

Igualdad ponderada

El principio general de la igualdad como una norma doble*

Weighted equality. The general principle of equality as a double standard

Carsten Bäcker¹

Autor:

¹Doctor por la Universidad Christian Albrecht de Kiel, Alemania
Profesor de la Cátedra de Derecho Público, Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho de la Universidad de Bayreuth, Alemania.
carsten.baecker@uni-bayreuth.de

Recibido: 18/04/2025

Aprobado: 01/07/2025

Publicación online: 14/07/2025

*Este texto es una traducción parcial del artículo en alemán: Bäcker, C. (2025), Gewogene Gleichheit. Der allgemeine Gleichheitssatz als Doppelnorm. En C. Bäcker, M. Borowski, & J.R. Sieckmann, *Grundlagen der demokratischen Verfassung. Festschrift für Robert Alexy zum 80. Geburtstag*. Mohr Siebeck (en prensa)

Traducción:

Arnulfo Daniel Mateos Durán
arnulfo.daniel.mateos.duran@edu.unige.it

Cómo citar/ how to cite:

Bäcker, C. (2025). Igualdad ponderada. El principio general de la igualdad como una norma doble. *Chornancap Revista Jurídica*, 3(1), 25–33.
<https://doi.org/10.61542/rjch.149>

Licencia:

Este trabajo es de acceso abierto distribuido bajo los términos y condiciones de la Licencia Creative Commons Attribution ([CC BY 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/))



© 2025 Carsten Bäcker

© 2025 Arnulfo Daniel Mateos Durán

RESUMEN

Este artículo ofrece un análisis del derecho a la igualdad reconocido en el artículo 3 de la Ley Fundamental de Alemania, en diálogo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal. A diferencia de una visión reducida del principio de igualdad como simple mandato de trato igual, se propone una lectura que lo concibe como una norma dual o doble: una que impone la obligación de tratar de manera igual a quienes se encuentran en situaciones equivalentes, y otra que exige un trato diferenciado cuando las circunstancias lo justifican. Esta concepción permite comprender mejor la estructura del derecho a la igualdad como un principio que no prohíbe toda desigualdad, sino solo aquella que resulta arbitraria o injustificada. En este sentido, el artículo analiza cómo esta doble dimensión del principio de igualdad repercute en la aplicación del test de proporcionalidad, particularmente en la fase de ponderación, donde se deben equilibrar los intereses en juego a la luz del mandato de igualdad sustantiva. Se argumenta que solo reconociendo esta naturaleza compleja del derecho a la igualdad es posible asegurar una protección efectiva frente a la discriminación, así como una adecuada fundamentación de las distinciones normativas en contextos constitucionales.

Palabras clave: Igualdad; Tribunal Constitucional; Norma; Ponderación; Proporcionalidad.

ABSTRACT

This article offers an analysis of the right to equality recognized in Article 3 of the German Basic Law, in dialogue with the jurisprudence of the Federal Constitutional Court. In contrast to a reduced view of the principle of equality as a simple mandate for equal treatment, it proposes a reading that conceives of it as a dual or double rule: one that imposes an obligation to treat equally those in equivalent situations, and another that requires differential treatment when circumstances justify it. This conception allows a better understanding of the structure of the right to equality as a principle that does not prohibit all inequality, but only that which is arbitrary or unjustified. In this sense, the article analyzes how this dual dimension of the principle of equality affects the application of the proportionality test, particularly in the weighing phase, where the interests at stake must be balanced in light of the mandate of substantive equality. It is argued that only by recognizing this complex nature of the right to equality is it possible to ensure effective protection against discrimination, as well as an adequate substantiation of normative distinctions in constitutional contexts.

Keywords: Equality; Constitutional Court; Norm; Weighting; Proportionality.

Introducción

Los derechos de igualdad han adquirido en las últimas décadas, al menos en Alemania, un significado cada vez mayor en la práctica de la jurisprudencia. Bajo la Ley Fundamental se ha convertido el derecho general a la igualdad en un derecho fundamental al establecimiento de la igualdad, más allá del ya reconocido vínculo a la igual aplicación del derecho. El Tribunal Constitucional Federal Alemán (BVerfGE) ha conceptualizado el derecho general a la igualdad como un parámetro jurídico ambiguo, el cual le ha permitido al legislador tener un margen de discrecionalidad amplio. Así el Tribunal constitucional desarrolló la famosa “fórmula de la arbitrariedad”¹. Por lo cual no se puede objetar a través de los derechos de igualdad un trato desigual por parte del legislador en tanto el legislador no haya actuado de manera arbitraria. El legislador no actúa de manera arbitraria, cuando puede hacer valer una razón material aclaradora para el trato desigual. Más adelante, el tribunal refinó este parámetro significativamente para moldearlo en una nueva fórmula que puede ser denominada como la “fórmula del peso”. Por lo tanto, un trato desigual es entonces justificado, cuando puede ser sustentado a través de razones de tal tipo y peso que puedan compensar el peso del trato desigual². En un posterior desarrollo, el tribunal pasó de una escala móvil entre la fórmula de la arbitrariedad y la fórmula del peso a un total control intensivo sustancial³. Recientemente el Tribunal constitucional ha incitado al legislador (entre otros) —en una serie de decisiones durante el cambio de siglo y a partir de tal entendimiento del derecho a la igualdad— a una ampliación de la igualdad de las parejas del mismo género, la cual fue implementada por el legislador por medio de la incorporación en el derecho civil del llamado “matrimonio para todos”.

Sin embargo, quedan muchas dudas respecto al derecho a la igualdad desde una perspectiva de la dogmática de los derechos fundamentales. Existen muchos temas objeto de debate, entre estos, la dimensiones de los derechos fundamentales (derechos de defensa, derechos de prestación y derechos de participación), la relación del enunciado de igualdad y el enunciado de desigualdad, la aplicación del principio de proporcionalidad, la reconstrucción de la teoría de principialista, la vinculación de los enunciados particulares de igualdad en la arquitectura del examen de igualdad, la relación entre derechos de igualdad y derechos de libertad, etc. Construcciones dogmáticas comprensivas y convincentes del derecho de igualdad hacen todavía falta. Una razón se encuentra en que la estructura de los derechos de igualdad es completamente distinta a los derechos de libertad. Los derechos de libertad pueden reconstruirse, a través de la teoría de los principios, como principios constitucionales, los cuales pueden ser llevados a una ponderación con otros principios constitucionales en colisión. El derecho general a la igualdad exige el tratar igual a iguales y de manera desigual a desiguales. Por lo que existen aquí dos principios inherentes en contraposición: el principio del trato igualitario y el principio del trato desigual. El derecho a la igualdad exige que ambos principios (es decir, las razones para el trato igualitario y aquellas para el trato diferenciado) sean llevados a un ajuste. Un trato desigual está entonces permitido, cuando las razones para un trato igualitario no superen aquellas para un trato diferenciado —y viceversa—. El derecho a

¹ Puede consultarse: BVerfGE 1,14 (p. 52): El enunciado de igualdad es lesionado en ambas variantes “cuando no se puede encontrar una razón justificada, derivada de la naturaleza del caso o materialmente aclaradora, para el trato legal diferenciado o trato igualitario”; véase, además, BVerfGE 61, 138 (p. 147); BVerfGE 68, 237 (p. 250); BVerfGE 83, 1 (p. 23); BVerfGE 89, 132 (p. 141).

² De hecho, en BVerfGE 55, 72 (pp. 88-89), se ha precisado que, el derecho a la igualdad sería “entonces lesionado, sobre todo, cuando un grupo de destinatarios normativos es tratado diferente en comparación otro grupo de destinatarios, a pesar de que entre ambos grupos no existan diferencias de tal tipo y peso que podrían justificar el trato desigual”; jurisprudencia vigente desde entonces.

³ Consúltese: BVerfGE 126, 400 (p. 419): “A partir del enunciado general de igualdad se derivan —dependiendo del objeto a regular y rasgos diferenciadores— diferentes límites, los cuales pueden abarcar desde una relajada prohibición de arbitrariedad hasta una fuerte vinculación a los requisitos de proporcionalidad”.

la igualdad es desde este punto de vista constituye tanto una razón como una contra-razón. Esta estructura será a analizada a continuación.

1. El análisis estructural: La doble estructura normativa y la ponderación

Dentro de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán se exige, desde la perspectiva de los derechos de igualdad, que “lo esencialmente igual sea tratado igual y lo esencialmente diferente se tratado de manera diferente” (Bühner, 2023, p. 88)⁴. Esta comúnmente repetida fórmula de la simetría⁵ será el motivo para dar un nuevo vistazo a la estructura fundamental del enunciado de igualdad anclado en el art. 3, párr. 1 de la Ley Fundamental de Alemania. Por lo que primero se considerará la relación entre igualdad y desigualdad antes de que se recomiende una reconstrucción del principio general de igualdad en un modelo de norma doble. Finalmente, se integrarán los importantes enunciados de igualdad del art. 3, párr. 2 y 3 de la Ley Fundamental en esta estructura fundamental.

1.1. La igualdad y la desigualdad

Según Radbruch (1932), “La igualdad es (...) siempre sólo una abstracción de desigualdades existentes bajo un determinado punto de vista” (p. 32).

El legislador debe considerar a continuación la desigualdad existente cuando quiera establecer reglas generales⁶. La alternativa a este trato abstracto creador de igualdad, en el que inevitablemente yace el peligro de una desproporcionalidad para casos particulares, sería el gobierno únicamente de decisiones para casos particulares –situación en donde, sin embargo, se encontraría, volviendo a Radbruch (1932), “no derecho, sino arbitrariedad” (p. 183)–. El no considerar tal derecho basado en el caso concreto corresponde el *proprium* del trato igualitario ante la ley. La igualdad ante la ley está establecida en el art. 3, párr. 1 de la Ley Fundamental, comprendiendo la igualdad en la aplicación del derecho.

El enunciado general de igualdad, tal como el tribunal constitucional lo expresa en la fórmula de la simetría, presupone que siempre sean consideraras tanto las similitudes, así como las diferencias relevantes de los grupos afectados por las normas en la aplicación del derecho⁷. Un rasgo de igualdad es relevante, en el sentido de la aplicación del derecho, cuando es (o debe ser) significativo para el cumplimiento del supuesto jurídico de la ley o cuando la consecuencia jurídica de la ley es proporcional. Un trato desigual, en relación con un grupo comparativo relevante, no puede ser justificado cuando las razones para un trato igualitario prevalezcan. Del mismo modo, un trato igualitario puede no ser justificado, cuando las razones para un trato desigual

⁴ De igual forma puede revisarse en BVerfGE 161, 163 (p. 252, número marginal 239), jurisprudencia vigente; más pruebas sobre la jurisprudencia.

⁵ Sobre esta fórmula clásica, Alexy (1985, p. 360, en la nota 14), con referencias a Platón y Aristóteles; hace mención al “pensamiento central de justicia” del derecho a la igualdad mantenido en BVerfGE 3, 58 (p. 135) –respecto a los trasfondos de la idea detrás de esta fórmula en la jurisprudencia. De igual forma lo indica Bühner (2023, p. 36)

⁶ Así lo concibe Bumke y Voßkuhle (2020, número marginal 452), al indicar que: “Tratar de manera igual a todas aquellas personas, las cuáles no se distinguen conforme al parámetro”; en concordancia con BVerfGE 71, 255 (p. 27): “La comparación de situaciones de vida (...), las cuáles no concuerdan nunca en todo, pero solamente en algunos elementos”.

⁷ Del mismo modo, Pöschl (2008) señala: “Debido a que cada trato igualitario y desigual debe satisfacer las exigencias del mandato de igualdad, por ello, cada norma constituye un caso de aplicación del enunciado de igualdad, y hay casos en los que se deben contrastar” (p. 426).

prevalezcan⁸. El peso gravoso de un trato igualitario se desprende de las razones de peso para un trato diferenciado, y el peso gravoso de un trato desigual, por su parte, de las razones de peso para un trato igualitario⁹.

1.2. La estructura fundamental del enunciado general de la igualdad

El enunciado de igualdad es, por consiguiente, determinado a través del mandato del reajuste de dos metas normativas contrarias: El trato igualitario de iguales, por un lado, y el trato diferenciado de desiguales, por el otro. El enunciado general de la igualdad contiene así no sólo una, sino dos normas¹⁰: Por un lado, el mandato del trato jurídico igualitario de circunstancias similares (“prohibición de diferenciación”) conforme a su igualdad, y, por el otro, el mandato trato jurídico diferenciado de circunstancias distintas conforme a su diferencia (“mandato de diferenciación”) ¹¹. Debido a que entonces estas dos normas deben contraponerse en la aplicación de un caso o un grupo comparativo, cuando existen razones relevantes a favor o en contra de la diferenciación con miras en el supuesto de hecho o la consecuencia jurídica de la ley, y siempre pueden darse fundamentalmente razones relevantes en favor o en contra de una diferenciación —de manera segura, cuando se agregan más grupos comparativos— despliegan ambas normas primero mandatos tentativos de aplicación en el caso concreto, los cuales además son de manera necesaria estructuralmente contrarios al referirse a grupos comparativos¹².

La particularidad central del enunciado general de igualdad frente a otros grupos de casos de derechos fundamentales —en los cuales los derechos de libertad u otros bienes jurídicos de rango constitucional deben ponderarse— se encuentra en que el examen de los derechos de igualdad resulta de un necesario reajuste del mandato de igualdad y el mandato de trato diferenciado. Una práctica concordancia¹³ de mandatos concurrentes constitucionales se busca siempre dentro de la disposición misma que contiene el enunciado de igualdad¹⁴. De

⁸ Revisese, BVerfGE 161, 163 (p. 253), donde se precisa que:

En las disposiciones formales de trato igualitario, es aplicable el enunciado general de igualdad en su modalidad como mandato diferenciador, cuando a través de éste se ordena normativamente una diferenciación gravosa. Al contrario, el art. 3, párr. 1 de la Ley Fundamental es implementado en su modalidad de mandato diferenciador, cuando la diferenciación gravosa descansa en diferencias fácticas de las situaciones de vida a regular. (número marginal 241).

⁹ Criterio que puede leerse en BVerfGE 9, 201, indicándose:

Como ya lo ha mencionado el tribunal constitucional federal alemán en variadas ocasiones, el enunciado general de igualdad, contenido en el art. 3, párr. 1 de la Ley Fundamental, es afectado, cuando el legislador falla en observar igualdades o desigualdades fácticas de las situaciones de vida a regular, las cuales son importantes, ya que éstas deben ser observados desde una perspectiva orientada a la idea de justicia. (p. 206)

Con las mismas palabras, pero más desarrollado, lo encontramos en BVerfGE 23, 12 (p. 25). Por consiguiente, las igualdades y desigualdades siempre pueden tener un importante significado.

¹⁰ Impreciso en este aspecto, BVerfGE 161, 163 (p. 252, número marginal 239), cuando se trata solamente de “mandato” (singular) en el sentido de la jurisprudencia: “el tratar igual lo esencialmente similar y diferente lo esencialmente distinto”. Un mandato puede exigir tanto un trato igualitario como un trato diferenciador; cuál de las dos variantes es exigida concretamente, es determinada a través de la ponderación, a la luz de la observación de los principios tanto del trato igualitario como del trato diferenciador.

¹¹ Relativo a las dos caracterizaciones puede verse BVerfGE 161, 163 (p. 253, número marginal 241).

¹² Estos mandatos tentativos y contrarios del enunciado de igualdad pueden ser entendidos como mandatos de optimización en el sentido de la teoría de los principios de los derechos fundamentales. Relativo a los derechos fundamentales como principios y los principios como mandatos de optimización, véase fundamentalmente, Alexy (1985, p. 71). En tanto los principios, conforme a su esencia, se encuentran vinculados al principio de proporcionalidad, según Alexy (2011, p. 3), se debe llevar a cabo en toda aplicación del enunciado de igualdad una ponderación de estos dos principios conforme a los parámetros del test de proporcionalidad (en sentido amplio). Una excepción de esto, algo en el marco de un control de arbitrariedad reducido, no sería justificada esta estructura fundamental de los derechos de igualdad; por lo tanto, ésta es solamente aceptable como una reducción.

¹³ Por ejemplo, Hesse (1995, número marginal 318) señala: “La tarea de la práctica concordancia exige la ‘proporcional’ asignación de derechos y bienes jurídicos limitadores de derechos; se trata de llevar “a ambos a una efectividad optima”.

¹⁴ Puede verse BVerfGE 161, 163 (p. 253), donde se precisa:

manera estructural, cada examen de igualdad exige por ello el reajuste de dos mandatos contrarios en sí¹⁵. Respecto a la estructura fundamental del examen de los derechos de igualdad se puede decir entonces: Las razones para un trato igualitario y un trato diferenciado deben ponderarse entre sí; independientemente de si un trato igualitario o un trato diferenciador se encuentra en discusión¹⁶.

Cuando dos razones deben ser ponderadas, entonces sus pesos (relativos) debe ser determinados¹⁷. El colocar los pesos en la balanza de la igualdad presupone así el responder dos preguntas previas¹⁸:

- (1) Ponderación: ¿Cuáles factores son relevantes para la ponderación de la igualdad?
- (2) Peso: ¿Cuál peso les deviene a los factores materiales relevantes in el contexto dado?

Estas dos preguntas, acerca de la ponderación y del peso, no delinean ninguna especificidad de la dogmática de los derechos de igualdad; en cambio, plantean preguntas generales como aquéllas que se presentan en otros derechos fundamentales¹⁹. Respuestas a estas preguntas deben ser ofrecidas en primera instancia por el legislador. No obstante, el Tribunal constitucional tiene que analizar, cuando le es pedido, estas respuestas conforme al parámetro constitucional. El mandato de la aplicación igualitaria de la ley cuenta como parte de este parámetro.

1.3. Particularidades del enunciado de la igualdad del art. 3 de la Ley Fundamental como una regla de la ponderación

El examen constitucional en la aplicación del derecho no está limitado al enunciado general de la igualdad. En cambio, puede y debe orientarse en los parámetros específicos contenidos en la Constitución. Por tal motivo hay que dar una mirada a los enunciados particulares del art. 3, párr. 2 y 3 de la Ley Fundamental, en los cuales se encuentran prominentes parámetros. A estos les corresponde un significado importante tanto para la ponderación como para el peso, estos contienen lineamientos constitucionales que deben ser observados para la ponderación interna de los derechos de igualdad.

El art. 3, párr. 2, enunciado 1 de la Ley Fundamental regula la igualdad entre mujeres y hombres²⁰. Por ello, debe quedar claro dentro del examen de igualdad que un trato legal desigual entre las mujeres y hombres

Como mandato diferenciador, el enunciado general de igualdad no es por ello lesionado, cuando el legislador no lleva cabo diferenciaciones, las cuales tiene permitido realizar. No obstante, éste lesiona el derecho fundamental de igualdad, cuando falla en observar desigualdades fácticas de situaciones de vida a regular, las cuales son tan importantes, que debe considerarlas. (número marginal 241)

¹⁵ Por lo que en nada cambia, cuando no hay razones relevantes para un trato igualitario o diferenciado de dos grupos con miras en el fin de la regulación. Sin embargo, en este aspecto no habría razones en contra a colocar en la ponderación —lo cual facilita la ponderación, o, mejor dicho, hace superflua en los hechos la ponderación en su totalidad para el análisis del mandato de igualdad concreto—.

¹⁶ Así se indica en BVerfGE 161, 163 (p. 265, número marginal 280): “En el punto de partido de estos mismos criterios”.

¹⁷ Con la fórmula del peso de Alexy (2003, p.783), pueden precisarse los factores a colocar en la ponderación: Se trata del peso abstracto y el peso concreto, así de la cuestión de la certidumbre empírica y normativa. El peso abstracto del mandato del trato igualitario y diferenciado se debe observar fundamentalmente de manera idéntica. Sin embargo, es reconocido de vez en cuando una prioridad del principio del trato igualitario; por ejemplo, Alexy (1985, p. 372), cuando éste permita de manera suficiente la permisión de un trato igualitario, no obstante, exija un mandato para el trato desigual. Esta prioridad se refleja en un peso abstracto más alto. El peso concreto se mide a partir de los factores relevantes para el trato igualitario o desigual, así como su ponderación (“intensidad”). La certidumbre se refiere a la cuestión de con cuánta certeza son precisas las consideraciones normativa y empíricas de la intensidad.

¹⁸ Véase, BVerfGE 103, 242 (p. 258): “Forma y medida”.

¹⁹ Relativo a la estructura de la aplicación del derecho en la forma de la ponderación, a diferencia de la subsunción, así como más respecto al concepto de ponderación. (Bäcker, 2019, p. 321).

²⁰ A diferencia del art. 3, párr. 3 de la Ley Fundamental (género), el tribunal constitucional adjudica (BVerfGE 85, 191 [p. 206]); véase también, BVerfGE 108, 64 (p.90) a esta norma una dirección hacia futuro (la cual desde 1994 se muestra claramente en el art. 3, párr.

no puede ser sencillamente justificado, ya que las mujeres y los hombres en ciertos aspectos son en los hechos desiguales. Aquí se encuentra una restricción de la ponderación permitida de derechos igualdad: Art. 3, párr. 2, enunciado 1 de la Ley Fundamental se refiere a una elección negativa de las razones relevantes para la justificación de tratos desiguales²¹. La desigualdad fáctica entre mujeres y hombre es, por ello, descartada jurídicamente como una razón justificada, que le asigne o prive derechos a uno u otros grupos. De manera breve: La justificación de un trato desigual entre mujeres y hombres está constitucionalmente prohibido debido a su desigualdad fáctica.

Sin embargo, el Tribunal constitucional no identifica en esta prohibición un efecto estricto. En cambio, el tribunal recurrentemente ha fijado como “permitido o llanamente necesario” el aceptar diferencias jurídicas vinculadas a “una diferencia biológica” entre mujeres y hombres —por ejemplo, la protección a la madre—. ²² La restricción a la ponderación, formulada de manera absoluta en el texto de la Ley Fundamental, se debilita en una restricción fundamental o tentativa²³. Aquí se refleja la necesidad ponderar los parámetros de los derechos de igualdad.

El art. 3, párr. 2, enunciado 2 de la Ley Fundamental contiene una excepción constitucional directa a la prohibición tentativa de justificar un trato desigual debido a las características de ser mujer u hombre. Cuando un trato legal desigual funge como una eliminación de una desventaja existente, puede y debe ser justificado el trato desigual entre mujer y hombre con esta diferencia fáctica. No obstante, el requisito es que la diferenciación y el trato desigual ordenado se encuentren en una relación contextual (contraria), el trato diferenciado exigido debe servir para la eliminación o disminución del trato desigual existente. Así, es reconocida la “implementación fáctica de la igualdad” como factor relevante para el trato diferenciado, el cual se contrapone al mandato de trato igualitario constitucional. La restricción a la ponderación, —formulada como regla, pero del mismo modo tentativa— del art. 3, párr. 2, enunciado 1 de la Ley Fundamental cede ante el caso especial del enunciado 2: Un trato diferenciado existente da constitucionalmente a un futuro trato diferenciado de jurídicamente iguales —motivado en la eliminación de aquel trato diferenciado— un mayor peso frente al mandato general de trato igualitario de jurídicamente iguales²⁴.

2, enunciado 2 de la Ley Fundamental): “El enunciado ‘los hombres y las mujeres son iguales’ no solamente busca erradicar normas jurídicas vinculadas a ventajas y desventajas de los rasgos de género, sino se aplicada hacia el futuro de la igualdad de los géneros”.

²¹ De manera distinta, por ejemplo, Jarras y Pieroth (2024, Art. 3 número marginal 4) señalan: “Sin embargo, sobre todo la categorización de los derechos especiales de igualdad, particularmente el trato igualitario de mujeres y hombres, no ha sido justificado su significado independiente como una mera justificante de restricción del enunciado general de la igualdad”.

²² Véase ahora, BVerfGE 3, 225 (p. 242): “No requiere mayor indicio, que en el ámbito del derecho de familia están permitidas o son necesarias regulaciones específicas con miras en las diferencias biológicas objetivas (por ejemplo, todas las disposiciones para la protección de la mujer como madre)”. Esto es también válido en el derecho laboral con base en las “particularidades biológicas de la mujer” (BVerfGE 92, 91 [p. 98]; BVerfGE 84, 9 [p. 17]; BVerfGE 74, 163 [p. 179]; BVerfGE 71, 224 [p. 229])

²³ Desde una perspectiva de la teoría de los principios esto puede formularse de la siguiente manera: A partir las restricciones formales a las ponderaciones del art. 3, párr. 2, enunciado 1 de la Ley Fundamental se desprende, en la interpretación del tribunal constitucional, una extensión del peso; a partir de la meta-regla de la ponderación de derechos de igualdad se desprende una adición para el trato igualitario del correspondiente principio de igualdad. Lo anterior, formulado de otra manera: Son necesarias razones de peso importante para justificar excepcionalmente un trato diferenciado vinculado a una diferencia biológica entre mujeres y hombres como tal.

²⁴ Con el modelo de norma doble puede decirse, sin embargo, que esta posibilidad de justificación permanece de todos modos, por lo que el art. 3, párr. 2, enunciado 2 de la Ley Fundamental (1949) puede verse como meramente declaratorio. Un contenido normativo independiente del art. 3, párr. 2, enunciado 2 le corresponde solamente en la medida que se pueda observar una orden de trato igualitario para el Estado, dirigido a que adopte un trato diferenciado para ajustar una diferencia existente —para el Estado existe una carga argumentativa, cuando éste no ataque regulativamente diferencias existentes—.

El art. 3, párr. 3 de la Ley Fundamental contiene una serie de restricciones a ponderaciones generalmente formuladas como reglas. Estas excluyen ciertos rasgos que pueden ser empleados como justificación para el trato diferenciado²⁵. También estas prohibiciones constitucionales directas se pueden reconstruir como meras tentativas: Su restricción, al igual que en el caso de las libertades sin reservas de ley, es considerada como justificada para la protección de derecho constitucional en colisión²⁶. Las restricciones a la ponderación del art. 3, párr. 2 de la Ley Fundamental deben ser consideradas de tal modo, en tanto no excluyan constitucionalmente la relevancia del rasgo para el trato diferenciado, como una extensión del peso a favor del trato igualitario dentro de la ponderación de los derechos de igualdad.

Conclusiones

El enunciado general de igualdad se caracteriza por una estructura doble de parámetros contradictorios, por un lado, el mandato de trato igualitario y, por el otro, el mandato de trato diferenciado. Siempre se exigirá lo contrario:²⁷ El trato igual de grupos comparativos, en la medida que sean relevantemente similares, y el trato diferenciado de estos grupos, en tanto sean relevantemente diferentes.²⁸ Este dualismo de la igualdad es una peculiaridad en la dogmática de los derechos fundamentales. Los derechos de libertad no poseen ninguna dualidad de metas normativas contradictorias que se le parezca, ya que estos pueden ser ponderados sin más en las colisiones con otros bienes y derechos. Esta peculiaridad poco abordada,²⁹ que acertadamente puede ser descrita como una “cabeza de Jano” del enunciado de igualdad,³⁰ podría ser una consecuencia fundamental de las dificultades dogmáticas al manejo de los derechos de igualdad.³¹

El modelo aquí presentado de los derechos de igualdad toma en cuenta esta estructura doble. El trato igualitario y el mandato del trato diferenciado pueden ser entendidos como la normalización de metas

²⁵ Una diferencia fundamental entre los enunciados particulares de igualdad del art. 3 de la Ley Fundamental podría existir, ante el trasfondo del modelo normativo doble, en que al art. 3, párr. 3 de la Ley Fundamental le corresponda solamente relevancia para las razones en contra del mandato de trato igualitario (“Nadie puede ser discriminado o favorecido”), en cambio, el art. 3, párr. 2 de la Ley Fundamental también es aplicable para el mandato de trato desigual (“Los hombres y las mujeres son iguales ante la ley; por lo tanto, estos pueden tratados diferentemente, en la medida que no sean iguales en los hechos”).

²⁶ De la misma forma, Bumke & Voßkuhle (2020, número marginal 504).

²⁷ El estatus normativo-lógico de ambos mandatos contradictorios puede aclararse de manera formal: Ambos mandatos (Op) pueden transformarse en permisos (Pp) y prohibiciones (Fp). El mandato de un trato igualitario (Op) es correspondiente a la prohibición de tratar desigual (F¬p) así como el no permitir el no tratar de manera igual (¬P¬p). El mandato de un trato diferenciado (O¬p) es así entendido de manera diferente, como lo muestra la observación de las formulaciones equivalentes: La prohibición de tratar igual (Fp) y la no-permisión de tratar igual (¬Pp). La permisión de un trato diferenciado (P¬p) es respectiva normativo-lógicamente a ¬F¬p y ¬Op. Primero, (¬Op) se comporta contradictoriamente al mandato de trato igualitario (Op), mientras que el mandato de trato diferenciado es meramente contrario a este mandato (O¬p).

²⁸ En esta dirección en BVerfGE 161, 163 (p. 253, número marginal 241) se afirma: “Éste [conforme al legislador] lesiona, sin embargo, el derecho a la igualdad, cuando falla en observar desigualdades fácticas de situaciones de vida a regular, las cuales son tan importantes, que debe considerarlas”.

²⁹ Como afirma Pöschl (1997, p. 426): “El trato igualitario y el trato diferenciado son al mismo tiempo garantizados y restringidos. A diferencia de la libertad y la intervención, estos tratos no se encuentran en una relación de regla y excepción, en cambio, entran como polos opuestos de misma importancia. Por lo que no surge una relación de tensión en el enunciado de igualdad, cuando el interés constitucionalmente protegido es confrontado con otro interés fuera del derecho a la igualdad; ya que el enunciado de la igualdad garantiza al mismo tiempo la garantía de dos ‘intereses’ contrarios, dicho de otra manera, posee una relación de tensión en su núcleo”. En la dirección de un modelo dual de mandato de optimización, se encuentra Borowski (2018), quien subraya la posibilidad de una “colisión interna” (p. 483); en contrario, Bühner (2023, p. 231) rechaza el modelo normativo doble, aquí denominado como “modelo simétrico”.

³⁰ Tal como lo indicara en su momento Pöschl (1997, p. 426).

³¹ Relativo a una recopilación de las diferentes construcciones dogmática, puede verse los escritos de Kempny y Reimer (2017), particularmente, también el ilustrativo resumen de la discusión a través de los editores (p. 169).

contradictorias, que pueden y deben ser ponderadas, porque estos siempre pueden ser satisfechos, es decir, como mandatos principialistas estructuralmente en colisión. La colisión del mandato del trato igualitario y el mandato del trato diferenciado³² es resuelta a través de una ponderación entre las razones para el trato igualitario y aquellas para el trato diferenciado.³³ Cuando las razones para el trato igualitario superan a aquellas del trato diferenciado, entonces, se da prioridad al trato igualitario. En cambio, cuando las razones para el trato diferenciado superen a las del trato igualitario, se da entonces prioridad al trato diferenciado.

Referencias

- Alexy, R. (1985). *Theorie der Grundrechte* [Teoría de los derechos fundamentales]. Nomos.
- Alexy, R. (2003). *Gewichtsformel* [Formas de peso]. En J. Joachim et al. (ed.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein* [Obra conmemorativa de Jürgen Sonnenschein]. De Gruyter Brill.
- Alexy, R. (2011). *Grundrechte und Verhältnismäßigkeit* [Derechos fundamentales y proporcionalidad]. En S., Utz; E., Christian, E., & S., Sönke (eds.), *Festschrift für Edzard Schmidt-Jorzig* [Libro conmemorativo dedicado a Edzard Schmidt-Jorzig]. C.F. Müller.
- Bäcker, C. (2019). *Juristisches Begründungen. Subsumtion und Ponderation als Grundformen der Juristischen Mehtodenlehre* [Fundamentos jurídicos. La subsunción y la ponderación como formas básicas de la metodología jurídica], *Juristische Schulung*, 59(4), 321-327.
- Bühner, T. (2023). *Das allgemeine Ungleichbehandlungsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG*. [El mandato general del trato desigualdad consagrado en el artículo 3.1 de la Ley Fundamental]. Verlag Dr. Kovac.
- Bumke, C., & Voßkuhle, A. (2020). *Casebook Verfassungsrecht* [Libro de Casos de Derecho Constitucional] (8va. ed.). Mohr Siebeck.
- Hesse, K. (1995). *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland* [Fundamentos del Derecho Constitucional de la República Federal de Alemania] (20ª. ed.). C.F. Müller.
- Jarass, H., & Pieroth, B. (2024). *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: GG* [Ley Fundamental de la República Federal de Alemania: GG] (18va. ed.). C.H. Beck.
- Kempy, S., & Reimer, P. (eds.) (2017). *Gleichheitssatzdogmatik heute* [Dogmática del principio de igualdad en la actualidad]. Mohr Siebeck.
- Pöschl, M. (1997). *Über Gleichheit und Verhältnismäßigkeit* [Sobre igualdad y proporcionalidad]. *JBL*, 119(7), 413- 434.
- Pöschl, M. (2008). *Gleichheit vor dem Gesetz* [Igualdad ante la ley]. Springer.
- Radbruch, G. (1932). *Rechtsphilosophie* [Filosofía del derecho] (3ra. ed.). Quelle und Meyer.
- Spitzlei, T. (2015). *Die Gesetzgebungstechnik der Pauschalierung und ihre verfassungsrechtliche Bewertung* [La técnica legislativa de la fijación de tarifas fijas y su valoración constitucional]. Nomos.
- Voesch, G. (2023). *Gleichheit und Verhältnismäßigkeit* [Igualdad y proporcionalidad]. Nomos.

³² Relativo a la discusión sobre la existencia y uso del mandato diferenciador o de trato diferenciado, véase, Bühner (1997, p. 123), que agrupa en tres tesis las objeciones dogmáticas contra un mandato general de trato diferenciado: la “tesis de la singularidad”, la “tesis de la superfluidad” y la “tesis de la redundancia”, a los que contraponen su “tesis de la suplementariedad” (p. 220). Puede verse, además, Spitzlei (2015, pp. 274-391; 324-346); desde la perspectiva de la teoría principialista, véase, Voesch (2023, pp. 298-302).

³³ En ese mismo sentido, BVerfGE 161, 163 (p. 253, número marginal 239), para el mandato de trato igualitario: “Las diferencias requieren siempre de una justificación a través de razones materiales que sean proporcionales a la meta y medida del trato diferenciado”.

Financiación

El presente trabajo es autofinanciado.

Conflicto de interés

El autor del trabajo declara no tener ningún conflicto de intereses en su realización.

Contribución de autoría

El autor realizó el recojo, el análisis y la interpretación de datos para el trabajo; asimismo, la redacción del trabajo.