

# Igualdad en la aplicación de la ley

Daniel Mendonça \*

*“Al día siguiente mi proceso fue juzgado en una cámara y lo perdí todo por un voto; mi abogado dijo que en otra cámara lo habría ganado todo por un voto”.*

Voltaire

*“De las leyes”, Diccionario filosófico.*

## 1. LA JUSTICIA COMO IGUALDAD

De acuerdo con una larga tradición filosófica, se considera que la justicia delimita y armoniza las pretensiones y los intereses en conflicto en la vida social. Aceptando la idea de que los problemas jurídicos son problemas de distribución, el postulado de justicia equivale a una demanda de igualdad en la distribución o reparto de los beneficios y las cargas. Tales beneficios o cargas a cuya distribución se alude pueden ser de diverso tipo, pero en todos los casos la idea de justicia exige una distribución igualitaria. Esta tradición asimila, así, la justicia a la igualdad: la justicia es la igualdad<sup>1</sup>.

La exigencia de igualdad, desde luego, no puede ser tomada en términos absolutos, en el sentido de imponer exactamente el mismo trato a todos, cualesquiera sean las circunstancias. Tal uniformidad absoluta no es lo que exige esta idea de justicia, pues la falta de reconocimiento de las diferencias relevantes significaría ubicar a todos en idéntica posición, cosa que nadie ha pretendido dentro de esta tradición. Por el contrario, no puede considerarse injusto, desde esta perspectiva, que se hagan distinciones, de manera que los beneficios y las cargas, los derechos y los deberes, sean distribuidos teniendo en cuenta circunstancias condicionantes. La exigencia de igualdad encierra únicamente la pretensión de que nadie, en forma arbitraria, sea sometido a un trato que difiera del que se acuerda a otros. Esta exigencia debe ser comprendida, por tanto, en un sentido relativo, es decir, como una exigencia de que los iguales sean tratados de la misma manera. En otras palabras, la exigencia de igualdad contenida en esta idea de justicia no está dirigida en forma absoluta a todos y a cada uno, sino a todos los miembros de una clase, determinados por ciertos criterios de relevancia. La justicia, en este sentido señalado, como pura demanda de igualdad, recoge una exigencia de racionalidad, en tanto que el trato acordado a una persona debe ser predeterminable por ciertos criterios establecidos en reglas dadas.

La idea de justicia viene a estar, de este modo, en oposición a la idea de arbitrariedad. Los términos “justa” o “injusta” cobran pleno sentido, bajo esta perspectiva, cuando se aplican para caracterizar la decisión tomada por un tribunal o por cualquier otra persona que deba aplicar una norma o un conjunto

---

\* Profesor de la Universidad Católica de Asunción, Paraguay; Profesor de la Universidad Pompeu Fabra (Barcelona, España).

1. Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, EUDEBA, Buenos Aires, 1977, página 261.

determinado de normas. Decir que una decisión es justa significa que ha sido tomada de manera regular, esto es, de conformidad con la norma o sistema de normas considerado. La idea de justicia se resuelve, en esta concepción, en la exigencia de que toda decisión sea el resultado de la aplicación regular e igualitaria de una norma general.

## **2. LA REGLA DE JUSTICIA**

La conexión entre la igualdad y la justicia se refleja en la llamada “regla de justicia” (o “principio de igualdad”), entendiendo por tal la norma según la cual se debe tratar a los iguales de un modo igual y a los desiguales de un modo desigual. Conviene subrayar que el llamado “problema de la justicia”, como valor social, no se reduce hasta agotarse en la regla de justicia.

Puesto que la regla de justicia se limita a requerir la aplicación igual de un determinado tratamiento, cualquiera que sea éste, se denomina a esta concepción de la justicia “formal”, ya que prescinde por completo de cualquier consideración de contenido. Es de observar que el instrumento más idóneo para hacer respetar la regla de justicia es la promulgación de normas generales y abstractas que establezcan cómo debe tratarse una categoría de sujetos o casos. En el supuesto de que existan normas semejantes, y la mayor parte de los sistemas jurídicos contemporáneos las contienen, el respeto de la regla de justicia, de la justicia formal, se resuelve en la aplicación imparcial de la ley. Aplicando la ley imparcialmente a todos los sujetos (o en todos los casos) que están (o caen) bajo la categoría regulada por la ley y según el tratamiento previsto, también se observa la regla de justicia que requiere que sean tratados de modo igual los sujetos (o casos) iguales. Desde esta perspectiva, la aplicación de la regla de justicia es lo mismo que el respeto a la legalidad.

La regla de justicia excluye, en definitiva, toda discriminación arbitraria, ya sea por parte del juez o por parte del legislador, siempre que por “discriminación arbitraria” se entienda una discriminación introducida (o no eliminada) sin justificación, es decir, en base a diferencias irrelevantes. La relevancia o irrelevancia se establece, desde luego, mediante una decisión valorativa y está, por lo tanto, históricamente condicionada.

## **3. JUSTICIA, IGUALDAD Y LEGALIDAD**

Esta concepción de la justicia, de la justicia formal, ha sido defendida en distintos ámbitos filosóficos por filósofos de gran prestigio. Ross, por ejemplo, ha sostenido que “la demanda de igualdad encierra únicamente la exigencia de que nadie, en forma arbitraria o sin razón suficiente para ello, sea sometido a un trato que difiera del que se acuerda a otra persona”<sup>2</sup>. Hart, por su lado, ha advertido que “podría decirse que aplicar con justicia una norma jurídica a distintos casos es simplemente tomar en serio la afirmación de que lo que debe aplicarse en los distintos casos es la misma regla general, sin prejuicio, interés o capricho”; esto constituye una “garantía de imparcialidad u objetividad,

---

2. Ross, Alf, *op. cit.*, página 263.

dirigidas a asegurar que el derecho será aplicado a todos aquellos casos, y sólo a aquellos, que son iguales en los aspectos relevantes señalados por el derecho mismo”<sup>3</sup>. Benn y Peters, por el suyo, han sostenido que “debemos admitir que un juez que aplica leyes raciales discriminatorias está impartiendo justicia, siempre que sus decisiones estén de acuerdo exclusivamente con la ley”<sup>4</sup>.

Como es fácil observar, el término “justicia” se identifica con “legalidad”, de modo tal que se dice “justa” una decisión tomada de conformidad con las leyes. Debe señalarse, pues, que la teoría formal de la justicia es, en este contexto, una teoría de y sobre la legalidad y no una teoría de y sobre la moralidad. No ha faltado, sin embargo, quien viera las cosas de otro modo. Lyons, por caso, ha sostenido que la teoría implica que siempre hay una objeción moral contra los funcionarios que se desvían de la ley, por inicuas que sean las leyes en cuanto a lo que exigen o permiten<sup>5</sup>. Este es, en mi opinión, un grave error. En rigor, sólo puede decirse que la teoría implica que siempre hay una objeción jurídica contra los funcionarios que proceden de tal manera en las circunstancias indicadas. El reproche que se formula al funcionario en tal caso es de carácter legal, en el sentido de no haber procedido conforme a la ley. Lyons tiene razón, no obstante, al afirmar que del hecho de que una persona ocupe un cargo público no puede inferirse que esté moralmente obligada a obedecer el derecho<sup>6</sup>. Pero nada hay en la teoría formal de la justicia que conduzca a la tesis de que existe un deber moral de observancia al derecho. Sus defensores han sido explícitos a este respecto<sup>7</sup>.

#### **4. HACIA UNA TEORÍA FORMAL DE LA JUSTICIA**

Las consideraciones precedentes nos permiten señalar los siguientes rasgos básicos de la teoría formal de la justicia<sup>8</sup>:

1) Esta teoría puede considerarse “formal” porque valora, en nombre de la justicia, la fidelidad a las normas jurídicas vigentes, sin tener en cuenta factores tales como su contenido, las consecuencias que origina obedecerlas, sus defectos o virtudes, o cualquier otra circunstancia relativa a su aplicación. La única condición es que el funcionario debe, por ley, acatar la norma en virtud del cargo que ocupa. Los que intentan explicar este punto de vista creen que los requisitos de la justicia formal descansan directamente en nociones tales como “procedimiento conforme a la ley” o “igual trato para casos iguales”, que constituyen la clave del concepto de justicia.

2) Esta teoría sostiene que la justicia de las leyes es independiente de la de su administración. La justicia formal explica esto afirmando que las leyes, justas o injustas, constituyen las pautas esenciales de la administración de justicia, al menos en el sentido de que actuar dentro de la ley es la condición necesaria para esa administración.

---

3. Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1977, página 200.

4. Benn, R. y Peters, S., *The Principles of Political Thought*, 1965, páginas 128-129.

5. Lyons, D., *Moral aspects of legal theory*, Cambridge University Press, Cambridge, 1993, página 19.

6. Lyons, D., *Ética y derecho*, Ariel, Barcelona, 1984, página 91.

7. Hart, H. L. A., *op. cit.*, páginas 251, 259 y 260.

3) Esta teoría no identifica la conformidad con la ley con toda la justicia, sino con la justicia referida a la administración de la ley y, en consecuencia, con la justicia relativa a la conducta de los funcionarios públicos.

4) Esta teoría sostiene que actuar dentro de la ley es una condición necesaria de la justicia en lo que respecta a su administración y, en consecuencia, cualquier desviación por parte de los funcionarios constituye una injusticia. La teoría implica que siempre hay una objeción jurídica contra los funcionarios que se desvían de la ley, por inicuas que sean las leyes en cuanto a lo que exigen o permiten, por terribles que sean las consecuencias de la obediencia de los funcionarios e independientemente de toda otra circunstancia. La teoría defiende, entonces, la opinión de que el desvío de los funcionarios con respecto a la ley es una clase de injusticia, cualesquiera sean las circunstancias.

5) Esta teoría supone que el requisito de tratar de manera igual los casos iguales significa que una vez que se trató un caso de una forma determinada, es forzoso tratar, en principio, los otros casos (iguales) de la misma forma. De esto al principio del precedente judicial no hay más que un paso, porque éste incluye el requisito de recurrir, en general, a las prácticas del pasado.

6) Esta teoría requiere que el trato a dispensar a los casos actuales y futuros sea igual al trato dispensado a los casos anteriores. En ese sentido, la teoría tiene un sesgo “conservador”, en la medida que impone la exigencia de continuar una línea decisoria determinada, una vez establecida. Esta restricción puede interpretarse como basada en la necesidad o la conveniencia de continuar como antes, en cuanto a las decisiones adoptadas.

7) Esta teoría aumenta la seguridad jurídica al hacer predecible el contenido de la resolución judicial. La sumisión del juez a la regla de justicia persigue precisamente esa finalidad propia del Estado moderno, que es hacer previsible *ex ante* la actuación de la administración de justicia mediante la predeterminación de sus contenidos.

8) Esta teoría aumenta la eficiencia de la administración de justicia al evitar la duplicación de los esfuerzos. Al exigir igual trato para casos iguales, la teoría justifica que el juez del caso actual omita volver a reflexionar y evaluar el trato correspondiente al tipo de caso sometido a decisión.

9) Esta teoría restringe la discrecionalidad judicial en la medida en que impide que casos iguales sean resueltos de manera desigual por un mismo juez o por varios jueces, evitando así un factor de diversificación del que puede resultar que la ley no sea igual para todos.

Cada uno de los rasgos señalados tiene importancia a los efectos de evaluar la teoría: el rasgo (1) especifica el carácter de la teoría y permite diferenciarla de toda teoría material de la justicia; el rasgo (2) delimita el ámbito de la teoría, permitiendo distinguir dos contextos de consideración de la justicia: la justicia en la producción del derecho y la justicia en la administración del derecho; el rasgo (3) es, en buena medida, consecuencia de los rasgos anteriores y evidencia que la teoría es relativa sólo a la conducta de los funcionarios públicos; el rasgo (4) especifica el tipo de reproche o crítica de que puede ser objeto el funcionario que se aparta de la regla de justicia establecida; el rasgo (5) señala la vinculación de la teoría con la técnica del precedente, bajo alguna de sus formas; el rasgo (6) advierte que la teoría tiende a mantener una actitud de

deferencia hacia las decisiones del pasado; los rasgos (7), (8) y (9) muestran las consecuencias positivas de la teoría, pues destacan que ella tiende a producir un aumento de la seguridad jurídica, de la eficiencia judicial y de la uniformidad de las decisiones.

## **5. LA TEORÍA EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA**

La teoría formal de la justicia ha sido acogida, en buena medida, aunque no con el mismo alcance, por los más altos tribunales de numerosos países. Mencionaré a continuación algunos ejemplos representativos de dicha recepción e indicaré los mecanismos empleados para la protección de la igualdad en la aplicación de la ley.

1) *Estados Unidos*. Como es sabido, en la Constitución norteamericana el principio de igualdad se halla contenido en la Enmienda XIV, párrafo 1, donde dice: “Ningún estado (...) denegará a persona alguna bajo su jurisdicción la igual protección de las leyes”. Este principio, conocido como “Cláusula de igual protección”, opera de manera concordante con las Enmiendas XIII y XV, relativas a la esclavitud y al voto. De acuerdo con la Suprema Corte, la cláusula de igualdad requiere razonabilidad en las clasificaciones administrativas. El caso tradicionalmente citado por la doctrina constitucional en cuanto a la violación de la igualdad en la aplicación de la ley es el remoto caso *Yick Wo vs. Hopkins*, de 1886; en él, la Suprema Corte sostuvo que determinadas ordenanzas del municipio de San Francisco eran aplicadas en contra de peticionantes chinos “con una interpretación tan desigual y opresiva que llegan a constituir una denegación en la práctica por parte del Estado del principio de igual protección de las leyes”<sup>9</sup>. Esta doctrina nunca ha sido modificada por la Suprema Corte. El modelo norteamericano de la “cláusula de igual protección”, bajo su interpretación doctrinal y jurisprudencial, es elocuente para mostrar que la igualdad supone igualdad en la aplicación de la ley e igualdad en el contenido de la ley.

2) *Argentina*. La Corte Suprema Argentina también ha considerado la cuestión de si se produce violación de la igualdad ante la ley en los casos de diferentes interpretaciones jurisprudenciales. El Tribunal ha seguido un criterio restrictivo en esta materia, admitiendo la impugnación sólo cuando la decisión contradictoria con otras reviste interés institucional, a la luz de otras garantías o exhibe el vicio de la arbitrariedad. La Corte Suprema sostiene, siguiendo el precedente *Rovengo*, de 1955, que la garantía constitucional de la igualdad no se ve afectada por fallos contradictorios de tribunales locales, alegando que se trata de una consecuencia natural de la facultad de juzgar que tienen los jueces en aplicación del derecho común. En casos de cuestiones contradictorias de Cámaras Federales, ha admitido la impugnación en el caso *Mercedes Benz*, de 1963, en el que se invocaba la jurisprudencia contradictoria respecto de una cuestión procesal en materia penal, considerada por la Corte como cuestión

---

8. Lyons, D., *op. cit.*, nota 6, páginas 13-40 y 102-118; Schauer, F., “Precedent”, *Stanford Law Review*, vol. 39, 1987, páginas 595-602.

9. Tribe, Laurence, *American Constitutional Law*, The Foundations Press, New York, 1988, página 1483.

de interés institucional. Cuando se trata, en cambio, de jurisprudencia contradictoria entre fallos de una Cámara Federal y una Cámara Local donde ella tiene su asiento, la Corte entiende, como ocurrió en el caso *Angellini*, de 1961, que la primera debe tomar en cuenta la interpretación de esta última. Cuando se trata de diferentes Salas de un mismo Tribunal, la Corte mantiene, en general, la doctrina de que la decisión discordante sólo es impugnabile cuando no se hace cargo explícitamente de los precedentes contradictorios e incurre así en arbitrariedad, como se muestra en los casos *Da Silva*, de 1959, y *Zaracho*, de 1962. La Corte Suprema Argentina defiende, en suma, una posición restrictiva respecto de la jurisprudencia contradictoria de diferentes tribunales, alegando que ella no afecta necesariamente a la igualdad ante la ley<sup>10</sup>.

3) *España*. La justicia constitucional española, por su lado, ha admitido progresivamente que la regla de igualdad ante la ley contenida en el artículo 14 de la Constitución produce efectos significativos al tiempo de la aplicación de la ley, bajo la observación específica de que ya no se trata de que la ley sea general e impersonal, sino que su aplicación por los poderes públicos encargados de esa tarea se haga sin excepciones ni consideraciones personales. De acuerdo con la tesis del Tribunal Constitucional, la regla general de la igualdad ante la ley contenida en el artículo citado contempla, en primer lugar, la igualdad en el trato dado por la ley o la igualdad en la ley y constituye, desde este punto de vista, un límite puesto al ejercicio del poder legislativo, pero es asimismo igualdad en la aplicación de la ley, lo que impone que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable<sup>11</sup>.

## 6. RECONSIDERANDO LA REGLA DE JUSTICIA

Más allá de la aparente sencillez de la regla de justicia, existen controversias en la filosofía acerca de cómo debe ser interpretada<sup>12</sup>. Una interpretación extendida de la regla consiste en considerarla una norma que prescribe que los casos iguales deben ser tratados de manera igual, salvo que exista razón suficiente para variar el trato<sup>13</sup>. Así concebida la regla, ella contendría tres elementos: 1) un estándar de conducta, 2) un criterio de igualdad, y 3) una condición de excepción. Analizaré por separado cada elemento.

1) *Estándar de conducta*. “Tratar los casos iguales de manera igual” es una de las formulaciones típicas de la regla de justicia, aunque no la única. En

---

10. Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, páginas 441-442.

11. Suay Rincón, J., *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1985, páginas 185-90.

12. Williams, Bernard, “La idea de igualdad”, en *Problemas del yo*, UNAM, México, 1986, página 301.

13. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, página 395; Ross, Alf, *op. cit.*, página 263; Nino, Carlos Santiago, *op. cit.*, página 411.

ocasiones, en lugar de aludir a “casos” se alude a “personas” y, en lugar de calificarlos como “iguales”, se los califica como “similares”, “semejantes”, “idénticos” o “parecidos”. En este contexto, el contexto de la igualdad en la aplicación de la ley, tomaré la opción de aludir a “casos” y no a “personas”; asimismo, emplearé el término “iguales” en lugar de alguno de los términos alternativos señalados, con los cuales guarda diferencias significativas en las que no me detendré. Trataré, en cambio, de precisar el sentido de la regla.

Está claro que el principio de justicia impone una exigencia, en el sentido de que expresa un deber. También parece claro que el tratamiento exigido se vincula, en este ámbito, a la resolución o decisión de casos, donde el término “casos” debe entenderse en el sentido de casos individuales. Conviene tener presente que el término “caso” es ambiguo, tanto en el lenguaje jurídico como en el lenguaje común, pues alude a casos genéricos (abstractos) y a casos individuales (concretos)<sup>14</sup>. De este modo, la expresión “tratar casos iguales” debe entenderse en el sentido de decidir o resolver casos individuales que comparten determinadas propiedades consideradas relevantes, en base a determinados criterios de relevancia. La noción de igualdad es, a este respecto, una noción relativa (relativa, al menos, a dos casos) y comparativa (comparativa de determinadas propiedades consideradas relevantes): el caso individual *C1* es igual al caso individual *C2*, respecto de la propiedad *P*. Decir que dos casos son iguales no equivale, pues, a afirmar que son idénticos; decir que dos casos son iguales equivale a afirmar que, a pesar de no ser idénticos, hacemos abstracción de sus diferencias, las dejamos de lado y tomamos como relevantes ciertas propiedades<sup>15</sup>.

Por su lado, la expresión “igual trato” guarda relación con una decisión (o resolución) uniforme, en el sentido de no hallarse sujeta a variación de un caso a otro, siendo ambos casos iguales. Es importante señalar que toda variación de trato de un caso a otro, bajo el supuesto de que ambos sean casos iguales en lo que respecta a las propiedades relevantes, supone una alteración de la igualdad. Esto, sin embargo, no debe llevar a confusión respecto de la idea de que existen supuestos en los cuales, aceptada la igualdad de los casos en cuestión, se justifica o se admite un cambio de trato, en base a determinadas razones (i.e. un cambio de trato justificado). En otros términos: una cosa es que dos casos sean desiguales, y que por ello reciban tratos desiguales, y otra muy distinta es que dos casos sean iguales y que, a pesar de ello, reciban tratos desiguales en base a determinadas consideraciones que justifican la desigualdad de trato. Este es el momento en que aparece la idea de arbitrariedad, entendida como cambio de trato no justificado. Muchas veces se ha dicho que la demanda de igualdad encierra la exigencia de que ningún caso, sin razón suficiente para ello, sea sometido a un trato que difiera del que se acuerda a otro caso igual<sup>16</sup>. Se afirma que aplicar con justicia una norma es, simplemente, aplicar la misma norma general en los distintos casos, sin prejuicio, interés o capricho. Este proceder representa una garantía de imparcialidad dirigida a asegurar que el

---

14. Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1974, página 58.

15. Guibourg, Ricardo, “Igualdad y discriminación”, *Doxa*, 19, 1996, páginas 87-88.

16. Ross, Alf, *op. cit.*, página 263.

derecho será aplicado a todos aquellos casos, y sólo a aquellos casos, que son iguales en los aspectos relevantes señalados por el derecho mismo<sup>17</sup>.

2) *Criterio de igualdad*. El estándar establecido requiere todavía alguna observación adicional. Sucede que hay innumerables procedimientos para calificar de iguales o desiguales los casos, ya que cualquier serie de éstos comparte ciertas propiedades y deja de compartir otras y, mientras no se establezca qué aspectos son relevantes, el estándar será una mera fórmula vacía. Por eso, el estándar debe complementarse con algún criterio que determine si los casos son, en realidad, iguales o no. Así, si bien el estándar constituye un elemento central en la idea general de justicia formal, es en sí mismo incompleto y, mientras no se lo complementa con algún criterio adicional, no puede proporcionar una guía específica de conducta<sup>18</sup>. Para completar el estándar debemos poder determinar cuándo, para los fines en mira, los casos han de ser considerados iguales y cuándo no. Dicho en pocas palabras: es necesario algún criterio para determinar si un caso ha de ser considerado igual a otro.

Es obvio que no todas las propiedades son relevantes para la caracterización de un caso. La selección de las propiedades relevantes es, en buena medida, un problema valorativo. Si ciertas propiedades parecen ser totalmente irrelevantes para el caso, ello es así solamente porque existe un consenso más o menos unánime en un determinado grupo social acerca de ciertos valores. Pero este es un hecho contingente. Los criterios empleados para identificar las propiedades relevantes varían, por lo común, en función del tiempo y la cultura<sup>19</sup>. Pero el hecho de que los criterios de relevancia dependan de determinado contexto cultural e histórico no supone que, dentro de ese contexto, los juzgadores puedan seleccionar con total libertad las propiedades relevantes, pues existirán en él ciertas propiedades cuyo carácter relevante será incontestable, debiendo el juzgador considerarlas<sup>20</sup>.

En el ámbito de la aplicación del derecho, la selección de las propiedades relevantes se halla, en realidad, mucho más acotada de lo que parece. Ya Hart había advertido que, cuando consideramos la justicia o injusticia en la aplicación del derecho a casos particulares, “las semejanzas y diferencias que debe tener en cuenta el que administra el derecho están determinadas por el derecho mismo”<sup>21</sup>. Esto es lo que ha llevado a Barry a sostener que la exigencia de aplicar las leyes en forma no discriminatoria “equivale a decir que las decisiones se deben tomar de acuerdo con la ley: que sólo las características de la situación reconocidas por la ley deben tener parte en la determinación del caso”<sup>22</sup>. Y así como hay propiedades que el juzgador debe considerar relevantes, hay otras que no puede considerar relevantes a los efectos de caracterizar el caso, por imperio del derecho mismo. En determinados supuestos, la consideración de ciertas propiedades como relevantes se halla prohibida o vedada al juzgador (por ejemplo, sexo, raza, religión)<sup>23</sup>.

---

17. Hart, H. L. A., *op. cit.*, página 200.

18. Hart, H. L. A., *op. cit.*, página 198.

19. Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *op. cit.*, página 33; Schauer, F., *op. cit.*, página 578.

20. Schauer, F., *op. cit.*, página 587.

21. Hart, H. L. A., *op. cit.*, páginas 199-200.

22. Barry, B., *La justicia como imparcialidad*, Paidós, Barcelona, 1997, página 308.

23. Guastini, R., *Distinguendo*, Giappichelli, Torino, 1996, páginas 158-9.

3) *Condición de excepción*. Se halla difundida la idea de que el trato desigual exige razones, es decir, que las diferencias, la conducta no sistemática, los cambios de trato, necesitan justificación. Se admite, en general, que el estándar de conducta antes considerado incluye una cláusula de excepción conforme a la cual el trato de un caso respecto de otro puede variar, si se ofrece para ello razón suficiente. La noción de “razón suficiente”, sin embargo, puede abarcar cualquier tipo de situación y, por eso mismo, no es digna de confianza. Sólo se puede superar esta desconfianza aclarando cuáles son razones suficientes para excepcionar el estándar y por qué lo son. La consideración de una razón determinada como razón suficiente dependerá, desde luego, de los puntos de vista y de las escalas de valores de las diferentes personas, y de los fines de determinada institución. Mientras algunas desigualdades son condenadas, otras son toleradas, lo cual parece indicar que determinados valores, aparte de la igualdad, afectan a los ideales hasta de los más fervientes defensores de aquél. Parte de lo que entendemos por “racionalidad” consiste, precisamente, en aplicar, combinar, reconciliar, elegir entre principios generales, de manera tal que no se puede dar a ésta una explicación teórica o una justificación completa<sup>24</sup>. La igualdad es un fin entre muchos y el grado en que es compatible con otros fines depende de la situación concreta<sup>25</sup>.

Cuando se afirma que la exigencia de igualdad puede ser excusada en base a “razones suficientes”, la posibilidad de un análisis racional, a este respecto, se esfuma, en gran medida. La suficiencia de las razones depende, en general, del grado de importancia atribuido a los propósitos aducidos o las consecuencias consideradas para justificar las excepciones, y éstos varían conforme se modifican las convicciones o los puntos de vista generales de las personas o de las sociedades<sup>26</sup>.

## **7. LA INJUSTICIA FORMAL Y SU PRUEBA**

Sobre la base anterior, determinar la vulneración de la regla de justicia, tal como ha sido concebida, supone probar que, siendo iguales los casos en consideración, ha existido variación injustificada en el trato de un caso a otro, esto es, en la decisión de un caso y otro. La cuestión merece alguna consideración adicional. Analizaré los extremos por separado.

1) *Igualdad de casos*. La prueba de la igualdad de los casos  $C1$  y  $C2$  exige mostrar que, admitidas como relevantes las propiedades  $P1, P2, \dots Pn$ , en base a determinado criterio de relevancia  $K$ , los casos  $C1$  y  $C2$  presentan las propiedades relevantes  $P1, P2, \dots Pn$ , identificadas en base al criterio de relevancia  $K$ .

2) *Desigualdad de trato*. La prueba de la desigualdad en el trato exige mostrar que el caso  $C1$  ha recibido en la decisión  $D1$  la solución  $S1$  y que el caso  $C2$  ha recibido en la decisión  $D2$  la solución  $S2$ , siendo  $S1$  y  $S2$  soluciones diferentes.

---

24. Berlin, Isaiah, “La igualdad”, en *Conceptos y categorías*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1983, páginas 149-151.

25. Berlin, Isaiah, *op. cit.*, página 169.

26. Berlin, Isaiah, *op. cit.*, página 72.

3) *Variación injustificada*. La prueba del carácter injustificado de la variación exige mostrar uno de dos extremos: (1) que no se ha ofrecido razón alguna que justifique la variación de trato de los casos *CI* a *C2*, o bien (2) que se ha ofrecido una razón *R* (o un conjunto de razones) para justificar la variación de trato de los casos *CI* a *C2*, pero que *R* no constituye una razón suficiente para justificar el cambio. Distinguiré estos dos supuestos bajo la denominación estipulativa de “arbitrariedad” (supuesto 1) y “discriminación” (supuesto 2).

Por los que llevamos dicho, el extremo (1) supone la elección de determinado criterio de relevancia que permite identificar las propiedades relevantes del caso, elección no siempre libre de controversias. El extremo (2) es, relativamente, menos conflictivo, pues se vincula, simplemente, a la solución asignada por las decisiones respectivas a cada caso (por ejemplo, derechos, obligaciones, prohibiciones). El extremo (3) es, sin duda, el más conflictivo. He señalado antes que la noción de razón suficiente resulta extremadamente esquiva, por lo que la posibilidad de un control objetivo a este respecto resulta, en gran medida, ilusoria. También he advertido con antelación -y lo repito por su trascendencia- que la suficiencia de las razones depende, en general, del grado de importancia atribuido a los propósitos aducidos o a las consecuencias consideradas para justificar las excepciones, y que estos varían conforme se modifican las convicciones o los puntos de vista generales de las personas o de las sociedades.

Por cierto, las categorías introducidas en el apartado 3), relativas a la variación del trato, pueden ser complementadas y mejor comprendidas del siguiente modo: bajo los supuestos admitidos, es posible distinguir cuatro categorías o formas de trato: (1) trato igualitario, consistente en tratar casos iguales de manera igual, (2) trato arbitrario, consiste en tratar casos iguales de manera desigual sin razón alguna, (3) trato discriminatorio, consistente en tratar casos iguales de manera desigual con razón insuficiente, y (4) trato diferencial, consistente en tratar casos iguales de manera desigual con razón suficiente. Las categorías (3) y (4) son y serán, la mayoría de las veces, real o potencialmente, categorías “sospechosas”, no libres de disputas. Ante casos de trato discriminatorio o diferencial, será necesario ejercer un control riguroso de las razones invocadas para la justificación del cambio de trato de un caso a otro.

Por lo general, cuando los jueces pretenden dispensar un trato diferenciado, alegan que, “en realidad”, los casos en consideración no son iguales, invocando para ello un criterio de relevancia diferente del empleado hasta entonces (bajo el criterio de relevancia *K1* los casos *CI* y *C2* son iguales, pero no lo son bajo el criterio de relevancia *K2*, prevalente sobre el anterior). Esto supone, obviamente, un cambio en la caracterización del caso actual, pues las propiedades relevantes ya no son las consideradas en la caracterización del caso anterior, sea porque ha sido suprimida, incluida o reemplazada alguna. Esta reconstrucción lleva a sostener que, en rigor, lo que se ha hecho es tratar casos desiguales de manera desigual. Los jueces modifican muchas veces las normas de este modo, sobre todo cuando consideran que su aplicación llevaría a soluciones injustas o indeseables ante el cambio de circunstancias económicas, políticas o sociales. Cuando proceden de esta manera lo hacen de forma encubierta, alegando que se trata de otra interpretación de la misma norma y

que el texto legal ha permanecido invariable. Pero, si se acepta que las normas se formulan (o pueden ser formuladas) en un lenguaje y que las normas no son un conjunto de signos lingüísticos, sino el significado que esos signos expresan, entonces conviene distinguir entre la formulación de la norma y la norma: la formulación de la norma es una entidad lingüística y la norma es el significado expresado por esa formulación. Así, la misma norma puede ser expresada por dos o más formulaciones y una misma formulación puede expresar dos o más normas distintas, si tiene más de un significado. Consiguientemente, si el significado de la formulación depende de la interpretación, otra interpretación supone otro significado, y si se ha modificado el significado de la formulación, se ha modificado la norma<sup>27</sup>.

La explicación anterior permite mostrar, por cierto, que, cuando un mismo texto legal es objeto de dos interpretaciones contrapuestas, es como si se aplicaran a los casos considerados leyes distintas, no obstante estar en igualdad de situación en cuanto a las propiedades relevantes, lo que puede vulnerar la regla de justicia y afectar la garantía de igualdad<sup>28</sup>.

## **8. EL PRECIO DE LA JUSTICIA O EL VALOR DE LA IGUALDAD**

He señalado antes que, de alguna manera y en alguna medida, la teoría formal de la justicia conduce a la adopción de un mecanismo mediante el cual la decisión de un caso precedente influye en la decisión de un caso sucesivo. Esto constituye, al menos, una variante de la técnica del precedente. Como la expresión “precedente” posee en el lenguaje jurídico distintos significados, conviene precisar con cuál de ellos la teoría formal de la justicia se halla comprometida. El término “precedente” tiene, entre otros, los siguientes significados, no necesariamente excluyentes: (1) decisión previa a otra, (2) decisión de especial importancia, (3) decisión que debe ser tomada en cuenta, (4) decisión que es tomada en cuenta, (5) decisión adoptada en forma constante, (6) decisión adoptada por diversos tribunales. Pues bien, la noción a la cual se halla vinculada la teoría formal de la justicia queda recogida en una combinación de los sentidos (1), (3) y (5), algo así como una técnica que exige adoptar y mantener en forma constante una decisión previa.

La igualdad en la aplicación de la ley se alcanza, precisamente, mediante esta técnica, que atribuye fuerza vinculante, más o menos intensa, según los casos, a una decisión con que el mismo u otro tribunal ha resuelto previamente los casos iguales al que se plantea. La técnica opera, según el caso, en un doble sentido: vertical y horizontal. En el primer sentido exige que los tribunales inferiores resuelvan según el criterio sentado por los tribunales superiores, aunque la fuerza del precedente, tal como ha quedado definido, varíe según la clase de tribunal de que se trate, para llegar a ser, incluso, inexcusablemente vinculante cuando se trata del criterio establecido por los tribunales que ocupan las posiciones más altas en la organización judicial. En el segundo sentido exige que los tribunales resuelvan según el criterio sentado por sus propias

---

27. Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, páginas 442-445.

28. Nino, *op. cit.*, página 443.

decisiones anteriores, aunque no necesariamente a las de otros tribunales de igual rango. Con esta técnica de vinculación vertical y horizontal, pero sobre todo con la primera, se asegura, en buena medida, una justicia uniforme y estable orientada desde los más altos tribunales de la organización judicial. Cuando la técnica admite a los más altos tribunales apartarse de sus precedentes, con mayor o menor libertad, según el caso, garantiza también la evolución del derecho judicial<sup>29</sup>. La técnica bien puede incluir, además, un procedimiento destinado a uniformar la interpretación y aplicación de la ley entre distintos órganos de igual jerarquía. Esta técnica compleja admitiría, desde luego, diferencias significativas relacionadas con factores como la organización de la administración de justicia, la ideología judicial y el sistema de recursos procesales.

En cuanto a la fuerza vinculante de las decisiones que sirvan de referencia, cabría considerar una escala gradual que, teniendo en sus extremos, respectivamente, la obligación incondicionada de sujeción y la discrecionalidad judicial absoluta, incluya la obligación condicionada a determinados factores tasados legalmente<sup>30</sup>. En general, la técnica podría basarse, tal como la interpretación jurisprudencial de la regla de justicia propone, en una regla con excepciones claramente especificadas.

El costo institucional de la adopción de una técnica semejante sería, en realidad, sumamente bajo, pues no quedaría afectada la independencia judicial, la división de poderes o principio alguno de carácter fundamental de la organización democrática<sup>31</sup>. La igualdad ante la ley merece, en todo caso, el precio a pagar por ella.

---

29. De Otto, I., *Derecho constitucional*, Ariel, Barcelona, 1987, páginas 290-291.

30. Taruffo, M., "Dimensioni del precedente giudiziario", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, No 2, 1994, páginas 426-428.

31. De Otto, *op. cit.*, páginas 299-303.