

IGUALDAD Y DIFERENCIA. ¿DOS PRINCIPIOS JURÍDICOS?

Ana Rubio

*Profesora Titular de Filosofía del Derecho, Moral y Política
Universidad de Granada*

Historia de un mito



A historia del principio igualitario es una parte importante de la historia de la modernidad inconclusa. Desde que los revolucionarios burgueses hicieron del principio igualitario junto a la libertad y la fraternidad sus señas de identidad ha formado parte de la historia de las sociedades occidentales. En este devenir ha cambiado su forma, su contenido semántico, se han transformado sus horizontes de expectativas, incluso ha quedado reducido, a veces, a un término vacío, pero ninguno de estos cambios ha alterado su fuerza utópica ni su consideración de valor social.

En su lucha por la igualdad sorprende comprobar cómo los revolucionarios del XVIII que tienen como objetivo la positivización de los denominados derechos del hombre y del ciudadano, consideran sus exigencias satisfechas

con la simple declaración y no consideran la necesidad de un desarrollo normativo ¹. Las palabras expuestas por los representantes del pueblo francés en la Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano de 26 de agosto de 1789, son suficientemente explícitas: «Los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea Nacional, considerando que *la ignorancia, el olvido o el desprecio* de los derechos del hombre son las únicas causas de los males públicos y de la corrupción de los Gobiernos, han decidido exponer, en declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, con el fin de que esta declaración, constantemente presente para todos los miembros del cuerpo social, les recuerde permanentemente sus derechos y sus deberes(...); con el fin de que las reclamaciones de los ciudadanos, *fundadas desde ahora en principios simples e incontestables* se dirijan siempre al mantenimiento de la Constitución y a la felicidad de todos». La fuerza de los principios está para ellos en su fuerza prescriptiva, en su consideración de fundamento y valor de la vida pública.

Al establecerse como objetivo por la burguesía la positivización de los derechos naturales se está decidiendo quién debe asumir la función de construir la igualdad. Para hacer frente a esta responsabilidad se establece, en primer lugar, la naturaleza como regla de la igualdad. Bastaba nacer hombre para ser igual. Este binomio naturalidad-igualdad iba a servir para mucho y para poco al mismo tiempo. Para mucho porque separaba norma y realidad, y permitía representar sujetos diferentes *como si fueran iguales*. La forma jurídica se superponía sobre la realidad ofreciendo una imagen distorsionada, pero capaz de proyectar una imagen igualitaria. Para poco porque la igualdad que construye es una igualdad artificial, formal ², que rápidamente se desvela un instrumento insuficiente para generar cambios sociales.

De este modo el sistema jurídico moderno asumirá una representación y una forma que garantizan y construyen la igualdad. La forma se convierte, pues, en elemento de autodescripción y de diferenciación respecto a otros sistemas de la realidad social. ¿Por qué construir lo propio y lo diferente del sistema jurídico utilizando la igualdad? La igualdad permitía construir un sistema opuesto radicalmente al sistema jurídico anterior, fundamentado en el privilegio y la desigualdad. Y por su abstracción, hacía posible considerar

¹ RESTA, E., «Il diritto fraterno. Uguaglianza e differenza nel sistema del diritto», *Sociologia del diritto*, 3, 1991, p. 5.

² La crítica que hacemos a la igualdad, tal y como se configura en la sociedad burguesa, no supone menosprecio ni olvido de su valor histórico y transformador. Éste es de todos conocido y por esta razón no nos detenemos en exponerlo.

equivalentes para el intercambio en el tráfico económico elementos en esencia diferentes.

La igualdad podía ser construida, del mismo modo que la diferencia, fundamentada en la naturaleza humana o fundamentada en la necesidad. Se elige esta última siguiendo el planteamiento de Hobbes y se defiende que lo importante no es que los hombres sean iguales, sino el hecho de que se reconozcan como tales en el pacto, en la forma jurídica. Reconocerse iguales jurídicamente servía para poner fin a la simetría trágica y destructiva que conduce a la aniquilación, a la guerra de todos contra todos. «De esta igualdad de capacidades surge la igualdad en la esperanza de alcanzar nuestros fines. Y, por lo tanto, si dos hombres cualesquiera desean la misma cosa, que, sin embargo, no pueden ambos gozar, devienen enemigos; y en su camino hacia su fin (que es principalmente su propia conservación, y a veces sólo su delectación) se esfuerzan mutuamente por destruirse o subyugarse»³.

Entrar en un estado de paz es superar la soberbia de considerarse diferentes, tomar consciencia de la igualdad y de la libertad que existe entre todos y cada uno de los hombres: «(l)as pasiones que inclinan a los hombres hacia la paz son el temor a la muerte; el deseo de aquellas cosas que son necesarias para una vida confortable; y la esperanza de obtenerlas por su industria. Y la razón sugiere adecuados artículos de paz sobre los cuales puede llevarse a los hombres al acuerdo»⁴.

La igualdad de los modernos olvida casi en sus inicios el proyecto de justicia con el que nace y reduce su contenido a un solo derecho: el derecho a la vida. El olvido era posible porque la ficción había cumplido su papel: servir de fundamento secular y antropológico al nuevo orden social⁵. La socie-

³ T. HOBBS, *Leviathan*, Edit. Nacional, 1979, p. 223.

⁴ *Ibidem*, p. 227.

⁵ Conviene recordar el esfuerzo que la modernidad ha dedicado a la construcción de una hipótesis –el estado de naturaleza– destinada a ser olvidada por la propia lógica del discurso moderno. ¿Por qué tanto interés en construir algo que ha de ser olvidado? porque es el momento del consenso, al abandonar el estado de naturaleza se ha dejado atrás, afortunadamente, se nos dice, un mundo opaco y sucio de pasiones e intereses en el que la vida no era posible. Era, sobre todo, el mundo de la prepotencia, el reino de la ley del más fuerte, que imponía su voluntad sin freno ni límite. Falta la mediación de la razón (que luego cristalizará en la «ley»), sin la cual la guerra de todos contra todos venía a ser la expresión de una libertad tan absoluta de los instintos que sólo podía llevar a la negación de los mismos. Lo que se deja atrás con el pacto es la libertad y la igualdad salvaje que sólo conduce a la muerte y vence la libertad enmarcada en la ley. Pero esta es la respuesta que la modernidad ha construido de sí misma, cuál es la respuesta real?

Para buscar esa otra respuesta, que intuimos como más cierta, tomamos los argumentos que M. MARESCA plantea en su borrador de trabajo: *Relectura de la hipótesis del estado de naturaleza*. Era necesario construir el instinto natural de muerte pues sin él no era posible concebir el «deseo de Estado». «El orden moderno se ha legitimado como aquel que hace posible el pleno despliegue de un instinto de vida que



dad que se construye a sí misma en torno al principio de igualdad se escinde rápidamente en gobernantes y gobernados, propietarios y no propietarios, hombres y mujeres, etc., es decir, en sujetos diferentes.

La construcción de la igualdad, del derecho como sistema y del Estado forman parte de un mismo proceso con tiempos diferentes. En primer lugar, los iguales deben reconocerse como tales en una comunidad previa y distinta a la posteriormente existente, en el estado de naturaleza. En la sociedad política que nace del Pacto, la igualdad no puede derivar de la naturalidad, sino de la territorialidad ⁶, de la ciudadanía. Por esta razón la igualdad no puede existir sin Estado, sin fronteras. Cuando la positivización de los derechos traslada al sistema jurídico todos los problemas que subyacen en la construcción de la igualdad, lo que se consigue es ocultarlos detrás de un razonamiento abstracto, formal y tautológico ⁷. Por ello qué significa ser iguales es aún hoy una cuestión pertinente. Reconocer a todos como ciudadanos en abstracto es no reconocer a ninguno, puesto que sólo se reconocen ficciones, no seres humanos. Esta apertura a todos sólo es posible mediante la indiferencia. De este modo el estatus o la tradición serán sustituidos, como criterios de diferenciación, por el criterio jurídico. La igualdad asume el papel de simple generalización de expectativas que dependen de múltiples condiciones que se valoran como no relevantes jurídicamente. Es así como el reino del derecho a través de formulaciones abstractas y formales asume socialmente su función mitificadora. Lo curioso de estos caracteres de abstracción y formalización es que vienen avalados por razones de racionalidad y desarrollo del fenómeno jurídico.

De la igualdad de derechos a la igualdad formal

Hemos afirmado que el desarrollo del principio igualitario, del Derecho y del Estado forman parte de un mismo proceso con tiempos diferentes. La igualdad es el principio que fundamenta el sistema jurídico moderno y éste crea a su vez las condiciones para la existencia del Estado. Una vez que el pro-

se traduce en el despliegue racional de la lógica del individualismo propietario.» Quienes sobrevaloran el ideal ilustrado olvidan que la miseria actual es el triunfo de ese ideal. El adulto de hoy, el hombre macho que ejerce su libertad en el estado, nunca ha estado en el lugar donde realmente se decide. M. MARESCA, *Relectura de la hipótesis del Estado de naturaleza*, borrador de trabajo, octubre de 1992, Granada, pp. 13-23.

⁶ E. Resta, *ob. cit.*, p. 18.

⁷ *Ibidem*, p. 21.

ceso ha concluido, la igualdad, el Derecho y Estado aparecen como perfiles diferentes de una misma realidad.

Aclarada esta relación de necesidad, pasamos a desvelar cómo el paso de la igualdad de derechos a la igualdad formal se produce con la constitución del Estado. Cuando analizamos las distintas declaraciones de derechos y Constituciones posteriores a la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano observamos que la formulación primitiva de la igualdad desaparece con la constitución del primer Estado moderno, el Estado francés que nace con la Declaración de 1793.

La declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 24 de junio de 1793, que aparece tras la abolición de la Monarquía y con el nacimiento de la primera Constitución republicana en Francia, olvida la expresión «(l)os hombres nacen y permanecen *libres e iguales en derechos*»⁸, recogida en la primera Constitución revolucionaria de 3 de septiembre de 1789. Esta expresión se sustituye por «todos los hombres son *iguales por naturaleza y ante la ley*»⁹. ¿Qué diferencia existe entre uno y otro enunciado? En este cambio de formulación del principio igualitario algo importante había quedado en el camino: ser iguales en derechos no significaba restar valor a las diferencias, todo lo contrario, permitía y reconocía la interacción igualdad-diferencia; mientras que ser iguales por naturaleza y ante la ley son dos formas abstractas de igualdad que exigen la no relevancia de las diferencias.

Esta abstracción implica el abandono de la universalidad contenida en los sujetos –todos los hombres se sustituye por los ciudadanos– y la amplitud del proyecto –iguales en derechos se sustituye por iguales ante la ley–. La pérdida de contenido iba a afectar a cada uno de los seres humanos en su proyecto vital y en su proyecto colectivo al optar la igualdad formal por un modelo donde la igualdad deviene norma y la diferencia irregularidad.

No será éste el único cambio que sufra el principio igualitario, mostraremos a continuación algunos de los más significativos. La Constitución de 4 de noviembre de 1848 que establece la Segunda República francesa y el primer sistema democrático en Europa traslada el principio igualitario del articulado al preámbulo. Este cambio de posición no es inocente, reduce el contenido semántico del principio de igualdad a simples buenas intenciones o deseos: Francia tiene «como principio la libertad, *la igualdad* y la fraternidad»¹⁰.

⁸ Artículo 1.º, el subrayado es mío.

⁹ Artículo 3.º, el subrayado es mío.

¹⁰ Preámbulo, apartado IV.

La Constitución de 1848 abrirá una nueva etapa donde se abandona la igualdad como principio jurídico para dar entrada a la igualdad como principio estructural o lógico. En las Constituciones posteriores veremos desaparecer toda mención a la igualdad y sólo encontraremos en nuestro análisis de las diferentes Constituciones expresiones como: ningún español, nadie podrá, los ciudadanos deben, etc.

Habrá que esperar al siglo XX, a la Constitución mejicana para encontrar en un texto jurídico la formulación primitiva de la igualdad en derechos, en ningún otro lo hemos localizado. De nuevo la historia se repite. Nuevos sujetos sociales reclamarán su presencia y participación en el ámbito público de mano de la igualdad. Pero no la igualdad jurídica, ni la igualdad como principio constitucional, sino el enunciado originario: igualdad en derechos de todos los seres humanos, por qué esta necesidad de la fórmula primitiva, ya lo hemos afirmado, porque es la portadora de un verdadero mensaje de transformación social. La fórmula de la igualdad formal es la fórmula para ofrecer una imagen mitificada de la realidad, no para transformarla. Es en este sentido en el que la Constitución política de los Estados Unidos Mejicanos de 5 de febrero de 1917 afirma: «Contribuirá a la mejor convivencia humana... la *igualdad de derechos de todos los hombres* evitando los privilegios de razas, de sectas, de grupos, de sexos o de individuos»¹¹.

La diferencia entre este enunciado y el contenido de la Declaración de 1789 es el desarrollo de una serie de medidas políticas y sociales que complementan y refuerzan la dimensión social y política del principio igualitario: la democracia entendida como régimen político y sistema de vida fundado en el mejoramiento económico, social y cultural del pueblo¹².

La recuperación del proyecto ético es indisociable, como demuestra el artículo 3.º de la Constitución mejicana¹³, de la recuperación del eje antropológico y de la forma democrática de gobierno. Cuando estos ejes se pierden como la historia nos demuestra la igualdad vuelve a entrar en un vacío

¹¹ Constitución política de los Estados Unidos Mejicanos de 5 de febrero de 1917, artículo 3.º, 1, c. El subrayado es mío.

¹² Artículo 3, 1, a.

¹³ El artículo 3.º del capítulo primero que establece las garantías individuales para el ejercicio de los derechos afirma: el sistema educativo «tenderá a desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la patria y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia...». Este desarrollo estará garantizado por una educación libre de «cualquier doctrina religiosa y basado en los resultados del progreso científico luchará contra la ignorancia y sus efectos, las servidumbres, los fanatismos y los prejuicios. Además será democrático, considerando a la democracia no solamente como una estructura jurídica y un régimen político, sino como un sistema de vida».

a pesar del proyecto emancipador que subyaciera en su origen. Sirva como ejemplo la Declaración de Derechos del Pueblo trabajador y Explotado de 10 de julio de 1918 redactada por el partido comunista y promulgada por el V Congreso Panruso de Soviets, que se aleja del contenido de la Constitución mejicana y recobra los niveles de abstracción y de formalismo. La preocupación por fundamentar el poder de los Soviets y la socialización de la propiedad privada ocupan el núcleo esencial de este texto, brillando por su ausencia la referencias a los derechos individuales. Desde otra ideología los resultados son idénticos: los seres humanos dejan espacio a los conceptos y las abstracciones.

La Constitución del Reich alemán de 14 de agosto de 1919 tiene una peculiaridad respecto a las anteriores, rompe el grado de abstracción y generalización y hace explícitos como sujetos de derechos a *los hombres y a las mujeres, por primera vez*: «Hombres y mujeres tienen, en principio, los mismos derechos y deberes políticos». Esta ruptura viene exigida por el artículo 109 donde se establece que: «(h)an de abolirse cualesquiera privilegios o *inferioridades de derecho público* que deriven del rango o del nacimiento». Esto suponía para las mujeres el reconocimiento de un cierto grado de ciudadanía y la prueba contundente de la no universalidad del principio de igualdad formal.

Entre las peculiaridades del desarrollo de la igualdad jurídica merece destacarse el artículo 25 de la Constitución de la República española de 9 de diciembre de 1931, donde se defiende que: «(n)o podrán ser fundamento de privilegio jurídico: la naturaleza, la filiación, el sexo, la clase social, la riqueza, las ideas políticas ni las creencias religiosas». En este enunciado existen algunos problemas. En primer lugar reconoce que la igualdad jurídica ha sido compatible con ciertas desigualdades y privilegios, que se desean eliminar; y en segundo lugar, merece mención especial la alusión a la «naturaleza». Si el precepto alude a la distinción entre naturaleza humana masculina y naturaleza humana femenina, distinción aceptada en la época, la referencia al sexo es una reiteración. Pero si no es así resulta extraña su inclusión, salvo que se aluda con tal expresión a las diferencias de capacidad.

La definición en negativo del artículo 25 contrasta con la claridad del artículo 43: «(l)a familia está bajo la salvaguardia especial del Estado. El matrimonio se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos, y podrá disolverse por mutuo disenso, a petición de cualquiera de los cónyuges, con alegación en este caso de justa causa». Estos desarrollos del principio iguali-

tario demuestran la debilidad del propio principio, vacío de contenido si no se explicita su alcance y su contenido en las diferentes esferas jurídicas. Prueba de la ambigüedad del principio de igualdad formal es su compatibilidad con sistemas políticos dictatoriales que violan el respeto a los derechos individuales. En esta línea cabe citar, en plena dictadura franquista, el artículo 3 del Fuero de los Españoles de julio de 1945: «La ley ampara por igual el derecho de todos los españoles».

Los argumentos hasta ahora expuestos nos permiten sostener que el carácter centenario de la igualdad no ha supuesto superación de sus parcialidades, ambigüedades y complejidades. En estos momentos el principio igualitario ha quedado reducido a previsión controlada de diferencias y a una no indiscriminada equiparación. De este modo, la igualdad resulta ser un principio reductor de complejidad social y un eficaz productor de diferencias de trato aceptadas o aceptables ¹⁴ por el sistema. A pesar de este reduccionismo, la dimensión subjetiva de la igualdad sigue estando presente en el ideal de justicia que invade las sociedades actuales. Prueba de ello es la necesidad de mayores niveles de abstracción para mantener la credibilidad de la igualdad formal. En contra de nuestros argumentos hay quien sostiene que: «(f)rente a las usuales visiones ontologistas que aspiran a encontrar igualdades preestablecidas, la igualdad es aquí puro dinamismo que carece de puntos de apoyo externos. El derecho se articula a través de relaciones condicionales entre supuestos de hecho y consecuencias jurídicas y el principio de igualdad no es sino una expresión para una relación entre relaciones, que nunca son fijas sino contingentes y fungibles. La técnica del derecho consiste en poner en conexión hechos y normas (y ambos entre sí), y el principio de igualdad tiene carácter lógico: es un arma para relacionar... El principio de igualdad se sitúa así en un nivel metanormativo, pues regula las operaciones normativas del sistema actuando como una válvula de control de la propia complejidad... El principio de igualdad jurídica, referido a la producción de las decisiones vinculantes, debe ponerse finalmente en relación con el principio de igualdad política —el derecho a un voto igual— que dentro de los procesos de tratamiento y flujo de información efectuados por el sistema jurídico son estrategias complementarias» ¹⁵.

¹⁴ Véase el artículo de J. I. MARTÍNEZ, «El principio de igualdad y la producción de diferencias en el derecho», en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 6, 1990, pp. 193-213. El autor desarrolla en este trabajo una exaltación del principio de igualdad jurídica utilizando las aportaciones de la teoría de sistemas de Luhmann.

¹⁵ J. I. MARTÍNEZ, *ob. cit.*, pp. 208-209.

Un fundamento que hace aguas

Hemos demostrado hasta ahora la ambigüedad del principio igualitario y los límites de la igualdad formal. Pero los problemas no radican sólo en estos aspectos. El principio de igualdad formal se sustenta sobre dos conceptos básicos: el Estado-nación y la ciudadanía, conceptos hoy en crisis ante los cambios económicos, sociales y políticos. Esta crisis profunda demanda cambios institucionales que afectan de un modo significativo al principio de igualdad y en concreto a su fundamentación .

Aun aceptando la argumentación hobbesiana tradicional de la igualdad natural fundamentada en la necesidad de reconocerse iguales para poder establecer objetivos comunes y construir el consenso que haga posible el pacto para la paz, la existencia de objetivos comunes resulta hoy un mito poco creíble ante la diversidad de intereses y necesidades de los sujetos en las sociedades actuales. Además está el problema de quiénes son los sujetos con legitimidad para participar en el pacto y en el establecimiento de objetivos. El derecho a la vida, o el miedo a la muerte, que sirvió de fundamento en el pasado al «nuevo orden social» posee en estos momentos una dimensión planetaria que supera la estrechez de los Estados-nación. La mundialización del sistema económico y la globalidad del concepto de seguridad obligan a revisar conceptos claves como concepto de ciudadano, el concepto de representación, las necesidades básicas para los seres humanos, el catálogo de los derechos fundamentales, etc., conceptos necesarios para fijar con rigor la dimensión del principio de igualdad hoy.

Los cambios institucionales que la realidad exige pueden efectuarse bien recuperando el valor y el protagonismo de los seres humanos en el control de la realidad y en la adopción de decisiones o bien alejándose de los individuos y acentuando los niveles de abstracción jurídico-política. Desde una parte de la doctrina se culpa al Estado social de haber introducido un caos irresoluble en el sistema jurídico como consecuencia de obligarle a actuar regido por dos principios que son opuestos y contradictorios entre sí: igualdad material, igualdad formal. Esta falta de coherencia está en la incapacidad de la igualdad formal para hacer frente a los peligros del excesivo particularismo y de la inmediatez de la acción política. Se ha roto la capacidad del principio de igualdad para introducir «disciplina y perspectiva general» ¹⁶.

¹⁶ *Ibidem*, p. 208.

La clave no está, como estos autores sostienen, en la vuelta a mayores niveles de abstracción y alejamiento de la realidad, en la reducción de la igualdad a estructura, sino en la complejización del principio de igualdad. Hay que recuperar la conexión con la realidad. La igualdad de derechos, definición originaria de la igualdad, puede ser una fórmula útil de la que partir para introducir conjuntamente niveles de abstracción y concreción, de igualdad y diferencia, dimensiones necesarias para el desenvolvimiento no violento de los conflictos sociales actuales. La complejidad social en estos momentos exige más que nunca principios regulativos complejos, no fórmulas simples y rígidas.

Una vuelta atrás renovada

Desvelado el reduccionismo que ha determinado la evolución del principio de igualdad en el desarrollo constitucional y su incapacidad para continuar siendo, sin cambios, un fundamento aceptable del orden jurídico y social, se exige dar un paso adelante y determinar algunas de las posibles alternativas a esta situación. El derecho es un instrumento de ordenación social, pero es también algo más, un sistema configurador de formas de vida y de relación, lo que es tanto como decir creador de modelos, de principios y de valores. En tanto el derecho nos condiciona y nos determina individual y socialmente, será un instrumento ético o un instrumento de fuerza en la medida que permita u obstaculice el desarrollo de los individuos en sociedad.

Si aceptamos de acuerdo con Heidegger que en la construcción de las identidades individuales y sociales confluyen dos principios básicos: igualdad y diferencia¹⁷, articulados de modo tal que la igualdad no existe sin diferen-

¹⁷ «Cuando el ser, en tanto que el ser de lo ente, se manifiesta como la diferencia, como la resolución, perduran la separación y correlación mutuas del fundar y el fundamentar, el ser funda a lo ente, y lo ente fundamenta al ser en tanto que ente máximo. El uno pasa al otro, el uno entra dentro del otro. La sobrevenida y la llegada aparecen alternadamente la una dentro de la otra como un mutuo reflejo». A través de estas palabras Heidegger no desvela que el proceso de construcción de la identidad es eso un proceso, una relación dinámica donde el «Yo» se construye en interacción con los «otros» mediante los principios de igualdad y diferencia. Esta relación no es aprehensible mediante una fórmula abstracta, se exigen niveles de abstracción y de concreción.

El hombre es un ente, «(c)omo tal, tiene su lugar en el todo del ser al igual que la piedra, el árbol y el águila. Tener su lugar significa todavía aquí: estar clasificado en el ser» Pero el hombre como «ser que piensa y que está abierto al ser, se encuentra ante éste, permanece relacionado con él, y de este modo, le corresponde». De este modo en el razonamiento de Heidegger el hombre y el ser han pasado a ser propios el uno del otro, pertenecen el uno al otro. M. HEIDEGGER, *Identidad y diferencia*, edición de Arturo Leyte y traducción de H. Cortés y A. Leyte, Anthropos, Barcelona, 1988, pp. 73, 75, 77.

cia, ni la diferencia sin igualdad, y afirmamos que las sociedades son plurales, la democracia es el único cauce de expresión y de participación de esta pluralidad de opciones y grupos, donde las identidades individuales y colectivas pueden desarrollarse. Esto exige elaborar alternativas que conjuguen al mismo tiempo la dimensión jurídica y política de la igualdad. Esta exigencia nos obliga a plantear que la Constitución como norma básica sólo tiene sentido «si se resuelve en una serie de procesos los cuales deben ser lo más abiertos posibles y servir de auténticos canales de participación. Sólo de este modo se crean las condiciones de posibilidad de que se generen y consoliden alternativas»¹⁸. Los procesos jurídico-políticos deben ser valorados por su capacidad para garantizar que los intereses y puntos de vista de todos puedan expresarse y sean tenidos en cuenta. Esta idea de Constitución exige del Tribunal Constitucional que asuma la función de garante de la apertura de dichos procesos¹⁹.

Conviene, por último, hacer una precisión respecto a la dimensión y alcance de estos procesos de participación donde la igualdad y la diferencia dejan de ser principios abstractos para transformarse en instrumentos para la acción. La relación entre derechos humanos y soberanía popular ha sido debatida durante más de doscientos años, lo cual no ha impedido que tanto un concepto como otro hayan formado la autocomprensión normativa de los Estados constitucionales en la actualidad. La tradición liberal y la republicana tienden a interpretarlos desde perspectivas diferentes: subordinando la soberanía popular a los derechos humanos o viceversa. Ninguna de las dos respuestas satisface. Habermas propone que los dos principios se entiendan de forma no competitiva. En un intento de construir la autonomía cívica Rousseau produce una conexión interna entre soberanía popular y derechos humanos. La voluntad soberana del pueblo puede expresarse sólo en el lenguaje de las leyes universales y abstractas; implica, pues, el derecho a iguales libertades. El contenido normativo de la idea de los derechos humanos se inscribe en el modo de llevar a cabo la soberanía popular²⁰. La voluntad de los ciudadanos está vinculada por medio de leyes universales y abstractas a un procedimiento legislativo democrático, que excluye de por sí todo interés no generalizable y sólo admite regularizaciones que garanticen libertades iguales para todos y cada uno. Pero el contenido normativo de los derechos humanos no puede ser cap-

¹⁸ J. A. ESTÉVEZ ARAUJO, *La constitución como proceso y la desobediencia civil*, Edit. Trotta, Madrid, 1994, p. 87.

¹⁹ *Ibidem*, p. 88.

²⁰ J. HABERMAS, «Human Rights and Popular Sovereignty: The Liberal and Republican Versions», *Ratio Juris*, vol. 7, núm. 1, marzo 1994, p. 10.

tado por la gramática de las leyes generales y abstractas. La semántica de los preceptos universales no dice nada sobre su legitimidad. La prueba de que algo verdaderamente responde al interés de todos debe ser comprobado bajo las condiciones pragmáticas del discurso, donde sólo cuentan los mejores argumentos. La legitimidad del derecho depende en último término de un proceso comunicativo en el que todos puedan examinar si una norma cuenta con el acuerdo o apoyo de los afectados. La conexión interna entre soberanía popular y derechos humanos consiste en el hecho de que los derechos humanos proporcionen las condiciones bajo las cuales puedan ser institucionalizadas legalmente las diferentes formas de comunicación necesarias para una creación del derecho políticamente autónoma.

La autonomía privada de los ciudadanos no puede ser puesta por encima ni subordinada a su autonomía política, ni impuesta como un derecho moral que coarta la legislación política, ni instrumentalizada como un requisito funcional del proceso democrático. La autonomía privada y pública son cooriginales y de igual peso. «La substancia de los derechos humanos reside entonces en las condiciones formales para la institucionalización legal de aquellos procesos discursivos de formación de la opinión y de la voluntad a través de los cuales puede ser ejercida la soberanía del pueblo»²¹. De este modo el proyecto colectivo no supondrá menoscabo para el desarrollo de las identidades individuales, identidades que a su vez se configuran en el complejo juego de relaciones intersubjetivas.

Estos no son los presupuestos que encontramos en los marcos constitucionales de las sociedades actuales. El análisis del caso español nos servirá de ejemplo para demostrar la reducción de la igualdad jurídica y política a mero formalismo, donde los derechos humanos se presentan como un fin en sí mismos, cuyo significado y alcance es decidido en última instancia por el experto constitucional. Ante tal realidad la compleja relación igualdad-diferencia encuentra difícil acomodo.

¿Cómo resuelve la igualdad formal el reconocimiento de diferencias?

La dogmática jurídica afirma que la igualdad jurídica tal y como ha sido desarrollada en los ordenamientos jurídicos no significa que todos tengamos

²¹ *Ibidem*, p. 13.

los mismos derechos, ni hace referencia a una igual naturaleza humana, sólo establece un deber para el legislador. Tampoco configura un derecho subjetivo, ni exigencias particulares frente al poder. No implica fixismo, sino previa determinación de cómo una normativa abstracta es capaz de establecer una previsión controlada de diferencias. De este modo la igualdad es definida como un principio que determina la autonomía del sistema jurídico y no como un principio que hace referencia a la condición de las personas. La igualdad resulta ser así un principio reductor de la complejidad social y un eficaz productor de diferencias aceptadas o aceptables. Aun cuando aceptemos que la igualdad es un principio estructural, la historia no nos deja olvidar que también actúa como un principio jurídico que fundamenta y legitima los contenidos normativos.

La Constitución española de 1978 muestra la diversidad de significados que el principio igualitario presenta en el desarrollo constitucional actual. Esta naturaleza multívoca ha exigido del Tribunal Constitucional español que se pronuncie reiteradamente sobre el alcance y significado de un principio tan abstracto, matizando y argumentando el reconocimiento de tratos diferenciales compatibles con la igualdad ante la ley, la igual aplicación de la ley, la igualdad como valor y el contenido del derecho subjetivo a la igualdad.

En este sentido, una de las primeras sentencias, y quizás una de las más emblemáticas, fue la sentencia 49/1982, del 14 de junio (Sala Segunda), donde se define la igualdad ante la ley y la igual aplicación de la ley: «(1) a igualdad a que el artículo 14 se refiere, que es la igualdad jurídica o igualdad ante la ley, no comporta necesariamente una igualdad material o igualdad económica real y efectiva. Significa que *a supuestos iguales deben serles aplicadas unas consecuencias jurídicas que sean iguales también*, y que para introducir diferencias entre los supuestos de hecho tiene que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable».

El Tribunal sostiene que la exigencia de igual tratamiento actúa en el momento de legislar y en el de aplicar el derecho. Este control a la función jurisdiccional impide «a un mismo órgano» modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales; y debe establecer «una fundamentación suficiente y razonable», cuando se aparte de sus precedentes.

En los supuestos de órganos diferentes, la igualdad en la aplicación de la ley estará garantizada por órganos jurisdiccionales superiores, puesto que el principio de igualdad en la aplicación de la ley debe ser compatible con el principio de independencia de los órganos encargados de la función jurisdiccional.

El control que supone la vinculación de la Administración a sus precedentes no implica olvido de las exigencias que impone una realidad social compleja y cambiante. Para salvar las dificultades que el reconocimiento de diferencias impone al principio igualitario el T. C. afirma en la sentencia 128/1987, de 16 de julio que no toda desigualdad de trato es contraria al principio de igualdad, sino sólo la que se fundamenta en «supuestos de hecho injustificados de acuerdo con los criterios o juicios de valor generalmente aceptados». Es más, reconoce que el Estado social y democrático puede exigir «el tratamiento diverso de situaciones distintas» para lograr «la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores del ordenamiento, como son la justicia y la igualdad»²².

Si relacionamos la sentencia 49/1982 con la sentencia 128/1987, podríamos afirmar que el Tribunal español está reconociendo una igualdad jurídica y una igualdad política, en la línea de Dworkin, para hacer compatible la igualdad ante la ley y la igual aplicación ante la ley con la legitimidad de tratos diferenciales. La doble naturaleza –jurídica y política– de la igualdad permitiría argumentar que: «(c)ualquier estándar pondrá a ciertos candidatos frente a otros, pero puede... justificarse, sin embargo, si parece razonable esperar que el beneficio global para la comunidad exceda a la pérdida global, y si ninguna otra política produjera, incluso aproximadamente, el mismo beneficio sin traer aparejada una desventaja comparable. El derecho de un individuo a ser tratado como igual significa que su pérdida potencial debe ser tratada como asunto inquietante pero que tal pérdida puede, de todas maneras, ser compensada por lo que gane la comunidad como tal»²³. De este modo se salva la necesaria relación entre igualdad y diferencia y se dan argumentos morales a quienes enarbolando la bandera de la igualdad se oponen a la existencia de clasificaciones diferenciales.

El análisis de otras sentencias nos saca rápidamente de nuestro error. No existe un discurso coherente en la jurisprudencia del T. C. Los argumentos

²² En esta misma línea cabe destacar la sentencia 68/1991, de 8 de abril donde el T. C. afirma que si en un primer momento del principio de igualdad deriva un derecho de los ciudadanos a la igualdad ante la ley y derecho a igual aplicación de la ley, actualmente de este principio deriva también «un derecho frente al legislador, cuyas decisiones pueden ser anuladas por la jurisdicción competente cuando establezcan distinciones basadas en criterios específicamente prohibidos (raza, sexo, etc.) o que no guarden una razonable conexión con la finalidad propia de la norma. Este nuevo significado del principio de igualdad no implica, sin embargo, la eliminación del anterior; no lo sustituye, sino que lo amplía... En ciertos casos el principio constitucional de igualdad contiene un mandato de desigualdad o de diferenciación. Es precisa la desigualdad formal para lograr la igualdad real. Lo que nos conduce inevitablemente al criterio de razonabilidad y de proporcionalidad de la diferenciación».

²³ R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, cit., cap. 9, pp. 332-333.

coyunturales y *ad hoc* se suceden y resultan difíciles de explicar desde un planteamiento teórico general.

El reconocimiento de la igualdad como valor supremo del ordenamiento aparece expuesto en la STC 75/1983, de 3 de agosto (pleno), «La prohibición de discriminación, enunciada con carácter general en el artículo 14 de la CE, y concretamente, en cuanto al acceso y a la permanencia en los cargos y en las funciones públicas, en el artículo 23,2 de la CE, responde a uno de los valores superiores que, según la Constitución, deben de inspirar el ordenamiento jurídico español, el valor de la igualdad (artículo 1,1). El derecho a la igualdad tiene así un carácter general que comprende a los servidores públicos y actúa, en el acceso a la función pública y a lo largo de la duración de la relación funcional, de modo que los ciudadanos no deben ser discriminados para el empleo público una vez incorporados a la función pública.»

Ahora bien, la naturaleza de valor y el carácter general del principio de igualdad no son obstáculos al reconocimiento de diferencias razonables. De este modo la discriminación por edad puede ser justificada en atención a la naturaleza y especificidad de la función: reconociendo que «la edad es una de las circunstancias comprendidas en el artículo 14 y en el artículo 23,2 desde la perspectiva excluyente de tratos discriminatorios. No obstante, sería equivocado inferir de aquí que todo funcionario tiene abiertas, cualquiera que sea su edad, las posibilidades de ocupar cualquier puesto de la organización pública, pues, en cuanto la edad es en sí un “elemento diferenciador”, será legítima una decisión legislativa que, atendiendo a ese elemento diferenciador y a las características del puesto de que se trate, fije *objetivamente* límites de edad para acceder a estos puestos». Las exigencias de objetividad y razonabilidad consideradas son que los municipios de régimen especial tienen un grado mayor de complejidad que los municipios de régimen común, por consiguiente «el límite de sesenta años para acceder al cargo de interventor trata de evitar que tal cargo se adjudique a funcionarios que, por poseer una mayor antigüedad en la carrera, tan decisiva en la resolución de concursos, les reste un plazo relativamente breve para la jubilación, de modo que apenas tengan tiempo suficiente para conocer las peculiaridades de los Ayuntamientos de Madrid o Barcelona»²⁴. Tampoco es inconstitucional, continúa el T. C., como diferenciación entre los funcionarios, porque la «igualdad de tratamiento entre los funciona-

²⁴ En la misma línea jurisprudencial puede citarse la STC 69/1991, de 8 de abril, donde se afirma «(l)a prohibición por edad contenida en el artículo 14 no puede ser entendida de modo tan rígido que las circunstancias personales no puedan ser tenidas en cuenta. Se acepta la discriminación por edad cuando ésta es un signo de *heterogeneidad en la naturaleza del trabajo, o en su valor*».

rios se produce en términos abstractos, pues todos ellos, antes de cumplir la edad de sesenta años, pueden acceder al cargo si concurren las demás condiciones legales».

Frente a esta interpretación de la igualdad de trato y reconocimiento de diferencias legítimas se produce un voto disidente que formulan la magistrada Gloria Begué Cantón, y los magistrados Luis Díez Picazo, Francisco Tomás y Valiente, Rafael Gómez-Ferrer Morant y Antonio Truyol Serra. La razón básica del disentimiento estaba en la diferente interpretación que se hacía del artículo 14. Según los magistrados firmantes del voto disidente para que «una eventual desigualdad entre los ciudadanos que ocupan situaciones iguales quede excluida del artículo 14 de la Constitución, no basta que la opción elegida por el legislador presente una justificación razonable. Si así lo fuera el artículo 14 se confundiría por completo con la regla de la *interdicción de la arbitrariedad* del artículo 9,3».

El artículo 14 establece un principio general, por tanto toda excepción debe estar sometida a «una estricta interpretación restrictiva». De ahí que se opongan a la argumentación del tribunal defendiendo que la diferencia únicamente es aceptable «para tutelar bienes jurídicos constitucionalmente protegidos que tengan carácter superior a los que resultan sacrificados». Desde esta otra interpretación se rechaza el que la eficacia de la administración sea un bien a proteger por encima de la igualdad de los ciudadanos, y además se considera la desigualdad entre los funcionarios por razón de edad no adecuada, ni proporcionada al fin perseguido.

En el Proyecto de Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico (LOAPA), cuya constitucionalidad fue impugnada ante el Tribunal Constitucional, se apoya entre otras razones en el artículo 14 y a tales efectos afirma el Tribunal: «la igualdad reconocida en el artículo 14 no constituye un derecho subjetivo autónomo, existente por sí mismo, pues su contenido viene establecido siempre respecto de relaciones jurídicas concretas. De aquí que pueda ser objeto de amparo en la medida en que se cuestione si tal derecho ha sido vulnerado en una concreta relación jurídica y, en cambio, no pueda ser objeto de una regulación o desarrollo normativo con carácter general»; a continuación añade que el artículo 9,2 y el 14, consagran «la igualdad entre los individuos y los grupos sociales, pero no la de las Comunidades Autónomas». Las cuales no son consideradas grupos sociales y se justifica porque «pueden ser desiguales en lo que respecta al procedimiento de acceso a la autonomía y a la determinación concreta del contenido autonómico, es decir, de su Estatuto». Con esta interpretación de *derecho subjetivo no autó-*

nomo se pretende salvar la consideración de la igualdad como derecho fundamental recogida en la sentencia 49/1982, haciéndola compatible con la exclusión expresa del artículo 14 que realiza el artículo 81,1. En este supuesto nos encontramos ante una categoría difícil de explicitar en su alcance y contenido, fuera de lo que la propia sentencia explicita, y con serias dudas respecto a la no aplicabilidad de la misma a los sujetos colectivos. ¿Podría deducirse de esta interpretación jurisprudencial del T. C. que el derecho a la igualdad no actúa en el supuesto de que los sujetos sean pueblos o Estados?

En la sentencia 39/1986, de 31 de marzo (Sala Primera) los argumentos utilizados no se amparan en la construcción de una nueva categoría jurídica –derecho subjetivo autónomo–, la estrategia aquí utilizada es la distinción de esferas diferentes de facultades y derechos en el ejercicio y garantía de los derechos fundamentales: «los sindicatos pueden recibir del legislador más facultades y derechos que engrosan el núcleo esencial del artículo 28.1 de la Constitución y que no contradicen el texto constitucional. Y también es posible establecer diferencias entre los sindicatos para asegurar la efectividad de la propia actividad que a aquéllos se encomienda, siempre que las diferencias se introduzcan con arreglo a criterios objetivos. Y en la medida en que estos derechos adicionales, concedidos a unos sindicatos sí y a otros no, sobrepasan el núcleo esencial de la libertad sindical –que debe ser garantizado a todos–, tampoco se vulnera el artículo 28.1»²⁵.

El plus que se está discutiendo es nada más y nada menos que la participación institucional concedida a los sindicatos más representativos. Plus que sin lugar a dudas viene a reforzar el control que determinados sindicatos poseen a nivel nacional. El interés que se protege con este trato diferencial es la estabilidad social que a nivel político se consigue con unos interlocutores sociales fuertes y capaces de adoptar acuerdos con ámbito nacional y hacerlos cumplir. Es una medida más de las adoptadas desde el poder para fortalecer sindicatos negociadores, no reivindicativos y de clase.

Si en la sentencia 75/1983, ya descrita, era argumento razonable y objetivo la discriminación por edad fundamentada en razones de eficacia para el servicio; en la STC 128/1987, de 16 de julio (Sala Segunda) la razonabilidad se fundamenta en el nivel de exigencia que el Estado social y democrático de derecho impone a todos los poderes públicos «remediar la situación de deter-

²⁵ En esta línea cabe mencionar la STC 228/1992, de 14 de diciembre: «El T. C. entiende que es posible introducir diferencias entre los sindicatos siempre que el criterio utilizado para diferenciar a unos y a otros sea objetivo y la distinción establecida no pueda estimarse arbitraria por ser proporcionada y razonable a la finalidad constitucionalmente perseguida».

minados grupos sociales definidos, entre otras características, por el sexo», para establecer respecto a ellos un trato más favorable ²⁶, recibiendo de este modo tratamiento desigual las situaciones que son diferentes. El Tribunal analiza la situación histórica de discriminación de la mujer y admite que la discriminación se encuentra aún presente en importantes ámbitos de la vida social, entre ellos el laboral, como lo demuestra la baja participación laboral de la mujer casada. Para salvar este trato desigual permite prestaciones por guardería sólo para las trabajadoras con hijos menores, argumentando que no toda desigualdad de trato resulta contraria al principio de igualdad: «sino aquella que se funda en una diferencia de supuestos de hecho injustificada con criterios o juicios de valor generalmente aceptados».

Sobre tales supuestos el T. C. había tenido ocasión de pronunciarse admitiendo que la discriminación de la mujer con base en presupuestos de inferioridad física o de una mayor vocación (u obligación) hacia las tareas familiares las situaba en una posición laboral inferior, aunque estuviesen enmascaradas en medidas protectoras. Así las sentencias 81/1982, de 21 de diciembre y 7/1983, de 14 de febrero, inician una línea jurisprudencial opuesta a diferencias de trato fundadas en el sexo. La diferencia de sexo no es aceptada con carácter general, puesto que la generalidad es la igualdad de trato entre los sexos, ni siquiera cuando se pretenda corregir una situación histórica, afirmándose en la STC 81/1981, fundamento primero, que: «la protección de la mujer por sí sola, no es razón suficiente tampoco que el sujeto beneficiario de la protección sea la mujer, en cuanto tal mujer, pues, ello, en tales términos, es evidentemente contrario al artículo 14 de la CE» ²⁷.

Aun cuando la doctrina del TC pretende establecer criterios jurídicos para legitimar diferencias de trato entre los individuos y los grupos, obligando a que estas diferencias sean excepcionales, objetivas y razonables al tiempo que compatibles con los valores fundamentales y el fin de la norma, la realidad es que actúan otros criterios políticos que hacen de estas exigencias meras fórmulas justificadoras de las decisiones adoptadas. En este intento de equili-

²⁶ La STC 229/1992, 14 de diciembre, sostiene «(l)a consecución del objetivo igualitario entre hombres y mujeres permite el establecimiento de un derecho desigual desigualatorio, es decir, la adopción de medidas reequilibradoras de situaciones sociales discriminatoria... para conseguir el goce efectivo del derecho a la igualdad por parte de la mujer». Continúa en esta sentencia el T. C. la línea jurisprudencial que defiende la existencia de desigualdades formales para lograr la igualdad real. Véase la STC 68/1991, de 8 de abril.

²⁷ La STC 145/1991, de 1 de julio, argumenta que la justificación «razonable y objetiva de una diferencia de trato ha de ser valorada no en abstracto, sino en concreto. Dado que sólo este nivel permite comprobar si una diferencia formalmente razonable no encubre o permite encubrir una discriminación contraria al artículo 14 CE».

brio inestable los argumentos formales y materiales elaborados presentan todo tipo de debilidades. La deseada coherencia y plenitud del ordenamiento se muestra irreal ante el trasfondo de razones morales y políticas que se ocultan en las decisiones del alto Tribunal.

De este modo se pretende salvar la pugna entre el imperio de la justicia y el imperio de la ley en su poder de legitimación de las decisiones judiciales. Pero el control de la argumentación es muy complejo²⁸. Las exigencias de racionalidad, razonabilidad y objetividad impuestas al reconocimiento de tratados diferenciales se muestran controles escasos y débiles en el marco del ordenamiento en general o los valores constitucionales. Bastan como prueba las siguientes palabras: «no cabe apreciar en la Sentencia impugnada una *carencia de motivación*, pues el criterio que la resolución acoge se razona y argumenta en términos que no es dable calificar como inservibles para justificar un cambio, debiendo significarse que el Tribunal Supremo invoca en apoyo de la tesis que sostiene el fallo la doctrina establecida por una sentencia del Tribunal Constitucional de fecha posterior a la de los precedentes, aunque la errónea comprensión de tal doctrina no priva al cambio de criterio de la obligada fundamentación, pues la causa justificadora de la modificación de los criterios jurisprudenciales no es controlable por el TC, salvo que la misma vulnere otro derecho constitucional»²⁹.

El reconocimiento de diferencias sin cuestionar la lógica de la igualdad como principio esencial entiendo que sólo es posible distinguiendo entre una igualdad jurídica y una igualdad política, en la línea de Dworkin. Dworkin se pregunta qué derechos a la igualdad tienen los ciudadanos, en cuanto individuos, que puedan frustrar programas orientados a cumplir directrices económicas y sociales importantes, entre ellas la práctica social de mejorar la igual-

²⁸ «(L)a racionalidad de la argumentación es en cierta medida subjetiva. En otros términos, muestra que la razón práctica tiene unos límites. Es cierto que la razón juega un papel en los asuntos prácticos, pero también lo es que hay desacuerdos prácticos que no pueden ser dirimidos racionalmente. Puede haber argumentos igualmente racionales que sean divergentes en sus consecuencias normativas». Para salvar la tensión entre el imperio de la justicia, el imperio de la ley y el imperio de la sociedad es necesario una teoría de la argumentación que sin olvidar la importancia de la conciencia individual del juez le proporcione un criterio racional claro de orientación en la argumentación, el criterio propuesto por Modesto Saavedra es: «serían racionales no sólo aquellos argumentos que pudiesen ser aceptados por todos, sino también, y especialmente, aquellos tendentes a favorecer el procedimiento de argumentación. Lo que equivale a decir: tendentes a favorecer la democracia como procedimiento. No la opción de la mayoría, que en esto no consiste la democracia, sino las condiciones (de todo tipo: económicas, culturales, políticas, procesales) que hacen posible un intercambio equitativo de razones y argumentos. Y serían racionales por ser las condiciones de posibilidad de una argumentación racional». M. SAAVEDRA LOPEZ, «La legitimidad judicial», en *Jueces para la Democracia*, núm. 18, 1/1993, pp. 6 y 8.

²⁹ STC 142/1985, de 23 de octubre (Sala Primera).

dad general. Para responder a esta cuestión distingue dos tipos diferentes de derechos. «El primero es el derecho a igual tratamiento, que es el derecho a una distribución igual de oportunidades, recursos o cargas». «El segundo es el derecho a ser tratado como igual, que no es el derecho a recibir la misma distribución de alguna carga o beneficio, sino a ser tratado con la misma consideración y respeto que cualquiera». No tienen ambos derechos la misma naturaleza «el derecho a ser tratado como igual es fundamental, y el derecho a igual tratamiento es derivado». Esto explica que en ciertas circunstancias el derecho a ser tratado como igual lleva consigo el derecho a igual tratamiento, pero no en todas las circunstancias. De este modo cabe defender la violación de un derecho individual a la igualdad en interés de una política de mayor igualdad general para la sociedad ³⁰.

Las desventajas que se pueden producir respecto a aquellos que se sienten discriminados por estos criterios diferenciales es un coste que ha de pagarse para la obtención de un beneficio mayor. Todo criterio de distinción o selección genera desventajas para quienes no pueden subsumirse en él, sin embargo estas desventajas no son en principio injustas, lo son cuando no suponen una mejora para la comunidad ³¹.

Resumiendo, para Dworkin los criterios diferenciales se justifican moralmente si sirven a una política adecuada que respete el derecho de todos los miembros de la comunidad a ser tratados como iguales, pero no en el caso contrario. Según su opinión, es en este punto donde debe la doctrina centrar el debate respecto a las diferentes programaciones políticas fundadas en criterios diferenciales. Porque lo contrario, según su opinión, sería utilizar el derecho individual a igual protección para privarnos de la igualdad ³².

Con esta argumentación Dworkin introduce coherencia y flexibilidad en la determinación de criterios diferenciales, al tiempo que los hace compatibles moralmente con la ideología de la igualdad jurídica ³³. ¿Es suficiente el planteamiento de Dworkin para superar los límites y ambigüedades del principio de igualdad? entendemos que no. Su teoría integra de modo satisfactorio el nivel jurídico y político de la igualdad, proporciona coherencia entre la igualdad jurídica y la igualdad como valor, pero no toma en consideración cuando

³⁰ D. DWORKIN, *ob. cit.*, capítulo 9, p. 332.

³¹ *Ibidem*, p. 333.

³² *Ibidem*, p. 348.

³³ Esta teoría se sustenta en argumentos idealistas, no utilitaristas, que defienden que «una sociedad más igualitaria es una sociedad mejor, aun cuando sus ciudadanos prefieran la desigualdad». Este argumento respeta a todos y no niega a nadie el derecho a ser tratado como igual. *Ibidem*, pág. 347.

desarrolla el contenido del principio de igualdad aquellas diferencias relevantes para configurar las identidades individuales y colectivas. Hubiese sido pertinente añadir a su definición del derecho fundamental de los individuos a ser tratados con igual consideración y respeto, la matización de en la diferencia.

Igualdad y diferencia

El concepto de igualdad compleja que hemos desarrollado en trabajos anteriores ³⁴ posee un sentido más renovador, más radical, aun cuando comparte con Dworkin los argumentos idealistas, es decir, la creencia de que una sociedad más respetuosa con el principio de igualdad es una sociedad más justa.

Reivindicar la diferencia en interacción con la igualdad es reclamar un sistema jurídico abstracto y general compatible con la existencia de un modelo social de hombres y mujeres, no de sujetos de derecho, no de categorías abstractas. La diferencia no se opone al establecimiento de una determinada igualdad, a la existencia de reglas para todos, indispensables para la vida en sociedad. Se opone a que bajo la cortina de humo de la igualdad formal se impida el desarrollo de lo diferente, que es, en definitiva, lo que el ser humano tiene de más propio; se impida la libertad de decidir la propia existencia, de construir en libertad una identidad donde todas las relaciones humanas tengan cabida en su formación: relaciones hombres-hombres, mujeres-mujeres y hombres y mujeres.

La diferencia entendida como rechazo a la subjetividad humana-universal, donde la mujer no está ni se reconoce, permite una ruptura lógica que se enfrenta a la historia y a la teoría de la igualdad. La diferencia como principio ontológico ³⁵ acerca la realidad individual y social a la norma y permite el necesario equilibrio que en todo sistema jurídico debe existir entre lo abstracto y lo concreto, lo general y lo particular. Hemos de superar el miedo a la diversidad, a la diferencia, a la inestabilidad.

Para incorporar el valor de la diferencia en la cultura jurídica es preciso recuperar la conexión del derecho con su eje antropológico, con una realidad

³⁴ Véase A. RUBIO, «El feminismo de la diferencia: argumentos de una igualdad compleja», *Revista de Estudios políticos*, n.º 70, 1990, pp. 185-207.

³⁵ A. RUBIO, *Ibidem*, pp. 194-195.



integrada por individuos concretos. Este enlace establece control respecto a la abstracción y el formalismo del derecho, así como pone freno a la imagen mitificadora de la realidad que el principio de igualdad jurídico-formal proyecta, al tiempo que refuerza la visión instrumental del derecho al servicio del poder constituyente de los ciudadanos.

Todos conocemos la complejidad de trabajar al mismo tiempo en el derecho con niveles de abstracción y concreción, con exigencias personales y sociales, con la salvaguarda de niveles de autonomía individual y defensa de intereses difusos, pero estas dificultades no pueden reducirse introduciendo estándares más generales, ni aumentando el nivel de abstracción. La opción no está en alejarse de la realidad, sino en mostrar la conflictividad inherente a una sociedad integrada por individuos plurales y diferentes. La necesidad de normas generales y abstractas para introducir racionalidad y control ante el excesivo particularismo, no es por nadie cuestionada, lo que cuestionamos es que esta exigencia sea incompatible con la valoración de aquellas diferencias que son esenciales para la configuración de las identidades. La importancia de la abstracción en la organización de las relaciones no debe hacernos olvidar cómo el sujeto es absorbido en la cultura jurídica actual por lo que ha producido y el producto ha acabado transformándolo en objeto³⁶. Para romper la perversión de este círculo hay que dirigirse al punto de partida de este resultado: la incapacidad moderna de pensar realmente la diferencia entre individuo y Estado, entre individualidad y sociabilidad.

Una alternativa al triunfo de esta razón instrumental que acaba destruyendo al sujeto es recuperar el control reflexivo sobre el proceso de socialización. «La sociedad es obra del hombre, es una creación del campo histórico-social, donde desde siempre está en acción el poder constituyente del colectivo anónimo, de lo humano impersonal... La política es imponerse conscientemente, reflexivamente, la tarea de construir los individuos sociales, de realizar la participación en las cosas comunes, de instituir la libertad, la autonomía y la verdad como objetos en los que realizamos una inversión de afectividad. Bajo este perfil, la política coincide con el proceso de socialización, con el proyecto de darse las propias leyes y tomar en las manos el propio destino»³⁷. Es en este contexto de pasión por la participación, por la democracia, y el autogobierno socio-político donde la defensa de la interacción igualdad-diferencia cobra todo su sentido y despliega toda su complejidad.

³⁶ P. BARCELONA, «Política y modernidad: hipótesis para una crítica», *Mientras tanto*, núm. 57, abril-mayo, 1994, p. 69.

³⁷ *Ibidem*, p. 74.

La cultura que deseamos superar ha utilizado los conceptos igualdad, diferencia, desigualdad, discriminación, etc., con diferentes alcances y significados dependiendo de los contextos, lo cual ha generado confusión, ambigüedad y parcialidad en los análisis sobre el principio de igualdad. Introducir algunas aclaraciones en esta maraña conceptual es un paso prioritario en la construcción de alternativas deseables y posibles.

Pueden darse cuatro posibles relaciones entre la igualdad y la diferencia en el ámbito jurídico:

1. Indiferencia jurídica para las diferencias;
2. diferencia jurídica de las diferencias. Unas son tenidas en cuenta por el sistema jurídico y otras no;
3. homogeneización jurídica de las diferencias, y
4. valoración jurídica de las diferencias ³⁸.

En el primer modelo las diferencias son ignoradas. Este sería el ejemplo del Estado de naturaleza hobbesiano que confía a las relaciones de fuerza la defensa o la derrota de las diversas identidades. Nos encontramos ante un paradigma anárquico cuyas formas extremas coinciden con la ausencia de derecho y las formas intermedias con el modelo de sociedad poleo-liberal, donde el derecho se reduce a mínimos y se potencia la desregularización de los poderes privados.

El segundo modelo valoriza algunas diferencias mientras que otras las desvaloriza. Este es el ejemplo de sociedades jerarquizadas y aristocráticas, más representativas de la etapa premoderna, pero que aún perviven en los orígenes de la modernidad cuando la igualdad y el reconocimiento de derechos universales está fuertemente unido al modelo de macho, blanco y propietario. En este contexto las diferencias son pensadas como desigualdad, es decir, como privilegios o discriminaciones ³⁹.

El tercer modelo representa la situación jurídica actual, donde las diferencias son ignoradas en nombre de una abstracta defensa de la igualdad. Se trata de un modelo, en algunos aspectos, semejante al anterior y en otros diferente. Se parece al anterior cuando valoriza positivamente algunas diferencias a través de la asunción implícita de una identidad que se acepta como normal y al mismo tiempo como normativa. Se diferencia cuando se opone a la aceptación de un estatus privilegiado o discriminatorio y establece un marco jurídico general y abstracto para todos.

³⁸ L. FERRAJOLI, «La differenza sessuale e le garanzie dell'uguaglianza», en *Diritto sessuato*, *Democrazia e diritto*, 2/1993, abril-junio, p. 50.

³⁹ *Ibidem*, pp. 50-51.

El cuarto modelo integra en el principio normativo de igualdad en los derechos fundamentales las diferencias relevantes para las identidades colectivas e individuales, permitiendo un sistema de garantías que asegure la efectividad en el ejercicio de los derechos. De este modo la igualdad como norma y la diferencia como hecho ⁴⁰ alcanzan el equilibrio deseado. Esta fórmula reconoce la diversidad pero desea evitar que sea factor de desigualdad, al tiempo que acepta la naturaleza prescriptiva, no descriptiva de la igualdad. Esto significa definir la igualdad como: todos los hombres y mujeres deben ser iguales en derechos.

Al depender la igualdad de la extensión de los sujetos y de la cantidad de derechos reconocidos y garantizados, la desigualdad se produce tanto por parcialidad de los sujetos, como por menor cantidad de derechos reconocidos y garantizados ⁴¹. Por consiguiente podemos afirmar que aun cuando todas las personas sean iguales en la titularidad de los derechos fundamentales, al mismo tiempo todas son diferentes entre sí por razón de sexo, de religión, de raza, de edad, de ideología política, etc., sin que ello suponga desigualdad ⁴².

Para continuar profundizando en esta conceptualización de la igualdad debemos distinguir dos tipos de diferencias: diferencias naturales o culturales y diferencias económicas o sociales. Las primeras son las connotaciones específicas que diferencian y al mismo tiempo individualizan a las personas y que, en cuanto tales, son tuteladas por los derechos fundamentales, su importancia exige que sean protegidas y valorizadas frente a las discriminaciones o privilegios en armonía con el principio de igualdad formal. Las segundas establecen disparidad entre los sujetos y producen diversidad en los derechos patrimoniales, posiciones de poder y sujeción, por lo cual deben ser reducidas a

⁴⁰ «In tutta la tradizione classica, da Aristotele ad Hobbes, da Locke a gran parte del pensiero illuminista, la tesi dell'uguaglianza (o, correlativamente, della disuguaglianza) è stata sempre argomentata con argomenti di fatto di tipo cognitivo: gli uomini, diceva Hobbes, sono uguali perché tutti muoiono e inoltre perché sono parimenti in grado di nuocersi a vicenda. È chiaro che simili tesi rappresentavano dei deboli argomenti a sostegno (del valore) dell'uguaglianza e servirono parimenti –talora presso lo stesso autore, come in Locke– a suffragare l'opposta tesi della disuguaglianza. È anzi probabile che proprio la lunga persistenza della concezione dell'uguaglianza come fatto sia all'origine della configurazione dell'uguaglianza come assimilazione delle differenze, propria del terzo modello sopra illustrato, e delle sue ambigue comunanze con il secondo», *Ibidem*, pp. 55-56.

⁴¹ «l'uguaglianza giuridica non sarà nulla più che l'identica titolarità e garanzia dei medesimi diritti fondamentali indipendentemente dal fatto, ed anzi proprio per el fatto, che i loro titolari sono tra loro differenti». *Ibidem*, p. 60.

⁴² «su questa base, il nesso che, per il tramite dei diritti, lega le differenze all'uguaglianza e le oppone alle disuguaglianze e alle discriminazioni». *Ibidem*, pág. 60-61.

niveles mínimos, o compensadas mediante la actuación de los derechos sociales, en virtud del principio de igualdad material ⁴³.

Únicamente introduciendo este nivel de complejidad cabe armonizar el derecho igual con la identidad diferente y sostener que las discriminaciones han de ser analizadas como obstáculos de orden social y cultural a la igualdad de hecho y a la libertad de los individuos, cuestión de importancia en el establecimiento de políticas democráticas de derecho. Así pues, el principio de la igualdad queda vulnerado cuando se ignoran o se eluden las diferencias entre las personas que son claves para el desarrollo de su identidad.

Si la igualdad es entendida como que «los diferentes deben ser respetados y tratados como iguales; y que siendo ésta una norma no basta con enunciarla sino que es necesario observarla y sancionarla. La Diferencia/as es un término descriptivo, significa que de hecho, entre las personas, existen diferencias, que la identidad de cada persona viene dada por sus diferencias, y que son, pues, sus diferencias las que estarán tuteladas, respetadas y garantizadas en atención al principio de igualdad. En coherencia con esta argumentación es un contrasentido oponer igualdad y diferencias. Y si una diferencia como es la diferencia sexual está de hecho ignorada o discriminada, como ocurre en las sociedades occidentales, significa que la igualdad no sólo es contradicha, sino violada» ⁴⁴.

La interrelación igualdad-diferencia impone establecer una asimetría de estatuto entre igualdad, como norma, y diferencia, como hecho, para lograr niveles óptimos de efectividad en el ejercicio de los derechos tal y como ha venido defendiendo el feminismo de la diferencia ⁴⁵ en su intento de superar los límites de la igualdad formal.

Si las identidades individuales y colectivas son resultado de un proceso complejo en el que interactúan al mismo tiempo igualdad y diferencia, y donde la diferencia no existe sin la igualdad y la igualdad no existe sin la diferencia, no resultará lógico separarlos en el ámbito jurídico-político. Creemos que sólo de este modo es posible garantizar la capacidad de los procesos jurídico-políticos para

⁴³ «In entrambi i casi l'uguaglianza è connessa ai diritti fondamentali: a quelli di libertà in quanto diritti all'uguale rispetto di tutte le differenze; a quelli sociali in quanto diritti alla riduzione delle disuguaglianze». *Ibidem*, pág. 61.

⁴⁴ La traducción es mía. *Ibidem*, pág. 58

⁴⁵ Somos conscientes de la diversidad de feminismos que se denominan de la diferencia, de ahí la necesidad de matizar qué corriente doctrinal sirve de fundamento teórico a este discurso: el feminismo de la diferencia italiano.

La teorización del principio de la diferencia ha discurrido en paralelo al desarrollo y complejidad del principio de igualdad presentando distintos perfiles tal y como analiza Tamar Pich en su artículo «Diritto e diritti. Un percorso nel dibattito femminista», en *Democrazia e diritto*, 2/1993, *Diritto sessuato?*, pp. 4-44.



crear las condiciones de expresión y participación de todos y cada uno, al hacer posible la política como pasión, como proceso educativo, conjugando en armonía los derechos humanos y la soberanía popular en un único y exclusivo proceso.

La igualdad en la diferencia no sólo permite distinguir el plano normativo del plano de la efectividad, en la igualdad de derechos, también hace lógicamente compatible el reconocimiento de iguales derechos fundamentales y diferentes garantías en atención a las diferencias de identidad ⁴⁶, así como un debate respecto al catálogo de derechos fundamentales para adecuarlo a las exigencias socio-culturales y económicas ⁴⁷.

El valor de la interacción igualdad-diferencia nace ⁴⁸ en el seno del discurso paritario ante los límites que impiden un desarrollo paralelo en el ámbito jurídico y la realidad social.

⁴⁶ Podemos tomar como ejemplo la diferencia sexual, cuya visibilidad es imprescindible para garantizar y proteger con eficacia ciertos derechos fundamentales. «E evidente che le garanzie dei diritti di libertà e di autonomia sono quelle che meno si prestano a discriminazioni. Questi diritti -dalla libertà di coscienza alla libertà di manifestazione del pensiero, dalla libertà di associazione e di riunione alla libertà personale da arresti arbitrari, dai diritti politici di elettorato attivo a tutti i diritti civili- sono infatti parimenti garantiti, per le donne e per gli uomini, da altrettanti divieti che ne sanzionano le violazioni come invalide, ove siano commesse da soggetti privati.

C'è tuttavia una specifica libertà da o diritto-immunità della cui violazione sono vittime di solito le donne e ad opera sempre degli uomini: la libertà sessuale e l'inviolabilità del corpo da violenze o molestie di natura sessuale. Ho già detto che questa libertà è un diritto fondamentale non esclusivamente femminile, essendo in via di principio riconosciuta e garantita anche agli uomini. Le sue violazioni tuttavia, poiché di fatto ne sono vittime soprattutto le donne ad opera sempre degli uomini, ne fanno un diritto prevalentemente femminile, conferendole il carattere di uno specifico habeas corpus della donna la cui tutela richiederebbe specifiche garanzie sessuate». *Ibidem*, pág. 66.

⁴⁷ Sirva como ejemplo una de las propuestas efectuadas por Ferrajoli, quien defiende la necesidad de reconocer a las mujeres, con exclusividad, un derecho fundamental a la maternidad:

«Si tratta di un diritto al tempo stesso fondamentale ed esclusivamente delle donne per molteplici e fondate ragioni: perché esso è tutt'uno con la libertà personale, la quale non può non comportare l'autodeterminazione della donna in ordine alla scelta di divenire madre; perché esso esprime quella che John Stuart Mill chiamava la sovranità di ciascuno sulla propria mente e sul proprio corpo; perché qualunque decisione eteronoma, giustificata da interessi estranei a quelli della donna, equivale a una lesione del secondo imperativo kantiano secondo cui nessuna persona può essere trattata come mezzo o strumento- sia pure di procreazione- per fini non suoi, ma solo come fine a sé medesima; perché infine, diversamente da ogni altra proibizione penale, il divieto di aborto equivale anche ad unobbligo- l'obbligo di divenire madre, di sostenere una gravidanza, di partorire, de allevare un figlio- in contrasto con tutti i principi liberali del diritto penal. Né si tratta soltanto di un diritto di libertà, ma anche di un diritto-pretesa cui devono corrispondere obblighi pubblici, concretamente esigibili, de assistenza e di cura, così nel momento della maternità come quello dell'aborto» .

De este modo responde el autor a la tensión constante entre lo social y lo personal. Estableciendo niveles de actuación pública respetuosos con la identidad individual y sensibles a las exigencias que hacen posible el ejercicio de esferas jurídicas iguales para la construcción de unas identidades diferentes sin discriminación. *Ibidem*, pp. 63-64.

⁴⁸ Hay quien defiende que sólo se trata de buscar un punto de equilibrio entre la máxima generalización posible con el máximo particularismo de la ley. En esta línea Simona Andrini habla de varias posibi-



El siglo XVIII encontró al individuo sometido a fuertes ataduras y surgió la llamada a la libertad y a la igualdad. Junto a este ideal del liberalismo creció en el siglo XIX, gracias al romanticismo y a la división del trabajo, una idea añadida: «los individuos liberados de las ataduras históricas se querían también diferenciar los unos de los otros. El portador del valor hombre no es ya el hombre general en cada individuo particular, sino que precisamente unicidad e intransformabilidad son ahora los portadores de su valor. En la lucha y en los cambiantes entrelazamientos de estos dos modos de determinar para el sujeto su papel en el interior de la totalidad, transcurre tanto la historia externa como la interna de nuestro tiempo»⁴⁹.

Somos conscientes de los límites de nuestro análisis y de sus dificultades, pero en tanto tales problemas están adheridos a la realidad histórica de la que nosotros formamos parte es necesario comprenderlos y abrir espacios que hagan posible el intercambio de las diferentes respuestas y argumentos.



lidades: uso alternativo del derecho, función promocional del derecho, creemos, por el contrario, que la necesaria interacción igualdad y diferencia obliga a algo más: a la valoración positiva de ambos principios. S. ANDRINI, «Differenza e in-differenza», en *Bene pubblico, bene comune, Democrazia e diritto*, 5-6/ 1991, septiembre-diciembre, pp. 237-275.

⁴⁹ G. SIMMEL, *El individuo y la libertad. Ensayos de crítica de la cultura*, Edit. Península, Traducción de Salvador Mas, Barcelona, 1986, pp. 260-261.