuando su inconstitucionalidad se deba a que deje fuera de ella a clases que ameritan sujetarse a la situación que regula. Este paradigma subyace a toda la construcción legal de ambos medios de control. La procedencia del amparo contra leyes se supedita a la impugnación de una norma porque causa un perjuicio al quejoso, y no porque no lo beneficie¹⁰⁷, y solo se prevén tres posibles declaraciones derivadas del estudio de fondo en una acción de inconstitucionalidad: el reconocimiento de validez, la declaración de invalidez, o la desestimación cuando la votación por la invalidez no alcance una mayoría calificada¹⁰⁸. En la jurisprudencia, no obstante, se advierte que el reconocimiento de validez puede quedar sujeto a una interpretación conforme de las normas¹⁰⁹.

¹⁰⁷ [Citado 06-04-15], Disponible en Internet: <http://legislacion.scjn.gob.mx/LF/>: «Artículo 107. El amparo indirecto procede:

I. Contra normas generales que por su sola entrada en vigor o con motivo del primer acto de su aplicación causen perjuicio al quejoso».

¹⁰⁸ [Citado 06-04-15], Disponible en Internet: <http://legislacion.scjn.gob.mx/LF/>:

«ARTICULO 72. Las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia solo podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas, si fueren aprobadas por cuando menos ocho votos. Si no se aprobaran por la mayoría indicada, el Tribunal Pleno desestimará la acción ejercitada y ordenará el archivo del asunto.»

¹⁰⁹ Cfr. P. IV/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Pleno, t. XXVII, Febrero de 2008, p. 1343: «La interpretación de una norma general analizada en acción de inconstitucionalidad, debe partir de la premisa
132

Se ignora si el abandono de este paradigma, a través de la jurisprudencia, pueda representar un acto antidemocrático o invasor del ámbito de configuración del legislador. Ya se revisó que, sin introducirse en este dilema, es decir, implícitamente, la Segunda Sala abandonó el paradigma al determinar la procedencia de un juicio amparo en el que, de concederse la protección, ésta tendría como efecto colocar al quejoso en la situación jurídica de beneficio.¹¹⁰

Esto último presentará más problemas en una acción de inconstitucionalidad que en un amparo. En un amparo fiscal, por ejemplo, el efecto será que la autoridad aplicadora considere que el quejoso se encuentra dentro del supuesto de beneficio y que se le regresen las cantidades que erogó con motivo de que se encontraba en la obligación de tributar, sin que se pueda obligar al legislador a modificar la ley, pues ello implicaría darle al amparo efectos que trascenderían a la esfera jurídica del quejoso¹¹¹. En una acción de inconstitucionalidad, en cambio, resultaría debatible que la declaración pueda tener cualquiera de esos efectos. Una posibilidad para remediar la violación es la interpretación conforme. Se declararía que esa norma debe entenderse como si comprendiera a la clase infra-incluida. En el sistema mexicano, sin embargo, en cualquier caso, la declaración de inconstitucionalidad en la acción de inconstitucionalidad no puede tener efectos retroactivos, ya que esto únicamente puede acaecer en materia penal¹¹², de modo que si los sujetos infra-incluidos ya realizaron el pago del tributo, esa erogación no les podría ser devuelta.

de que cuenta con la presunción de constitucionalidad, lo que se traduce en que cuando una disposición legal admita más de una interpretación, debe privilegiarse la que sea conforme a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Entonces, cuando una norma legal admita distintas interpretaciones, algunas de las cuales podrían conducir a declarar su oposición con la Ley Suprema, siempre que sea posible, la Suprema Corte de Justicia de la Nación optará por acoger aquella que haga a la norma impugnada compatible con la Constitución, es decir, adoptará el método de interpretación conforme a ésta que conduce a la declaración de validez constitucional de la norma impugnada, y tiene como objetivo evitar, en abstracto, la inconstitucionalidad de una norma [...].»

¹¹⁰ Se hace referencia al AR 1260/2006.

¹¹¹ El principio de relatividad de las sentencias de amparo se encuentra establecido en el artículo 107, fracción II, de la CPEUM: «Art. 107.- Las controversias de que habla el artículo 103 de esta Constitución, con excepción de aquellas en materia electoral, se sujetarán a los procedimientos que determine la ley reglamentaria, de acuerdo con las bases siguientes:

I.- [...]

II.- Las sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo solo se ocuparán de los quejosos que lo hubieren solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que verse la demanda.

También en el primer párrafo del artículo 73 de la LAMP [Citado 06-04-15], disponible en Internet: <http://legislacion.scjn.gob.mx/LF/>: «Artículo 73. Las sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo solo se ocuparán de los individuos particulares o de las personas morales, privadas u oficiales que lo hubieren solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que verse la demanda».

¹¹² CPEUM, [Citada 06-04-15], disponible en Internet: <http://legislacion.scjn.gob.mx/LF/>: «Art. 105.- La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes: I.- [...] II.- [...] III.- [...] La declaración de invalidez de las resoluciones a que se refieren las fracciones I y II de este artículo no tendrá efectos retroactivos, salvo en materia penal, en la que regirán los principios generales y disposiciones legales aplicables de esta materia».

También *vid.*: LR105: «ARTICULO 45. Las sentencias producirán sus efectos a partir de la fecha que determine la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

6.3. La articulación de los juicios de igualdad y de proporcionalidad

Se comenzará, pues, a analizar la articulación de los juicios, en atención a cada uno de los casos generales de violación a la igualdad.

Se iniciará con el planteamiento de violación a la igualdad *por la infra-inclusividad de una norma de beneficio*. En amparo, la pretensión del quejoso será incluirse en una situación jurídica que trae expresamente una consecuencia jurídica favorable. Para ello, solo son atinentes los argumentos en el sentido de que tiene los mismos méritos que las personas incluidas, para pertenecer al beneficio, con base en la razón de ser de la norma. Deben, por tanto, declararse inoperantes aquellos que cuestionan la constitucionalidad del régimen de obligación donde se encuentra, o la propia inconstitucionalidad del beneficio por razones ajenas a su indebida exclusión, tanto sobre vicios formales, como de fondo, pues cualquiera que sea el pronunciamiento que resulte, no dirá nada sobre la materia que debe tener este amparo, esto es, si el quejoso merece o no estar incluido en el beneficio. En el fondo, si se advierte que el actor no tiene los méritos para incluirse, entonces se debe declarar que la norma no viola la igualdad por haber tratado igual a los iguales; en cambio, si se demuestra que tiene los mismos méritos, entonces la norma viola la igualdad por tratar de manera desigual a los iguales.

En este último caso, la igualdad obliga a que se repare la situación, ya sea excluyendo a todos del beneficio o incluyendo al quejoso en él. Como se trata de un juicio de amparo, en el que los efectos solo pueden ser relativos, el juez únicamente puede optar por esta última opción, además de que se trata de la solución justa.

Ahora bien, puede ser que el juez constitucional advierta que el beneficio, en abstracto, no supera el test de proporcionalidad, en alguna de sus etapas. Entonces aquí queda expuesto el problema de si es legítimo o debido incluir al quejoso en un beneficio que, en abstracto, no persigue una finalidad legítima, que no es adecuado o que resulta desproporcional en sentido estricto.

¿Puede el juez advertir este vicio oficiosamente en un amparo? Razonablemente, sí. El juez no podría simplemente decretar los efectos reparatorios de la igualdad cuando esté frente a una restricción desproporcionada a otro principio constitucional. Como defensor de la Constitución, no podría, en este sentido, aplicar parcialmente el texto constitucional, atendiendo a lo que mandata un principio, cuando otros principios constitucionales están en juego. Tendría, pues, que aplicarlo en su

La declaración de invalidez de las sentencias no tendrá efectos retroactivos, salvo en materia penal, en la que regirán los principios generales y disposiciones legales aplicables de esta materia».

totalidad, de forma que la solución que establezca armonice con todos los principios del sistema.¹¹³ Con esto podría justificarse que las violaciones a la igualdad no deben repararse si la norma violatoria implica una restricción desproporcionada a otro derecho o principio previsto en la Constitución. Pero, entonces, ¿qué conviene hacer primero, un juicio de igualdad o un juicio de proporcionalidad del beneficio? Desde la primera parte se desarrollaron todas las razones para afirmar que, en todo caso, debería hacerse un estudio oficioso de la proporcionalidad del beneficio, al que se debe llamar así, juicio de proporcionalidad, y solo si este lo supera, un juicio de igualdad, para determinar si el quejoso merece o no estar incluido en él. Esto se sigue, pues, del principio de que debe evitarse incluir al quejoso en un beneficio que afecta de manera desproporcionada algún valor constitucional, o, incluso, cuando se está ante conflictos en concreto, que se declare que este debe permanecer incluido en una situación que merece, cuando finalmente esta viola alguno de sus derechos.

Así, en este caso, si el beneficio es desproporcionado entonces los argumentos de igualdad del quejoso deben declararse inoperantes, pues aun cuando fueran fundados, no podría incluirse a la situación favorable que ha sido calificada como inconstitucional, por desproporcional. Un problema que esto suscita es: ¿la declaración de inconstitucionalidad, por violación a un principio o derecho distinto al de la igualdad, amerita encontrarse en los resolutivos del fallo?

Un buen punto. El problema de inconstitucionalidad evidenciado, en todo caso, no corresponde, formalmente, a la materia del juicio, que solo se compondría por planteamientos formales de violación a igualdad, y esa declaración no trascendería en todo caso a la esfera jurídica del quejoso, y tampoco tendría algún efecto anulatorio sobre la legislación. La declaración de inconstitucional solo sería, entonces, una mera incidencia en el juicio. Por estas razones no tendría ningún caso reflejarlo en los puntos resolutivos, salvo por una consideración sistemática a la decretoria general de inconstitucionalidad¹¹⁴, en la que a través de cinco precedentes en AR donde se declara la invalidez de una norma, puede lograrse su invalidez con efectos generales.

¹¹³ Así se ha pronunciado el Pleno de la SCJN, en el AR. 307/2007, *op. cit.* p. 56: «En los casos en que el examen de la constitucionalidad de una ley genera un conflicto entre una o varias normas constitucionales, debe descartarse una solución que implique —sin más— la elección unilateral de alguno de los dos intereses constitucionales para regir el caso, a través de la eliminación o inaplicación del otro. Esto es así, porque el juez constitucional no se encuentra facultado para inobservar normas constitucionales. Una norma constitucional no puede dejar sin efectos el contenido de otra, de un lado, porque ambas tienen la misma jerarquía; de otro, porque el principio de unidad de la Constitución exige que los valores y principios que contiene deben interpretarse de manera sistemática, en relación con la totalidad de la Norma Suprema. Es por ello que cuando dos o más normas constitucionales interpretadas literal y aisladamente se contradicen, es preciso armonizar y balancear ambas disposiciones, con el fin de que todas ellas puedan tener eficacia, en alguna medida».

¹¹⁴ CPEUM, *op. cit.*:107. [...]

I. [...]

Sin embargo, en el sistema mexicano, una declaratoria de inconstitucional en el amparo, contenida en puntos resolutivos, podría tener sentido salvo que se trate de un beneficio tributario, pues la declaración general de inconstitucionalidad no procede en materia fiscal. En todo caso, una vez que el sistema del amparo se ha complementado con una figura como la declaratoria general de inconstitucionalidad, pudiera ser dable realizar declaraciones de inconstitucionalidad que no tengan efectos en el caso concreto, sino que únicamente sirvan para la integración de los precedentes que requiera esa declaratoria.

Entonces, al reiniciar el juicio se obtiene que, si el beneficio supera el test de proporcionalidad, procede, ahora sí, el juicio de igualdad. Si el quejoso no tiene los méritos para incluirse en la situación favorable, entonces debe declararse que la norma respeta la igualdad porque trata desigual a los desiguales, y si, por el contrario, tiene los mismos méritos que los incluidos en el beneficio, entonces debe ordenarse que, en su aplicación, se le considere como incorporado en él. Ya se mencionó que esta es la única alternativa viable de reparación, ya que de excluirse a todos los que se encuentran dentro del beneficio implicaría una violación el principio de relatividad de las sentencias, además de una injusticia.

Esta opción, como ya se había razonado, no podría implicar un menoscabo al principio que se promueve o protege de mantenerse al quejoso en el supuesto de la obligación general. No existe un conflicto entre principios que deba resolver el juez constitucional, aun cuando la resolución del caso concreto implique un perjuicio al gasto público. Si el beneficio y la obligación tributarios son constitucionales, el juez debería entonces constreñirse únicamente a colocar a cada clase en la situación jurídica del sistema que, de acuerdo con sus méritos, debe estar. El conflicto entre el interés del beneficio y el interés de la obligación fiscal ya habría sido superado mediante el test de proporcionalidad previo al juicio de igualdad.

En un medio de control abstracto, cuando se haga valer una violación a la igualdad por infra-inclusividad, al igual que en el amparo, habría que realizar, en primer lugar, un análisis de la proporcionalidad de la medida favorable, y solo en caso de que lo supere, revisar que si la clase

II. [...]

[...]

Cuando los órganos del Poder Judicial de la Federación establezcan jurisprudencia por reiteración en la cual se determine la inconstitucionalidad de una norma general, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo notificará a la autoridad emisora. Transcurrido el plazo de 90 días naturales sin que se supere el problema de inconstitucionalidad, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitirá, siempre que fuere aprobada por una mayoría de cuando menos ocho votos, la declaratoria general de inconstitucionalidad, en la cual se fijarán sus alcances y condiciones en los términos de la ley reglamentaria.

Lo dispuesto en los dos párrafos anteriores no será aplicable a normas generales en materia tributaria.

supuestamente infra-incluida tiene los méritos necesarios para incluirse en el beneficio. En el sistema de la acción de inconstitucionalidad, cabe recordar, la declaratoria de inconstitucionalidad podrá fundarse en la violación de cualquier precepto constitucional, haya o no sido invocado en el escrito inicial, salvo en materia electoral¹¹⁵; así que, a diferencia del amparo, podría considerarse que existe en este medio un fundamento claro para realizar un test de proporcionalidad en caso de que solo se aduzca una violación a la igualdad.

En el supuesto de que el beneficio no supere el juicio de proporcionalidad, procede hacer una declaración de invalidez de la norma con efectos generales; si, de lo contrario, lo supera, y se evidencia una violación a la igualdad, la reparación puede consistir válidamente en suprimir el beneficio, para que todos los que estaban incluidos en él se sitúen en la misma situación jurídica que la clase infra-incluida, o bien, incluir ésta en el beneficio. De optarse por lo primero, es decir, de eliminarse el beneficio cuya proporcionalidad fue acreditada, se anularía completamente el principio que se desea promover o garantizar a través de esta medida cuya proporcionalidad se ha acreditado. Así que, por razones de justicia en el sistema, sería procedente optar por la segunda alternativa mediante la interpretación conforme, ya que, además, como se dijo en el párrafo anterior, no suscita conflicto alguno, pues solo se coloca una clase en la situación jurídica que, de acuerdo con sus méritos, debe estar.

Por otro lado, cuando se impugna la *infra-inclusividad de una norma de perjuicio* en un amparo, se supone que existe una clase que tiene los méritos para estar incluida en el perjuicio y, sin embargo, ha quedado fuera, por lo que el quejoso, que sí se ubica en el perjuicio, pretende que se le otorgue un trato igual a aquella clase. De entrada, lo más razonable es considerar que el amparo es improcedente ya que la pretensión del quejoso es injusta. Sin embargo, la posibilidad de que pueda existir una simple declaratoria de inconstitucionalidad por infra-inclusión (sin efecto alguno), que sirva a la declaratoria general de inconstitucionalidad, pudiera justificar entrar a un análisis de validez articulado de esta norma. Si es así, aquí también operaría la regla de aplicar el juicio de proporcionalidad de manera previa al juicio de igualdad. En este caso, en cambio, el juicio de

¹¹⁵LR105, *op. cit.*, «ARTÍCULO 71. Al dictar sentencia, la Suprema Corte de Justicia de la Nación deberá corregir los errores que advierta en la cita de los preceptos invocados y suplirá los conceptos de invalidez planteados en la demanda. La Suprema Corte de Justicia de la Nación podrá fundar su declaratoria de inconstitucionalidad en la violación de cualquier precepto constitucional, haya o no sido invocado en el escrito inicial. Igualmente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación podrá fundar su declaración de invalidez en la violación de los derechos humanos consagrados en cualquier tratado internacional del que México sea parte, haya o no sido invocado en el escrito inicial».

Las sentencias que dicte la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre la no conformidad de leyes electorales a la Constitución, solo podrán referirse a la violación de los preceptos expresamente señalados en el escrito inicial».

proporcionalidad debe recaer, no en la situación jurídica donde el quejoso pretende ubicarse, sino en la que se encuentra. La situación donde el quejoso desea colocarse no constituye propiamente alguna medida a través de la cual el legislador busque alcanzar un fin. Se tratará más bien de un descuido. Si fuera una medida premeditada, la impugnación del quejoso correspondería al de un caso de infra-inclusividad de una norma de beneficio.

En el caso de que la situación en la que se ubica el quejoso no supere el juicio de proporcionalidad, entonces procede declarar su inconstitucionalidad, y se vuelve innecesario el estudio de los conceptos de violación a la igualdad; en cambio, si lo supera, se procederá entonces a revisar si el quejoso y la clase que dice estar infra-incluida tienen los mismos méritos para estar dentro de la obligación. En el supuesto de que no tengan los mismos méritos, se determinará que la norma respeta la igualdad porque trata desigual a los desiguales, pero si tienen los mismos méritos, entonces debe estimarse que la viola porque trata desigual a los iguales.

La igualdad podría ser reparada si se excluye al quejoso, colocándolo así en la misma situación que la clase infra-incluida, o si se incluye a esta última en la situación de perjuicio. Ahora, cuando la situación donde se ubica el quejoso persigue una finalidad constitucionalmente válida de forma proporcional, no procede excluirlo, colocándolo en la misma situación que la clase infra-incluida -lo que no implica una confrontación con otro principio que incida dejándose dentro al quejoso de la situación de perjuicio (por ejemplo con una libertad en caso de que esa norma la restrinja), porque esta situación ya superó el juicio de proporcionalidad, ya sea por una colisión de principios en concreto o en abstracto-. Por otro lado, toda vez que la última alternativa implicaría que el amparo tuviera efectos sobre una situación jurídica distinta a la del quejoso, queda en automático descartada. Por tanto, cuando se trata de una norma infra-incluyente de perjuicio que no es desproporcional, en caso de que se estime procedente, solo cabría hacer una declaración de inconstitucionalidad de la norma, por infra-inclusiva, para efectos de la procedencia de una declaratoria con efectos generales.

Cuando este mismo caso se lleva a una acción de inconstitucionalidad, razonablemente no se planteará un agravio de igualdad para que los incluidos se excluyan, sino para que la clase infra-incluida se incluya. De todos modos se debe aplicar antes un juicio de proporcionalidad respecto de la situación jurídica donde se pretende incluir a la clase supuestamente infra-incluida, pues no se podría incluir a una clase a una situación inconstitucional. Si aquella situación es desproporcional, procede declarar su invalidez. Si, por el contrario, supera este test, entonces debe analizarse si la clase que se señala como infra-incluida tiene, en efecto, los mismos méritos para ubicarse en la

situación de perjuicio. En caso de que no sea así, se declarará que la norma respeta la igualdad por tratar desigual a los desiguales; pero en caso de que tenga iguales méritos, la norma habrá tratado desigual a los iguales, verificándose una violación a la igualdad. En un medio de control abstracto, las posibilidades de reparación válidas pueden ser excluir a todos de la obligación o incluir a la clase infra-incluida. La primera alternativa, además de que no se busca por el actor, terminaría por contrarrestar completamente la finalidad legítima que se protege a través de una medida proporcional, por lo que se debe optar por la segunda opción mediante la interpretación conforme, la cual, como se señaló, no es una solución conflictiva sino que finaliza por armonizar el sistema en términos justos.

En el caso de la *supra-inclusividad de una norma de beneficio*, el quejoso no merece el beneficio, pero busca incluirse en él porque otra clase que tampoco lo merece está incluida y por eso impugna un trato desigual entre iguales. Al igual que en el anterior caso, en este, de entrada, resulta razonable decretar la improcedencia del amparo, dada la injusticia de la pretensión. Pero, si de todos modos se estima procedente se deberá, conforme a la regla antes establecida, a realizar un juicio de proporcionalidad del beneficio, y si se verifica que no lo supera, podría declararse inconstitucional el beneficio, para formar un precedente que sirva a la declaratoria general de inconstitucional, salvo que se trate de una norma de carácter fiscal. Si no supera el primer test, los argumentos de igualdad serían inoperantes ya que no se podría colocar al quejoso en una situación jurídica contraria a la Constitución. De cualquier modo, si, por el contrario, la norma de beneficio supera el test de proporcionalidad, aun cuando se demostrara que existe una clase que no merece el beneficio y, sin embargo, está incluida, no procedería incluir el quejoso, quien tampoco merece el beneficio, para equiparar la situación comparada y trata igual a quienes no lo merecen, colocando a ambos en el beneficio. Esta opción es conflictiva: por una parte, pugna con el principio que se sigue de que el quejoso esté incorporado en la situación jurídica en la que merece estar y, por otra parte, no contribuye a la realización de ningún principio, más que el de igualdad formal. Por ello, si se acredita la violación a la igualdad, solo procedería otra declaración de inconstitucionalidad por violación a la igualdad, sin efectos en el caso concreto, y porque se incluyó una clase que no merecía estar en el beneficio. Desincorporar del beneficio a la clase supra-incluida sería dar efectos no relativos a la declaración de inconstitucionalidad.

En una acción de inconstitucionalidad este caso solo podría ser razonablemente planteado con la pretensión de que se excluya a la clase supra-incluida. En todo caso, procedería efectuar primero un test de proporcionalidad respecto del beneficio de modo que si no lo supera se excluyan

a todas las clases. Cuando se verifique que el beneficio es proporcional, se estará en condiciones de analizar si, efectivamente, existe una clase supra-incluida en el beneficio. Si esto es infundado, entonces se declarará que la norma respeta la igualdad por tratar desigual a los desiguales, y si es fundado, la norma trata entonces desigual a los iguales y, en consecuencia, es violatoria de la igualdad. Ya se sabe que la igualdad ordena ser reparada ya sea excluyendo a la clase supra-incluida o incluyendo a la clase excluida. Lo único procedente, por ser la opción justa, es la primera, lo que puede hacerse mediante una declaración de invalidez.

Finalmente, en el caso de la *supra-inclusividad de una norma de perjuicio* el quejoso buscará desincorporarse de una situación que le perjudica argumentando que no tiene los méritos para pertenecer a ella, igual a otra categoría que se encuentra fuera. En el supuesto de que la norma no supere el juicio de proporcionalidad, debe concederse el amparo al quejoso porque se verificó una restricción injustificada a uno de sus derechos o a otro principio. Cuando supere este test, y se verifica que el quejoso tiene los méritos para estar incluido en el perjuicio, entonces procede declarar que la norma no viola la igualdad porque trata desigual a los desiguales; si, de lo contrario, el quejoso carece de los méritos, entonces la norma viola la igualdad por tratar desigual a los iguales. En este caso, la reparación válida será la exclusión del quejoso porque si se ordenara la incorporación de los excluidos, se darían efectos a la declaración de inconstitucionalidad por violación a la igualdad que, además de injustos, trascenderían a la esfera jurídica del quejoso.

En una acción de inconstitucionalidad este mismo caso también se abordaría, primero, desde la óptica de la proporcionalidad. Si la norma no supera el test, se declarará su invalidez con efectos generales. Si lo supera habrá entonces que revisar si viola la igualdad. Si la clase que se plantea como supra-incluida, por el contrario, merece estar en la situación desfavorable, la igualdad no se vulnera porque el legislador habrá tratado desigual a los desiguales. Si se confirma la supra-inclusividad, la reparación a esta violación a la igualdad, por trato desigual a los iguales, puede ser excluir a la clase supra-incluida o incluir a la excluida que no lo merece. Esta última opción no se corresponde con el sistema, pues no honra el principio que sigue la norma, mientras que la desincorporación de una clase del ámbito que no amerita no contrarresta el bien de ese principio, sino que, por el contrario, lo honra. Por tanto, el juez deberá optar solamente por la primera alternativa y declarar la inconstitucionalidad de la norma por lo que respecta de la inclusión de una clase que no amerita estar dentro de ella.

CONCLUSIÓN

El esfuerzo analítico realizado en esta última parte de la tesis ha permitido mostrar cómo los juicios de igualdad y de proporcionalidad podrían aplicarse, de manera autónoma y subsecuente, en el análisis de la constitucionalidad de una misma disposición legal.

La decisión de aplicar un juicio de proporcionalidad en un caso en el que lo único que se plantea es una violación a la igualdad es discutible. Pero, aun cuando pueden existir razones importantes que justifiquen no hacerlo, aquí se ha sostenido esta posibilidad bajo el principio de que debe evitarse incluir al quejoso en un beneficio que afecta de manera desproporcionada algún valor constitucional, o que se declare que debe permanecer incluido en una situación que merece, cuando finalmente, en el caso concreto, esta viola alguno de sus derechos.

En la primera parte del trabajo, ya se justificó por qué en todo caso el juicio de proporcionalidad debe aplicarse *previamente* al juicio de igualdad. Es por esto que, una vez determinada la proporcionalidad de la medida, ya sea en concreto o en abstracto, y que en respeto a la igualdad el quejoso debe incluirse en ella, no hay otro conflicto normativo que superar. La afectación que le pudiera causar a otro principio el que, como resultado de la resolución del caso concreto, al justiciable se le coloque en un beneficio ya habrá sido ponderada en el test de proporcionalidad primigenio.

Ahora bien, en un juicio de amparo solo se pueden aducir pretensiones razonables, es decir aquellas que trascienden favorablemente en la esfera jurídica del quejoso y a ninguna otra esfera. Por eso, en esta vía sería dable plantear razonablemente los cuatro casos generales de igualdad. Sin embargo, por razones de justicia, solo en dos de estos casos es factible obtener un pronunciamiento favorable, y por esa misma razón puede considerarse que el juicio de amparo, de entrada, solo es procedente en estos. Estos casos son la infra-inclusividad de una norma de beneficio y la supra-inclusividad de una norma de perjuicio. Si estos son fundados, el amparo tendrá como efecto, en el primer caso, incluir al quejoso en un beneficio que merece, y el segundo, excluirlo de un perjuicio que no merece. Las pretensiones razonables en los casos de infrainclusividad de una norma de perjuicio y suprainclusividad de una norma de beneficio implican la exclusión de un perjuicio merecido y la inclusión en un beneficio inmerecido. A diferencia de aquellas, estas consecuencias no son permisibles en justicia; por eso, frente a estos últimos planteamientos, en su caso, el juez solo declarará la inconstitucionalidad de las normas incidentalmente, no para beneficiar al promovente,

sino para que, a través de una declaratoria general de inconstitucionalidad posterior, se declare que debe incluirse a la clase infra-incluida en el perjuicio y excluirse a la clase supra-incluida del beneficio.

A diferencia de la del juicio de amparo, la procedencia de la acción de inconstitucionalidad, dado que no se rige por el principio de relatividad, no está sujeta a que solo se realicen planteamientos razonables, por lo que este medio podría declararse procedente, sin problema, para todos los casos generales de igualdad. Es más, la razonabilidad no opera en esta dimensión dado que las normas impugnadas, por lo general, no afectan la esfera jurídica de quien promueve la demanda. El accionante, sin embargo, solo podría realizar planteamientos justos respecto de cada uno de esos casos generales de igualdad y no hay límite formal para que la declaración de invalidez implique tanto las soluciones justas como las injustas. Sin embargo, por supuesto, se espera que estas últimas sean descartadas.

CONCLUSIÓN GENERAL

¿Qué transcendencia puede tener esta *Crítica de la igualdad en la ley* para el derecho? Sin menoscabo de que el lector siempre tenga la última palabra en este aspecto, se sugiere encontrar alguna en la dimensión práctica, de la justicia constitucional, y otra en la teórica, de los derechos fundamentales.

En la práctica, apreciar la distinción que se estableció entre la igualdad sustantiva y la igualdad formal contribuiría a generar resoluciones más óptimas tanto para los casos en que se plantean violaciones de igualdad formales, como para aquellos que involucran violaciones a derechos sustantivos pero que incorrectamente se plantean como casos de igualdad. Al proscribir del discurso constitucional la igualdad sustantiva y afianzar una idea autónoma de igualdad formal, se trata, nada más, de no dejar inauditos ciertos reclamos legítimos, tanto de igualdad como de otros principios, de hacer congruente la resolución del asunto con la pretensión efectivamente planteada.

Estudiar la violación a un derecho en lugar del reclamo de igualdad puede ser positivo a veces. El juicio de igualdad, conformado por estándares de proporcionalidad, pudiera satisfacer la pretensión del justiciable de que cierta norma que le perjudica no se le aplique. Si la norma, en el caso, no supera el juicio de proporcionalidad, ello satisfaría materialmente su pretensión. Pero desde ahí no puede ser asumido, sin mayor análisis, que los estándares de aquel juicio podrían servir para responder *cualquier* reclamo de igualdad, sin advertir si su naturaleza es formal o sustantiva.

El inconveniente de una aseveración así de descuidada se revela en un caso distinto donde el quejoso, por el contrario, busca, a través de un planteamiento formal, incluirse en una situación jurídica de beneficio (como el caso de la exención fiscal). Aplicar el juicio de proporcionalidad al régimen de beneficio aquí impugnado resulta un desastre que comienza desde que se corrompe la pretensión efectivamente planteada. Esto produce que cualquiera que sea el resultado de ese juicio, ya sea que la norma resulte proporcional o desproporcional, no se beneficiará al justiciable, y que él nunca sepa si merece o no incorporarse en la situación más favorecedora. Si el beneficio resulta desproporcional, no se puede incluir en él al quejoso ya que ello implicaría honrar un principio que se favorece desproporcionalmente, y si el beneficio resulta proporcional, ello equivale a decir solamente que no se trató de manera injustificada a las clases incluidas en el beneficio.

También es importante destacar la consecuencia negativa de emprender un estudio de igualdad cuando en el fondo lo que se plantea es la violación a un derecho: no se honra la fuerza normativa de los principios en juego. En agosto de 2015, el mismo Pleno de la SCJN, al resolver la

acción de inconstitucionalidad 101/2014, declaró la invalidez de la norma del estado de Veracruz que imponía a los pensionados la obligación de destinar una parte de sus pensiones a la reserva técnica y a gastos de administración del instituto de seguridad social de la entidad. El argumento total consistía en que esta norma daba un trato igual a los desiguales, entre a los pensionados y a los trabajadores activos. ¿En qué eran desiguales? Puede darse una miríada de razones, pero ninguna de ellas será válida para decidir si los pensionados deben o no aportar al sostenimiento del sistema de pensiones en el estado. Hasta la razón menos relevante puede generar una condición de desigualdad; al obtener de cualquier situación fáctica un deber de trato desigual, el Pleno incurrió en la falacia de derivar el deber ser del ser.

El inconveniente grave consistió en que, al estar tan enfocada la resolución del caso a resolver un supuesto problema de igualdad, no se justificó por qué el sostenimiento del sistema de pensiones era una razón insuficiente para cobrar aportaciones a los pensionados. Este principio de sustentabilidad de la seguridad social en Veracruz, que de suyo puede ser constitucionalmente legítimo, quedó inaudito. Para superarlo había que demostrar que la medida empleada para su consecución, respecto de los actualmente pensionados, era inadecuada o innecesaria o, finalmente, desproporcional. Pero nada de esto fue justificado.

Al final del trabajo, se dieron algunos elementos para articular los juicios de igualdad y de proporcionalidad. Una hipótesis relevante que se intentó demostrar desde el inicio es que el juicio de proporcionalidad, si se desea aplicar frente a un planteamiento formal de igualdad, debe ser previamente: primero, porque de ningún modo justificará la violación a la igualdad como se pretende bajo la lógica contraria, y segundo, bajo el principio de que ha de evitarse incluir al quejoso en un beneficio que afecta de manera desproporcionada algún principio o que este se mantenga incluido en una situación que merece, pero que viole algunos de sus derechos. Una vez determinada la proporcionalidad de la medida y que en respeto a la igualdad el quejoso debe incluirse en ella, no hay otro conflicto normativo que superar. La afectación que le pudiera causar a otro principio el que al justiciable se le coloque en un beneficio ya habrá sido ponderada en el test de proporcionalidad primigenio.

En otro contexto, la relevancia de esta tesis para la teoría de los derechos fundamentales es la concreción de la idea pura de la igualdad formal. Se intentó lograr el entendimiento del mandato de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales a salvo de la redundancia, y también de una manera que evita la falacia de derivar el deber ser del ser. Lo significativo de esta idea es que se presenta como la *única* oportunidad que tiene el derecho a la igualdad para existir en el discurso

moral y jurídico, como un reclamo autónomo y legítimo. Por eso, además de que de hecho se reclama, valía el esfuerzo de concretarla, de revisar todos sus alcances, a pesar de que la Suprema Corte haya declarado que un derecho como tal no podía existir.

La prueba más fiel de que la igualdad formal es un valor autónomo se encuentra en la posibilidad teórica de que implique soluciones injustas, aun cuando, en la práctica, lo más razonable sea que los jueces opten por aplicar las soluciones no conflictivas, para honrar los principios en juego. El que las exigencias conflictivas o injustas en realidad nunca se hagan cumplir no hace que estas dejen de ser parte del concepto de igualdad formal. Al aceptarse que la igualdad puede exigir tanto lo justo como lo injusto, se quita toda posibilidad de que sirva únicamente como regla de administración del principio que inspira la norma sobre la que se predica el respeto o violación a la igualdad. Así, para honrar un principio o finalidad, no debe decirse que hay que tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales en la norma, en tanto que esta regla puede exigir que la medida creada para la consecución de ese principio o fin no incluya a quien merece o incluya a quien no lo merece. Habría, en cambio, que hacerle justicia, darle a cada quien lo que merece. Entonces la justicia, a diferencia de la igualdad, sí sería una simple regla de administración del principio, un reclamo no autónomo, sino proveniente del propio principio.

El presente trabajo se insertó, pues, en el debate que levantó a principios de los ochentas el artículo de Peter WESTEN, *The empty idea of equality*, publicado en *Harvard Law Review*. El punto WESTEN consistió en que la igualdad era un concepto vacío que, en consecuencia, debía desaparecer del discurso moral y jurídico. Pero él indujo esta conclusión solo a partir de ejemplos, casos concretos, en los que, en efecto, solo debía resolverse si se violó o no un derecho. Eran casos en los que el juicio de igualdad aparecía evidentemente vacío y redundante. Su error, pues, fue creer que estos eran los únicos usos que podían darse a la igualdad.

Mientras la mayoría de los críticos de WESTEN defendió la idea sustantiva de la igualdad, en el presente trabajo se mostró otra de sus caras: la igualdad formal, que lleva a apelar a la razón de ser de la norma para determinar la igualdad y la diferencia entre dos clases de personas. El mecanismo básico de esta regla consiste, por tanto, en acudir primero a una condición normativa de igualdad y desigualdad entre las dos clases de personas que se comparan, para aplicar luego la consecuencia también normativa de darles un trato igual o distinto. No es una tautología puesto que un aspecto es la condición de igualdad y desigualdad y otro, aparte, la necesidad jurídica de dar un trato igual o desigual, la cual se activa a partir de dicha condición. Tampoco esta idea incurre en la

falacia de derivar el deber ser del ser pues aquella condición proviene de la razón de ser de la norma, por lo que participa de la misma naturaleza normativa que la del mandato de trato igual o desigual.

La referencia más común y primitiva de la igualdad formal puede encontrarse en el método analógico de interpretación de la ley. Con elementos doctrinales y jurisprudenciales, pero sobre todo con intuiciones de lo que conforme a la igualdad puede reclamarse contra una ley, en este trabajo se pretendió desenvolver aquélla idea tan básica hasta sus últimas consecuencias, sin importar el sistema jurídico y otros principios imaginables. De ahí que se hable de una construcción pura. El resultado, como se aprecia en la segunda parte, fue demasiado complejo: se descubre la ambivalencia normativa, se enumeran todos los casos de igualdad, clasificándolos en posibles y no posibles, se distinguen los casos posibles de la dimensión del trato igual a los iguales y de la dimensión del desigual a los desiguales, etcétera. Pero esto no fue por voluntad propia, sino acarreado por la misma naturaleza de las cosas. Esta parte se postuló como el corazón del trabajo, pues justifica todas las demás.

Sin embargo, el interés final de las ideas aquí expuestas no es que los jueces comprendan toda la complejidad de una teoría formalista de la igualdad sino que se reduce a que estos operadores pongan más cuidado en la pretensión efectivamente planteada, al distinguir entre un caso de principios sustantivos y uno de igualdad que, si existe, siempre será formal.

Si los jueces advierten que, en el fondo, lo que está en juego es un principio que aparecería restringido de manera injustificada, deben declarar inoperante el concepto de violación a la igualdad, por redundante, y plantear el caso como lo es: un conflicto entre principios y, en consecuencia, emprender un juicio de proporcionalidad. Si, por el contrario, no hay un derecho involucrado ni un principio que se limite desproporcionalmente, y lo que queda sea un reclamo de trato igual a los iguales o desigual a los desiguales a la luz de la razón de ser de la norma impugnada, los jueces, para responder de forma coherente al quejoso deben: o bien manifestar clara y directamente que no existe un derecho por el que se defiende tal pretensión, pues, de lo contrario, se violaría la libertad de configuración del legislador, o bien hacerle justicia al quejoso y analizar si conforme a la condición de igualdad o desigualdad que determina la razón de ser de la norma, merece o no estar incluido en la situación favorable en donde pretende ubicarse, o si merece o no que se le excluya de la norma desfavorable que no desea acatar.

FUENTES

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, colección El Derecho y la Justicia.
- ALCHOURRÓN, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, Colección mayor Filosofía y Derecho, 2002,
- ARISTÓTELES, *Ética nicomáquea*, trad. Julio Palli Bonet, Madrid, Gredos, Biblioteca Clásica, 89, 2003.
- BERLIN, Isaiah, "Equality", en Hardy, Henry (ed.), *Concepts and Categories*, Londres, Pimlico, 1999.
- BERNAL PULIDO, Carlos, *El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.
- _____, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3a, ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, colección Estudios constitucionales, 2007.
- BOBBIO, Norberto, *Igualdad y libertad*, trad. de Pedro Aragón Rincón, Barcelona, Ed. Paidós, Instituto de Ciencias de la Educación de la Universidad Autónoma de Barcelona, colección Pensamiento Contemporáneo, 2009.
- BURTON, Steven J., «"Empty Ideas": Logical Positivist Analyses of Equality and Rules», *The Yale Law Journal*, Vol. 91, No. 6, mayo, 1982, pp. 1136-1152
- CHEMERINSKY, Erwin, In Defense of Equality: A Reply to Professor Westen, *Michigan Law Review*, Vol. 81, núm. 3, enero, 1983, pp. 575-599
- CLÉRICO, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Eudeba, Facultad de derecho de la Universidad de Buenos Aires, serie Tesis, 2009
- D'AMATO, Anthony, "Is Equality a Totally Empty Idea? *Michigan Law Review*, Vol. 81, núm. 3, enero, 1983, pp. 600-603
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. Marta Guastavino, Barcelona, 2002
- _____, *Sovereign virtue. The theory and practice of equality*, Cambridge, Harvard University Press, 2002.

- GIMÉNEZ GLÜCK, David, *Juicio de igualdad y tribunal constitucional*, Barcelona, Bosch, 2004.
- GUASTINI, Riccardo, *Interpretar y argumentar*, Álvares Medina, Silvina (trad.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, Colección El Derecho y la Justicia, 2014
- HANS, Kelsen, *Introducción a la teoría pura del derecho*, trad. Emilio O. Rabasa, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1960.
- MARTINEZ ZORRILLA, David, *Metodología jurídica y argumentación*, Madrid, Marcial Pons, colección Filosofía y derecho, 2010.
- MORESO, José Juan, *La Constitución: modelo para armar*, Madrid, Marcial Pons, 2009.
- HUERTA OCHOA, Carla, Conflictos normativos, 2a., ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, núm. 142, 2007.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, colección Estructuras y procesos, serie Derecho, 2003.
- _____, «Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 22, septiembre-diciembre 1995.
- SARTORI, Giovanni, *Teoría de la democracia. 2. Los problemas actuales*, trad. Santiago Sánchez González, Madrid, Alianza Universidad, 2005.
- SCJN, *Noticia histórica de la publicación y difusión de la jurisprudencia*, 02/2015, [citado 19-03-15], Disponible en internet: <http://goo.gl/jSBbdS>.
- SABA, Roberto, (Des)igualdad estructural, en: Alegre, Marcelo y Gargarella, Roberto (coord.), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007.
- TUSSMAN, Joseph y tenBroek, Jacobus, “The Equal Protection of the Laws”, *California Law Review*, Vol. 37, núm. 3, Septiembre de 1949.
- WESTEN, Peter, «The Empty idea of equality», *Harvard Law Review*, vol. 95, núm. 3, enero 1982, p. 537-596.
- _____, «On "Confusing Ideas": Reply», *The Yale Law Journal*, vol. 91, núm. 6 May, 1982, pp. 1153-1165.
- _____, « The Meaning of Equality in Law, Science, Math, and Morals: A Reply », *Michigan Law Review*, Vol. 81, núm. 3, enero, 1983), pp. 604-663

JUDICIALES

SCJN-Segunda Sala, Amparo en revisión 555/96, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. IV, agosto de 1996, p.170.

SCJN-Segunda Sala, Amparo en revisión 1260/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVIII, octubre de 2008, p. 576.

SCJN-Segunda Sala, Contradicción de tesis 42/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXV, junio de 2007, p. 376

SCJN-Pleno, Amparo en revisión 307/2007, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXVII, abril de 2008, p. 805.

SCJN-Primera Sala, Amparo directo en revisión 988/2004, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXIV, septiembre de 2006, p. 77.

(s.n), *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, vol. 145-150, tercera parte, p. 58.

P./J. 112/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. X, noviembre de 1999, p. 19.

P./J.59/97, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. VI, septiembre de 1997, p. 5.

P. IV/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Pleno, t. XXVII, Febrero de 2008, p. 1343

1a. CXXXIV/2004, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XX, diciembre de 2004, p. 363.

1a. XLII/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIII, febrero de 2006, p. 642.

1a./J. 55/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIV, Septiembre de 2006, p. 75.

1a./J. 37/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVII, abril de 2008, p. 175.

2a./J.39/96, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época t. IV, agosto de 1996, p. 169.

2a./J.90/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXV, mayo de 2007, p. 807.

2a. LXXXII/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVII, Junio de 2008, p. 448

2a. LXXXIII/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, XXVII, Junio de 2008; p. 442.

- 2a. LXXXIV/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVII, Junio de 2008, p. 440
- 2a. LXXXV/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXVII, Junio de 2008, p. 439.
- 2a. LXXXVII/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época t. XXVII, Junio de 2008, p. 433).

LEGISLATIVAS

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Disponible en Internet:

<http://legislacion.scjn.gob.mx/LF/>.

Código Penal Federal, Disponible en Internet: <http://legislacion.scjn.gob.mx/LF/>.

Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados

Unidos Mexicanos; Disponible en Internet: <http://legislacion.scjn.gob.mx/LF/>

Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados

Unidos Mexicanos; Disponible en Internet: <http://legislacion.scjn.gob.mx/LF/>