



Roberto Islas Montes (México)*

El caso distinto: un caso para el juez constitucional**

RESUMEN

Clasificar los casos en fáciles y difíciles no es adecuado porque pretende una aplicación irrestricta de la ley y por ello no reconoce otros elementos que comúnmente son utilizados en la solución de los casos sometidos a la consideración de los jueces. Una clasificación que reconozca como propios los principios da motivo a una clasificación tricásica al incluir el caso distinto, que debe ser resuelto por el juez constitucional. Esta clasificación se justifica en razón de que no siempre todos debemos ser tratados igual, sino que habrá momentos en los que necesitemos ser tratados en forma diferente, y es sobre los principios de trato igual y trato diferente precisamente que lo que cobra importancia es el sujeto.

Palabras clave: derechos fundamentales, aplicación de la ley, sentencia normativa, jurisprudencia comentada, principio de trato justo, Europa.

ZUSAMMENFASSUNG

Die Einteilung in einfache und schwierige Fälle ist insofern unangemessen, als sie auf der Annahme der uneingeschränkten Anwendung des Gesetzes beruht und daher andere Elemente außer Acht lässt, die normalerweise bei der Lösung der Fälle zur Geltung kommen, die den Richtern zur Entscheidung vorgelegt werden. Dagegen bietet eine Einteilung nach Grundsätzen die Möglichkeit zur Unterscheidung von drei Fällen, indem sie die Kategorie des abweichenden Falls vorsieht, der in die Zuständigkeit des Verfassungsgerichts fällt. Diese Einteilung ist deshalb berechtigt, weil nicht alle Fälle zu jeder Zeit gleich zu behandeln sind, sondern es vielmehr Momente gibt, in denen eine differenzierte Behandlung erforderlich ist. Die Bedeutung des Themas ergibt sich aus den Grundsätzen von Gleichbehandlung und unterschiedlicher Behandlung.

Schlagwörter: Grundrechte, Rechtsanwendung, normierendes Urteil, kommentierte Rechtsprechung, Grundsatz der fairen Behandlung, Europa.

* Catedrático en la Universidad Autónoma de Querétaro. <puelo888@hotmail.com>

** Agradezco al doctor Rodolfo Vázquez y al doctor Bernardo Romero Vázquez, así como a la maestra Martha Elena Soto Obregón, sus comentarios. Claro está que los desaciertos en este trabajo de investigación solo son mi responsabilidad.

ABSTRACT

Classifying cases into easy and difficult is not proper because this entails an unrestricted application of the law, and therefore it does not recognize other elements that are commonly resorted to for the solution of the cases submitted to courts. A classification that recognizes principles of its own allows for a three-case classification by including the different case that must be solved by the constitutional judge. This classification is justified because we are not always bound to be treated equally, and there are times in which we need to be treated differently. And it is precisely under the principles of equal and different treatment where the individual becomes important.

Keywords: fundamental rights, law enforcement, rule setting judgment, annotated jurisprudence, principle of fair treatment, Europe.

1. Introducción

Mucho se ha dicho sobre los casos fáciles y los casos difíciles. Dworkin, por ejemplo, señala que cuando un asunto sometido a la consideración de un juez no se puede subsumir claramente en la hipótesis establecida en la ley estaríamos hablando de un caso difícil.¹ El caso fácil será —en otro sentido— aquel que puede ser subsumido claramente en la hipótesis establecida en la ley. Así que, desde esta perspectiva, el punto de referencia es la subsunción a la ley. Se subsume claramente a la ley el caso o no se subsume; de la respuesta que adoptemos dependerá la ubicación del caso como fácil o difícil. Digamos, este punto de vista es, más o menos, el estándar atribuido a los casos fáciles o difíciles. Básicamente en los casos fáciles no hay más que aplicar la ley y en los casos difíciles se requiere hacer algo más.²

En este ensayo, mi argumento será que fácil o difícil no es una clasificación adecuada para la identificación de los casos, ya que, si bien pretende dar cuenta del objeto de estudio —esto es, los casos—, ignora otros elementos que pueden o, mejor dicho, deben ser tomados como referente para una clasificación teórica. Así que abandono esta clasificación bicásica y acuño una nueva clasificación tricásica; una clasificación que me permita ubicar los casos no solo en relación con la ley, sino además con los principios. Una clasificación que no tenga como único eje de referencia la subsunción a la ley, sino que reconozca —por lo menos— otro de los elementos que comúnmente son utilizados en la solución de los diferentes casos sometidos a la consideración de los jueces. Me refiero a los principios.

Por supuesto que para justificar la clasificación parto de la premisa de que el derecho es un sistema que no contiene solo leyes, sino que además contiene otros elementos

¹ Ronald Dworkin: *Los derechos en serio*, Barcelona: Ariel, 2002, p. 146.

² Puede verse Víctor Bazán: “*Amicus curiae*, transparencia del debate judicial y debido proceso”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2004, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2004, p. 258; ídem: “La reconfiguración del rol institucional de la Corte Suprema de Justicia argentina y el camino hacia su consolidación como un tribunal constitucional”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2008, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2008, p. 47.

no normativos, otros elementos que están presentes en la solución de los diferentes casos. Dworkin, por ejemplo, habla del derecho como integrado por leyes, principios y directrices:

[...] cuando los juristas razonan o discuten sobre derechos y obligaciones jurídicas, especialmente en aquellos casos difíciles en que nuestros problemas con tales conceptos parecen agudizarse más, echan mano de estándares que no funcionan como normas, sino que operan de manera diferente, como principios, directrices políticas y otros tipos de pautas.³

Para este trabajo, sin embargo, supondré que el derecho enfrenta un caso mediante la aplicación de leyes, jurisprudencia técnica y principios, aunque otros elementos pudieran estar presentes. Así que, si es así y estos son utilizados de continuo dentro de un sistema para la solución de los casos, entonces, y solo entonces, estaríamos en condiciones de ver que la solución a un caso depende no solo de la aplicación irrestricta de la ley, sino en cierta medida de esta y los principios. Por tal motivo, indicaré en primer lugar cómo llego a la clasificación tricásica. Luego mostraré algunos casos paradigmáticos que me sirvan de ejemplo para evidenciar la necesidad de la clasificación tricásica en razón de que no en todo caso todos debemos ser tratados siempre igual. Esto nos llevará a los principios de trato igual y de trato desigual y la relación de estos con la clasificación que proponemos. Por último, y precisamente porque el sujeto importa, muestro cómo la clasificación tricásica está acorde con otros ideales de los sistemas jurídicos que la clasificación bicásica soslaya.

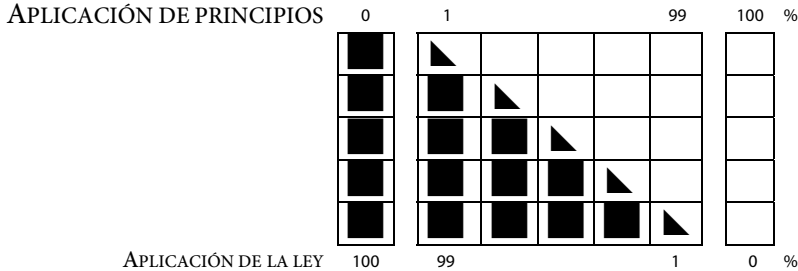
2. Los diferentes tipos de casos

Cuando un juez se encuentra ante un caso de los llamados difíciles y por ende no puede subsumir claramente el caso en la hipótesis legal, no puede esperar la actuación de legislador hasta que este prevea en la ley la solución del caso, porque además ni siquiera sabe si el legislador algún día se interesará en esa hipótesis; el juez simplemente resuelve con otros medios a su disposición. Si el caso ya ha sido tratado, entonces la respuesta que busca la encontrará en la jurisprudencia técnica o en las sentencias de los tribunales superiores, ya que son estos, específicamente los tribunales constitucionales, los que ordinariamente resuelven los casos *más* difíciles tomando en consideración otros elementos distintos de la ley en mayor o menor medida. Pero hasta ahí el juez ordinario solo puede aplicar ley y jurisprudencia técnica; en cierta forma, los casos que puede resolver son aquellos que encuadren en lo ya previsto o en lo ya resuelto.

Para explicitar la gradación de casos que representen estas situaciones, he elaborado un diagrama sencillo que nos muestra de forma esquemática la variación que se presenta entre la aplicación de la ley y la aplicación de principios y en cierta medida

³ Ibídem, p. 72.

hace evidente por qué los jueces ordinarios — más apegados al principio de legalidad— difieren de los jueces supremos o constitucionales — menos apegados al principio de legalidad—:



Como es visible, he marcado la aplicación de la ley y la aplicación de principios en la solución de todos los casos en porcentaje que va de 0 a 100%, de tal forma que, si la ley se aplicara al 100% en la solución de un caso, los principios jurídicos no se aplicarían (se aplicarían en 0%), y a la inversa, de tal forma que a mayor aplicación de ley menos aplicación de principios y a menor aplicación de la ley mayor aplicación de principios. He utilizado el porcentaje solo para explicar la aplicación y complementación relacional que se da entre ley y principios, porque así se nos muestra la relación inversamente proporcional que existe entre ambos. Por supuesto, debe quedar claro que en realidad esto no es específicamente medible, solo es un referente. Otra cosa que he hecho en el diagrama es separar intencionalmente la aplicación de ley o principios cuando estos son únicos, al 100%. Así que debe notarse en este esquema que existen tres posibles combinaciones (clasificación tricásica):

1. que solo se aplique la ley (100% ley y 0% principios): el caso igual;
2. que se apliquen ley y principios en alguna proporción: el caso diferente (se encuentra en la jurisprudencia técnica), y
3. que solo se apliquen principios (0% ley y 100% principios): el caso distinto (no se encuentra ni en la ley ni en la jurisprudencia técnica).

En la clasificación bicásica tradicional bajo subsunción, un caso es fácil mientras más se adecue a una aplicación de la ley y tanto más difícil cuanto más se aleje de un porcentaje alto de aplicación de la ley, así que fácil es una cierta tendencia a aplicar solo la ley y difícil ya implica involucrar en cierta *medida* una proporción mayor de otros integrantes del derecho: principios, directrices, etcétera.

Desde esta otra perspectiva, creo entonces que no se trata de resolver todo caso simplemente aplicando la ley, no se trata de resolver bajo sistemas bicásicos sino de resolver bajo sistemas trifásicos; esto es, sistemas que reconozcan el *caso distinto*, que —de acuerdo con lo que se ha dicho— no debe ser resuelto por el juez ordinario sino solo por el juez supremo, el juez constitucional, aquel que

puede emplear otros elementos en la solución. Solución que, por supuesto, ya cuando se encuentre en la jurisprudencia técnica o simplemente en la sentencia que se dicte hará del caso distinto un caso diferente, y en el mejor de los desarrollos pasará a formar parte de un texto legal, es decir, llegará a ser un caso igual.

3. Casos distintos paradigmáticos

El 17 de marzo de 2008,⁴ la justicia francesa denegó el recurso al suicidio asistido que había solicitado ante los tribunales una paciente aquejada de un tumor incurable, una enfermedad que solo sufren 200 personas en todo el mundo y que había deformado considerablemente su rostro en un proceso horrorosamente doloroso que, además, la sometía a una paulatina ceguera. En su demanda, ella había destacado el carácter “incurable de su mal”, el sufrimiento “intenso y permanente” que le producía y el “rechazo a soportar la irreversible degradación de su estado”. El Tribunal de Gran Instancia de Dijon rechazó la demanda de Chantal Sébire, una maestra de 52 años y madre de tres hijos, que había apelado a la “humanidad” de los jueces para poner fin, a través de un tratamiento médico letal, al calvario que le causaba el poco común tumor nasal que padecía.

El veredicto estableció que la demanda de Sébire se oponía al código deontológico médico y al código penal francés, ya que lo máximo que le permitía la legislación es que los doctores la medicaran para que cayera en un coma profundo que calmara su dolor y, en ese estado, aguardara la muerte, solución esta que Sébire ya había rechazado anteriormente en pos de una muerte digna, rápida, que la liberara de los “atrocés” dolores que le provoca su mal. Ella buscaba una salida más rápida y contundente que la brindada por la ley, una muerte inducida que le permitiera “dormirse con el cariño de sus allegados” y “terminar su vida respetando su dignidad”. Chantal tampoco quería suicidarse de manera violenta; consideraba que eso sería una derrota frente a su enfermedad.

Previo a la contestación del tribunal, Sébire ya había asegurado que no apelaría la sentencia y que, en todo caso, centraría sus esfuerzos en encontrar un lugar donde le permitieran morir con dignidad. El país elegido era Suiza, uno de los pocos de Europa donde la ley autoriza el suicidio asistido.

¿Qué es lo que de fondo estaba pidiendo Chantal? Estaba pidiendo *algo* que se encontraba prohibido por la ley, *algo* que en ese sistema normativo específico no estaba permitido. Ella quería morir —como lo dijo— con dignidad; quería que, dadas sus condiciones singulares, se le diera un trato distinto.

De la misma forma, algunos años antes, nos habíamos enterado de otro caso con características similares. La madre de un tetrapléjico de 26 años escribió al presidente francés, Jacques Chirac, para pedir el “derecho a morir” de su hijo Eddy, el cual

⁴ Puede consultarse, entre otros, el artículo “Francia niega el ‘suicidio asistido’ a una mujer con un tumor incurable”, publicado el 18 de marzo de 2008, en <[http://www.diariodenavarra.es/\(7/10/2008\)](http://www.diariodenavarra.es/(7/10/2008))>.

estaba en estado casi vegetativo desde que tuvo un accidente de tránsito.⁵ La carta decía: “Señor presidente, usted es mi última oportunidad [...] Eddy no merece vivir lo que vive actualmente. Mi hijo era un joven alegre, con futuro y lleno de fuerza. Ahora, ¿qué es su vida? Nada: una cama, una silla de ruedas y el sufrimiento, la humillación y un malestar permanente”. Eddy se empotró con su moto contra un tractor el 21 de agosto de 2001, cuando iba a una entrevista de trabajo; ahora “solo se comunica con los ojos”. Según su madre, veía en la mirada de su hijo una “súplica” para “acortar sus sufrimientos”. La respuesta fue negativa.

¿Qué es lo que estaba pidiendo la madre de Eddy? *Algo* parecido a lo que pidió Chantal, *algo* que se encontraba prohibido por la ley. Ella estimó que el caso de su hijo era distinto y que él tenía “derecho a morir” dada su situación singular.

No son los únicos casos que tenemos registrados en los que, por sus características singulares, los impetrantes solicitan un trato distinto a aquel que la ley dispensa. Hace muchos años ocurrió el famoso caso *Holy Trinity Church vs. United States*,⁶ en el cual, a pesar de que la ley consideraba ilegal que una persona asistiera la inmigración de cualquier extranjero a los Estados Unidos mediante acuerdo o contrato efectuado antes de su ingreso a fin de que el extranjero llevara a cabo servicios o trabajos de cualquier clase, la Holy Trinity Church había celebrado un acuerdo con un pastor británico que debía prestar servicio como rector y pastor de la iglesia, para lo cual debía viajar a los Estados Unidos. En este caso la Suprema Corte estimó que el caso se oponía a lo establecido por la ley, pero que al tratarse de una circunstancia relevante debía ser considerado como excepción, una excepción que por supuesto no se encontraba establecida en la ley.

¿Qué es lo que muestran estos casos? Los primeros, hacen evidente que existen sistemas normativos *cerrados* en los que, aparentemente, solo se otorga aquello establecido por la ley y se niega lo que se oponga. Digamos que en estos sistemas la solución se sustenta únicamente en la aplicación de la ley, sin tomar en consideración otros elementos que, como dice Hart, caen en la textura abierta del derecho:

La textura abierta del derecho significa que hay, por cierto, áreas de conducta donde mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales o por los funcionarios que procuran hallar un compromiso, a la luz de las circunstancias, entre los intereses en conflicto, cuyo peso varía de caso a caso.⁷

El último caso, sin embargo, muestra que existen sistemas normativos *abiertos* en los que se puede otorgar *algo* que se opone a lo establecido por la ley; por supuesto,

⁵ Puede consultarse, entre otros, el artículo “Una madre pide a Chirac el ‘derecho a morir’ de su hijo tetrapléjico”, publicado el 20 de noviembre de 2004, en <[http://www.deia.com/es/\(9/3/2008\)](http://www.deia.com/es/(9/3/2008))>.

⁶ Puede ser consultado en el US Supreme Court Center, <<http://supreme.justia.com>> (28/10/2008). Información general en: <http://en.wikipedia.org/wiki/Holy_Trinity_Church_v._United_States>.

⁷ H. L. A. Hart: *El concepto de derecho*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968 (1961), VII/1 p. 168.

cuando exista alguna circunstancia singular que justifique otorgar lo impetrado aun en contra de la ley. Así, a pesar de que la ley es suficiente para los casos que se adecuen a su generalidad y abstracción, es insuficiente para aquellos que por sus características singulares y concretas requieran consideraciones no establecidas en ella para su solución. La ley no prevé solución para estos casos cuyas características particulares y únicas requieren un trato distinto en un sistema normativo concreto, un trato que de entrada se opone a lo establecido por la ley misma. Son casos que requieren una solución no apegada a la ley pero sí apegada al derecho, es decir que no se aplique simplemente la ley sino que se estimen otros elementos jurídicos para su solución.

Por supuesto que el caso que ordinariamente es resuelto por el juzgador, al encontrarse regulado por la ley, solo requiere de la aplicación de la norma general derivada de la ley para la solución individual —subsunción—, o bien de la jurisprudencia técnica —o las sentencias—; o sea, de lo que se trata es de tratar igual a los iguales. El caso igual comprende la situación jurídica o de hecho establecida en la hipótesis normativa. El caso diferente representa una excepción al caso igual por cuestiones que generalmente implican el sexo, la edad, etcétera, que no se encuentra en la ley sino en la jurisprudencia técnica. Se trata de un caso ya resuelto.

4. El principio de trato igual

Alexy, en su libro *Teoría de los derechos fundamentales*, señala que hay que distinguir el “derecho general de igualdad” del “derecho especial de igualdad”. Afirmar que la “igualdad de todos con respecto a todas las posiciones jurídicas conduciría no solo a normas no funcionales, disparatadas e injustas, sino que también eliminaría los presupuestos para el ejercicio de competencias”,⁸ por lo que el “principio general de igualdad dirigido al legislador no puede exigir que todos deban ser tratados exactamente de la misma manera y tampoco que todos deban ser iguales en todos los aspectos. Por otra parte, no puede permitir toda diferenciación y toda distinción si ha de tener algún contenido”.⁹ La “igualdad, al igual que la desigualdad, de individuos y situaciones personales es siempre igualdad y desigualdad con respecto a determinadas propiedades. Lo mismo vale para los juicios de desigualdad”.¹⁰

De esta forma, asegura que existe una “igualdad esencial si y solo si un tratamiento desigual sería arbitrario” y que “lo esencialmente igual no debe ser tratado arbitrariamente desigual”.¹¹ Continúa indicando que la “asimetría entre la norma de igualdad de tratamiento y desigualdad de tratamiento tiene como consecuencia que la máxima general de igualdad puede ser interpretada en el sentido de un principio de igualdad que, *prima facie*, exige un tratamiento igual y solo permite un tratamiento desigual si

⁸ Robert Alexy: *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 384.

⁹ *Ibidem*, p. 385.

¹⁰ *Ibidem*, p. 387.

¹¹ *Ibidem*, p. 391-392.

puede ser justificado con razones opuestas¹². Esto es, para él la desigualdad se justifica si existe una razón que justifique no tratar al sujeto igual y que esta justificación sea opuesta a la que obliga a un trato igualitario. Así:

La interpretación del concepto de razón suficiente con la ayuda del concepto de arbitrariedad procura que haya casos en los cuales razones suficientes hablan a favor de la permisión pero no de la obligatoriedad de un tratamiento desigual. Una razón es suficiente para la permisión de un tratamiento desigual si, en virtud de esta razón, el tratamiento desigual no es arbitrario. Como lo ha expuesto Leibholz, la arbitrariedad es una versión aumentada de la incorrección. Por lo tanto, un tratamiento desigual no es arbitrario no solo cuando es la solución mejor o la más justa, sino también cuando existen razones plausibles para su permisión.¹³

El principio de trato igual implica que, en condiciones de identidad jurídica con respecto a otros, debemos recibir las mismas conformidades. La idea va en el sentido de que ante una misma situación jurídica o de hecho debemos recibir iguales prerrogativas que cualquiera otro. El principio de tratar igual asume que somos diferentes entre nosotros, pero obliga a la autoridad a que ante la ley seamos tratados de la misma manera, es decir, que todos recibamos los mismo derechos subjetivos. De esta forma el principio de trato igual deberá ser aplicado para resolver por medio de la ley el caso igual, el principio de trato desigual deberá ser aplicado para resolver por medio de la ley y la jurisprudencia técnica el caso diferente, y, sin estos, el caso distinto.

Desde esta perspectiva tricásica y no bicásica, damos reconocimiento en el derecho al *caso distinto* para resolver también estos casos tan particulares y no solo los generales contemplados por la ley y la jurisprudencia técnica. Así, a la pregunta ¿por qué el Tribunal de Gran Instancia de Dijon rechazó la demanda de Chantal Sébire?, podríamos aventurar la siguiente respuesta: el caso de Chantal no fue reconocido como caso distinto y por ello se le dio tratamiento ordinario. El problema es que un sistema bicásico no da cabida a resolver el caso distinto. Por esta simple razón el Tribunal de Gran Instancia de Dijon rechazó la petición de Chantal Sébire y en el veredicto le señaló que su demanda se oponía al código deontológico médico y al código penal francés. Simplemente le aplicó la ley.

Este es el problema: la igualdad por medio de la ley solo prevé solución al caso igual o al caso diferente, pero no prevé solución al caso distinto. En cambio, el caso de la iglesia Holy Trinity sí se trató como caso distinto porque se reconocieron sus características de distinción y se resolvió no aplicando la consecuencia jurídica establecida por la ley. Digámoslo de esta forma: el sistema donde se resolvió es un sistema tricásico. Y si bien se resolvió favorablemente, la idea encerrada en el caso distinto no es resolver necesariamente a favor del impetrante, sino dar un trato distinto al caso y resolverlo en el sentido en que deba ser resuelto, ya positivo, ya negativo. En definitiva,

¹² *Ibidem*, p. 398.

¹³ *Ibidem*, p. 400.

es una cuestión de *trato*: no se trata de resolver favorablemente sino de tratar el caso en forma distinta.

5. El principio de trato desigual

María José Añón, en su libro *Igualdad, diferencias y desigualdades*, se cuestiona sobre qué hacer con aquellas diferencias que generan desigualdades. Examina y propone “argumentos sobre si la realización de la igualdad de oportunidades y la consecución del objetivo fundamental de la igualdad efectiva en derechos justifica lo que se ha denominado un derecho desigual”,¹⁴ porque desde su perspectiva no se ha agotado el contenido de la desigualdad. “En este sentido, la incorporación al derecho de criterios de igualdad material y su interpretación concreta ha llevado a afirmar a algunos autores que nos encontramos ante un derecho desigual, que es criticado por cuanto repugnaría —aseguran algunos— la concepción neutra del principio de igualdad”.¹⁵ Más adelante señala que el “principio de igualdad [...] puede y debe ser entendido como un principio normativo y no como una tesis descriptiva [...], como sostiene Bobbio y Ferrajoli, lo decisivo del principio de igualdad en tanto que principio jurídico es que prescribe la igualdad de derechos”,¹⁶ pero debe ser real y efectiva no puramente formal.

Afirma la autora que “tanto las diferencias como las desigualdades han de ser tuteladas frente a discriminaciones o privilegios por el principio de igualdad formal en los derechos fundamentales y eliminadas para asegurar niveles mínimos de igualdad material a través de los derechos sociales fundamentales”,¹⁷ y que el “principio de igualdad implica que todas las personas que son miembros de una misma comunidad constitucional [...] tienen garantizados los mismos derechos constitucionales y, por otra parte, son iguales ante la ley y en la ley, es decir, tienen derecho a una igual protección de la ley”,¹⁸ lo que implica que en la misma ley se encuentren las igualdades y las diferencias y que cuando se aplique deban mantenerse la igualdad y la diferenciación.

También dice que “en virtud de este principio sería ilícito tratar de modo desigual o menos favorable a individuos que se encuentran en situaciones análogas, pero es lícito tratar de modo diverso a personas que se encuentran en situaciones diversas, siempre que las situaciones sean comparables, exista una justificación razonable de la diferencia de trato y se demuestre proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido”.¹⁹ La afirmación es muy acorde con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que enumera las condiciones que deben darse conjuntamente para calificar una diferencia como objetiva y razonable y que no implique artificialidad en el trato, es decir, que la diferenciación responda a una

¹⁴ María José Añón: *Igualdad, diferencias y desigualdades*, México: Fontamara, 2001, p. 11.

¹⁵ *Ibidem*, p. 15.

¹⁶ *Ibidem*, p. 23.

¹⁷ *Ibidem*, p. 27.

¹⁸ *Ibidem*, p. 33.

¹⁹ *Ibidem*, p. 40.

necesidad real y sea necesaria para la realización del objetivo fijado y apropiada a dicho objetivo.

El principio de trato desigual implica que todas las personas que son miembros de una misma comunidad constitucional donde rija el principio de equidad en un sistema normativo determinado tengan garantizado el derecho constitucional, por un lado, a ser tratadas de manera desigual ante la ley si su caso es diferente y sin ella si su caso es distinto. El primer caso implica que se nos trate igual dentro de una subclase legal en la que formalmente ya se hizo la diferencia; el segundo, que cumpliéndose las condiciones particulares se nos trate distinto. Tales condiciones particulares del caso distinto significan que lo que se pretende, si bien se opone a lo establecido por la ley al ubicarse en la hipótesis normativa, y la disposición normativa no establece ninguna distinción que resulte relevante, no entrañará un sacrificio social ni se tratará de una cuestión entre particulares. Además, la pretensión en la forma que se presenta no ha sido resuelta por el sistema normativo donde se somete a consideración, y lo que se solicita es una solución distinta por algunas cuestiones relacionadas con humanidad, la dignidad o la justicia. Incluso debe tomarse en consideración que, al ser conocido el caso por la sociedad, esta considera que debe dársele una solución justa que no será siempre lo establecido por la ley, porque la sociedad es consciente de que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.²⁰

Así que, según estas condiciones del caso distinto, sin duda que privar de la vida a Chantal Sébire es homicidio; cualquiera que la ayude a morir se coloca en esta situación, porque privar de la vida a otro es homicidio. Esto establece la ley porque el caso particular de Chantal Sébire se encuentra dentro de la generalidad de la ley y la ley es obligatoria. El caso de Chantal Sébire se encuentra dentro de la igualdad de trato para todos; la ley simplemente expresa el principio de igualdad.

Pero muchos casos como estos han dado pie a diferencias en las actuales leyes y constituciones. Muchos han comenzado como distintos socialmente hablando y ahora son texto de ley. Aun diferencias ya reconocidas por la ley, por cuestiones de género, son ahora ley misma. Por esa razón, por ejemplo, las leyes laborales tratan en forma diferente a las mujeres. No en las cuestiones comunes de la especie humana, donde hombres y mujeres son iguales, pero sí en las cuestiones exclusivas del sexo femenino. Pero esta diferenciación que se hace en la propia ley no es más que una clase (el subconjunto que integra a todas las mujeres) dentro del género (el conjunto que integra a los hombres y las mujeres); hay por tanto igualdad en el género (el conjunto hombres y mujeres) e igualdad dentro de las clases (el conjunto de las mujeres o el conjunto de los hombres).

Todas las mujeres siguen siendo iguales ante la ley aunque existan diferencias de trato para ellas con respecto a los hombres por cuestiones de género; por ejemplo, hombres y mujeres son iguales ante las leyes laborales, pero por cuestión de género se hacen diferencias entre ambos y por ello la ley hace una clase —la clase de las mujeres— y les da un trato diferente en aquellas cuestiones que se consideran relevantes del

²⁰ Artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

sexo femenino. Estas mismas diferencias de trato se pueden presentar con relación al trabajo de los menores, para lo cual se hace una clase —un subconjunto de los menores— con respecto a todos los hombres y mujeres, pero esta diferencia por cuestiones de edad y condición no significa trato distinto.

Así, las diferencias de trato establecidas en la ley, como simples diferencias o como excepciones, al estar en la ley son ley misma y por tanto generales para todos aquellos que se ubiquen en la situación jurídica de excepción o de diferencia, sin que importe siquiera el origen del trato diferenciado, aun si este responde a condiciones de género, movimientos sociales o cualquier otra naturaleza. En este caso la ley simplemente da trato diferente a las clases que contempla, pero a todos los contemplados ya en el subconjunto los trata igual.

Sin embargo, el caso de Chantal, el caso de Eddy y el caso de la iglesia Holy Trinity son distintos. La solución que se requiere no puede provenir de la ley porque la ley no puede contemplar cabalmente a la desigualdad, pero la solución sí debe provenir del derecho, sí debe ser jurídica, es decir, sustentarse en los principios jurídicos. Como dice Añón:

[Debe ser] lícito tratar de modo diverso a personas que se encuentran en situaciones diversas, siempre que [...] exista una justificación razonable de la diferencia de trato y se demuestre proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido.²¹

O como dice Alexy:

Una razón es suficiente para la permisión de un tratamiento desigual si, en virtud de esta razón, el tratamiento desigual no es arbitrario [...] un tratamiento desigual no es arbitrario no solo cuando es la solución mejor o la más justa, sino también cuando existen razones plausibles para su permisión.²²

6. Porque el sujeto importa

En su obra *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Luigi Ferrajoli propone una definición teórica puramente formal o estructural de *derechos fundamentales*:

[Son] derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiéndose por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por *status* la

²¹ Añón: o. cit., p. 40.

²² Alexy: o. cit., p. 400.

condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de estas.²³

A partir de esta definición, Ferrajoli aborda otras cuatro tesis que forman el núcleo central de su propuesta. Entre otras cosas señala:

Los derechos fundamentales —tanto los derechos de libertad como el derecho a la vida, y los derechos civiles, incluidos los de adquirir y disponer de los bienes objeto de propiedad, del mismo modo que los derechos políticos y los derechos sociales— son derechos universales (*omnium*), en el sentido lógico de la cuantificación universal de la clase de los sujetos que son sus titulares; mientras los derechos patrimoniales —del derecho de propiedad a los demás reales y también los derechos de crédito— son derechos singulares (*singuli*) [...].²⁴

Los derechos fundamentales son derechos indisponibles, inalienables, inviolables, intransigibles, personalísimos. En cambio, los derechos patrimoniales —de la propiedad privada a los derechos de crédito— son derechos disponibles por su naturaleza, negociables y alienables. Estos se acumulan, aquellos permanecen invariables. No cabe llegar a ser jurídicamente más libres, mientras que sí es posible hacerse jurídicamente más ricos. [...].²⁵

Del mismo modo que la igualdad en derechos genera el sentido de la igualdad basada en el respeto del otro como igual, la desigualdad en los derechos genera la imagen del otro como desigual, o sea, inferior en el plano antropológico, precisamente por ser inferior en el plano jurídico.²⁶

La aportación de Ferrajoli es muy importante porque la maximización de las garantías y los derechos fundamentales se logra cuando estas alcanzan no solo cuestiones meramente individuales sino orden social, que por supuesto implicarán hacer perfectas diferencias entre cuándo dar trato igualitario y cuándo dar trato diferenciado, pero haciendo llegar estos tratos incluso a grupos sociales. El individuo importa por sí mismo y como elemento social, por lo que tendría que pensarse seriamente en darle trato igual y trato desigual aun en aquellas cuestiones que sean de índole social.

Aulis Arvi Aarnio, cuando habla de la meta del Estado de bienestar, afirma que esta es “garantizar la calidad de vida y [...] proteger a la parte más débil de la relación social”, y que “justicia, razonabilidad, equidad son conceptos clave del sistema del Estado de bienestar y, por tanto, necesariamente también son criterios para las decisiones jurídicas”.²⁷ Desde su perspectiva, las decisiones judiciales no deben estar supeditadas únicamente a la ley, sino que, como afirma Tom Campbell, “también están

²³ Luigi Ferrajoli: *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid: Trotta, 2001, p. 19.

²⁴ *Ibidem*, p. 30.

²⁵ *Ibidem*, p. 31.

²⁶ *Ibidem*, p. 44.

²⁷ Aulis Arvi Aarnio: “La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico”, en *Doxa*, n.º 8, 1990, p. 26.

en parte estrechamente relacionadas con la existencia de las reglas consideraciones de justicia y equidad que capturan las diferencias y similitudes que son determinantes de cómo la gente realmente trata y cómo debe tratar a los demás, y en particular de cómo individuos y grupos son y deben ser tratados por el Estado”.²⁸

Creo entonces que ya no se trata de resolver simplemente aplicando la ley a todo caso; se trata de resolver aplicando igualdad o desigualdad. Como afirma Jacques Derrida: “La equidad [...] no es la igualdad, la proporcionalidad calculada, la distribución equitativa o la justicia distributiva, sino la disimetría absoluta”,²⁹ es “tratar igual a los iguales y tratar desigual a los desiguales”. Por su parte, Liberio Hierro, refiriéndose a Ángel, afirma: “la vida de cada uno importa, y no es más importante que ninguna otra”;³⁰ por ello en ocasiones el juzgador debe decidir “una controversia de acuerdo a sus propios criterios valorativos sin sujetarse a restricción jurídica alguna [...] Es el caso en el que el juez debe decidir en equidad”.³¹

No se trata de resolver bajo sistemas bicásicos sino de resolver bajo sistemas tricásicos, sistemas que comprendan el *caso distinto*. En el sistema tradicional, “la justicia de las decisiones judiciales se deriva de la justicia de las normas generales legisladas”, dice Carlos E. Alchourrón, pero “en la medida en que la equidad requiere en ciertos casos una solución particular diferente del tratamiento que se otorga a los casos corrientes, no existe lugar para ella dentro de esta teoría”. Afirma que el *sistema maestro* (bicásico) fue diseñado “para satisfacer los ideales políticos de seguridad e igualdad, [...] pero no puede garantizar otros ideales, tales como la justicia y la equidad”.³²

²⁸ Tom Campbell: “El sentido del positivismo Jurídico”, en *Doxa*, n.º 25, 2002, pp. 322-323.

²⁹ Jacques Derrida: “Fuerza de ley: el fundamento místico de la autoridad”, en *Doxa*, n.º 11, 1992, p. 148.

³⁰ Liberio Hierro: “Justicia, igualdad y eficiencia”, en *Isonomía*, n.º 9, 1998, p. 142.

³¹ Jorge F. Malem Seña: “¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?”, en *Doxa*, n.º 24, 2001, p. 399.

³² Carlos E. Alchourrón: “Sobre derecho y lógica”, en *Isonomía*, n.º 13, octubre 2000, p. 16.