

# El principio constitucional de igualdad

Lecturas de introducción

Miguel Carbonell  
(compilador)



COMISIÓN NACIONAL DE LOS  
DERECHOS HUMANOS  
M É X I C O



COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

# EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE IGUALDAD

Lecturas de introducción

Miguel Carbonell  
(compilador)



MÉXICO, 2003

Primera edición: agosto, 2003  
ISBN: 970-644-308-8

© **Comisión Nacional  
de los Derechos Humanos**  
Periférico Sur 3469,  
esquina Luis Cabrera,  
Col. San Jerónimo Lídice,  
C. P. 10200, México, D. F.

Diseño de portada:  
Flavio López Alcocer

*Impreso en México*

## CONTENIDO

PRESENTACIÓN .....	7
ESTUDIO PRELIMINAR. LA IGUALDAD Y LOS DERECHOS HUMANOS <i>Miguel Carbonell</i> .....	9
SOBRE EL CONCEPTO DE IGUALDAD <i>Alfonso Ruiz Miguel</i> .....	31
HACIA UNA RECONSTRUCCIÓN DE LA IGUALDAD CONSTITUCIONAL <i>Michel Rosenfeld</i> .....	69
EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE IGUALDAD EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA <i>Juan María Bilbao Ubillos</i> <i>Fernando Rey Martínez</i> .....	105
IGUALDAD Y LIBERTAD <i>Alessandro Pace</i> .....	203
LAS ACCIONES POSITIVAS <i>Aída Kemelmajer de Carlucci</i> .....	229
LA REPRESENTACIÓN DEMOCRÁTICA DE LAS MUJERES <i>Alfonso Ruiz Miguel</i> .....	283



## PRESENTACIÓN

La dignidad humana, como condición suprema, prescribe una serie de derechos fundamentales, inalienables e imprescriptibles en beneficio de toda persona, los cuales son llamados “derechos humanos”, que, además, hacen que todos los seres humanos tengamos una igualdad esencial, prescindiendo de la diferente condición social, económica o cultural en que nos encontremos dentro de la vida comunitaria.

De esta forma, el derecho a la igualdad, como el resto de los derechos reconocidos en nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, encuentra su fundamento último en la dignidad de la persona humana.

Ahora bien, el que todo ser humano tenga derecho a ser tratado de la misma manera, en circunstancias similares, implica, respecto del Estado garante, el deber jurídico correlativo, por parte de las autoridades que lo integran, consistente en la ausencia total de cualquier clase de tratos discriminatorios o inequitativos que atenten contra la dignidad humana.

Así, el hecho de que toda persona disfrute del derecho a no ser discriminada no es más que una derivación de la prerrogativa esencial que le corresponde a ser tratada de la misma manera bajo circunstancias análogas, esto es, del derecho a la igualdad sustentado en la dignidad que le es connatural como ser humano.

El presente libro reviste un considerable interés al reunir significativos artículos relacionados con el tema de la igualdad, como lo es la relación que guarda para con los demás derechos humanos, entre éstos la libertad, así como su concepto, su aplicación concreta en la jurisprudencia, su vigencia específica tratándose de la representación democrática de las mujeres, así como las llamadas acciones positivas. Se trata, en suma, de una obra cuya importancia parece evidente a la luz de las necesidades imperantes en materia de discriminación, no sólo en el ámbito nacional, sino mundial.

No podemos negar los avances que se han venido dando, a todos los niveles, en la protección del derecho fundamental a la igualdad. Sin embargo, tampoco puede pasarse por alto el hecho de que su constante violación continúa vigente, especialmente tratándose de los grupos vulnerables o marginados. De ahí que en nuestra sociedad, como en todas las sociedades multiculturales, exista un innegable carácter de urgencia por reivindicar los medios de protección para salvaguardar este esencial derecho de los gobernados.

El estudio de esta prerrogativa plantea, entonces, una necesidad muy actual para una sociedad multicultural moderna, como es la nuestra, y es por eso, precisamente, que esta aportación en colaboración y que coordinó Miguel Carbonell adquiere un valor incalculable, por lo que felicito muy cordialmente a todos los autores que en ella intervinieron.

*Dr. José Luis Soberanes Fernández,*  
Presidente de la Comisión  
Nacional de los Derechos Humanos



# ESTUDIO PRELIMINAR. LA IGUALDAD Y LOS DERECHOS HUMANOS

*Miguel Carbonell\**

## 1. INTRODUCCIÓN

El de igualdad es un concepto complejo, que atañe por igual a diversas áreas de las ciencias sociales. Ha sido estudiado lo mismo por la economía, la política, la sociología, la antropología y el derecho. Su incidencia en el campo de los derechos humanos, como se intenta demostrar en las páginas que siguen, es central por muchos motivos. Aparte de que el derecho a obtener un trato igual (en sus diversas manifestaciones) está protegido como tal en la mayor parte de las constituciones contemporáneas, dicho trato se convierte en la práctica en un prerequisite para el disfrute efectivo de muchos otros derechos.

La de igualdad es una noción particularmente elusiva, con frecuencia cargada de connotaciones partidistas y afectada casi siempre por posicionamientos ideológicos. Se ha dicho que en la actualidad es, quizá, el único signo distintivo de lo que se conoce como la “izquierda política”.<sup>1</sup>

Para el pensamiento constitucional el principio de igualdad ha tenido en el pasado, tiene en la actualidad y está llamado a tener en el futuro una importancia capital. Desde el nacimiento mismo del Estado constitucional la igualdad no ha dejado de figurar como uno de los principios vertebradores de dicho modelo de Estado. El primer artículo de lo que, junto con la Constitución norteamericana de 1787, podría considerarse el acta de nacimiento del constitucionalismo moderno, la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, tiene por objeto justamente el principio de igualdad: “Los hombres nacen y permanecen libres e igua-

---

\* Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM.

<sup>1</sup> Los vínculos entre la igualdad y la izquierda han sido recordados recientemente por Norberto Bobbio (1998).

les en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común”.

Para su mejor entendimiento, sin embargo, creo que es oportuno distinguir entre los posibles y distintos niveles de análisis que puede tener la igualdad.

## 2. NIVELES DE ANÁLISIS DE LA IGUALDAD

El tema de la igualdad, en general, puede ser estudiado desde tres niveles distintos de análisis, como recuerda Paolo Comanducci (1992: 85-87):<sup>2</sup>

a) El primer nivel es el lógico-lingüístico. En este nivel se busca responder a los problemas que ofrece la pregunta “¿igualdad en qué sentido?”. Se trata de atribuir un significado al vocablo igualdad, de determinar sus usos lingüísticos.

b) El segundo nivel es el filosófico-político. En este nivel se deben afrontar los problemas relacionados con las dos preguntas siguientes: “¿por qué igualdad?” y “¿qué igualdad?”. Se trata, por tanto, de encontrar la justificación de la igualdad como valor a proteger, y de elegir entre los distintos tipos de igualdad. Para poder llevar a cabo dicha elección hay que distinguir primero entre los distintos tipos de igualdad que existen.

En este segundo nivel, Ronald Dworkin ha distinguido la “igualdad económica” de la “igualdad política” (1993: 478 y ss.; 2000: *passim*). La igualdad económica, de acuerdo con el mismo autor, se puede definir de dos modos distintos. El primero es tomando en cuenta *los recursos* con que cuentan los individuos, de tal forma que la igualdad económica vendría determinada en términos de riqueza o de ingreso. El segundo modo de definir la igualdad económica no tiene que ver con la igualdad de ingresos o de riqueza, sino con el *bienestar de las personas*, determinada por la cantidad de recursos de que dispone el individuo para la realización de sus fines. Esta segunda variable, apunta Dworkin, recoge mejor los intereses reales de los individuos, pues se enfoca de manera fundamental al bienestar, haciendo de los recursos un elemento puramente instrumental. La distinción que hace Dworkin es relevante para el entendimiento jurídico de la

---

<sup>2</sup> Un análisis muy completo y detallado, en el que también se apoya Comanducci, se puede ver en Peter Westen (1990).

igualdad, sobre todo en su vertiente de igualdad material, sobre la cual se abundará más adelante.

La igualdad política, por su parte, tiene una estrecha relación con el concepto mismo (o uno de los conceptos posibles) de democracia. En efecto, si por democracia entendemos una forma de gobierno en la que todos los ciudadanos son considerados iguales en la participación política (o en el derecho a ella), entonces habrá que determinar —desde el punto de vista político— el significado de esa igualdad (Bovero, 2000: 14). En términos generales, la igualdad política dentro de una democracia significa que todas las personas que pertenecen a una comunidad —o la amplia mayoría de ellas— pueden participar en la formulación de las normas jurídicas que rigen dentro de esa comunidad y que todas ellas son igualmente elegibles para ocupar los cargos públicos que se determinan por medio del sufragio popular. Consecuencia de este significado de la igualdad política es el principio de que a cada persona corresponde un voto, es decir, la asignación de “una cuota igual... de participación en el proceso político decisonal”, como resultado del reconocimiento de que “los juicios, los pareceres y las orientaciones políticas de *todos* los individuos considerados... tienen una *igual dignidad*” (Bovero, 2000: 16).

c) El tercer nivel es el jurídico, que es sobre el que se va a centrar la exposición de las páginas siguientes. Se trata de contestar la pregunta “¿cómo lograr la igualdad?” Al estar el principio de igualdad recogido en los textos constitucionales, desde el punto de vista de la dogmática constitucional no tenemos la necesidad de justificarlo como valor,<sup>3</sup> sino de explicar las condiciones para aplicarlo.

La vertiente jurídica del estudio de la igualdad debe afrontar la cuestión de las diferentes manifestaciones —jurídicas— del principio. Esto supone el análisis de los tipos de normas que contienen, detallan y desarrollan el principio de igualdad, cuestión que es abordada en el siguiente apartado.

---

<sup>3</sup> La concepción de la igualdad como “fundamento” de los derechos fundamentales se encuentra en Ferrajoli (2001). Ferrajoli define la igualdad jurídica como “la igual titularidad de situaciones jurídicas —desde los derechos fundamentales hasta las prohibiciones penales— provenientes de su atribución, a la clase de sujetos entre los que se predica, en la forma de reglas generales y abstractas”.

### 3. LAS MODALIDADES JURÍDICAS DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD

Los ordenamientos jurídicos contemporáneos, tanto en el ámbito nacional como en el internacional, recogen de muy diferentes formas el principio de igualdad. Varias de esas formas han sido de reciente creación, mientras que otras se encuentran, como ya se ha señalado, en los primeros textos del constitucionalismo moderno, dentro de lo que Peter Häberle ha llamado “la hora inaugural” del Estado constitucional (Häberle, 1998).

Son cuatro los principales tipos de normas jurídicas que contienen mandatos de la igualdad en general:

A) *El principio de igualdad en sentido estricto*, ya sea como valor o como principio. Los ejemplos que se podrían poner de esta modalidad son innumerables. Comienzan en el ya citado artículo 1 de la declaración francesa de derechos de 1789. Más recientemente se encuentran en los artículos 1 (que lo considera un “valor superior del ordenamiento jurídico”) y 14 de la Constitución española de 1978 (“Los españoles son iguales ante la ley...”) y en casi todas las constituciones emanadas durante el siglo XX.<sup>4</sup>

B) *El mandato de no discriminación*. Se trata de una variable del principio general de igualdad que suele acompañarse de una lista de criterios que se consideran “especialmente odiosos” o sospechosos de violar ese principio general si son utilizados por algún mecanismo jurídico (ya sea, por mencionar algunos casos, en una ley, una sentencia o un contrato). Un par de ejemplos de este tipo de normas, en el ámbito internacional, se encuentran en el artículo 2 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, que dispone:

1. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamadas en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

2. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción depende una persona, tanto si se trata de un país independiente como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.

---

<sup>4</sup> Una lista de los principios de igualdad en diversos ordenamientos constitucionales puede verse en Carbonell (2002a).

Y en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en la que se establece: “Artículo 21. Igualdad y no discriminación 1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por motivos de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual”.

C) *La igualdad entre el hombre y la mujer.* Desde las primeras décadas del siglo XX se asomó en el debate público de varios países la reivindicación feminista de la igualdad entre el hombre y la mujer (Beltrán *et al.*, 2001). Se trataba de una lucha que venía de antiguo, comenzada con los movimientos sufragistas que tenían por objeto lograr el reconocimiento del derecho al voto para las mujeres (derecho que, por ejemplo, no fue logrado en países como Suiza sino hasta 1971). La sujeción evidente y humillante de la mujer por el diferente trato jurídico que se le daba en muchas legislaciones, en comparación con el hombre, hizo que en algunas cartas constitucionales se introdujera expresamente un principio de equiparación en derechos para uno y otro sexos. Tal es el caso de la Constitución mexicana, que mediante una reforma de 1974 introdujo un párrafo sencillo, pero contundente, en su artículo 4: “El varón y la mujer son iguales ante la ley”; la legislación mexicana, sin embargo, ha tardado muchos años en transformarse para hacer realidad ese mandato, y aún en la actualidad sigue manteniendo como derecho vigente una buena cantidad de normas discriminatorias hacia la mujer.

D) *La igualdad sustancial.* El estadio más reciente en el recorrido de la igualdad a través del texto de las constituciones más modernas se encuentra en el principio de igualdad sustancial, es decir, en el mandato para los poderes públicos de remover los obstáculos a la igualdad en los hechos, lo que puede llegar a suponer, o incluso a exigir, la implementación de medidas de acción positiva o de discriminación inversa. Hay dentro de esta cuarta modalidad, al menos, dos distintos tipos de preceptos, unos que se podrían llamar de “primera generación” y otros que tal vez puedan ser calificados como de “segunda generación”. Entre los primeros se encuentran, por ejemplo, los artículos 9.2 de la Constitución española o 3.2 de la Constitución italiana. Entre los segundos está el importante y polémico agregado de 1999 al artículo 3 de la Constitución francesa, que ha dado lugar a importantes cambios en la legislación electoral de ese país (al respecto, véase Carrillo, 2002; Pizzorusso y Rossi, 1999); el texto en cuestión dispone que “La ley

favorece el igual acceso de las mujeres y de los hombres a los mandatos electorales y funciones electivas”. Este precepto se complementa con un añadido al artículo 4 de la misma Constitución, de acuerdo con el cual los partidos políticos deben contribuir a la puesta en acción del mandato del artículo 3 dentro de las condiciones que establezca la ley. Son mandatos de este tipo los que permiten el establecimiento, entre otras medidas, de las llamadas cuotas electorales de género, cuyo estudio se emprende en párrafos posteriores.

#### 4. PROBLEMAS APLICATIVOS

Los problemas aplicativos del principio se producen sobre todo con el segundo y el cuarto de los incisos apuntados; es decir, con el mandato de no discriminación y con la igualdad sustancial.

##### *A) La no discriminación*

Como ya se ha mencionado, la prohibición de discriminación es una de las manifestaciones concretas que adopta el principio de igualdad en los modernos textos constitucionales. Se trata de normas que limitan la posibilidad de tratos diferenciados no razonables entre las personas y que, además, suelen detallar algunos rasgos o características con base en los cuales está especialmente prohibido realizar tales diferenciaciones.

Dichos rasgos o características suelen variar dependiendo del ordenamiento jurídico concreto de que se trate, pero en general hacen referencia a: 1) situaciones en las que se encuentran las personas con independencia de su voluntad y que, en esa virtud, no pueden modificar, o 2) posiciones asumidas voluntariamente pero que no les pueden ser reprochadas a través de la limitación en el goce igual de algún derecho o prerrogativa. Entre las primeras estarían las prohibiciones de discriminar por razón de raza, lugar de nacimiento, origen étnico o nacional, sexo, etcétera, y en el segundo supuesto se ubicarían las prohibiciones de discriminar por razón de preferencias sexuales, opiniones, filiación política o credo religioso.

En México, el principio de igualdad se encuentra recogido de diversas maneras en el texto constitucional de 1917 (por ejemplo en el artículo 1, párrafo primero, que prevé el igual goce de derechos fundamentales; en el

artículo 4, a propósito de la igualdad entre el hombre y la mujer, o en el artículo 13, mediante la prohibición de leyes especiales, entre otros), pero hasta hace poco no lo estaba a través de la prohibición de discriminar. Fue por medio de la reforma constitucional publicada el 14 de agosto de 2001 que en el texto de la Constitución mexicana se incorporó una cláusula de no discriminación; a partir de su entrada en vigor (al día siguiente de su publicación), el párrafo tercero de dicho artículo dispone lo siguiente: “Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”.

Del párrafo recién transcrito conviene subrayar varios aspectos; en primer lugar, la notable ambigüedad con que se recogen algunos de los términos (como por ejemplo en el caso de las “capacidades diferentes” o de las “preferencias”); en segundo término, es importante mencionar que el propio artículo expresamente señala que la lista de cualidades que enuncia no es limitativa, de forma que podrá haber otras que también estén prohibidas si atentan contra la dignidad humana y tienen por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Una de las cuestiones más arduas en el tema de la discriminación es definir el propio concepto de discriminación. Para hacerlo, puede acudir a algunos instrumentos internacionales de derechos humanos que ofrecen ciertas pautas definitorias. Así, por ejemplo, como lo recuerda el Comité de Derechos Civiles y Políticos de la ONU en su Observación General Número 18 (sobre no discriminación, adoptada en 1989), el artículo 1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial establece que la expresión “discriminación racial” denota toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquiera otra esfera de la vida pública. En sentido parecido, el artículo 1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer dispone que por “discriminación contra la mujer” se debe entender toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejer-

cicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquiera otra esfera.

En un anteproyecto de Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, redactado por la Comisión Ciudadana de Estudios contra la Discriminación y dado a conocer en México a finales de 2001, se adoptó la siguiente definición de discriminación, tomando en cuenta —aunque no reproduciendo literalmente— el artículo 1, párrafo tercero, de la Constitución de 1917:

Para los efectos de esta ley se entenderá por discriminación toda distinción, exclusión o restricción que, basada en el origen étnico o nacional, el sexo, la edad, la discapacidad, la condición social o económica, las condiciones de salud, el embarazo, la lengua, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquiera otra, tenga por efecto impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos fundamentales y la igualdad real de oportunidades de las personas (artículo 4 del anteproyecto).

El mismo artículo, en su párrafo tercero, añadió a la definición de discriminación un concepto que a veces pasa desapercibido, pero sobre el que vale la pena llamar la atención; se trata de la discriminación que resulta de aplicar medidas que son formalmente neutras pero que perjudican a grupos en situación de vulnerabilidad. El texto de ese párrafo es el siguiente: “Asimismo, será considerada discrimina[toria] toda ley o acto que, siendo de aplicación idéntica para todas las personas, produzca consecuencias perjudiciales para las personas en situación de vulnerabilidad” (el texto completo del anteproyecto puede consultarse en Carbonell, 2002b).

Una fórmula conceptual distinta es la que utiliza el artículo 1 de la Ley 23.592 de Argentina (ley antidiscriminatoria); su texto es el siguiente:

Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados.

A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza,



religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos.

El principio de no discriminación rige no solamente para las autoridades, sino también, con algunas matizaciones, para los particulares (así lo reconoce, por ejemplo, la sentencia 241/1988 del Tribunal Constitucional español); de esta forma, por mencionar algunos casos, los empleadores no podrán distinguir entre sus trabajadores con base en alguno de los criterios prohibidos por el artículo 1 constitucional; tampoco lo podrán hacer quienes ofrezcan un servicio al público (por ejemplo negando la entrada a un establecimiento público a una persona por motivos de raza o de sexo) o quienes hagan una oferta pública para contratar (por ejemplo, quienes ofrezcan en alquiler una vivienda no podrán negarse a alquirlársela a un extranjero o a una persona enferma). Lo anterior significa, entre otras cuestiones, que la prohibición de discriminar supone un límite a la autonomía de la voluntad y a la autonomía de las partes para contratar (ver al respecto la sentencia 177/1988 del Tribunal Constitucional español).

La aplicación de la prohibición de discriminar a los particulares y no solamente a las autoridades es de la mayor importancia, puesto que es en las relaciones sociales más diversas donde se genera un porcentaje importante de las conductas discriminatorias. La discriminación es un fenómeno social, antes que jurídico (Bilbao, 1997: 398) y la actuación del ordenamiento jurídico debe atender esa realidad.

Una de las cuestiones más debatidas de los últimos años en torno a la prohibición de discriminar tiene que ver con la forma en que su violación puede ser reparada; concretamente, el tema que preocupa de forma insistente es el de los efectos de una sentencia de la jurisdicción constitucional que anule una norma por ser discriminatoria. En algunos casos, el efecto de esa sentencia puede ser el de extender el supuesto de la norma a sujetos hasta entonces *irrazonablemente* excluidos de ella; en otros puede llevar a la simple anulación de la norma, retirando un derecho o prerrogativa que había sido reconocido de forma discriminatoria. Bajo ciertas condiciones, incluso, la sentencia puede conllevar importantes costes económicos para el Estado, con las consiguientes consecuencias para el principio de reserva de ley en materia presupuestaria o con la posible invasión de competencias del juez constitucional en perjuicio del parlamento.

## B) Cuotas electorales y acciones afirmativas

En las cuestiones que tienen que ver con las acciones afirmativas, uno de los principales puntos de debate que se ha generado por su aplicación lo constituye el tema de las cuotas electorales por razón de género.

Las cuotas electorales por razón de género son una especie dentro del concepto más amplio de las acciones afirmativas. Tales cuotas son la reserva que hace normalmente la ley electoral y excepcionalmente la Constitución para que ningún género pueda tener más de un determinado porcentaje de representantes en los órganos legislativos. Para algunos autores, las cuotas electorales de género forman parte de las medidas de “discriminación inversa”, que a su vez sería una variedad específica de las acciones positivas ya mencionadas (Rey Martínez, 1995: 84-85).

Así, por ejemplo, se puede establecer una representación asegurada mínima para cada género de 30 % de escaños, al prohibir que un sólo género tenga más de 70 % de los lugares disponibles; a este tipo de cuota de género se le puede llamar de “representación umbral”, en tanto que no registra con exactitud el porcentaje de hombres y mujeres que existen —normalmente— en las sociedades contemporáneas, sino que, de manera más simple, se limita a asegurar para cada género un *umbral mínimo* de representación. Distinto es el caso de las cuotas que establecen 50 % de escaños para cada género; en este caso se trata de un caso de las llamadas “cuotas duras”, que más que pretender una “representación umbral”, buscan la identidad de los géneros en la repartición de escaños, al establecer una medida lo más parecida posible al porcentaje efectivo de población de hombres y mujeres.

Las cuotas electorales de género surgen a partir de la constatación del bajo índice de mujeres que acceden a cargos públicos representativos; el promedio mundial de parlamentarias en el mundo ronda el 12 %; en Europa se ubica sobre 15 %, pero en los países árabes apenas es significativo. En México dicho porcentaje alcanzó 16 % en la LVII Legislatura del Congreso de la Unión (1997-2000). Es en este contexto histórico y político concreto en el que surge la discusión sobre las cuotas de género, las cuales sin duda alguna forman parte de la agenda pública de muchos países, incluyendo, desde luego, a México.

Las cuotas electorales de género, como en general las acciones afirmativas, han producido un debate muy intenso en la teoría constitucional de los últimos años. Los argumentos en favor y en contra de las cuotas, sobre

los que se abunda enseguida, parecen irreductibles y los distintos puntos de vista mantienen posiciones diametralmente opuestas.

Los argumentos que con mayor frecuencia se suelen esgrimir contra las cuotas electorales de género son los siguientes (en este aspecto sigo la exposición de Aguiar, 2001):

a) Las cuotas violan el principio de igualdad. Los críticos de las cuotas consideran que vulneran el principio de igualdad al no respetar las mismas oportunidades de acceso a puestos representativos para los hombres y las mujeres; para este punto de vista, todos los seres humanos deberían ser tratados de la misma forma y la distribución de recursos que implicara una visión de la justicia social se debería realizar sin atender a cuestiones de género. La respuesta para esta objeción es que el principio de igualdad no puede considerarse como simetría absoluta y que la idea de una igualdad puramente formal, que no atendiera a las discriminaciones que de hecho existen en nuestras sociedades, acabaría conculcando el objetivo de alcanzar una sociedad justa. Lo cierto, además, es que con las cuotas se intenta reparar una *probabilidad objetiva* que pesa en contra de las mujeres, de acuerdo con la cual —según lo demuestran las estadísticas— la posibilidad real que tienen de acceder a cargos representativos es notablemente menor que la que tienen los hombres; como afirma Rey Martínez (1995: 1) “La discriminación sufrida por las mujeres es la más antigua y persistente en el tiempo, la más extendida en el espacio, la que más formas ha revestido (desde la simple y brutal violencia, hasta los más sutiles comportamientos falsamente protectores) y la más primaria, porque siempre se añade a todas las demás”. En este contexto, se puede concluir que las cuotas, más que vulnerar el principio de igualdad, en realidad lo afianzan, en la medida en que lo hacen real, ya que impiden una consolidada y permanente discriminación por razón de sexo en contra de las mujeres.

b) Las cuotas no son neutrales y usan un criterio prohibido para diferenciar entre las personas, como lo es el sexo. Esta crítica parte del supuesto de que el derecho y las actividades estatales deben ser neutrales con respecto a algunas características de las personas, como lo pueden ser el sexo, la raza y el origen étnico o nacional, entre otros. La realidad, sin embargo, es que esa neutralidad no existe en la práctica y que los grupos vulnerables o discriminados lo son en buena medida porque no existen incentivos sociales o institucionales que les ofrezcan competir en igualdad de oportunidades con otras personas. Además, las sociedades actuales no son neutrales con relación al género, entendiéndose por tal el rol que socialmente se

asigna a los hombres y a las mujeres; de esta forma, las mujeres desempeñan roles asociados a la vida privada (cuidado de niños y ancianos, mantenimiento del hogar, etcétera) y los hombres asumen roles en la vida pública (el tema de los roles sociales para efectos de la discriminación por razón de sexo ha sido abordado en el caso *Stanton vs. Stanton* fallado por la Corte Suprema de Estados Unidos en 1975 y ha vuelto aparecer en los casos *Craig vs. Boren* de 1976, *Califano vs. Wescott* de 1979 y *Orr vs. Orr* del mismo año, entre otros). Esta separación de ámbitos de actuación ha supuesto para las mujeres una relegación importante en el campo político, que es justamente lo que tratan de evitar las cuotas electorales. Se podría decir que tal vez las cuotas no son neutrales con respecto al sexo, pero sí respecto al género.

c) Las cuotas son paternalistas. Los críticos de las cuotas afirman que se trata de medidas que consideran a las mujeres como seres indefensos o como menores de edad, que necesitan de la ayuda del ordenamiento jurídico para poder competir con los hombres. En realidad, sucede aproximadamente lo contrario, es decir, porque se considera que las mujeres son igual o más capaces que los hombres para desempeñar cualquier cargo público es por lo que se crean las cuotas, que, como se dijo, tienden a disminuir una *probabilidad objetiva* que opera actualmente contra las mujeres. Las cuotas no se crean porque se piense que las mujeres tienen menos méritos, sino porque las relaciones de poder realmente existentes en nuestras sociedades les impiden aplicar esos méritos en las instituciones representativas.

d) Las cuotas no respetan los criterios de mérito. Se afirma por sus críticos que las cuotas no toman en cuenta el mérito de las personas, sino simplemente su sexo a la hora de distribuir las posibilidades de acceder a cargos públicos electivos. La respuesta a esta objeción es que el mérito, siendo sin duda importante, no puede ser el único criterio para la distribución de beneficios sociales. Puede suceder, incluso, que el mérito sea un criterio injusto si la situación de partida de dos personas o de dos grupos no es equitativa. A la crítica del mérito se suele acompañar el argumento de que las mujeres ya han logrado avanzar mucho en los distintos ámbitos públicos y que es solamente una cuestión de tiempo para que tengan mayor presencia en los parlamentos y cámaras legislativas; en realidad, los datos demuestran que incluso en sociedades en donde la emancipación de las mujeres se realizó hace muchos años, los cambios siguen sin producirse y la diferencia entre hombres y mujeres sigue siendo muy importante (Francia es el mejor ejemplo). Por otro lado, es importante señalar que en materia polí-

tica los méritos son más difícilmente medibles que en otros campos, pues no hay criterios objetivos que nos puedan indicar si una persona será o no un buen representante popular. Además, si el mérito ha sido hasta ahora el criterio con el que se han integrado los órganos públicos, habría que empezar a cuestionarlo a la vista de los pobres resultados que ha generado y del desencanto que la gente tiene sobre sus representantes populares. La evaluación de los méritos que actualmente hacen nuestras sociedades puede y debe ser cuestionada, pues en muchos aspectos es obvio que no está dando buenos resultados. En relación con el criterio de mérito, Elena Beltrán afirma que “Es difícil la defensa, desde un punto de vista moral, de la idea de que alguien merece una posición particular porque está cualificado desde un punto de vista objetivo, si pensamos en el mérito como una construcción social que refleja una serie de factores sobre los cuales el individuo no tiene control, como el talento, el entorno familiar, la educación recibida, los recursos económicos o la socialización en los roles de género” (2001: 236).

La justificación de las cuotas electorales de género procede, según Alfonso Ruiz Miguel, de dos tipos de razones:

En cuanto al fin, las cuotas pretenden una sociedad más igualitaria en la que la pertenencia a la categoría de los hombres o de las mujeres sea irrelevante para el reparto de los papeles públicos y privados, un proceso que se está mostrando muy lento y en buena parte reacio a producirse por mera maduración; en cuanto al medio, facilitar el acceso a puestos socialmente importantes puede ser un instrumento eficaz para lograr ese fin, si no de manera directa y completa, sí al menos como forma de simbolización de la posibilidad de romper el techo de cristal que obstruye a las mujeres formar parte de la inmensa mayoría de los centros de decisión... ofreciendo nuevos modelos de *rol* más igualitarios para las generaciones más jóvenes (1999: 48).

Respecto del derecho comparado se puede ver que, por ejemplo, la Corte Constitucional italiana y el Consejo Constitucional francés se han pronunciado por la inconstitucionalidad de las cuotas cuando las leyes electorales que las preveían fueron impugnadas; en el caso francés, se tuvo, incluso, que reformar la Constitución de 1958 para poder darles cobertura constitucional. Recientemente, algunas comunidades autónomas españolas también han introducido cuotas de género en sus leyes electorales, las cuales han sido recurridas ante el Tribunal Constitucional.

En México las cuotas electorales de género se han establecido en algunos códigos electorales de las entidades federativas y a nivel federal en el Cofipe. Vale la pena mencionar que el tema de la constitucionalidad de las cuotas fue examinado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación a través de la acción de inconstitucionalidad 2/2002, que fue promovida por el Partido Acción Nacional contra las reformas que las introdujeron en el Código Electoral del Estado de Coahuila. En su sentencia, la Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que las cuotas no son inconstitucionales, si bien su argumentación no es del todo contundente al respecto.

Luego de esa sentencia, fueron publicadas las reformas al Cofipe (*Diario Oficial* de la Federación del 24 de junio de 2002) para introducir las cuotas electorales de género en el ámbito federal. Concretamente, se reformaron los artículos 4.1, 38.1, 175.3 y 269.3, y se adicionaron los artículos 175-A, 175-B y 175-C; por la misma reforma también se derogó el artículo vigésimo segundo transitorio, tal como estaba a partir de la reforma publicada en el *Diario Oficial* de la Federación el 22 de noviembre de 1996.

De acuerdo con esa nueva regulación, “es derecho de los ciudadanos y obligación para los partidos políticos la igualdad de oportunidades y la equidad entre hombres y mujeres para tener acceso a cargos de elección popular” (artículo 4.1); los partidos políticos tienen la obligación de “garantizar la participación de las mujeres en la toma de decisiones en las oportunidades políticas” (artículo 38.1, inciso S), por lo que “promoverán y garantizarán en los términos del presente ordenamiento [el Cofipe], la igualdad de oportunidades y la equidad entre mujeres y hombres en la vida política del país, a través de postulaciones a cargos de elección popular en el Congreso de la Unión, tanto de mayoría relativa como de representación proporcional” (artículo 175.3). Para lograr ese propósito, “de la totalidad de solicitudes de registro, tanto de las candidaturas a diputados como de senadores que presenten los partidos políticos o las coaliciones ante el Instituto Federal Electoral, en ningún caso incluirán más del 70 % de candidatos propietarios de un mismo género” (artículo 175-A).

En consecuencia con lo anterior, se crea un sistema de “listas cremallera” para evitar que, cumpliendo con el porcentaje establecido en el artículo 175-A, los partidos terminen relegando a las mujeres a los peores sitios de las listas electorales; en este sentido, el Cofipe establece que “las listas de representación proporcional se integrarán por segmentos de tres candidaturas. En cada uno de los tres primeros segmentos de cada lista habrá una candidatura de género distinto. Lo anterior sin perjuicio de los mayores avances

que en esta materia señale la normatividad interna y los procedimientos de cada partido”. Este esquema de listas cremallera es importante, ya que, como señala Alfonso Ruiz Miguel, “el simple establecimiento de una reserva porcentual o cuota que garantice una cierta presencia de candidatas femeninas podría ser una propuesta funcionalmente ineficiente si no se garantizara, además, una cierta reserva en la ordenación o colocación de tales candidaturas... de modo que los lugares con posibilidades reales de elección no queden predispuestos fundamentalmente para varones” (1999: 48-49).

El Cofipe prevé también la consecuencia jurídica para el caso de que los partidos no respeten los señalamientos que se acaban de mencionar respecto a las cuotas (artículo 175-C); si los partidos no cumplen con los artículos 175-A y 175-B, el Consejo General del IFE les requerirá para que en un plazo de 48 horas a partir de la notificación rectifiquen la solicitud de registro; si no proceden a tal rectificación, el IFE les impondrá una amonestación pública y les dará un nuevo plazo, de 24 horas, para que hagan la corrección; si no se hace en ese tiempo, el IFE sancionará al partido correspondiente con la negativa del registro de las candidaturas de que se trate. Estas reglas no se aplicarán para las candidaturas de mayoría relativa que sean resultado de un proceso de elección mediante voto directo.

La reforma al Cofipe, como se mencionaba, deroga el artículo 22 transitorio, cuyo texto viene de las modificaciones al propio ordenamiento, en noviembre de 1996; su texto era el siguiente: “Los partidos políticos nacionales considerarán en sus estatutos que las candidaturas por ambos principios a diputados y senadores no excedan del 70 % para un mismo género. Asimismo, promoverán la mayor participación política de la mujer”.

El artículo segundo transitorio del decreto de reforma al Cofipe que se está comentando contiene una disposición curiosa, en los siguientes términos: “Lo dispuesto en los artículos 175-A, 175-B y 175-C se aplicará por lo menos para la celebración de los cinco procesos electorales federales siguientes a la entrada en vigor del presente Decreto”. La redacción, un tanto confusa, no permite advertir fácilmente las consecuencias normativas que pueden extraerse de este artículo. Quizá la intención del legislador fue incorporar un componente de temporalidad, que es algo que ha estado muy presente en todo el debate alrededor de las acciones afirmativas; es decir, dichas acciones tienen sentido durante el tiempo en que persiste la discriminación hacia los grupos en situación de vulnerabilidad, pero cuando dicha discriminación cesa ya no tiene sentido mantener las acciones afirmativas.

La necesaria temporalidad de las acciones afirmativas es algo que aparece en varias sentencias de los tribunales constitucionales que se han pronunciado sobre el tema (así, por ejemplo, en la sentencia 128/1987 del Tribunal Constitucional español, en la que se habla de que las acciones afirmativas deben someterse a “revisión periódica” para comprobar la pervivencia de la discriminación que las originó, también aparece el elemento temporal en la sentencia *Johnson vs. Santa Clara County* de la Corte Suprema de Estados Unidos, dictada en marzo de 1987 a propósito de acciones afirmativas para mujeres en el ámbito de las contrataciones en el sector público).

Sin embargo, la regulación actual del Cofipe no se dirige claramente a los fines señalados, puesto que establece una temporalidad mínima que no tiene sentido tal como está redactada, ya que no puede servir para limitar las futuras decisiones que sobre el mismo tema tome el propio poder legislativo; para decirlo en otras palabras, ¿qué sucedería con esa norma si dentro de un par de años el Congreso de la Unión decide derogarla? Quizá hubiera sido mejor redactar de otra forma la cláusula de temporalidad; por ejemplo, previendo la obligación de generar informes sobre la persistencia de bajos porcentajes de candidatas en las listas electorales, que podría rendir el IFE ante el Congreso de la Unión o de alguna otra manera. En cualquier caso, interesa subrayar que las cuotas, como en general las acciones afirmativas, deben ser medidas temporales, que se justifican mientras dura la situación discriminatoria que quieren combatir.

En el ámbito internacional, el Comité de Derechos Civiles y Políticos de la ONU, en su Observación General Número 18 (sobre no discriminación, adoptada en su 37o. Periodo de Sesiones, 1989) señala que

El principio de igualdad exige algunas veces a los Estados Partes adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetue la discriminación prohibida por el Pacto. Por ejemplo, en un Estado en el que la situación general de un cierto sector de su población impide u obstaculiza el disfrute de los derechos humanos por parte de esa población, el Estado debería adoptar disposiciones especiales para poner remedio a esa situación. Las medidas de ese carácter pueden llegar hasta otorgar, durante un tiempo, al sector de la población de que se trate, un cierto trato preferencial en cuestiones concretas en comparación con el resto de la población. Sin embargo, en cuanto son necesarias para corregir la discriminación de hecho, esas medidas son una diferenciación legítima con arreglo al Pacto (párrafo 10).



En sentido parecido, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de la ONU, en su Recomendación General Número 5 (sobre medidas especiales temporales, adoptada en su 7o. Periodo de Sesiones, 1988), recomienda que los Estados Partes de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (entre los que se encuentra México) “hagan mayor uso de medidas especiales de carácter temporal, como la acción positiva, el trato preferencial o los sistemas de cupos para que la mujer se integre en la educación, la economía, la política y el empleo”.

## 5. EL SENTIDO DE UNA COMPILACIÓN

Las reflexiones de las páginas precedentes han querido poner de manifiesto las formas a través de las que el ordenamiento jurídico regula el principio de igualdad, así como destacar las peculiaridades que se encuentran en el sistema constitucional mexicano y en algunas de sus leyes. Se trata de reflexiones muy superficiales sobre un tema que, como se ha visto, es especialmente complejo.

Los artículos que se encuentran a continuación profundizan en cada uno de los aspectos tratados y pueden servir como una orientación útil para que en México se empiecen a tomar las medidas institucionales desde los distintos poderes públicos para hacer del principio de igualdad algo más que un decorado elegante dentro del texto de nuestra Constitución.

Los autores que conforman la presente antología son todos ellos reputados especialistas en la materia; la profundidad y el rigor de sus exposiciones lo acreditan sobradamente.

Los artículos abordan una amplia gama de temas relacionados con la igualdad; desde las cuestiones conceptuales para entender el significado de la igualdad —por ejemplo, en el muy importante ensayo de Alfonso Ruiz Miguel, que abre este libro— hasta la problemática concreta que se puede dar, por ejemplo, en el tema de la representación política de las mujeres —abordada por el propio Ruiz Miguel, en el trabajo que cierra la obra. En varios de los trabajos se hacen continuas referencias al desarrollo legislativo y a la práctica jurisprudencial que se ha hecho en otros países del principio de igualdad en sus distintas manifestaciones; estos enfoques me parecen muy relevantes porque pueden servir como pautas a tomar en cuenta —en su caso— en México, pues a nivel nacional la re-

flexión teórica y la aplicación práctica de la igualdad apenas está comenzando.

En este sentido, llamaría especialmente la atención sobre el ensayo de Fernando Rey Martínez y Juan María Bilbao, quienes proporcionan un cuadro bastante completo de la jurisprudencia española sobre el principio de igualdad. El caso español puede ser útil en México porque tuvo que enfrentar problemas relativamente parecidos a los que tenemos nosotros; en su jurisprudencia constitucional se encuentran las huellas de la transición política a la democracia que se llevó a cabo en España a partir de 1977 (o incluso desde unos años antes, con la muerte del dictador Francisco Franco) y la forma en que su Tribunal Constitucional tuvo que ir construyendo desde cero la concepción de la igualdad que iba a aplicar a la resolución de sus casos. También contiene abundante información de derecho comparado el trabajo de Aída Kemelmajer sobre las acciones positivas, en particular sobre su desarrollo en Estados Unidos.

Michel Rosenfeld y Alessandro Pace aportan en sus respectivos trabajos un buen caudal de reflexiones sobre problemas concretos que genera el principio de igualdad, así como un estudio de las consecuencias que arroja su constitucionalización, o su eventual colisión con otros bienes también constitucionalmente protegidos. En ambos casos creo que anticipan el debate que con seguridad se dará en México en los años que siguen, por lo que su publicación puede ser clave de discusión dentro de ese debate.

No me resta sino agradecer la amable disposición de los autores para colaborar en una obra publicada en México, bajo los auspicios de una institución luminosa como lo es la Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Andrea Greppi y Perfecto Andrés Ibáñez tuvieron la gentileza de permitirme reproducir los ensayos de Michel Rosenfeld y de Aída Kemelmajer, originalmente publicados en las prestigiosas revistas españolas *Derechos y Libertades* y *Jueces para la Democracia*. El ensayo de Alessandro Pace aparece gracias a la diligencia y generosidad de Carlos Flores Juberías y de Luis Jimena Quesada, profesores de la Universidad de Valencia; originalmente fue publicado en los *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadriqué Furió Ceriol*, que con mucho tino dirige Flores Juberías. Juan María Bilbao, Fernando Rey y Alfonso Ruiz Miguel mostraron mucho interés en el proyecto y me hicieron llegar con toda oportunidad sus excelentes ensayos. A todos ellos mi agradecimiento sincero. También debo agradecer muy cumplidamente el apoyo de José Luis Soberanes, Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, que desde hace años

me ha mostrado las rutas a veces difíciles de la investigación jurídica y que hoy sirve de forma extraordinariamente entregada a la noble causa de defender los derechos humanos en México.

#### BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

- Aguiar, Fernando. 2001, “A favor de las cuotas femeninas”, en *Claves de Razón Práctica*, núm. 116. Madrid.
- Ballestrero, María Victoria. 1996, “Acciones positivas. Punto y aparte”, en *Doxa*, núm. 19. Alicante.
- Becalli, Bianca, ed. 1999, *Donne in quota. E giusto riservare posti alle donne nel lavoro e nella politica?* Milán, Feltrinelli.
- Beltrán, Elena et al. 2001, *Feminismos. Debates teóricos contemporáneos*. Madrid, Alianza Editorial.
- Bilbao Ubillos, Juan María. 1997, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid, CEPC.
- Bobbio, Norberto. 1998, *Derecha e izquierda*. Madrid, Taurus.
- Bovero, Michelangelo. 2000, *Contro il Governo dei Peggiori*. Roma-Bari, Laterza.
- Carbonell, Miguel. 2002a, *La Constitución en serio. Multiculturalismo, igualdad y derechos sociales*, 2a. ed. México, UNAM-IIIJ.
- . 2002b, “Legislar contra la discriminación”, en *Derechos Fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México, UNAM-IIIJ.
- . 2002c, “Propuesta de ley contra la discriminación”, en *Propuestas de reformas legales e interpretación de las normas existentes*, t. I. México, Barra Mexicana, Colegio de Abogados, Themis.
- , Sandra Moguel y Karla Pérez Portilla, comps. 2002, *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*. México, CNDH, Porrúa.
- Carrillo, Marc. 2002, “Cuotas e igualdad por razón de sexo”, en Miguel Carbonell, comp., *Teoría constitucional y derechos fundamentales*. México, CNDH.
- Comanducci, Paolo. 1992, “Uguaglianza: una proposta neo-illuminista”, en P. Comanducci y Riccardo Guastini, *Analisi e diritto 1992*. Turín, Giappichelli.

- Dworkin, Ronald. 1993, “Eguaglianza”, *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, vol. III. Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana.
- . 2000, *Sovereign virtue: the theory and practice of equality*. Cambridge, Harvard University Press.
- Ferrajoli, Luigi. 1999, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de Perfecto Andrés y Andrea Greppi. Madrid, Trotta.
- *et al.* 2001, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid, Trotta.
- Fiss, Owen. 1999, “Grupos y la cláusula de la igual protección”, en Roberto Gargarella, comp., *Derecho y grupos desaventajados*. Barcelona, Gedisa.
- Giménez Gluck, David. 1999, *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*. Valencia, Tirant lo Blanch.
- Gómez Pérez, Mara. 2002, “La universalidad de los derechos humanos y sus desafíos”, en *Derechos Fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México, UNAM-III.
- González Beilfuss, Markus. 2000, *Tribunal constitucional y reparación de la discriminación normativa*. Madrid, CEPC.
- González Martín, Nuria. 2002, “El principio de igualdad, la prohibición de discriminación y las acciones positivas”, en *Derechos Fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México, III-UNAM.
- Häberle, Peter. 1998, *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, trad. de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid, Trotta.
- Jiménez Campo, Javier. 1983, “La igualdad jurídica como límite frente al legislador”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 9. Madrid.
- Julio Estrada, Alexei. 2002, “La eficacia entre particulares de los derechos fundamentales. Una presentación del caso colombiano”, en *Derechos Fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México, UNAM-III.
- Laporta, Francisco J. 1985, “El principio de igualdad: introducción a su análisis”, en *Sistema*, núm. 67. Madrid.
- Phillips, Anne. 1999, “Democrazia e rappresentanza. Ovvero, perché il sesso dei nostri rappresentanti dovrebbe avere importanza?”, en Bianca

- Becalli, ed., *Donne in quota. E giusto riservare posti alle donne nel lavoro e nella politica?* Milán, Feltrinelli.
- Pizzorusso, Alessandro y Emanuele Rossi. 1999, “Le azioni positive in materia elettorale in Italia”, en Bianca Becalli, ed., *Donne in quota. E giusto riservare posti alle donne nel lavoro e nella politica?* Milán, Feltrinelli.
- Prieto, Luis. 1997, *Constitucionalismo y positivismo*. México, Fontamara.
- . 2000, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en Miguel Carbonell, Juan Antonio Cruz Parceros y Rodolfo Vázquez, comps., *Derechos sociales y derechos de las minorías*. México, UNAM-IIIJ (2a. ed. ampliada, 2001).
- Rey Martínez, Fernando. 1995, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*. Madrid, McGraw-Hill.
- . 2000, “El principio de igualdad y el derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo”, en *ABZ. Información y Análisis Jurídicos*, núm. 121. Morelia, Mich.
- Rubio Llorente, Francisco. 2001, “Igualdad”, en Manuel Aragón, coord., *Temas básicos de derecho constitucional*, t. III. Madrid, Civitas.
- Ruiz Miguel, Alfonso. 1996, “La igualdad en la jurisprudencia del tribunal constitucional”, en *Doxa*, núm. 19. Alicante.
- . 1999, “Paridad electoral y cuotas femeninas”, en *Claves de Razón Práctica*, núm. 94. Madrid, julio-agosto.
- Sen, Amartya K. 1995, *Nuevo examen de la desigualdad*. Madrid, Alianza.
- Slonimski, Pablo. 2001, *La ley antidiscriminatoria*. Buenos Aires, FJD Editor.
- Tully, James. 1995, *Strange multiplicity. Constitutionalism in an age of diversity*. Cambridge, Cambridge University Press.
- Young, Iris Marion. 2000, *La justicia y la política de la diferencia*, trad. de Silvina Álvarez. Madrid, Ediciones Cátedra.
- Weber, Albrecht. 2002, “La Carta Europea de los Derechos Fundamentales desde la perspectiva comparada”, en *Derechos Fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México, UNAM-IIIJ.
- Westen, Peter. 1990, *Speaking of equality. A analysis of the rhetorical force of “equality” in moral and legal discourse*. Princeton, Princeton University Press.



## SOBRE EL CONCEPTO DE IGUALDAD

*Alfonso Ruiz Miguel\**

Para Luisón, que cultiva el humor inteligente tan bien como la amistad,  
con el afecto de 25 años.

Desarrollando el tema central de la filosofía política de Ronald Dworkin, Will Kymlicka ha impugnado la imagen tradicional que considera incompatibles e inconmensurables a las diferentes doctrinas políticas por apelar a distintos valores últimos, como la libertad, la igualdad, el bien común, la utilidad, y similares. Kymlicka propone explorar la tesis de que es posible contrastar las distintas teorías políticas y componer así una teoría unitaria y superior si se considera que la idea de igualdad es el valor último y fundante común, al menos, a todas las teorías políticas modernas, desde el utilitarismo al comunitarismo, o desde el neocontractualismo al neoliberalismo o al feminismo. Tal idea de igualdad, concluye Kymlicka, consiste en la aceptación de que “los intereses de cada miembro de la comunidad importan, e importan de un modo igual” y que “cada ciudadano tiene derecho a una igual consideración y respeto” por parte de su Estado (1990: 2-4; t. c.: 12-4).

En general, se diría que una idea que aparece en doctrinas político-morales tan diferentes como las citadas resulta sospechosa o de ambigüedad o de exceso de abstracción, esto es, que o bien puede ser entendida de maneras tan diferentes que anima a dudar si estamos ante un único concep-

---

\* Universidad Autónoma de Madrid.

to, o bien, aun constituyendo un solo concepto, tiene un carácter tan abstracto que resulta vacío o, en el mejor de los casos, roza la trivialidad. En realidad, creo que cabe defender que existe un único concepto de igualdad relevante en el campo ético-político y que ese concepto es todavía más abstracto que el esbozado por Kymlicka, quien apela a nociones tan específicas y comprometidas como las de comunidad, ciudadanía y Estado. Defenderé también que esa elevada abstracción del *concepto* de igualdad, que permite su ulterior diversificación en *concepciones* concretas, no significa que estemos ante un concepto formal y vacío, como la tautología “Todos los seres humanos son seres humanos”, sino que necesariamente excluye algunos contenidos y abre el camino para ir delimitando otros, por más que sin determinaciones culturales específicas carezca de mucha sustancia hasta poder considerarse trivial. Al modo de los preceptos “actúa como debes”, “haz el bien” o “respeta la dignidad de las personas”, que, a la vez que conceptualmente no pueden permitirlo todo, son susceptibles de los más variados y aun contradictorios contenidos según distintas culturas o puntos de vista, el concepto de igualdad forma parte ineludible de la médula misma del punto de vista ético, que no puede constituirse sin esa mínima universalidad que excluye, al menos, los juicios basados en referencias particularizadas nominalmente, tanto *ad hominem* como por referencia a colectivos particulares. Lamentablemente, hay que reconocer que ese punto de vista definitorio de la moral es sólo un mínimo, necesario pero no suficiente, que tanto pueden cumplir las apelaciones a la fraternidad de todos los seres humanos como el lema “Jedem das Seine”, a cada cual lo suyo, sarcásticamente inscrito en el campo de concentración de Buchenwald.

Las ideas anteriores se desarrollan en las páginas que siguen, considerando la relación entre el concepto de igualdad y sus concepciones, así como algunos rasgos y problemas básicos que se refieren al primero. En particular, ordenaré la exposición en tres apartados: 1. exploración de la distinción general entre conceptos y concepciones; 2. planteamiento del problema de si hay varios o un solo concepto de igualdad y consideración de los dos rasgos básicos del concepto de igualdad: su carácter relacional y su dependencia de la noción de relevancia, y 3. discusión sobre la naturaleza de la relación entre el concepto de igualdad y las concepciones que lo especifican.



## 1. CONCEPTO Y CONCEPCIONES

### 1.1. De Hart a Rawls

La distinción entre conceptos y concepciones, que ha tenido cierto éxito en la literatura filosófico-política,<sup>1</sup> es utilizada por vez primera, si no estoy equivocado, por John Rawls en las primeras páginas de *A Theory of Justice* con el objetivo de situar el sentido de su contribución a tal teoría: ofrecer una *concepción* de la justicia sin preocuparse por el *concepto* de justicia, que da por supuesto. Rawls presupone que a partir de un concepto *único* existen varias concepciones *distintas* de la justicia, pero tal diferencia es desarrollada por él mediante dos caracterizaciones diferentes.

De una parte, el concepto de justicia es para Rawls la idea más abstracta y común a las distintas concepciones: “parece natural pensar que *el concepto* de justicia se distingue de las diversas concepciones de la justicia y que viene *especificado* por el papel que tienen en común estos diferentes conjuntos de principios, estas *diferentes concepciones*” (1971: 5 [cursiva mía]).

En desarrollo de este criterio, el *concepto* de justicia, según Rawls, configuraría también una idea común a todos los seres humanos, la idea en la que todos pueden estar de acuerdo, incluyendo nociones como las de no distinción arbitraria entre personas y de equilibrio apropiado entre exigencias en conflicto, mientras que las distintas concepciones discreparían sobre la interpretación y alcance de tales nociones, que “se dejan abiertas para que cada cual las interprete de acuerdo con los principios de justicia que acepta” (1971: 5), determinando y especificando su contenido de diferentes maneras. Y, precisamente, lo que Rawls se propone en su más importante obra es defender una determinada interpretación de ese contenido, o, si se quiere, unos determinados principios de justicia.<sup>2</sup> No obstante, Rawls

<sup>1</sup> Pienso, sobre todo, como enseguida se verá, en su utilización ulterior por Dworkin. En España, por ejemplo, han hecho uso de ella, a propósito de la noción de derechos fundamentales, Pérez Luño (1987: 47 y ss.) y Luis Prieto (1990: 87-93).

<sup>2</sup> En “Justice as Fairness” —el artículo de 1958 en el que se encuentran en embrión tanto los dos principios de la justicia como el procedimiento contractualista centrales en *A Theory of Justice*— no sólo no aparece la distinción entre conceptos y concepciones, sino que Rawls había subrayado que su propuesta se refería al “concepto de justicia”, entendiendo por tal lo que todo el mundo tiene en común y es, por tanto, “de aplicación general” al margen de las variaciones entre unas y otras sociedades “en la extensión de los casos a los que se aplica y en la importan-

precisa que también en las concepciones de la justicia debe darse alguna medida de acuerdo —se entiende que dentro de comunidades históricas determinadas— como “prerrequisito para una comunidad humana viable” (1971: 6).

Por otra parte, la segunda caracterización rawlsiana de la distinción entre concepto y concepciones —también formulada en *A Theory of Justice*, si bien más velada e implícitamente—, es bien diferente a la anterior: según aquella, mientras que un estudio del concepto de justicia suministraría “una descripción de los significados ordinarios”, esto es, usuales en una determinada comunidad, en cambio, una concepción determinada de la justicia “sin duda amplía su significado cotidiano”, ya que, presentada como teoría, “no se ofrece como una descripción de los significados ordinarios, sino como una justificación (*account*) de ciertos principios distributivos para la estructura básica de la sociedad” (1971: 10). Con estas indicaciones —no muy explícitas, desde luego— Rawls parece estar presuponiendo y aludiendo a la distinción entre una tarea de mero análisis conceptual, propio de la perspectiva metaética propiciada por la filosofía analítica como ejercicio de aclaración y eliminación de las ambigüedades y confusiones del lenguaje ordinario, y la labor filosófica ulterior, ya no meramente analítica sino crítica y sustantiva, de argumentación y de propuesta valorativa comprometida, propia de la ética normativa. Según tal distinción, mientras el análisis conceptual se limitaría a ordenar, mediante clarificaciones y reformulaciones lingüísticas, los usos o significados de un término con independencia del juicio sobre su valor, interés y oportunidad normativa (moral, política, jurídica, etcétera), esto es, adoptando un punto de vista externo a cualquier compromiso valorativo, en cambio, la argumentación sobre concepciones implicaría la adopción de un punto de vista interno o justificatorio que no se conforma con ordenar y pulir analíticamente un concepto dejando abiertas las distintas opciones valorativas, sino que pretende ofrecer la mejor interpretación posible mediante la discusión y propuesta de criterios valorativos o normativos.

Los dos anteriores criterios de distinción utilizados por Rawls no sólo son diferentes en su carácter, el primero de contenido y el segundo me-

---

cia que le atribuyen en comparación con otros conceptos morales” (1958: 39). La aparición y defensa posterior de la idea de “concepción”, así pues, indica una reducción de las pretensiones rawlsianas, especialmente en cuanto al ámbito material de su reflexión, si no también, tal vez, en cuanto a sus pretensiones de validez, progresivamente menos universalistas en los sucesivos escritos de Rawls.

todológico, sino que también son independientes entre sí. Según el primero, el de contenido, la relación entre concepto y concepciones es —dejando pendiente por ahora una aclaración sobre la ambigüedad de esta caracterización— una relación de abstracción-concreción, como puede observarse en el núcleo del texto de Hart en *The Concept of Law*, del que Rawls reconoce haber extraído el sentido de su distinción (cfr. Rawls, 1971: 5, nota):

[...] aunque “tratar los casos semejantes de la misma manera y los casos diferentes de diferente manera” es un elemento central en la idea de justicia, en sí es incompleto y, mientras no se lo complemente, no puede proporcionar ninguna guía determinada para la conducta. [...] mientras no se establezca qué semejanzas y qué diferencias son relevantes, “tratar los casos semejantes de la misma manera” será una forma vacía. [...] Hay, por lo tanto, una cierta complejidad en la estructura de la idea de justicia. Podemos decir que consiste en dos partes: una nota uniforme o constante resumida en el precepto, “tratar los casos semejantes de la misma manera”, y un criterio cambiante o variable usado para determinar cuándo, para un determinado propósito, los casos son semejantes o diferentes (Hart, 1961: 155; t. c.: 198-199).<sup>3</sup>

El criterio metodológico, en cambio, no aparece en el libro de Hart. Más aún, Hart ilustra la distinción anterior entre la nota constante y el criterio variable en la idea de justicia siguiendo el método de análisis conceptual hace poco aludido,<sup>4</sup> mediante la caracterización conceptual de uno y otro

<sup>3</sup> Sobre la ulterior inspiración de esta misma distinción en la concepción de Aristóteles sobre la justicia distributiva —en particular en el texto de la *Ética nicomaquea*, en el que afirma que “todos están de acuerdo [...] en que lo justo en las distribuciones debe consistir en la conformidad con determinados méritos, si bien no coinciden todos en cuanto al mérito mismo” (1985: § 1131a)— véase Keyt, 1990: 242.

<sup>4</sup> Comprendo que tal alusión no ha sido más que una aproximación elemental y gruesa al método de la filosofía analítica que, aunque refleje su programa inicial de un modo extremo y simple, no hace completa justicia a la mucho más matizada práctica filosófica realizada bajo aquel membrete. En particular, en Hart no sólo está ausente la aludida tajante contraposición entre metafísica —como único objeto digno de la filosofía— y ética normativa —como tarea de moralistas o predicadores pero no peculiarmente filosófica—, típica de los primeros exponentes de la analítica, sino que algunas de sus aportaciones a la teoría moral son en realidad reflexiones filosóficas de ética normativa, de naturaleza valorativa, como —aunque el tema sea debatible— su tesis del contenido mínimo del derecho natural o, sobre todo, sus estudios sobre temas como la justificación del castigo o la imposición jurídica de la moral social. Con todo, lo dicho en el texto se sostiene porque sus análisis sobre la noción de igualdad en *The Concept of Law* —al igual, por cierto, que su estudio “Are There Any Natural Rights?” (véase, Hart, 1955)—

aspecto, el formal y el sustancial, y la clarificación de los significados ordinarios de los principios de igualdad en la aplicación de la ley y de igualdad en la propia ley, de algunos criterios de justicia distributiva como el de las necesidades o el de los méritos y, en fin, de la noción de justicia compensatoria (cfr. Hart, 1961: 156-61; t. c.: 199-206). Esto pone de relieve que, en realidad, los dos criterios de distinción utilizados por Rawls no se superponen necesariamente, de modo que al concepto le deba corresponder un análisis formal mientras que las concepciones deban desarrollarse mediante teorías normativas de carácter sustantivo.

En efecto, cabe un análisis conceptual, de tipo lingüístico y formal, no sólo del concepto —como idea más abstracta y común— de justicia, sino también de las distintas concepciones —como ideas más específicas— de aquella noción, por ejemplo, para analizar su coherencia interna o sus relaciones con otras concepciones conflictivas, etcétera. Y, a la inversa, también es posible un análisis de ética normativa, valorativo y no meramente conceptual, no sólo de las concepciones de la justicia, sino de su concepto o significado más abstracto, por ejemplo, para plantear el problema de su jerarquía valorativa en relación con otros conceptos morales abstractos, como los de bondad, libertad, seguridad, etcétera. Es cierto, con todo, que proponer esta labor de crítica normativa seguramente es incompatible con mantener que el concepto de justicia es, como dice Hart, “una forma vacía”, al menos si tal expresión se entiende literalmente, pero esta última caracterización es discutible, como se intentará mostrar en el apartado 3.

## 1.2. De Rawls a Dworkin

Junto a los dos comentados criterios de Rawls, merecen mencionarse ahora las complicaciones introducidas por Dworkin al adoptar la distinción entre conceptos y concepciones. Paradójicamente, el gran crítico de la perspectiva analítica de Hart —en la terminología de Dworkin, una perspectiva “semántica”— ha adoptado como “crucial” la distinción que Rawls elabora a partir de Hart, cuya progenie intelectual, sin embargo, no cita.<sup>5</sup> Dworkin

---

son predominantemente conceptuales, mucho más que propiamente “prescriptivos” o valorativos. Sobre el método filosófico de Hart, véase MacCormick, 1981: 12-19, y Páramo, 1984: cap. 1.

<sup>5</sup> Cfr. Dworkin, 1978: 134; t. c.: 214.

Ha de precisarse que Dworkin usa la distinción por vez primera en *Constitutional Cases* (1972), aparecido un año después de *A Theory of Justice* de Rawls, pero que tres años después,

caracteriza la repetida distinción de dos formas diferentes, sólo en una de las cuales, la primera, coincide con Rawls.

En primer lugar, Dworkin formula la distinción entre concepto y concepciones como contraste entre ideas en distintos niveles de abstracción: adoptando la imagen del árbol, viene a coincidir con el primer modo de distinción de Rawls al ver el concepto como el tronco o elemento común o más abstracto del que surgen diferentes ramas o interpretaciones que, como concepciones, concretan alguno de los diferentes significados posibles de aquel (cfr. Dworkin, 1978: 103; y 1986: 70-1; cfr., para tal interpretación, Prieto, 1990: 104).

En segundo lugar, la distinción aparece también como contraste entre criterios con distinta función. Según Dworkin, expresar un concepto en una norma (si, por ejemplo, dice: “sé equitativo” o “se prohíben las penas crueles”) es dejar abierta la posibilidad de diferentes interpretaciones o teorías que la desarrollen, pero no porque la norma sea “vaga” o porque el intérprete tenga discreción en sentido fuerte, sino porque el autor de aquélla no quiere comprometer un significado unívoco e invariable, sino que el intérprete se responsabilice de dar de ella el significado que considere más apropiado. En cambio, añade Dworkin, expresar una concepción (si, por ejemplo, la norma dice: “reparte el pastel con tus hermanos en partes iguales”, “se prohíbe la pena de muerte y la de azotes”) cierra aquella posibilidad y especifica un significado invariable (1978: 134-136). Ahora bien, la diferencia aquí ya no es gradual, de abstracción a concreción, como en el anterior significado, sino de categoría, y Dworkin lo dice expresamente, pues se trata de “una diferencia no sólo en el detalle de las instrucciones dadas, sino en el tipo de instrucciones dadas. [...]. Cuando apelo a la equidad (*fairness*) planteo una pregunta moral; cuando manifiesto mi concepción de la equidad trato de responderla” (1978: 135).

---

en “Hard Cases”, al afirmar que el significado de ciertas convenciones sociales puede ser recogido “en un concepto que admite diferentes concepciones; esto es, en un concepto disputado (‘contested’ concept)”, llama a pie de página al artículo de W. B. Gallie, “Essentially Contested Concepts”. En realidad, en este artículo no se formula expresamente la distinción entre concepto y concepciones, si bien Gallie parece usarla incidentalmente —si no accidentalmente— en una ocasión (cfr. Gallie, 1956: 176); en todo caso, prefigura el sentido de la distinción cuando al examinar el carácter disputado de conceptos como “ser campeón” en ciertos deportes, “vida cristiana”, “arte”, “democracia” o “justicia social”, lo atribuye especialmente a su carácter valorativo y a la ambigüedad y vaguedad procedente de la complejidad de rasgos del modelo común (*exemplar*) que permite hablar de que se está ante uno solo y no varios conceptos (cfr. Gallie, 1956, esp.: 171-172 y 175-176).

En realidad, los dos significados anteriores reflejan las dos distintas formas básicas de entender la relación entre principios y normas: como relación de abstracción-concreción y como categorías independientes. Una diferencia de significados que seguramente no es casual, pues Dworkin mantiene la misma ambigüedad en su caracterización y uso de la idea de principios.<sup>6</sup> Como tampoco es casual, dada la impronta hermenéutica que frente a la filosofía analítica ha ido descubriendo la obra de Dworkin, que en ésta no haya referencia alguna a la aparente distinción de Rawls entre concepto y concepciones por su uso metodológico: para Dworkin, tanto las concepciones como los conceptos deben ser objeto de una labor no “semántica” sino “interpretativa”, con lo que pretende referirse a la tarea de elaboración de reconstrucciones teóricas que, dentro de ciertas restricciones, incorporen *la mejor* interpretación posible de la noción en cuestión, incluido un cierto punto de vista moral, más allá de la aportación de meras descripciones o análisis de significados vigentes, es decir, en suma, a una labor valorativa y no meramente conceptual, analítica o —en la terminología de Dworkin— semántica (cfr. 1986: 65-66 y 71).

La anterior propuesta se halla conectada con la advertencia de Dworkin de que la distinción entre conceptos y concepciones no coincide con la distinción entre “el significado de una palabra y su extensión” (1986: 71), con lo que parece referirse a la diferenciación entre el significado *central* (y, en el lenguaje usual, *común* a todos) de una palabra y sus significados *por extensión*, ya sea aprovechando su vaguedad o ya sea mediante analogía, metáfora, etcétera, como cuando se afirma que la norma contenida en el

---

<sup>6</sup> En efecto, por un lado, Dworkin insiste expresamente en la idea de que la distinción entre principios y normas es “una distinción lógica” (por ejemplo, 1978: 24; t. c.: 74-75) y, de acuerdo con ello, niega que la diferencia entre ambos tenga que ver con la mayor o menor especificidad de los actos objeto de regulación (1978: 78; t. c.: 142-143); por otro lado, parece presuponer una relación mucho menos rígida y más fluida no sólo cuando dice que a veces el papel de principios y normas puede ser muy semejante siendo la diferencia entre ambos casi cuestión de forma (1978: 27; t. c.: 79), sino sobre todo por la tesis, central en su teoría jurídica, de que los principios justifican y deben justificar del mejor modo posible las normas e instituciones del ordenamiento jurídico de que se trate (1978: 67; t. c.: 129), lo que sugiere que la relación entre principios y normas ha de ser, al menos en alguna medida, una relación de criterios más abstractos (que comprenden) a criterios más concretos.

Por lo demás, creo que cabe atribuir a la anterior ambigüedad una buena parte de las enrevesadas discusiones que ha provocado la teoría dworkiniana sobre este punto: en castellano, pueden verse distintos escritos de Robert Alexy, Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, Aleksander Peczenik y Luis Prieto en los números 5 (1988), 10 (1991), 12 (1992) y 13 (1993) de

cartel que dice “Perros no” ha de aplicarse a cualquier otro animal.<sup>7</sup> Esto resulta importante porque significa, me parece, que en este punto se ha producido ya una inversión completa respecto del punto de partida en Hart, a través del paso intermedio de Rawls. Utilizando la terminología de Dworkin, podría decirse que Hart mantiene una concepción “semántica” o analítica para la que los términos tienen un significado central que procede del uso común —el *concepto*, en la primera distinción de Rawls— y una zona de penumbra potencial en la que el intérprete debe no *descubrir* un significado sino *atribuirlo* estipulativamente —la *concepción*, en la distinción de Rawls—, pero en uno y otro casos a través de un análisis conceptual formal. En el otro extremo, Dworkin termina por considerar, desde la perspectiva interpretativa, esto es, no meramente formal sino valorativamente comprometida, tanto a los conceptos como a las concepciones.<sup>8</sup> Entre Hart y Dworkin, Rawls parece convertir además la diferencia entre concepto y concepciones en metodológica hasta considerar que los conceptos son analizables desde el punto de vista analítico y las concepciones desde el punto de vista interpretativo o de ética normativa.

---

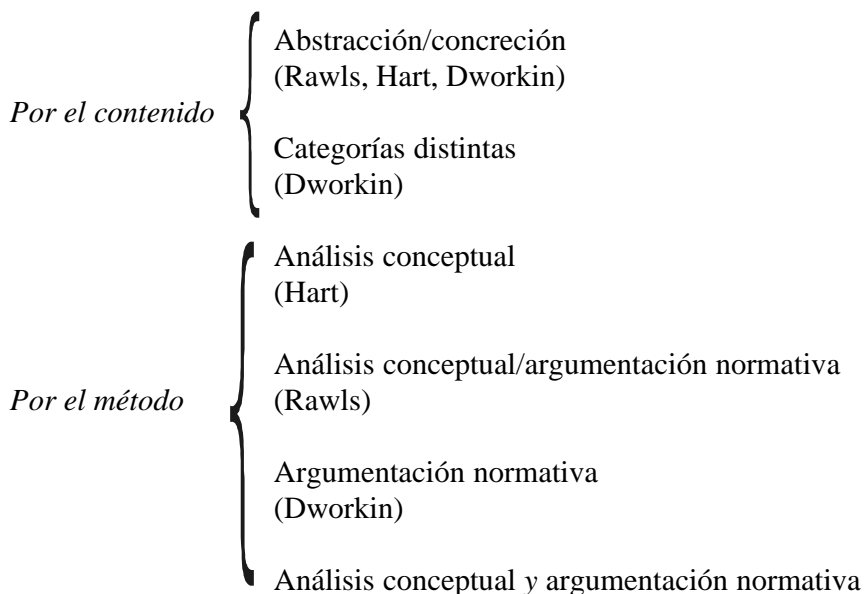
*Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*; véanse también, como clásico, Carrió, 1970, y, más recientemente, Prieto, 1992, y Atienza y Ruiz Manero, 1996: cap. I y apéndice.

<sup>7</sup> En cambio, puede defenderse que la diferencia entre concepto y concepciones, aun sin nombrarla, vuelve a aparecer en *Freedom’s Law...*, donde Dworkin distingue entre *intención* (*intention*) y *finalidad* (*purpose*) para aludir, por un lado, a lo que el legislador dice y pretende dar a entender y, por el otro lado, a las consecuencias que pretende obtener con lo que dice (*intención [intention]*) y, por otro lado, a las consecuencias que pretende obtener con lo que dice (o *finalidad [purpose]*), de lo que sólo lo primero le parece relevante, porque lo segundo no sería lo que el legislador dice, sino una interpretación concreta de lo que dice (cfr. 1996: 9-10 y 76).

<sup>8</sup> No debe llamar a engaño a tal respecto el que en la segunda parte del artículo “What Is Equality?”, dedicado a “Equality of Resources”, Dworkin comience diciendo que “nos ocuparemos, en la mayor parte, simplemente en definir una concepción apropiada de la igualdad de recursos, y no en defenderla, excepto cuando tal definición proporcione una defensa” (1981b: 283); en realidad, lo que Dworkin hace en tal artículo no es “definir”, sino *describir* los presupuestos y rasgos de una determinada concepción (a la que más adelante me referiré); en tal sentido, Dworkin no incumple el programa anunciado en la primera parte de ese mismo artículo, sobre “Equality of Welfare”, donde comienza diciendo, con toda justicia, que decidir qué forma de igualdad es importante “no es una cuestión lingüística o ni siquiera conceptual” (1981a: 185). Cuestión aparte es que tal decisión no es sólo una cuestión de argumentación, sino que también exige, previamente, una elucidación conceptual de modelos de igualdad.

### 1.3. Una distinción gradual por el contenido

Para resumir esquemáticamente toda la discusión precedente, podrían ordenarse en un cuadro los distintos criterios de distinción vistos hasta aquí:



Las observaciones anteriores suministran un marco suficientemente amplio de varios de los intrincados problemas que aparecen cuando se rasca un poco en la aparentemente sencilla diferenciación entre concepciones y conceptos. Como no es mi intención aclarar aquí todos y cada uno de esos puntos, me conformaré con poner de manifiesto el criterio de distinción entre concepto y concepción que me parece más útil y pertinente y que aquí utilizaré: tomaré la distinción entre concepto y concepciones como de contenido y no de método, pues, como ya he sugerido antes, me parece posible, además de productivo, hacer ya sea un análisis conceptual —formal o analítico, sin comprometer valoraciones—, o ya sea una interpretación normativa o valorativa tanto del concepto de igualdad como de sus distintas concepciones.

Dentro de la distinción entre concepto y concepciones por el contenido, considero, además, que la relación entre uno y otras no es de categoría sino meramente gradual, en relación con el mayor o menor grado de abstracción del significado atribuido a la idea de igualdad: así, conforme a esta estipu-



lación, el concepto de igualdad coincide con el significado más abstracto común del término “igualdad”, mientras que las concepciones son las concreciones de tal significado en doctrinas que seleccionan unos u otros rasgos como relevantes y tienden a comprometer posiciones valorativas más específicas, como ocurre, por ejemplo, con la concepción liberal clásica y estricta de la igualdad ante la ley, con la concepción liberal meritocrática de la igualdad de oportunidades o con la concepción progresista de la igualdad de resultados (véase Ruiz Miguel, 1998). No obstante, en cuanto se considera la diferencia entre concepto y concepciones como una relación de abstracción-concreción, aparece el problema ya mencionado de pasada a propósito de la caracterización hartiana del concepto de justicia: ¿cómo se puede considerar tal relación como gradual, de modo que se excluya la existencia de un salto cualitativo entre el concepto de igualdad y las diversas concepciones que lo especifican, y, a la vez, según la sugerencia de Hart, caracterizar a un concepto como el de justicia (o, para el caso, el de igualdad) como una “forma vacía”? Como ya dije, comentaré esta cuestión en el apartado 3.

## 2. LA IGUALDAD COMO CONCEPTO

### 2.1. *¿Varios conceptos de igualdad?*

Un importante libro de Douglas Rae (y otros autores), titulado en significativo plural *Equalities*, concluye diciendo: “El intelecto se resiste a la igualdad contraponiéndole ideas rivales, como eficiencia, libertad y orden. En realidad, es más astuto, porque elige la única idea que es más poderosa que el orden, la eficiencia o la libertad para resistir a la igualdad. Esa idea, por supuesto, es la igualdad misma” (1981: 150).

Este texto pretende resumir la tesis de que si la idea de igualdad sirve para combatir la propia idea de igualdad es que no estamos en realidad ante la misma idea, sino ante un nombre que funciona como un amplio recipiente ideológico con muchas y contradictorias ideas y manifestaciones. Una interpretación algo diferente del texto, forzada pero no incompatible con esa conclusión ni inderivable de ella, permite sugerir que la idea de igualdad se resiste a la igualdad intelectual o teórica en el sentido de que no admite la unidad conceptual, esto es, que no es reducible a un igual denominador común, como en cambio cabría concluir analógicamente de la considera-

ción del concepto de justicia por parte de Rawls como idea genérica y común a distintas visiones y personas. Para Rae, “igualdad” parece ser un nombre —sólo un nombre— común a muchos *conceptos* diferentes, en realidad a tantos que, mediante una combinatoria que trata de multiplicar las “muchas nociones distintas” en las que la igualdad se escinde, permitiría aventurar que se podría llegar a un número total de fórmulas de igualdad de “cuatro o quizá cinco dígitos”, es decir, para ser exquisitamente preciso, entre 1,000 y 99,999 (cfr. Rae, 1981: 132 y 134; cfr. también Westen, 1990: 255).

Frente a esta posición, Peter Westen ha defendido que mientras puede haber todavía más concepciones de la igualdad, su concepto, sin embargo, es sólo uno (si bien con una matización o excepción respecto de la igualdad matemática que se mencionará enseguida). Según este criterio todas las concepciones de la igualdad presuponen un concepto común, que comprende elementos esenciales y constantes. Creo que esta tesis es básicamente convincente y, a salvo algunas precisiones que propondré, es la que desarrollaré a continuación.

Antes, a modo de introducción a ese análisis conceptual, comentaré la matización que Westen avanza sobre la unicidad del concepto de igualdad. Me refiero a la diferenciación que postula entre la igualdad matemática y la igualdad referida “a personas y cosas que percibimos a través de los sentidos” (1990: 51). En cuanto términos de la igualdad matemática, los números —entendidos, naturalmente, como conceptos o abstracciones, no como grafías o signos— pueden hallarse en una relación de igualdad que equivale a *identidad absoluta*: por ejemplo, la relación “ $5 = 5$ ” es absolutamente idéntica a otras varias, como “ $2 + 3 = 5$ ” o “ $1 + 4 = 3 + 2$ ” (aunque Westen no lo ponga de manifiesto, lo mismo se aplica a la igualdad lógica, que utiliza símbolos formales).<sup>9</sup> En cambio, cuando los términos de una relación de igualdad son “personas o cosas tangibles” (1990: 119) —o, habría que añadir, hechos y situaciones—,<sup>10</sup> la identidad entre ellos no puede ser absoluta, sino sólo en alguno o algunos de los aspectos tomados como

---

<sup>9</sup> Cfr., en tal sentido, Quine, 1972: ap. 40, y Deaño, 1975: 116-119.

<sup>10</sup> Si un hecho se define como un cambio espacial o temporal acaecido en una cosa o persona, y una situación o estado de cosas como un conjunto de hechos, tales nociones no se identifican con la de cosa y también son susceptibles de relaciones de igualdad (en adelante, y para simplificar la exposición, entiéndase que en el término “hechos” se incluye también la anterior noción de “situaciones”).

relevantes (por ejemplo, “Pepe y María son iguales en edad o en capacidad, pero no en estatura ni en conocimientos”, o “deben ser iguales en dignidad y en derechos básicos, pero no en salario”, etcétera). Westen expresa bien la diferencia entre ambos tipos de igualdad al afirmar que mientras los seres describibles *poseen* dimensiones sin reducirse a ellas, los números *consisten* sólo en ser medidas de dimensión. Por eso los números pueden ser idénticos mientras que dos o más entes *perceptibles* —en oposición a meramente *pensables*— no pueden serlo, esto es, no pueden ser iguales en todos, absolutamente todos, los aspectos (cfr. 1990: 51 [se volverá sobre esta idea]).

De ambos significados, sin embargo, el relevante para la filosofía moral y jurídica no es, en principio, el matemático, sino el que se refiere a personas, cosas y situaciones describibles.<sup>11</sup> Por ello, en ese ámbito y en todo lo relacionado con él, puede decirse que la idea de igualdad establece una relación entre dos o más personas, cosas o hechos que, aunque diferenciables en uno o varios aspectos, son consideradas idénticas en otro u otros aspectos conforme a un criterio relevante de comparación (con algunos cambios, esta definición se inspira en Westen, 1990: 119). Expresada formalmente, toda fórmula de igualdad puede ser reducida al esquema “A y B (y C, D... N) son iguales en X”: por ejemplo, “María y Juan son iguales en estatura”, “Los catalanes y los andaluces son iguales en derechos” o “El impuesto sobre la renta es igual al de sociedades en el promedio del gravamen”. Aun en su simplicidad, en el esquema anterior cabe distinguir entre la relación entre los dos (o más) términos de la igualdad (“A y B son iguales en X”) y el aspecto al que la igualdad se refiere, también llamado a veces *tertium comparationis* (“A y B son iguales en X”). El primer elemento apunta al carácter relacional de toda idea de igualdad, mientras el segundo se refiere al objeto de la igualdad, punto en el que se sitúa la noción de relevancia.

---

<sup>11</sup> Digo “en principio” porque la noción de identidad o igualdad absoluta no carece de relevancia en contextos jurídicos o prácticos. Como ha puesto de manifiesto Rubio Llorente, que también parte de la diferencia entre igualdad e identidad, esta segunda noción es la propia de la institución de la cosa juzgada, a la que el artículo 1252 del Código Civil se refiere exigiendo “la más perfecta identidad” (cfr. 1991: 641-642 y n. 8); y lo mismo cabe decir respecto de la especial aplicación de dicha institución al ámbito penal por parte del principio *non bis in idem*.

## 2.2. Una idea relacional: igualdad, identidad, semejanza y diferencia

El carácter relacional de la idea de igualdad, esto es, su postulación como *relación* entre personas, cosas o hechos, excluye que tal noción pueda referirse a *propiedad* alguna atribuible a personas, cosas o hechos, según ocurre en otros conceptos importantes en filosofía práctica, como los de libertad o seguridad. Así, la libertad humana es una propiedad atribuida a las acciones o a las decisiones, de modo que tiene sentido decir que una persona es o no libre sin más o, en todo caso, según se produzcan ciertas circunstancias relativas a dichas acciones o decisiones, como, por ejemplo, el que una acción no resulte impedida por obstáculos externos o el que una decisión no sea forzada por el miedo. No podemos decir, en cambio, que una persona, una cosa o una situación es igual sin más ni por referencia a circunstancias semejantes, sino que sólo puede ser igual a alguien o a algo, esto es, igual *en relación* con alguien o algo. Esa diferencia explica el contraste del chiste: “¿Cómo están tus hijos? -¿Comparados con quién?”, donde la pregunta inquiriere por una propiedad y la respuesta se refiere a una relación.

El concepto de igualdad presupone, pues, predicar una relación comparativa entre por lo menos dos elementos. Tal relación, sin embargo, no establece cualquier tipo de comparación entre los elementos a los que se refiere, sino sólo, precisamente, la de igualdad (A vale *tanto como* B), y no la de mera semejanza (A es *casi como* B) y todavía menos la de superioridad ni la de inferioridad, que niegan frontalmente la idea de igualdad, y de ahí la ironía de la feliz y justamente famosa frase de *Rebelión en la granja*: “Todos los animales son iguales, pero unos son más iguales que otros”. De todas formas, como se verá enseguida, la idea de semejanza es ambigua y en uno de sus significados puede equivaler, con alguna matización, a la de igualdad.

La anterior observación nos lleva a la cuestión de la conexión entre igualdad, identidad, semejanza y diferencia. Por comenzar insistiendo en algo ya avanzado, en cualquier relación de igualdad que no sea la matemática se presupone la existencia de uno o varios rasgos de diferenciación entre los elementos comparados. Una piedra puede ser igual a otra en dureza, color, peso, etcétera, pero tiene que haber algún elemento diferenciador que distinga a una y a otra, salvo que en realidad no estemos ante dos piedras sino que se trate de la misma piedra: el peso no será exactamente el mismo, la forma no será del todo idéntica, etcétera. Supongamos que comparamos

dos bolas de billar “perfectamente” iguales. En el límite tienen que ser diferentes los átomos que las componen —amén de otros detalles o aspectos, como el momento o el lugar exacto de fabricación, o el espacio que ocupan en un mismo momento, etcétera—, pues, de lo contrario, serían una sola y la misma bola de billar. En suma, mientras la igualdad exige al menos dos elementos, la identidad se refiere a un mismo elemento.<sup>12</sup>

Así pues, tiene razón Westen cuando sostiene que “nuestros conceptos de identidad completa y de igualdad descriptiva son mutuamente excluyentes” (1990: 25). Otra forma de decir lo mismo es que la relación de igualdad no equivale a la relación de identidad, entendida la identidad en sentido absoluto, en referencia a *todos* los aspectos de algo, pues en tal sentido no habría dos sino una sola cosa, según mostró Leibniz mediante su “principio de identidad de los indiscernibles”,<sup>13</sup> que es el converso del “principio de indiscernibilidad de los idénticos”. Como ha dicho Hugo Adam Bedau, dos cosas iguales “*can be the same without being exactly the same*” (1967: 6). Y Westen ha formulado una idea semejante al decir que “la igualdad es una relación que únicamente rellena el vacío entre ‘lo diferente’ y ‘lo mismo’: las cosas que son iguales, siendo distintas cosas, son necesariamente diferentes; y, sin embargo, al ser iguales, son también las mismas” (1990: 7).

Si ninguna relación de igualdad implica identidad absoluta y, por tanto, toda relación de igualdad supone que existe alguna diferencia entre los términos comparados, sean personas, cosas o hechos, se diría que esa relación viene a coincidir con la de semejanza o similitud. En tal línea, recuérdese el texto de Hart antes citado, que recoge la famosa definición aristotélica de justicia como “tratar los casos *semejantes* de la misma manera y los casos diferentes de diferente manera” (1961: 198 [cursiva mía]), cuando esa misma definición se ha traducido también, con significado equivalente, del siguiente modo: “parece que la justicia consiste en igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece

---

<sup>12</sup> Contra lo que podría sugerir el título, ésta es la única observación relevante para nuestro tema que puede encontrarse en la obra de Heidegger *Identidad y diferencia* (1957: 60-63), título que unifica dos conferencias tituladas “El principio de identidad” y “La constitución onto-teológica de la metafísica”.

<sup>13</sup> Como Deaño advierte (1975: 119), la sustancia de este principio puede remontarse a Aristóteles, remitiendo a *Tópicos*, VII, 1, § 152a: 33-37 (véase también §§ 152a: 26-32, y I, 7, 103a: 6-39).

ser justa, y lo es en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales” (Aristóteles, 1983: § 1280a).

Esa misma aparente intercambiabilidad entre la idea de igualdad y la de semejanza está presente en muchos textos, y valga como ejemplo sintético éste de Kelsen: “el principio de igualdad significa que sólo los que son *iguales* deben ser tratados de modo *semejante*” (1953: 50-51 [cursivas mías]).

¿Es defendible esta equiparación entre igualdad y semejanza? Esto es, ¿afirmar que dos personas, cosas o hechos son iguales equivale a afirmar que son semejantes? Sí y no, o, por decirlo más claramente, es defendible cuando se tiene presente la ambigüedad del término “semejanza” (y otros equivalentes, como “analogía”, “parecido” o “similitud”) y se cae en la cuenta de la distinta función que puede cumplir, según los casos, hablar de la igualdad como semejanza.

En realidad, desde un punto de vista analítico, toda relación específica de *igualdad* entre dos o más términos supone predicar la *identidad* en algún aspecto con exclusión de otros aspectos en que también se *diferencian*. Respecto del conjunto de todos los aspectos —los idénticos y los diferentes— la relación puede ser considerada no sólo como de igualdad sino también como de *semejanza*. Pues bien, calificar a una relación como relación de igualdad permite poner de manifiesto la relevancia de los aspectos coincidentes entre los términos comparados, si bien queda oculto el dato de que no todos los aspectos —precisamente los considerados no relevantes— son coincidentes. A la inversa, calificar a una relación como de desigualdad implica poner de manifiesto la relevancia de los aspectos diferenciales ocultando los comunes. Pero si igualdad y desigualdad son conceptos antitéticos y, al menos en el anterior sentido, unívocos, en cambio, el concepto de semejanza es ambivalente.

En efecto, calificar a una relación como de semejanza siempre pone de manifiesto implícitamente que los términos no son absolutamente idénticos, si bien deja abierta la posibilidad tanto de afirmar como de negar la relevancia de la igualdad entre ellos. Tal posibilidad procede, precisamente, del significado ambiguo de la noción de semejanza, que permite atender tanto a los aspectos de identidad como a los de diferenciación. Lo semejante, antes de cualquier especificación, puede ser igual pero también puede ser diferente. Por ejemplificarlo, cuando alguien dice de dos objetos entre los que tiene que elegir que son muy semejantes (o muy parecidos), con ello no se está cerrando la puerta a seguir dos caminos opuestos: o considerar que un objeto es preferible al otro porque después de todo no son exacta-

mente iguales o mantener que son tan similares que es indiferente ante ellos (una distinción, por cierto, que refleja en otros términos la opción, tan familiar a los juristas, ante un caso no regulado pero similar a otro regulado entre seguir el argumento *a contrario* o el argumento *a simili* o por analogía). Sólo cuando queda aclarado que se usa la idea de semejanza en este segundo sentido, en cuyo caso podría hablarse de *semejanza relevante*, tal idea cumple una función equivalente a la de igualdad. Función equivalente, digo, pero no exactamente igual,<sup>14</sup> puesto que, incluso resuelta la ambigüedad sobre la relevancia, hablar de semejanza parece proporcionar una visión más distanciada que deja ver, o al menos entrever, cómo la igualdad entre los dos términos no es absoluta en todos los aspectos, esto es, no es de identidad estrictamente dicha.

El rasgo anterior de la idea de semejanza puede ser especialmente significativo y útil en algunos contextos, como en los modelos ético-políticos que proponen la *diferencia* o diferenciación como una forma posible y defendible de igualdad. No me refiero a la idea de que la diferenciación puede ser un *medio* para el fin de la igualdad, pues no tiene nada de particular el exigir medidas que traten desigualmente a quienes son desiguales con objeto de igualarlos, una de las manifestaciones de esta relación es la discriminación positiva. Aludo, más bien, a la diferencia como modelo ideal o *final* de igualdad, modelo que propone caracterizar a las relaciones sociales igualitarias por la diversidad en un mismo plano entre distintos individuos. En este significado, como es obvio, la idea de diferencia es compatible con la igualdad (relevante) y no constituye propiamente desigualdad (cfr. Ruiz Miguel, 1994: 283-295).

Por desarrollar brevemente esta idea, frente a un *modelo uniformista* y bajo el signo de la identidad en el que todos los derechos, deberes, papeles y recursos se atribuyen por igual a todos los individuos, configurando una sociedad sin división del trabajo y tan enormemente simplificada que ya es prácticamente impensable, también es defendible como igualitario, bajo el signo de la similitud o semejanza, un *modelo pluralista* que admite la variedad de las funciones, ideas, preferencias y recursos individuales, siempre que opere dentro de un marco de derechos y deberes iguales con exclusión de toda relación de dominación y de jerarquía.<sup>15</sup> Ambos modelos son

---

<sup>14</sup> Como se puede ver, dicho sea incidentalmente, tampoco la relación entre la idea de igualdad y la de semejanza es de absoluta identidad, o de perfecta sinonimia.

<sup>15</sup> Esta distinción no se debe confundir, aunque tiene cierta relación, con la propuesta por Richard Wasserstrom entre el ideal de la asimilación y el de la diversidad respecto del reparto

tan extremos como seguramente irrealizables en su pureza, pero eso no priva de utilidad a una distinción que señala un contraste indicativamente significativo en diferentes modos de entender y de configurar la realidad social.

Así, Celia Amorós ha venido a utilizar dicha distinción críticamente, si bien con una terminología diferente a la aquí seguida, para mostrar el contraste entre lo que denomina la *igualdad* y la *identidad*: mientras la igualdad se produce entre diferentes sujetos, esto es, entre individuos diferenciados y, por tanto, entre verdaderos individuos —el “in-dividuo” es, etimológicamente, lo no divisible—, que es el trato que en la sociedad sexista se da entre varones, en cambio, la identidad configura la consideración indistinta, indiferenciada, estereotipada y, por tanto, no individualizada bajo la que las mujeres son vistas y tratadas en dicha sociedad (cfr. Amorós, 1987). Como se puede ver, para esta filósofa, el modelo de igualdad perseguible para todos, la única verdadera igualdad, es la que opera bajo una variante del modelo que aquí he llamado pluralista, mientras que la que llama identidad, como forma de igualdad indeseable, se configura como una variante del modelo que he llamado uniformista.

La noción de semejanza puede ser útil —aunque no imprescindible— para referirse valorativamente a situaciones globales compuestas por relaciones complejas como las asociadas al modelo pluralista, poniendo de manifiesto tanto los aspectos igualitarios, que son los relevantes, como los no igualitarios, que no lo son. Cuando la valoración es positiva, de semejanza relevante, se destacará que en los aspectos básicos se debe garantizar una igualdad justa, mientras que quedan en la pluralidad o en la diferencia aquellos otros aspectos en los que la igualdad no es necesaria o no es conveniente. A la inversa, cuando la valoración es negativa, describir la situación como de semejanza también puede ser el antecedente de un “pero no igual”, lo que permite destacar que tratarla con un criterio igualitario no

---

de papeles sociales dentro de diferentes grupos, de modo que el ideal de la asimilación atribuye los papeles por referencia a rasgos individuales sin consideración alguna a las diferencias de grupo, mientras el ideal de la diversidad atribuye los papeles según la pertenencia a uno u otro grupo, siendo compatible con el criterio “separados pero iguales” (cfr. 1977: 604-605; sobre ello, véase también Ruiz Miguel, 1994: 290-292). En la distinción que propongo en el texto, la diferencia entre el modelo uniformista y el modelo pluralista no tiene en cuenta la variable grupal, que puede o no aparecer en el modelo pluralista, pero que, naturalmente, estaría excluida en el uniformista. En tal sentido, esta distinción es más general que la de Wasserstrom, que se puede formular solamente dentro de lo que he llamado modelo pluralista y como una subdistinción derivada de él.



está justificado. En suma, la idea de semejanza es más ambigua que la de igualdad y eso puede hacerla útil en determinados contextos.

### *2.3. El objeto de la igualdad: las funciones descriptiva y prescriptiva de la idea de igualdad y el criterio de relevancia*

En la discusión anterior ha vuelto a aparecer un concepto, el de relevancia, que exige un análisis más pormenorizado. Para ello, conviene partir de la distinción entre el uso descriptivo de la idea de igualdad y su uso prescriptivo, dentro del cual incluiré también el valorativo.<sup>16</sup> Lo que hemos visto hasta ahora es que la igualdad en general es una relación entre dos o más personas, cosas o hechos que, aunque distinguibles en uno o varios aspectos, son consideradas idénticas en alguno o algunos otros as-

---

<sup>16</sup> Se trata de una mera identificación a efectos de simplificar la exposición que sigue, que no pretende asimilar conceptualmente la función prescriptiva y la valorativa, pues mientras mediante la primera se proponen pautas de comportamiento para las personas y hacia el futuro, mediante la segunda se proponen pautas de juicio a propósito de personas, cosas o acciones, tanto futuras como presentes y pasadas, en términos de bondad, belleza, conveniencia, etcétera, y sus opuestos. Ambos tipos de pautas se diferencian por dos rasgos: por una parte, formalmente, porque las pautas valorativas tienen como rasgo característico la posibilidad de graduación (así, alguien puede ser más o menos bueno o simpático, algo puede ser más o menos bello, conveniente, etcétera), mientras que las prescriptivas son categóricas (así, una pauta normativa dice “debes, o no debes, hacer X”, “tal acción es incorrecta”, etcétera); por otra parte, más sustantivamente, la categoría de las valoraciones es más amplia que la de las prescripciones, pues éstas se reducen al mundo de la práctica y aquéllas no sólo afectan a dominios no prácticos, como la estética, sino que, incluso en el campo de la ética, no necesariamente establecen pautas para la acción. Con todo, la relación entre prescripciones y valoraciones prácticas es muy estrecha si se considera que toda prescripción se ha de justificar en alguna valoración, sea directamente, cuando la prescripción se apoya sin más en un juicio de valor, sea indirectamente, cuando se apoya en otra prescripción, o en una cadena de prescripciones, cuyo apoyo descansa en una valoración (advierto de pasada que esta caracterización de la relación entre prescripciones y valoraciones no exige adoptar un modelo de fundamentación de carácter consecuencialista frente a uno deontologista: contra lo que sugiere la habitual configuración del deontologismo como posición que independiza los criterios de corrección respecto de los de bondad —configuración que proporciona una imagen distorsionada y poco verosímil de tal posición en cuanto sugiere que los deberes morales no derivan de ninguna concepción del bien—, parece más apropiado considerar que el deontologismo propone restringir el dominio de lo correcto como exigencia prioritaria derivada de la necesidad de cumplir ciertos valores de bondad definidos restrictivamente, por lo general, más en términos de respeto que de fomento, esto es, más en términos de prohibiciones de realizar ciertas acciones que de obligaciones de procurar la verificación de ciertas consecuencias).

pectos conforme a un criterio relevante de comparación. Pero ese concepto conlleva una fundamental ambigüedad debido a sus posibles usos descriptivo o prescriptivo. Aparentemente, la distinción entre ambos usos depende simplemente de que la consideración como iguales de los términos comparados tenga una pretensión puramente descriptiva, sometible al criterio de verdad o falsedad, o una pretensión prescriptiva, que no sugiere necesariamente la existencia de hecho de la igualdad en cuestión, sino que propone realizarla o, en el caso de que ya exista de hecho, mantenerla. Según esta caracterización, lo que diferencia el uso descriptivo y el prescriptivo de la noción de igualdad es la naturaleza de la conexión establecida entre los términos de comparación: en el primer caso se puede representar como “A *es* igual a B en X” y en el segundo como “A *debe ser* igual a B en X”, siempre —naturalmente— que se atienda no a la forma gramatical de la cópula “es” o “debe”, sino a su significado: así, “A es igual a B en derechos” o “A merece un trato igual a B en X”, “A tiene tanto derecho como B a X”, serían —en sus sentidos ordinarios al menos— formulaciones prescriptivas a pesar de su forma gramatical indicativa, así como “A debe ser igual a B en peso” será normalmente un enunciado con función descriptiva.

### 2.3.1. El carácter evaluativo del criterio de relevancia

Ya se indicó antes la diferencia entre los *elementos* de la igualdad (A y B) y el *tertium comparationis* en la expresión típica “A y B son, o deben ser, iguales en X”. Dentro del *tertium comparationis*, que comprende la predicación de la igualdad respecto de un objeto, está, desde luego, el *objeto de la comparación* (X), pero también el *criterio de comparación*. Y es en el criterio de comparación donde se incorpora la función descriptiva o prescriptiva de la relación de igualdad predicada: a modo de ejemplo, tiene función descriptiva el enunciado “A y B son iguales en peso” y prescriptiva “A y B deben ser iguales en derechos”. Sin embargo, conviene analizar la estructura de tal criterio más despacio porque, al presuponer la noción de relevancia, impide concluir sencillamente que tal criterio es descriptivo sin más cuando se afirma que dos elementos son iguales y prescriptivo cuando se propone que deben serlo.

Peter Westen ha sostenido que todo enunciado prescriptivo de igualdad *contiene* referencias descriptivas, como los criterios presupuestos para

identificar a las personas a las que se aplica la comparación (cfr. 1990: 67-68). No pretende afirmar con ello que los enunciados prescriptivos *sean* en algún sentido descriptivos ni tampoco que sean *deducibles* de descripciones, lo que constituiría un caso conspicuo de falacia naturalista. En realidad, con ello sólo pone de relieve la obviedad de que cualquier enunciado prescriptivo de igualdad, en la medida en que tenga la pretensión de afectar a la realidad, deberá hacer alguna referencia descriptiva a los elementos de la relación, que en los enunciados de carácter prescriptivo en último término serán reconducibles a acciones sobre las personas, y, según algunas perspectivas éticas, por asimilación o por extensión, también sobre los seres capaces de sufrir o sentir. Por ello, es más interesante que lo anterior, por lo discutible que resulta, la afirmación inversa de Westen de que el criterio de comparación presupuesto en los enunciados descriptivos de igualdad *es* sólo descriptivo (cfr. 1990: 66). Esta aseveración me parece que olvida que cualquier enunciado de igualdad, y también los descriptivos, presupone necesariamente un componente evaluativo implícito tras el criterio de comparación por la sencilla razón de que tal criterio es el que porta la idea de *relevancia* en la relación de igualdad que se describe o prescribe.

La idea de relevancia implica necesariamente la introducción de un criterio evaluativo —en el sentido amplio de esta palabra, no necesariamente moral—, ya que la selección de un rasgo como criterio de comparación procede de una consideración sobre lo que es de relieve, esto es, significativo o importante en un determinado contexto:<sup>17</sup> en el caso trivial de la afirmación de que dos lápices son iguales en color o en precio, se estará presuponiendo una evaluación sobre la relevancia de esos aspectos en el contexto (por ejemplo, como razón para que alguien use cualquiera de ellos o como argumento para que compre uno de ellos), ya que de otro modo la afirmación carecería de significado. Ahora bien, es importante observar que la presuposición de tal evaluación no tiene por qué eliminar ni poner en duda el eventual carácter descriptivo de la relación de igualdad afirmada: por seguir con el mismo ejemplo, cuando se dice que dos lápices son igua-

---

<sup>17</sup> En sentido similar, en el conocido artículo que Richard M. Hare dedicó a la noción de relevancia, en el que aplica a la idea de igualdad su tesis sobre el carácter universalizable y prescriptivo de los enunciados morales, afirma con razón que la consideración de un rasgo como *moralmente* relevante es un asunto moral que presupone invocar algún principio moral (cfr. 1978: 193). Un buen desarrollo de este punto puede verse en Laporta, 1985: 17 y ss.

les, se establece una relación descriptiva de igualdad aunque esa relación exija presuponer un criterio de relevancia, como puede ser, según el contexto, la importancia del color, del precio o de cualquier otra característica que pueda ser pertinente. Así pues, se podría refinar la fórmula genérica de los enunciados de igualdad en el siguiente sentido: “A y B son, o deben ser, iguales en X (por R)”, donde R es el criterio de relevancia presupuesto —y por eso lo he puesto entre paréntesis— de la relación de igualdad enunciada.

En los enunciados prescriptivos, por su parte, el criterio de relevancia presupuesto ha de tener carácter prescriptivo y, en última instancia, carácter moral, al menos si pretende estar bien fundamentado. Aunque se podría desarrollar mucho más, me limitaré a hacer algo expeditivamente dos observaciones. La primera es que si R contuviera la descripción de un hecho, aparte de que, conforme a lo dicho, en todo caso debería presuponer una evaluación de relevancia, tampoco bastaría nunca para fundamentar un enunciado prescriptivo de igualdad, si es correcta, como creo que lo es, la ley de Hume que impide deducir una prescripción de una descripción. La segunda observación, que incorpora la anterior para ir un poco más lejos, es que una apropiada fundamentación de un enunciado prescriptivo de igualdad sólo puede apoyarse último término en un criterio de relevancia de carácter moral, que por definición es el único que puede dar razón última de aquel tipo de enunciados. Por ejemplificar de una vez ambas observaciones, si alguien dice que hombres y mujeres deben ser tratados igualmente porque lo dice la Constitución española, esa razón no será suficiente si la tomamos como un mero hecho (que es lo ocurre con quien le importa poco o nada lo que diga esa Constitución), y ni siquiera si la adoptamos como una razón jurídica (ante lo que se podría preguntar por qué debe obedecerse la Constitución como texto jurídico) sino sólo cuando creemos que *debemos* aplicar la Constitución porque sus criterios son moralmente correctos.

Así pues, aunque el criterio de comparación contiene necesariamente un elemento evaluativo, incluso en los enunciados descriptivos de igualdad, en cuanto presupone un criterio de relevancia que sustenta la predicación de la relación de igualdad, sin embargo, es también en el criterio de comparación donde se incorpora la función descriptiva o prescriptiva de la relación de igualdad predicada. Y supuesta la relevancia de la relación de igualdad, es en el criterio de comparación donde se encuentra la referencia a la distinta función de la relación propuesta, bien descriptiva o bien

prescriptiva, según la proposición en cuestión sea o no empíricamente contrastable como verdadera o falsa.<sup>18</sup>

### 2.3.2. Igualdad neutra e igualdad injusta

Hasta ahora he hablado sólo de enunciados de igualdad, pero las observaciones anteriores son aplicables también a enunciados de desigualdad, tanto descriptivos como prescriptivos, esto es, a enunciados que niegan tanto que dos cosas sean iguales como que deban serlo. En lo que se refiere a los enunciados prescriptivos esto merece mayor desarrollo porque implica algo que ha sido discutido, y es que, al contrario de términos como “bondad”, “justicia”, “corrección” o “generosidad”, el término “igualdad”, aun en su significado prescriptivo, no es intrínsecamente ponderativo, esto es, no es un término que por definición no pueda ser usado con connotaciones neutras o, incluso, desfavorables. Es cierto que habitualmente, por razones culturales, psicológicas e históricas, “igualdad” *tiende a* asumir una carga valorativa positiva, pero no es contradictorio afirmar que hay igualdades indeseables, como repitiendo una idea muy querida de Tocqueville que sintetizó lapidariamente en una ocasión Bertrand Russell: “la igualdad existe lo mismo donde todos son esclavos que donde todos son libres” (1949, 79).

Antes de analizar más despacio los problemas que plantea la noción de igualdad prescriptivamente indeseable, merece destacarse la posibilidad de la utilización de tal noción con una función valorativamente neutra. Como Westen ha puesto de manifiesto, hay dos tipos básicos de reglas de igualdad, que podríamos denominar transitivas y no transitivas:<sup>19</sup> mientras es-

---

<sup>18</sup> Lo que, por cierto, permite ilustrar la diferencia entre el criterio de relevancia presupuesto y la función descriptiva del criterio de comparación, pues es perfectamente posible que una relación de igualdad sea relevante pero falsa (por ejemplo, la mentira de un vendedor sobre la igual calidad de dos aparatos de música) o verdadera pero irrelevante (por ejemplo, la afirmación del mismo vendedor sobre el igual precio de dos aparatos de distinta calidad, irrelevante desde el punto de vista de un comprador que sólo está interesado en la calidad). Por lo demás, esta misma distinción puede establecerse entre el criterio de relevancia y las funciones prescriptiva y valorativa.

<sup>19</sup> Esta terminología me parece más apropiada que la que yo mismo he utilizado en una ocasión anterior, de reglas “relativas” y “no relativas” (cfr. 1996: 44) y que la que Westen propuso anteriormente, de “comparativas” y “no comparativas” (cfr. 1990: 73-74), que introduce confusión en la medida en que toda relación de igualdad contiene un criterio de comparación y un objeto de comparación.

tas últimas prescriben derechos y deberes de manera categórica (por ejemplo, “Toda persona tiene derecho a un juicio justo”), las primeras prescriben un trato igual para una categoría de personas sólo en la medida en que ese trato se otorgue a otra categoría (por ejemplo, “Si la oferta de la empresa X da derecho a recibir una licencia pública de radio, también lo debe dar cualquier oferta igual de otras empresas”). En el primer caso la igualdad aparece como netamente deseable respecto de un determinado tratamiento, mientras que en el segundo, en cambio, su valoración es neutra, satisfaciéndose la igualdad tanto con un tratamiento positivo como con uno negativo, siempre que afecte a todas las partes. En este último tipo de casos, por tanto, resulta indiferente en términos de justicia que la igualdad se restablezca por supresión del privilegio a la parte beneficiada en exclusiva como por la generalización del beneficio mediante su atribución a todos los considerados iguales.<sup>20</sup>

Pero junto al significado neutro, he dicho que también es posible un significado negativo o peyorativo de la igualdad prescriptiva. La idea de que una prescripción de igualdad puede ser inmoral o injusta no es más que la cara opuesta de la idea de que una prescripción de desigualdad puede ser perfectamente moral y justa. El fundamento de estas observaciones es tan antiguo como el criterio de justicia de Aristóteles de que la justicia es igualdad para los iguales y desigualdad para los desiguales. Y esta vieja idea aristotélica es la que explica que también la idea de desigualdad, cuando aparece en enunciados prescriptivos, presuponga una valoración moralmente positiva por parte de quien la formula: así, puede verse en un ejemplo trivial, como “A mayor esfuerzo, diferente salario”, o en los varios exabruptos de ese gran debedor de la igualdad que fue Nietzsche:

¡La doctrina de la igualdad!... Pero si no existe veneno más venenoso que éste: pues ella *parece* ser predicada por la justicia misma, mientras que es el *final* de la justicia... “Igualdad para los iguales, desigualdad para los desiguales —ese sería el verdadero discurso de la justicia: y, lo que de ahí se sigue, no igualar jamás a los desiguales” (1888: n. 48, 125-126).

---

<sup>20</sup> Para un desarrollo de este punto, con ejemplos extraídos de la jurisprudencia constitucional española, véase Ruiz Miguel, 1996: 44-46.

### 2.3.3. La supuesta asimetría entre igualdad y desigualdad

Con todo, la idea de que la justicia puede consistir, según los casos, en una relación de igualdad o de desigualdad —así como sus conversos, que tanto la igualdad como la desigualdad pueden ser injustas— sugiere una simetría entre las prescripciones de igualdad y las de desigualdad que contrasta con una argumentación desarrollada por Westen que merece ser considerada y, creo, discutida. De acuerdo con Westen, existe una asimetría conceptual entre la idea de igualdad y la de desigualdad que puede observarse en el uso crítico que establecen ciertos enunciados de igualdad y de desigualdad. Tal asimetría no aparece en los usos puramente prescriptivos, donde tanto “igual” como “desigual” pueden funcionar laudatoriamente según el criterio de justicia presupuesto, sino sólo cuando se formulan enunciados descriptivos que presuponen un criterio prescriptivo, como cuando se dice “Tratan igual a todos los niños sin tener en cuenta que los pequeños tienen que comer más veces”, “Las mujeres son discriminadas porque reciben menos salario que los hombres en trabajos iguales” (cfr. 1990: 98, 101-102, 117 y 286). Pues bien, según Westen, en estos casos el término “igual” puede cumplir una función de censura o de elogio, pero “desigual” sólo puede cumplir una función de censura, de modo que mientras afirmar que se está tratando a alguien igualmente puede suponer tanto que la prescripción presupuesta establece una relación igualitaria como una desigualitaria, afirmar que se está tratando a alguien desigualmente sólo puede presuponer que la prescripción establece una igualdad (1990: 286-287).

Westen ilustra esta asimetría con la parábola de los viñadores (*Mateo* 20: 1-16), en la que, al terminar el trabajo, los contratados al principio de la jornada reprochan al dueño de la viña que les trate igual que a los que han trabajado sólo la última hora porque les paga lo mismo, cuando, dada la carga emotiva favorable del término “igualdad”, dice Westen, más bien deberían haberle reprochado que, conforme al tiempo trabajado, les estaba tratando *desigualmente*, esto es, injustamente (cfr. 1990: 113-114). En todo caso, ante uno u otro reproche el dueño habría podido replicar a los viñadores que estaban siendo tratados igualmente, esto es, justamente, conforme al contrato realizado, pero no habría tenido sentido responderles que estaban siendo tratados desigualmente (y apropiadamente) conforme a ningún criterio de justicia.

La explicación que Westen propone de este supuesto “sesgo semántico” en favor del término “igualdad”, por el que éste tendría una connotación más favorable que el término “desigualdad” incluso bajo épocas ideológicamente antiigualitarias, es que el primero es semánticamente más comprensivo que el segundo porque puede describir relaciones de desigualdad como formas de igualdad proporcional, mientras que, a la inversa, no es posible describir relaciones de igualdad a través de la idea de desigualdad (cfr. 1990: 274-277): “‘Igualdad’ es una palabra ‘protéica’, que puede usarse para referirse a cualquier relación creada por una regla entre dos o más personas. El término ‘desigualdad’ es mucho menos versátil” (1990: 277).

La conclusión de todo ello es que, para este autor, “‘igualdad’ debe su ventaja retórica sobre ‘desigualdad’ no a los distintos ideales que expresan sino al lenguaje” (1990: 287).

No sé hasta qué punto es cierto, como cuestión de hecho, que la idea de igualdad ha tenido siempre una connotación más favorable que la de desigualdad y que, además, eso depende de algún rasgo necesario del concepto de igualdad frente al de desigualdad. En todo caso, no es en absoluto imprescindible resolver esa cuestión, como tampoco negar su plausibilidad al menos en cuanto interpretación del pensamiento occidental moderno, para avanzar dos observaciones de carácter conceptual que impugnan distintos aspectos de la tesis de Westen.

Como primera observación, no parece del todo exacta la afirmación de que “igualdad” es un término de significación tan proteica que, equivaliendo al de justicia en sus formulaciones prescriptivas, pueda incorporar tanto las relaciones de (justa) igualdad como las de (justa) desigualdad.<sup>21</sup> Es cierto que algunas relaciones de desigualdad pueden considerarse también como relaciones de igualdad proporcional, pero no lo es que cualquier relación de desigualdad, incluso justa, sea susceptible de ser formulada como relación igualitaria. Dos ejemplos de distinta naturaleza pueden bastar para ello. Por un lado, cualquier sistema tributario progresivo va más allá de la simple proporcionalidad, por lo que, en cuanto medio de recaudación, establece una disparidad entre rentas bajas y altas no reconducible a igualdad proporcional (cuestión distinta, naturalmente, es que la justicia de tal medio se pueda fundamentar por el fin de conseguir una mayor igualdad sustancial).<sup>22</sup> Por el otro lado, y todavía más claramente, la tradicional

---

<sup>21</sup> Tal es la tesis que se defiende explícitamente de Westen, 1981: 556-558.

<sup>22</sup> De acuerdo con ello, la STC 27/1981, del 20 de julio (Fernández Viagas), atina al afirmar que la igualdad encarnada en el principio de progresividad del impuesto sobre la renta “no puede



preocupación de las constituciones por el principio de igualdad ante la ley, históricamente bien explicable, no lo convierte directamente en idéntico al de justicia, como trato igual a los iguales y *desigual para los desiguales*, a menos que se fuerce el significado de aquel principio hasta convertirlo en un derecho no a la igualdad sino a la justicia o, para ser más preciso, a la igualdad o la desigualdad justas. Estrictamente entendido, y nos parezca bien o mal, el principio constitucional de igualdad obliga *sólo* a tratar igualmente lo igual y no a tratar *tanto* igualmente lo igual *como* desigualmente lo desigual. Es verdad que la aplicación del principio de igualdad así entendido puede dar lugar a aceptar el trato desigual para los desiguales, pero sólo de forma negativa, pasiva o refleja, como cuando un tribunal rehúsa reconocer el derecho a la igualdad ante la ley respecto de situaciones que no son iguales. Pero la asimetría entre el trato de lo igual y de lo desigual se ve clara cuando se trata de la aplicación positiva, activa o directa de aquel principio. En efecto, mientras la impugnación de una regla por violar la igualdad puede dar lugar por parte del tribunal tanto a su aceptación como a su rechazo, según su criterio de relevancia y razonabilidad, en cambio, cuando se impugna una regla que da un trato igual a una situación que debería ser tratada desigualmente, el tribunal no tiene en principio más opción que rechazar la impugnación por falta de referencia a tal tipo de casos en la cláusula de igualdad ante la ley.<sup>23</sup>

---

ser, a estos efectos, simplemente reconducida a los términos del artículo 14 de la Constitución: una cierta desigualdad cualitativa es indispensable para entender cumplido este principio. Precisamente, la que se realiza mediante la progresividad global del sistema tributario en que alienta la aspiración a la redistribución de la renta” (FJ 4); en consonancia con ello, también es pertinente la consideración de esta sentencia de que la promoción de la igualdad real del artículo 9.2, “en ocasiones, exige una política legislativa que no puede reducirse a la pura igualdad ante la ley” (FJ 10).

<sup>23</sup> Es verdad que la Corte Costituzionale italiana ha aplicado en alguno de estos casos lo que ha llamado “discriminación por indiferenciación” (así, la sentencia 218/1974 anuló una norma que preveía la misma sanción penal para el cazador sin seguro que para el que no llevaba el documento acreditativo durante la caza), pero en realidad esta figura es ininteligible si se refiere a la igualdad en vez de a la justicia, pues el principio que obliga a diferenciar para no producir una “discriminación”, en cuanto desigualdad injusta, no es el de igualdad, sino el de desigualdad justa. En tal sentido, me parece que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español ha interpretado más correctamente el artículo 14 de nuestra Constitución al negar que se pueda apoyar en él la pretensión de que lo desigual no sea tratado igualmente (STC 86/1985, del 10 de julio [Rubio], FJ 3; también SSTC; en similar sentido, 52/1987, del 7 de mayo [Leguina], FJ 3, 109/1988, del 8 de junio [Díez-Picazo], FJ 2, y 48/1989, del 21 de febrero [García-Mon], FJ 5).

La segunda observación pendiente se refiere a la tesis de que por razones conceptuales el término “desigual” nunca pueda cumplir una función laudatoria en enunciados descriptivos que presuponen una prescripción. En realidad, si “desigualdad” puede usarse con función prescriptiva favorable, como admite Westen, no se entiende bien por qué no es posible usar ese mismo término con el mismo valor positivo en una descripción que presuponga una prescripción favorable a la desigualdad. Es cierto que en el ejemplo de los viñadores resulta impropio o forzado, en efecto, que el dueño les replique que les trata desigual pero no injustamente en cumplimiento de los contratos celebrados, pero no porque no se pueda describir una situación como desigual presuponiendo su justicia, sino porque tales contratos parecen en realidad injustos por establecer una igualdad de salario por menor cantidad de trabajo. Por eso, es perfectamente posible proponer otros ejemplos que desmienten la tesis de Westen, pues, desde el punto de vista conceptual, tan significativo es afirmar laudatoriamente que en España hay en la práctica igualdad de derechos entre hombres y mujeres —como, por el contrario, censurar que de hecho son tratados desigualmente— cuanto aplaudir que en la venta de alcohol se considere desigualmente a los adultos y a los adolescentes, o, en fin, ironizar sobre las personas que tratan mejor a los animales que a los niños sobre el presupuesto de que debería ocurrir lo contrario. A fin de cuentas, considérense las siguientes afirmaciones: “a mí la justicia me dice así: ‘los hombres no son iguales’. ¡Y tampoco deben llegar a serlo! ¿Qué sería mi amor al superhombre si yo hablase de otro modo? Por mil puentes y veredas deben los hombres darse prisa a ir hacia el futuro, y débese implantar entre ellos cada vez más guerra y desigualdad” (Nietzsche, 1892: 153); pues bien, cuando Nietzsche escribió este texto pudo ser extravagante y, desde otros presupuestos ideológicos, expresar un despreciable y hasta repugnante distanciamiento supuestamente aristocrático, pero lo que no parece en absoluto es que estuviera empleando mal los conceptos.

### 3. DEL CONCEPTO A LAS CONCEPCIONES SOBRE LA IGUALDAD

Hasta aquí he intentado mostrar que el concepto de igualdad es único en contextos prácticos, pero sigue pendiente de comentario la cuestión de la conexión entre ese concepto y las distintas concepciones que lo especifican, esto es, la cuestión de si tal concepto tiene sólo un carácter formal. Si, como se propuso, entre concepto y concepciones de la igualdad existe

efectivamente una conexión, a modo de relación gradual, de mayor a menor abstracción, entonces a tal concepto no debería serle aplicable la afirmación de Hart, referida a la idea de justicia, de que la “nota uniforme o constante resumida en el precepto, ‘tratar los casos semejantes de la misma manera’”, es una “forma vacía”. Porque, en efecto, esta última calificación no es apropiada para dar cuenta de conceptos que se encuentran en una relación gradual, sino que parece presuponer una diferencia entre forma y contenido análoga a la que existe entre la matemática (o la lógica) y las ciencias empíricas, donde la primera es independiente de cualquier experiencia y camina, por así decirlo, por una vía paralela y, por tanto, nunca convergente, a la de las ciencias empíricas.

Aproximativamente, y por ilustrar este punto de vista, éste es también el sentido en el que se puede decir que el soneto es una forma poética, en cuanto constituye un esquema sometido a reglas fijas respecto al número de estrofas, versos y sílabas, pero rellenable de cualquier contenido, o que la sinfonía es una forma musical, en cuanto es una composición para distintos instrumentos con tres o cuatro movimientos, pero sin restricción alguna en el ritmo ni en la melodía. Y si el concepto de igualdad fuera, en efecto, una “forma vacía” en un sentido análogo a los anteriores parece que existiría un salto cualitativo entre el concepto de igualdad y sus concepciones que no permitiría hablar de relación gradual de abstracción-concreción entre uno y otras.

Sin embargo, hay un sentido diferente de “formal”, según el cual un determinado modelo puede ser formal sin ser vacío, en cuanto *forma abierta*, en la medida en que organice nuestras ideas en una determinada línea, excluyendo al menos ciertas derivaciones y, por tanto, comprometiendo otras. En ese significado de “formal” se presupone una diferencia entre forma y contenido análoga a la que existe entre la lingüística estructural, en cuanto teoría formal del lenguaje, y las gramáticas de los distintos idiomas, es decir, una diferencia que alude al fin y al cabo a la relación entre unos contenidos más abstractos y otros más concretos. Por seguir con las analogías literaria y musical, tal es el sentido en el que una elegía es, en sentido moderno, una forma poética de contenido restringido por su finalidad de lamentar la muerte de alguien o la destrucción de algo, o en el que la pavana es una forma musical limitada por su origen como danza pausada y grave.<sup>24</sup>

---

<sup>24</sup> Haciendo uso de este significado, Dworkin ha planteado sus dos modelos de interpretación del valor de la vida, el del impacto y el del desafío, como formales pero no vacíos: cfr. 1990: 159.

También es posible diferenciar los dos sentidos anteriores de la idea de “forma” mediante la distinción entre conceptos o relaciones *formales* propia o estrictamente dichos, que son vacíos en el sentido de rellenables de cualquier contenido, y conceptos o relaciones *abstractos*, que son abiertos, esto es, capaces de múltiples pero no indeterminados ni, todavía menos, infinitos contenidos. En realidad, tal distinción, trasunto de la distinción entre juicio analítico o tautológico y juicio sintético, según su verdad sea conceptualmente necesaria o no, viene a reproducir también la distinción entre la noción de identidad y la de igualdad: como ya se vio, la igualdad que tiene relevancia en materia político-moral, y tanto con funciones descriptivas como prescriptivas o valorativas, no se formula bajo el esquema “ $A = A$ ”, que establece una relación tautológica y representa la identidad, sino bajo el esquema “ $A = B$  (por  $R$ )”, donde, como ya se vio,  $R$  representa la relación de semejanza relevante, cuya verdad no es conceptualmente necesaria.

Bien mirado, detrás de esta discusión se encuentra la vieja disputa sobre la naturaleza del conocimiento moral,<sup>25</sup> como puede verse volviendo a las tesis de Rawls. Según Rawls, el concepto de justicia es el elemento común a quienes mantienen distintas concepciones en cuanto que “todavía pueden estar de acuerdo en que las instituciones son justas cuando no se hacen distinciones *arbitrarias* entre personas al asignar derechos y deberes básicos y cuando las reglas determinan un equilibrio *apropiado* [*proper balance*] entre las demandas en competencia sobre los beneficios de la vida social” (1971: 5-6).

Pues bien, la cuestión está en determinar si las ideas de “arbitrariedad” o de “adecuación” son nociones (o formas) vacías rellenables de cualquier contenido, o si, aun siendo nociones abiertas, de todos modos no son por completo vacías porque establecen o presuponen límites dentro de los cuales es posible afirmar que existen ciertas relaciones relevantes de igualdad (o de desigualdad) y que, por más que puedan estar en conflicto según diferentes concepciones, a la vez, señalan algún perímetro fuera del cual no es posible afirmarlo.

---

<sup>25</sup> No en vano el problema que sigue es una aplicación particular del viejo y más general problema de si ciertos principios morales últimos, como el “*Bonum faciendum, malum vitandum*” tomista o desde la regla de oro hasta el principio de universalizabilidad de Hare, pasando por el imperativo categórico kantiano, son meramente formales y, por tanto, rellenables de cualquier contenido o si excluyen algunos tipos de conducta, por limitados que puedan ser.

Un argumento que parece oponerse a la segunda opción de la anterior alternativa es que desde un punto de vista descriptivo, con tal de elevar el grado de abstracción conceptual, parece posible mantener que cualquier cosa imaginable es igual a otra *en algún aspecto*, como, a la inversa, mediante el procedimiento de concreción conceptual, es posible describirla como desigual en todos los restantes aspectos: así, dos entes bien diferentes —por ejemplo, un hombre y una piedra— tienen en común el ser entes físicos y son iguales en ello; incluso el ser y la nada, conceptos entre los más abstractos, son susceptibles de igualación mediante una abstracción ulterior, por la que, por ejemplo, se puede sostener relevantemente que ambos tienen en común el ser ideas inteligibles.<sup>26</sup> Como ha generalizado Amelia Valcárcel, “[l]a igualdad es el primer principio de orden. Y genera cualquier clasificación posible” (1995: 67). Sin embargo, que sea teóricamente posible mantener que cualquier cosa es igual (o desigual) a otra en algún aspecto no significa que sea pertinente sostenerlo en cualquier momento, con independencia de lo que resulte significativo y sensato considerar relevante.

La anterior limitación aplicable sin duda a cuestiones teóricas, también lo es en materia moral, como cuando se adopta un punto de vista valorativo o prescriptivo en expresiones que implican la idea de derechos y deberes y similares, como “los hombres y los animales merecen un igual trato frente al sufrimiento inútil”. En ese ámbito, tampoco es posible sostener cualquier relación valorativa o prescriptiva de igualdad (y, a la inversa, de desigualdad) sin límite alguno. Ahora bien, me parece que aquí se abren dos tipos diferentes de límites, uno que podría denominarse conceptual y otro contextual o pragmático, que no se relacionan con el concepto sino con las concepciones de la igualdad.

Si la idea de límite se entiende en un sentido conceptual, la discusión remite al problema de la fundamentación *racional* de los criterios morales,

---

<sup>26</sup> Ésta me parece una interpretación plausible de las sensatas afirmaciones con las que Sócrates, al comienzo del *Parménides* de Platón, disuelve las sofísticas paradojas parmenideanas sobre lo uno y lo múltiple: “Y las cosas que toman parte de la semejanza son semejantes por el hecho de tomar parte y en la medida misma en que toman parte, mientras que las que toman parte de la desemejanza son desemejantes, y las que toman parte de ambas son tanto semejantes como desemejantes [...] ¿qué tiene ello de sorprendente? [...] si se muestra que las cosas que participan de ambas, tanto de la semejanza como de la desemejanza, reciben ambas afecciones, eso, Zenón —al menos según yo creo—, no parece absurdo” (Platón, 1988: 129b [hago observar que para reproducir más fielmente el sentido asertórico de la idea de Sócrates, he preferido ser infiel a la dicción estricta del texto, que, por su carácter de diálogo, expresa la primera frase en una forma interrogativa con función retórica afirmativa]).

donde parece existir un límite, siquiera sea mínimo, que procede de lo que convencionalmente entendemos por moral, esto es, un conjunto de pautas apoyado en criterios últimos que han de ser categóricos en el sentido de que adoptan un punto de vista imparcial y excluyen nombres propios o descripciones definidas equivalentes, esto es, referencias personalizadas como las relativas al propio interesado, su familia, su grupo, etcétera, en cuanto tales.<sup>27</sup> En tal sentido, alguien que sostuviera que él, simplemente por ser él, es desigual a los demás y que por eso merece *moralmente* mayor respeto que ellos, simplemente estaría diciendo algo ininteligible, salvo que se interpretara que no sabe lo que es la moral, en cuyo caso maneja mal el lenguaje: en uno y otro caso manifestaría algún tipo de irracionalidad o error conceptual. Lo que ocurre es que, bajo este punto de vista, pueden cumplir el imperativo de racionalidad muchas exigencias distintas y —para distintos sujetos al menos— contradictorias. Así, Amartya Sen ha sostenido que cualquier teoría moral es igualitaria en algún aspecto, sea la felicidad, los intereses, las oportunidades, etcétera, pues, dice, “la plausibilidad ética es difícil de alcanzar a menos que se les conceda a todos igual consideración en algún espacio importante en la teoría de que se trate” (1992: 3).

Más todavía, el abanico de posibilidades es todavía mayor de lo que señala Sen en la medida en que la variabilidad de hecho de las posiciones ético-políticas procede no sólo del espacio u objeto de la igualdad, sino también del universo de los “todos” a los que se ofrece igual consideración, que no es necesariamente el conjunto de los seres humanos, sino que puede ser, según la teoría moral y el contexto cultural, también el de las generaciones futuras o el de los animales capaces de sufrimiento o sólo el de los ciudadanos, o el de los adultos, o el de los varones, o el de los que no han delinquido, etcétera.

En el marco conceptual anterior, esto es, siempre que estemos hablando del lenguaje moral, un segundo tipo de límite permite reducir el anterior abanico de posibilidades. Este límite, de carácter contextual y cultural, viene dado por el carácter de “relevantes” de los criterios de comparación,

---

<sup>27</sup> Conforme a ello, cabe observar la diferencia entre el enunciado “Mi patria, España (o Alemania, etcétera) tiene derecho a expandirse conforme a su voluntad”, que es ajeno a toda universalización e imparcialidad y no puede pretender siquiera hablar el lenguaje moral, y el enunciado “Mi patria, como la de cualquier otra persona en el mundo, tiene derecho a expandirse conforme a su voluntad”, que al tender a justificar la victoria del más fuerte, propone un criterio muy discutible moralmente por su contenido, pero sin que le falte el requisito previo de universalizabilidad e imparcialidad por el que se caracteriza al lenguaje moral.

es decir, en último término, por lo que culturalmente se considera valorativamente plausible, esto es, sensato o aceptable. Aquí salimos del campo de la *racionalidad*, cuyo límite es la significatividad de lo que decimos por razones conceptuales, sino en el de la *razonabilidad*, cuyo contraste depende del tiempo y el lugar, en definitiva, de las creencias fácticas y de las convenciones culturales asumidas que dan contenido a las formas de la moralidad y, en este caso, a la forma conceptual de la igualdad.<sup>28</sup> Esto, sin embargo, no hace más que confirmar que el concepto de igualdad, sin ser vacío, es más bien abstracto, puesto que su contenido general y común, antes de ser culturalmente concretado mediante estas o aquellas concepciones, resulta más bien magro.

Si las anteriores consideraciones son acertadas, cabe concluir que tenía razón Fitzjames Stephen cuando dijo que “igualdad es una palabra tan amplia y vaga que por sí sola carece *casi* de significado”.<sup>29</sup> Pero hay que insistir en el “casi” para concluir que, por magro que sea su contenido, la idea de igualdad no es tautológica ni, por tanto, vacía. Así como el criterio de justicia del trato igual a los iguales no dice: “Puedes tratar a todos como quieras con tal de que establezcas previamente el criterio que te parezca

---

<sup>28</sup> En el citado artículo “Relevance”, Hare intenta aplicar el criterio de racionalidad a las diferencias raciales, para sostener que el color de la piel no puede ser relevante moralmente para diferenciar entre las personas si la moral consiste en preceptos universalizables (cfr. 1978: 196-211). Sin embargo, en ese escrito Hare sólo impugna la inconsistencia lógica de afirmar la desigualdad racial, bien mediante una universalización insincera —como en el caso del blanco que dice que estaría dispuesto a ser maltratado si se cumpliera la imposible condición fáctica de que fuera negro (argumento sobre el que, por cierto, Hare no alega en ningún momento una forma de universalización del criterio obvia, como es la que el blanco no puede estar dispuesto a ser maltratado por ser blanco en una comunidad de no blancos)—, bien mediante la restricción de la universalización a situaciones reales, excluyendo las meramente posibles desde un punto de vista lógico. La argumentación de Hare, sin embargo, sólo resulta persuasiva si se refiere a una forma de racismo extrema y quizá poco extendida, como es la de quien afirmara la desigualdad entre blancos y negros simplemente porque los negros son negros, pero no para las variopintas “razones” que los racistas siempre han tendido a presuponer tras su posición, como pretendidas diferencias en inteligencia, en sentimientos, en cultura, etcétera, que, a mi modo de ver, más que un defecto conceptual o de *racionalidad*, presentan un defecto de *razonabilidad*, al alegar criterios inverosímiles, o incluso empíricamente refutables, dados nuestros conocimientos y creencias actuales. Por lo demás, si durante largos periodos de la historia la gente ha tratado el color de la piel como moralmente relevante, según el propio Hare reconoce de manera puramente ocasional (1978: 196), de su argumentación se derivaría la algo extravagante conclusión de que durante buena parte de la historia mucha gente ha sido irracional por no universalizar adecuadamente o por considerar moral algo que no corresponde a tal concepto.

<sup>29</sup> *Liberty, Equality and Fraternity* [1873], cit. por Bedau, 1967: 4 (las cursivas son mías).

relevante”, sino, por el contrario: “Supuesto el criterio de lo que consideras relevante, entonces debes tratar igualmente (o desigualmente) a los correspondientes casos o personas”, *mutatis mutandis* algo semejante es aplicable al concepto de igualdad, que no dice: “Dos o más términos son (o deben ser) iguales (o desiguales) según el criterio de relevancia que arbitrariamente te parezca”, sino, por el contrario: “Dado tal criterio de relevancia, estos dos o más términos son (o deben ser) iguales (o desiguales)”.<sup>30</sup> Por lo demás, como he intentado mostrar, tal criterio de relevancia tiene una parte conceptual, que procede de la universalizabilidad que excluye los nombres propios y las descripciones definidas, y otra contextual, que depende de las variables concepciones culturalmente desarrolladas sobre la igualdad.

## BIBLIOGRAFÍA

- Amorós, Celia. 1987: “Espacio de los iguales, espacio de las idénticas. Notas sobre poder y principio de individuación”, en *Arbor*, núms. 503-504, CXXVIII, noviembre-diciembre, pp. 113-127.
- Aristóteles. 1983: *Política*, ed. bilingüe de Julián Marías y María Araujo. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- . 1985: *Ética a Nicómaco*, ed. bilingüe de María Araujo y Julián Marías. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Atienza, Manuel y Juan Ruiz Manero. 1996: *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona, Ariel.
- Bedau, Hugo Adam. 1967: “Egalitarianism and the Idea of Equality”, en J. Roland Pennock y John W. Chapman, comps., *Equality* (Nomos, IX). Nueva York, Atherton Press, pp. 3-27.
- Carrió, Genaro. 1970: *Principios jurídicos y positivismo jurídico*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- Deaño, Alfredo. 1975: *Introducción a la lógica formal*, t. 2, *La lógica de predicados*. Madrid, Alianza.
- Dworkin, Ronald. 1978: *Taking Rights Seriously*, 2a. ed. revisada y ampliada. Oxford, Clarendon Press, 371 pp. (1a. ed. 1977); hay t. c. de la

---

<sup>30</sup> El presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación PB97-1434, del Programa Sectorial de Promoción General del Conocimiento, convocado por la Secretaría de Estado Universidades, Investigación y Desarrollo.



- 2a. ed., de Marta Gustavino, *Los derechos en serio*, con un prólogo (“Ensayo sobre Dworkin”) de Albert Calsamiglia. Barcelona, Ariel, 1984.
- . 1981a: “What Is Equality? Part 1: Equality of Welfare”, en *Philosophy and Public Affairs*, 10, núm. 3, pp. 185-246.
- . 1981b: “What Is Equality? Part 2: Equality of Resources”, en *Philosophy and Public Affairs*, 10, núm. 4, pp. 283-345.
- . 1986: *Law’s Empire*. Londres, Fontana Press, 470 pp.; t. c., absolutamente inutilizable, *El imperio de la justicia*. Barcelona, Gedisa, 1988.
- . 1990: *Foundations of Liberal Equality*. Salt Lake City, University of Utah Press, t. c. de Antoni Domènech, por donde se cita, introducción de Fernando Vallespín, *Ética privada e igualitarismo político*. Barcelona-Buenos Aires-México, Paidós-I. C. E. de la Universidad Autónoma de Barcelona, 1993.
- . 1996: *Freedom’s Law. The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press.
- Gallie, W. B. 1956: “Essentially Contested Concepts”, en *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 59, 1955-1956, pp. 167-198.
- Hare, Richard M. 1978: “Relevance”, en A. I. Goldman y J. Kim, comps., *Values and Morals*. Dordrecht, Reidel; también, por donde se cita, en *Essays in Ethical Theory*. Oxford, Clarendon Press, 1989, pp. 191-211.
- Hart, Herbert L. A. 1955: “Are There Any Natural Rights?”, *Philosophical Review*, LXIV, pp. 175-191; hay t. c. de G. R. Carrió, en *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*. Buenos Aires, Depalma, 1962, pp. 65-91, y de E. L. Suárez, en Anthony Quinton, comp., *Filosofía política*. México-Madrid-Buenos Aires, FCE, 1974, pp. 84-105.
- . 1961: *The Concept of Law*. Oxford, Clarendon Press (2a. ed., con un “Postscript” editado por Penelope A. Bulloch y Joseph Raz, 1994); t. c. de Genaro R. Carrió, 2a. ed. México, Editora Nacional, 1980.
- Heidegger, Martin. 1957: *Identität und differenz*; ed. bilingüe de Arturo Leyte, t. c. de H. Cortés y A. Leyte, *Identidad y diferencia. Identität und differenz*. Barcelona, Anthropos, 1988.
- Kelsen, Hans. 1953: *Was is Gerechtigkeit?* Viena, F. Deuticke; se cita por la t. c. “¿Qué es justicia?”, en *¿Qué es justicia?*, comp. y trad. de Albert Calsamiglia. Barcelona, Ariel, 1982, pp. 34-63.

- Keyt, David. 1990: "Aristotle's Theory of Distributive Justice", en David Keyt y Fred D. Miller, Jr., *A Companion to Aristotle's "Politics"*. Oxford y Cambridge, Massachusetts, Blackwell.
- Kymlicka, Will. 1990: *Contemporary Political Philosophy. An Introduction*. Oxford, Clarendon Press, 321 pp; t. c. de Roberto Gargarella, *Filosofía política contemporánea. Una introducción*. Barcelona, Ariel, 1995.
- Laporta, Francisco J. 1985: "El principio de igualdad: Introducción a su análisis", en *Sistema*, núm. 67, julio, pp. 3-31.
- MacCormick, Neil. 1981: *H. L. A. Hart*. Londres, Edward Arnold.
- Nietzsche, Friedrich. 1888: *Götzen-Dammerung oder wie man mit dem Hammer Philosophirt*, t. c. con introducción y notas de A. Sánchez Pascual, *Crepúsculo de los ídolos o Cómo se filosofa a martillazos*. Madrid, Alianza, 1973.
- . 1892: *Also sprach Zarathustra. Ein Bur für Alle und Keinen*; t. c. con introducción y notas de A. Sánchez Pascual, *Así habló Zaratustra. Un libro para todos y para nadie*. Madrid, Alianza, 1972.
- Páramo, Juan-Ramón de. 1984: *H. L. A. Hart y la teoría analítica del derecho*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Pérez Luño, Antonio-Enrique. 1987, "Concepto y concepción de los derechos humanos (Acotaciones a la ponencia de Francisco Laporta)", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 4, pp. 47-66.
- Platón. 1988: *Parménides*, t. c. de María-Isabel Santa Cruz, *Diálogos*, vol. 5. Madrid, Gredos.
- Prieto Sanchís, Luis. 1990: *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid, Debate.
- . 1992: *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Quine, W. V. 1972: *Methods of Logic*, 3a. ed., Holt, Rinehart and Winston (1a. ed., 1950); t. c. de J. J. Acero y N. Guasch, *Los métodos de la lógica*, 3a. ed. Barcelona, Planeta-Agostini, 1986.
- Rae, Douglas *et al.* 1981: *Equalities*. Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press.
- Rawls, John. 1958: "Justice as Fairness", en *The Philosophical Review*, LXVII, pp. 164-94; se cita por la t. c. "Justicia como equidad", en Rawls 1986, cap. 2.
- . 1971: *A Theory of Justice*. Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press; se cita sólo por la ed. original, pues no es fiable la t. c.,

- Teoría de la justicia*. México-Madrid-Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1979.
- Reyes Mate, Manuel, comp. 1995: *Pensar la igualdad y la diferencia (Una reflexión filosófica)*. Madrid, Fundación Argentaria-Visor Distribuciones.
- Rubio Llorente, Francisco. 1991: “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 31, enero-abril, pp. 9-36; ahora, por donde se cita, en *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 637-664.
- Ruiz Miguel, Alfonso. 1994: “La igualdad como diferenciación”, en AA. VV., *Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*. Madrid, Escuela Libre Editorial, pp. 283-295.
- . 1996: “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 19, 1996, pp. 39-86 (reeditado en Luis García San Miguel, comp., *El principio de igualdad*, Dykinson, 2000, pp. 155-199).
- . 1998: “La justicia como igualdad”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 2 (“La justicia en el derecho privado y en el derecho público”), pp. 131-144.
- Russell, Bertrand. 1949: *Authority and the Individual*. Londres, George Allen and Unwin; t. c. de M. Villegas. México, Fondo de Cultura Económica, 1949.
- Sen, Amartya. 1992: *Inequality Reexamined*. New York-Oxford, Russell Sage Foundation-Clarendon Press.
- Valcárcel, Amelia. 1995: “Las raíces del principio igualdad”, en Reyes Mate, 1995, pp. 65-75.
- Wasserstrom, Richard. 1977: “Racism, Sexism and Preferential Treatment: an Approach to the Topics”, en *U. C. L. A. Law Review*, vol. 24, pp. 581-621.
- Westen, Peter. 1981: “The Empty Idea of Equality”, en *Harvard Law Review*, vol. 95, núm. 3, enero, pp. 537-596.
- . 1990: *Speaking of Equality. An Analysis of the Rhetorical Force of “Equality” in Moral and Legal Discourse*. Princeton, Princeton University Press.



# HACIA UNA RECONSTRUCCIÓN DE LA IGUALDAD CONSTITUCIONAL

*Michel Rosenfeld\**

## I. CENTRALIDAD Y EVASIVIDAD DE LA IGUALDAD CONSTITUCIONAL

La idea de igualdad constitucional es central, aunque evasiva. Es central porque es la principal piedra angular del constitucionalismo moderno.<sup>1</sup> Además, la igualdad es potencialmente el más extenso de los derechos constitucionales. De acuerdo con el requisito de la igualdad formal —aquellos que están situados similarmente deben ser tratados de forma similar—<sup>2</sup> cualquier ley puede cuestionarse sobre los fundamentos de igualdad constitucional —tanto por fallar en tratar a todos aquellos similarmente situados de forma similar, como por tratar similarmente a algunos que no están situados de forma similar. Además, las cuestiones de igualdad también penetran en otros derechos constitucionales fundamentales, como el derecho de libertad de expresión,<sup>3</sup> el derecho de libre ejercicio de la religión,<sup>4</sup> y el derecho de aborto.<sup>5</sup>

---

\* Profesor de Derecho en la Escuela de Derecho Benjamin N. Cardozo de la Universidad de Yeshiva; Director de la Nueva Escuela Cardozo del Proyecto en Constitucionalismo. Traducción de Javier Dorado Porras.

<sup>1</sup> Véase Michel Rosenfeld, “Modern Constitutionalism as Interplay Between Identity and Diversity”, en M. Rosenfeld, ed., *Constitutionalism Identity, Difference and Legitimacy: Theoretical Perspectives*. Durham [1994], pp. 3, 8.

<sup>2</sup> Véase M. Rosenfeld, *Affirmative Action and Justice: A Philosophical and Constitutional Inquiry*. New Haven-Londres, 1991, p. 14: *Trimble vs. Gordon*, 430 U. S. 762, 780 (1977) (voto disidente del juez Rehnquist) (el principio general de la cláusula de igual protección de la Enmienda Decimocuarta es que “las personas similarmente situadas deberían ser tratadas de forma similar”).

<sup>3</sup> Véase, por ejemplo, Kenneth L. Karst, “Equality as a Central Principle in the First Amendment”, en *University of Chicago Law Review*, núm. 43, 1975, p. 20.

<sup>4</sup> Véase Christopher L. Eisgruber y Lawrence G. Sager, “The Vulnerability of Conscience: The Constitutional Basis for Protecting Religious Conduct”, en *University of Chicago Law Review*, núm. 61, 1994, p. 1245.

<sup>5</sup> Véase Ruth Bader Ginsburg, “Some Thoughts on Autonomy and Equality in Relation to *Roe vs. Wade*”, en *North Carolina Law Review*, núm. 63, 1985, p. 375; también véase K. L.

A pesar de su virtual omnipresencia la igualdad constitucional es singularmente evasiva. Es difícil precisar el concepto debido a las disputas en relación a su objeto relevante —quién va a ser igual respecto a quién— y su ámbito adecuado —qué cosas se van a distribuir igualmente.<sup>6</sup> Por ejemplo, ¿el objeto propio de la igualdad constitucional es el individuo o el grupo? ¿debería limitarse a los ciudadanos o incluir a los extranjeros? Por otro lado ¿debería limitarse el ámbito propio de la igualdad constitucional a los derechos formales? ¿o debería extenderse a todos los productos de la cooperación social? ¿o a algunos de ellos pero no a todos? Además de esto, y quizá incluso más importante, está la dificultad de conseguir una guía de la igualdad constitucional debido a lo difícil que es conseguirla, dado que no es fácil integrar, con éxito, diferentes niveles de abstracción,<sup>7</sup> y para circunscribir, también con éxito, el marco adecuado de referencia.<sup>8</sup> De hecho, las frustraciones provenientes de los intentos de precisar la igualdad pueden llegar a ser tan grandes como para promover la creencia de que la igualdad es finalmente un concepto vacío.<sup>9</sup>

---

Karst, “Foreword: Equal Citizenship Under the Fourteenth Amendment”, en *Harvard Law Review*, núm 91, 1977, pp. 157-159.

<sup>6</sup> Para una discusión más extensa del objeto y ámbito de la igualdad, véase M. Rosenfeld, *Affirmative Action and Justice...*, pp. 15-19.

<sup>7</sup> Por ejemplo, mientras que existe un amplio consenso en Estados Unidos respecto de la igualdad constitucional en los más altos niveles de abstracción, véase M. Rosenfeld, “Metro Broadcasting Inc. vs. FCC: Affirmative Action at the Crossroads of Constitutional Liberty and Equality”, en *UCLA Law Review*, núm. 38, 1991, pp. 583-588. (La igual protección requiere apoyar el igual valor, dignidad y respeto de todos los individuos, sin consideraciones de raza u origen (étnico), la contenciosidad encarnizada a menudo frustra la consideración de la igualdad constitucional en los niveles más bajos de abstracción, como claramente ha ilustrado la casi igualmente dividida jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre “affirmative action”. Véase M. Rosenfeld, *Affirmative Action and Justice...*, pp. 163-215).

<sup>8</sup> El “marco de referencia” de una pretensión de igualdad incluye, entre otras cosas, la porción de tiempo histórico contra la que se debe establecer, un punto de arranque que haga posible medir las igualdades y desigualdades, y el *locus* en el espacio sociopolítico en relación con el cual han de llevarse a cabo las comparaciones que inevitablemente salen a la luz en toda pretensión de igualdad. Para un buen ejemplo de un profundo desacuerdo sobre la igualdad constitucional, basado, en gran parte, en puntos de vista enormemente divergentes sobre el marco apropiado de referencia, compárese la opinión mayoritaria del juez O’Connor con el voto disidente del juez Marshall en *City of Richmond vs. J. A. Cronson Co.* 488 U. S. 469 (1989). Para un análisis extenso de estas dos diferentes opiniones, véase M. Rosenfeld, “Decoding Richmond: Affirmative Action and the Elusive Meaning of Constitutional Equality”, en *Michigan Law Review*, núm. 87, 1989, p. 1729.

<sup>9</sup> Véase Peter Westen, “The Empty Idea of Equality”, en *Harvard Law Review*, núm. 95, 1982, p. 537.

En este ensayo defiendo la tesis de que la igualdad constitucional es genuinamente central en su propio ámbito, pero que la reconstrucción es necesaria para entender de forma adecuada su evasividad y revelar su lugar dentro del entramado institucional delimitado por el constitucionalismo. Se predica la confianza en la reconstrucción sobre la percepción de que la igualdad constitucional se desarrolla en un proceso dinámico circunscrito por ciertos límites estructurales necesarios y por ciertas variables culturales e históricas de carácter contingente. La resolución de las pretensiones de igualdad constitucional sólo puede entenderse adecuadamente —y por tanto justificarse o criticarse legítimamente— si se encuadra en la lucha dialéctica sobre la naturaleza y alcance de la igualdad constitucional. Esta lucha es, sobre todo, una lucha sobre identidad y diferencia, es decir, una lucha sobre los casos en los que las personas deberían ser consideradas como iguales, y los casos en que pueden ser consideradas como no iguales, a efecto de la igualdad constitucional.

De forma ideal, la igualdad constitucional debería responder a todas las identidades y diferencias *relevantes*. Pero en cualquier sociedad pluralista con concepciones diferentes del bien no es concebible un consenso sobre la relevancia de todas las identidades y diferencias imaginables. Además, ya que el constitucionalismo está necesariamente ligado al pluralismo,<sup>10</sup> hablando estrictamente, la igualdad constitucional es sólo un ideal. Lo que ordinariamente se incluye bajo la rúbrica de la igualdad constitucional, por tanto, son ciertas prohibiciones contra la desigualdad, o más precisamente contra *algunas desigualdades*. De acuerdo con esto, la tarea de la reconstrucción es ligar las prohibiciones particulares de ciertas desigualdades al necesario (de perseguir) pero imposible (de alcanzar) ideal de la igualdad constitucional. De hecho, es en los espacios que se descubren en la realización de tales ligazones, donde la identidad y la diferencia, la inclusión y la exclusión, la relación entre diferentes niveles de abstracción, la relevancia de marcos de referencia particulares, y la interacción entre la igualdad formal y la sustantiva adquieren una visión lo suficientemente pronunciada para permitir una convincente apreciación crítica.

La visión de la igualdad constitucional en términos de prohibiciones contra ciertas desigualdades se muestra conforme con la práctica constitu-

---

<sup>10</sup> Véase M. Rosenfeld, book review, 11, *Constitutional Commentary* (1994) 432, 435-439 [recensionando a Gary J. Jacobson, *Apple of Gold: Constitutionalism in Israel and the United States*, Princeton (1993)].

cional usual en Estados Unidos y en otras democracias constitucionales.<sup>11</sup> Sin embargo, cuando la práctica constitucional normal llega hasta el punto de enfatizar el proceso en detrimento de la sustancia, pasa a ser inadecuada y se presta a una fácil manipulación.<sup>12</sup> El ligar la práctica constitucional al ideal de la igualdad a través de la reconstrucción supone una integración más satisfactoria de la sustancia y el proceso. Además, la reconstrucción, tal y como se concibe en este ensayo, va de la mano de un punto de vista perfeccionista de la igualdad constitucional, de acuerdo con el cual, aunque la plena igualdad es imposible de alcanzar, siempre es posible una mayor o más deseable igualdad. La reconstrucción puede hacer la igualdad constitucional más inteligible, proporcionarnos una guía mejor sobre la dirección de su evolución, y otorgarnos un test contrafáctico útil y apropiado para una defensa significativa del *statu quo* o para su crítica efectiva.<sup>13</sup>

La reconstrucción, como aquí se entiende, supone emparejar ciertas variables a ciertos puntos fijos o etapas dentro de una secuencia definida. Ambos, los puntos y las secuencias, son, además, al menos en parte, contrafácticos, y permiten la integración de prácticas reales dentro de un entramado normativo relevante. De acuerdo con esto, la parte II describe brevemente algunas de las constantes más importantes contra las que deben fijarse las variables para los propósitos de justificación o crítica. La parte III examina las variables clave en el contexto de la igualdad constitucional, en términos de la relación crucial entre identidad y diferencia, y entre inclusión y exclusión. La parte IV explora el nexo entre el pluralismo comprensivo, que suministra el apuntalamiento normativo al ideal del constitucionalismo, y a la igualdad constitucional. Finalmente, la parte V esboza algunas de las principales consecuencias del precedente análisis para la igualdad constitucional.

---

<sup>11</sup> En Estados Unidos esto se consigue a través del uso de un escrutinio más estricto en los casos de ciertas desigualdades, como las basadas en la raza, véase, por ejemplo, *Korematsu vs. United States*, 323 U. S. 214 (1944), o en el sexo, véase, por ejemplo, *Craig vs. Boren*, 429 U. S. 190 (1976). Para Francia véase John Bell, *French Constitutional Law*. Oxford (1992). Para Alemania véase Thomas Würtenberger, "Equality", en Ulrich Karpen, ed., *The Constitution of the Federal Republic of Germany*. Baden-Baden (1988), 67-90.

<sup>12</sup> Véase M. Rosenfeld, *Affirmative Action and Justice...*, pp. 145-155.

<sup>13</sup> Véase M. Rosenfeld, "Law as Discourse; Bridging the Gap Between Democracy and Rights", en *Harvard Law Review*, núm. 108, 1995, pp. 1163, 1165-1166 (book review).



## II. EL ENTRAMADO DE LA RECONSTRUCCIÓN: ESTABLECIENDO IDEALES NORMATIVOS DE CARA A LA DIALÉCTICA DE LA IGUALDAD

La lucha por la igualdad, para la que debe fijarse la igualdad constitucional, está fundamentada históricamente en el rechazo de los privilegios de nacimiento y “estatus” característicos de las sociedades jerárquicas feudales. Esta lucha, además, se despliega en un proceso dialéctico que consta de tres diferentes etapas que marcan una progresión lógica<sup>14</sup> de la desigualdad al ideal de la igualdad constitucional. En la primera etapa de esta dialéctica la diferencia tiene como correlato la desigualdad —es decir, aquellos que se son caracterizados como diferentes se les trata legítimamente como inferiores o superiores dependiendo de su posición en la jerarquía. En la segunda etapa, la identidad tiene como correlato la igualdad de forma que todo el mundo tiene derecho a ser tratado igual en tanto en cuanto reúna ciertos criterios adoptados como criterios de identidad. Finalmente, en la tercera etapa, la diferencia tiene como correlato la igualdad, ya que cualquier persona será tratada en proporción a sus necesidades y aspiraciones.

Para ilustrar brevemente la dialéctica de estas tres etapas, consideremos la relación entre hombres y mujeres. En la etapa uno las diferencias —ya sean reales o artificiales—<sup>15</sup> entre hombres y mujeres, proporcionan argumentos para tratar a las mujeres como inferiores. En la etapa dos las mujeres demandan igualdad resaltando las identidades entre los sexos y quitando importancia a las diferencias. Incluso, debido a que esas demandas tienen lugar en una situación dominada por hombres, la identidad que las mujeres deben acoger en su búsqueda de la igualdad es una identidad orientada hacia el varón. Por ejemplo, para que una mujer trabajadora consiga la igualdad en su lugar de trabajo, tendría que adaptarse a un ambiente diseñado por hombres, y renunciar a tener hijos y a educarlos para tener las mismas oportunidades de promoción que los hombres. Por el contrario, en la etapa tres, las mujeres perseguirían la igualdad de una forma que tuviera en cuenta las diferencias entre los sexos sin perjudicar a las mujeres. Por ejemplo, las mujeres demandarían las mismas perspectivas profesionales

---

<sup>14</sup> Esta progresión lógica no necesita corresponderse con una progresión histórica, ya que, al igual que la dialéctica en cuestión, opera al nivel de los tests contrafácticos.

<sup>15</sup> Para una discusión del papel de las diferencias establecidas en el contexto de la igualdad constitucional, véase parte III, *infra*.

que los hombres, pero con permisos especiales para dar a luz y cuidar de sus hijos. Por el mismo motivo, en la tercera etapa, el derecho de una mujer a abortar se encuadraría dentro de su derecho a la igualdad, que le daría un derecho sobre su cuerpo que sería equivalente al que un hombre tiene sobre el suyo.<sup>16</sup>

La transición entre las etapas uno y dos requiere un cambio de enfoque desde las diferencias a las identidades. Ese cambio, en suma, necesita de un movimiento hacia una mayor abstracción. Por ejemplo, una mujer que quiera sostener la pretensión de que ella es, para los propósitos relevantes, idéntica a los hombres, tendrá que elaborar una identidad más abstracta entre los seres humanos, disimulando esas diferencias que dan forma a la identidad por sexos. Así, para conseguir la igualdad de la segunda etapa, como identidad, una mujer tendría que reprimir ciertas tendencias femeninas que serían consideradas como obstáculos para acceder al mundo de los hombres.

En la tercera etapa, la búsqueda de la igualdad como diferencia supone no tanto el retorno a diferencias concretas,<sup>17</sup> como una reconciliación entre estas últimas y las identidades abstractas de la segunda etapa a través de una adecuada integración de diferentes niveles de abstracción. De esta forma, por ejemplo, el razonamiento de la tercera etapa sería algo así como el siguiente: los hombres y las mujeres son iguales como seres humanos, pero hasta cierto punto tienen ciertas necesidades y aspiraciones diferentes. De acuerdo con esto, para reconciliar la igualdad abstracta y las diferencias concretas, los hombres y las mujeres deberían ser tratados de igual forma en proporción a sus diferentes necesidades y aspiraciones. Como veremos más abajo, la igualdad como diferencia de la tercera etapa es un ideal al que podemos aproximarnos, pero que nunca puede alcanzarse. Y además, la transición de la igualdad de la segunda etapa a la de la tercera se encuentra amenazada por el peligro de que al volver a centrarnos en las diferencias uno corre el riesgo de provocar una regresión a la correlación

---

<sup>16</sup> Véase R. Bader Ginsburg, "Some Thoughts on Autonomy and Equality in Relation to *Roe vs. Wade*", en *North Carolina Law Review*, núm. 63, 1985, p. 375; véase también K. L. Karst, "Foreword: Equal Citizenship Under the Fourteenth Amendment", en *Harvard Law Review*, núm. 91, 1977, pp. 157-159.

<sup>17</sup> Como se discute en la parte III, las diferencias, al igual que las identidades, se establecen artificialmente, más que tratarse de diferencias meramente dadas. Así, hablando estrictamente, las "diferencias concretas" son artificios particulares, diferentes de las identidades de la segunda etapa, que son artificios más generalizados.

entre diferencia y desigualdad de la primera etapa. Debido a esto, la búsqueda de una mayor igualdad constitucional debe tener presente el riesgo de regresión e idear medidas tendentes a evitarlo.

La dialéctica de tres etapas de la igualdad es aplicable en todo caso, sin importar si uno considera al individuo o al grupo como el sujeto propio de la igualdad constitucional. Puede que esto no sea aparente inmediatamente, ya que muchas pretensiones de igualdad referentes a individuos se expresan de la siguiente forma: “a pesar de pertenecer a dos grupos diferentes definidos respectivamente por características esenciales diferentes, los individuos deberían ser considerados similares los unos a los otros *qua* individuos”. Pero si reflexionamos, debería ser aparente que la igualdad relativa al grupo está basada en un proceso análogo de abstracción. Así, dos diferentes grupos lingüísticos o religiosos deberían ser considerados similares en tanto que ambos son grupos lingüísticos o religiosos. Además, hasta cierto punto, las pretensiones relativas a grupos pueden recharacterizarse como pretensiones relativas a individuos, y viceversa. Por ejemplo, la demanda de libertad de culto de un determinado grupo religioso, de acuerdo con los preceptos de su religión, puede satisfacerse igualmente a través de un derecho colectivo o a través de un derecho individual de libertad de asociación y libertad de culto. Algunas otras pretensiones, como la de educación pública gratuita en la lengua nativa de uno, pueden ser intercambiables desde un punto de vista teórico, pero no práctico. Desde un punto de vista teórico, el derecho de todo niño a ser educado en su lengua nativa es equivalente al derecho de cada grupo lingüístico a educar a sus miembros en la lengua del grupo. Sin embargo, desde un punto de vista práctico, puede preferirse el derecho del grupo en tanto que puede ser impracticable o irrazonable proporcionar educación pública en lenguas que se hablan por minorías lingüísticas muy pequeñas y ampliamente diseminadas. En otros casos, aunque puede haber ciertas implicaciones referentes al grupo, ciertos derechos, como los derechos del acusado a una representación legal y a no declarar contra sí mismo, es mejor considerarlos exclusivamente como relativos al individuo. Por el contrario, ciertos derechos, como la pretensión de un grupo étnico de ayuda estatal para preservar su patrimonio histórico, es mejor considerarlos exclusivamente como relativos al grupo.

Ya que el individuo no es inherentemente antagónico al grupo, y que el bienestar del individuo depende, en gran parte, de afiliaciones grupales, el conflicto entre la igualdad referente al individuo y la relativa al grupo puede confinarse en dos situaciones principales. En la primera de ellas, el

conflicto es práctico más que teórico. Por ejemplo, puede haber sociedades donde se proporcionan iguales derechos a diferentes grupos religiosos, pero los individuos que no pertenecen a ninguno de estos grupos no tienen ninguna protección individual contra la discriminación. Esta situación, sin embargo, puede remediarse fácilmente uniendo derechos individuales de libertad de culto y de conciencia a los ya existentes derechos colectivos.

La segunda situación, por el contrario, hace surgir un serio conflicto teórico, al igual que práctico. Éste tiene lugar cuando una demanda relativa al individuo y una demanda relativa al grupo no pueden ser recharacterizadas ni conjuntamente satisfechas. El caso prototípico donde la satisfacción de una pretensión supone *ipso facto* la frustración de la otra es aquel del miembro individual de un grupo que afirma un derecho a rechazar una obligación hacia el grupo, que el grupo puede genuinamente afirmar que sería destructiva para su supervivencia. En este caso, la reivindicación de la igualdad constitucional requiere una elección entre la igualdad relativa al individuo y la referente al grupo. Como veremos más abajo, en la parte V, la reconstrucción puede arrojar luz sobre cuál debería ser esa elección, dependiendo de las circunstancias.

Lo que conecta la igualdad constitucional a la dialéctica de la igualdad es el ideal normativo que permanece detrás del constitucionalismo. Entendido ampliamente, el constitucionalismo requiere limitaciones al poder del gobierno, adherencia al Estado de Derecho, y protección de derechos fundamentales.<sup>18</sup> El constitucionalismo, además, debe distinguirse de las constituciones reales, que pueden desviarse de varias formas de sus preceptos. Así, por ejemplo, la Constitución de los Estados Unidos de 1787, que no eliminaba la esclavitud,<sup>19</sup> se quedó corta en el cumplimiento de los requisitos básicos del constitucionalismo.<sup>20</sup> En general, el constitucionalismo proporciona un test contrafáctico para la consideración crítica de las constituciones reales y las doctrinas y prácticas asociadas con ellas.

Hay una necesaria ligazón entre el constitucionalismo moderno y el pluralismo. En una sociedad completamente homogénea, con un único objetivo colectivo y sin una concepción de los individuos como titulares

---

<sup>18</sup> Véase M. Rosenfeld, “Modern Constitutionalism as Interplay Between Identity and Diversity”, en M. Rosenfeld, ed., *Constitutionalism Identity...*

<sup>19</sup> Véase U. S. Constitution, artículo I, §§ 2. 9.

<sup>20</sup> Véase David Richards, “Revolution and Constitutionalism in America”, en M. Rosenfeld, ed., *Constitutionalism Identity...*, pp. 85-142.

de algunos derechos o intereses separados de los de la sociedad como un todo, el constitucionalismo sería superfluo.<sup>21</sup> Además, en una sociedad empeñada en la insoluble unidad del todo, no habría sitio para algo así como la igualdad. Esto deriva lógicamente del hecho de que la igualdad es completamente inconcebible en cualquier grupo que carezca de un mínimo de dos sujetos distintos.

Sin embargo, una vez que el pluralismo —en el sentido amplio de cualquier división de la colectividad bajo los ejes del “yo” y del “otro”, ya sea en términos de diferencias étnicas, culturales o religiosas o en términos de un individualismo animado por el reconocimiento de una multiplicidad de valores y objetivos personales— entra en escena, tanto el constitucionalismo como la igualdad constitucional no sólo cobran sentido sino que, además, tienen, potencialmente, un papel capital que desempeñar en la búsqueda de una sociedad justa. Además, a la vez que cualquier tipo de compromiso de preservar alguna forma de pluralidad dentro de una sociedad será suficiente para justificar la apelación a la igualdad constitucional, cuanto más grandes son los compromisos con el pluralismo más fundamental es el papel que el constitucionalismo y la igualdad constitucional están destinados a desempeñar. Así, debe dibujarse una importante distinción entre la mera tolerancia de alguna pluralidad de concepciones distintas del bien y la adopción del pluralismo como una prioritaria concepción sustantiva de lo bueno. Me referiré a la primera de estas alternativas como un *pluralismo limitado*, y a la segunda como el *pluralismo comprensivo*.

El pluralismo comprensivo, que apunta a la imposición de una estricta igualdad entre todas las concepciones del bien, nos proporciona el ideal normativo del constitucionalismo. Así, el pluralismo comprensivo aspira a la igualación radical de todas las concepciones del bien, y pide un orden constitucional que no puede meramente implantarse en las tradiciones existentes, sino que debe, en su lugar, reemplazar todas las tradiciones anquilosadas y rechazar sistemáticamente todos los medios extraconstitucionales de construir un orden sociopolítico viable. La búsqueda de la

---

<sup>21</sup> En la utopía de una sociedad completamente unida y totalmente homogénea, el gobierno limitado sería innecesario debido al completo solapamiento entre los gobernantes y los gobernados; la adherencia al Estado de Derecho, con su insistencia de igualdad ante la ley y bajo el derecho, no tendría sentido, al no haber barreras significativas que pudieran separar a los creadores del derecho de los intérpretes del mismo, de sus aplicadores o de aquellos que caerían bajo el efecto de las leyes, y los derechos fundamentales no tendrían lugar en vista del empeño prioritario de orientar toda la actividad humana hacia la indivisible unidad del todo.

completa igualdad entre todas las concepciones del bien nos lleva, sin embargo, a un callejón sin salida. Si todas las concepciones del bien se colocan en pie de igualdad, entonces la tolerancia hacia la pluralidad de concepciones del bien no estaría en mejor posición que la absoluta intolerancia contra todas las concepciones del bien excepto la de uno mismo.<sup>22</sup>

Para evitar este callejón sin salida, el pluralismo comprensivo debe privilegiar su propia concepción del bien sobre todas las demás. En términos más amplios, la concepción del bien del pluralismo comprensivo requiere la promoción de la mayor diversidad posible de concepciones del bien con una visión tendente a la maximización de la dignidad humana y la autonomía.<sup>23</sup> La concepción del bien del pluralismo comprensivo no supone ninguna hostilidad hacia otras concepciones del bien, ni ningún intento de socavarlas. De hecho, tal posición de privilegio tiene el propósito bastante modesto de denegar la igualdad de otras concepciones del bien sólo cuando éstas se muestren incompatibles con la preservación de la tolerancia y la diversidad.

En la línea de estas observaciones, la posición de privilegio de la concepción del bien del pluralismo comprensivo no debe considerarse como un paso hacia la desigualdad, sino más bien como un movimiento indispensable en la búsqueda de una mayor igualdad entre las concepciones del bien que compiten entre sí. Las normas que emanan de la concepción del bien del pluralismo comprensivo constituyen *normas de segundo orden* distintas de las *normas de primer orden* producidas por todas las otras concepciones del bien. Ya que el principal propósito de las normas del pluralismo comprensivo es abrir espacios adecuados para la libre consecución de otras normas, la posición de privilegio del primero es totalmente diferente de cualquier intento de imponer una jerarquía entre las otras. En suma, la posición de privilegio de las normas de segundo orden juega como un prerrequisito para alcanzar la igualdad entre las normas de primer orden.

---

<sup>22</sup> Cfr. La “paradoja de la tolerancia”, conforme a la cual la tolerancia con los intolerantes conduce al socavamiento de la tolerancia. Véase Karl Popper, *The Open Society and Its Enemies I*. 5a. ed. Princeton, 1966, pp. 265-266, n. 4. Para una consideración de la paradoja de la tolerancia en el contexto del discurso extremista, véase M. Rosenfeld, “Extremist Speech and the Paradox of Tolerance”, en *Harvard Law Review*, núm. 100, 1987, p. 1457 (book review).

<sup>23</sup> Para una discusión más extensa de los atributos de lo que aquí se denomina “pluralismo comprensivo”, véase M. Rosenfeld, “Autopoiesis and Justice”, en *Cardozo Law Review*, núm. 13, 1992, pp. 1681, 1694-1695, 1709-1711.

La discusión precedente indica cómo el pluralismo comprensivo liga el constitucionalismo con la igualdad constitucional, pero todavía queda por ver cuál es el sitio de la dialéctica de la igualdad en la ecuación. Como veremos en la parte IV, el despliegue del pluralismo comprensivo comprende dos momentos lógicos diferentes que se examinarán en la parte V en términos de etapas en la dialéctica de la igualdad.

Los resultados finales de este entramado de reconstrucción rápidamente esbozado son muy diferentes, en cuanto a su naturaleza, de los precedentes. No pertenecen al reino de los ideales normativos o contrafácticos. Al contrario, se desarrollan en el reino de la doctrina constitucional real y de los principios constitucionales. En pocas palabras, aunque hay una amplia gama de diversidad entre las diferentes normas y prácticas constitucionales, parece haber ciertas características constantes que se extienden sobre la mayoría, si no toda, de la vasta extensión delimitada por las normas y prácticas constitucionales contemporáneas. Así, la igualdad, en el contexto de las constituciones contemporáneas, implica que todas las personas que son miembros de la misma comunidad constitucional: 1) tendrán garantizados los *mismos* derechos constitucionales, y 2) serán iguales ante y en la ley o, dicho de otra forma, tendrán derecho a la *igual protección* de la ley. Para estar seguros, estas normas ampliamente articuladas son susceptibles de construirse de muy diferentes formas.<sup>24</sup> Sin embargo, imponen en alguna medida un límite a cómo pueden usarse las variables relevantes para delimitar la igualdad constitucional cuando se dan ciertas circunstancias.<sup>25</sup> Además, todas las pretensiones de igualdad constitucional y todas las medidas constitucionales adoptadas para conseguir tales pretensiones pueden reducirse finalmente a uno de los tres principios siguientes: 1) el principio de igual trato; 2) el principio de igual consideración, y 3) el principio de igual resultado. También, la búsqueda del principio de igual trato se corresponde con la consecución de la igualdad *marginal*; la búsqueda del

---

<sup>24</sup> Éste es el caso, por ejemplo, de la Cláusula de Igual Protección de la Constitución de los Estados Unidos. Véase M. Rosenfeld, *Affirmative Action and Justice...*, pp. 135-155.

<sup>25</sup> Por ejemplo, para racionalizar la privación a una minoría étnica de ciertos derechos básicos constitucionales que sigue teniendo el resto de los miembros de la comunidad sería necesario caracterizar a la minoría en cuestión como extranjeros no provistos de la plena condición de miembros de la comunidad constitucional, o incluso peor, caracterizarlos como carentes completamente de personalidad. En cualquier caso, el requisito de la racionalización probaría bastante costosamente cómo el tumulto interno o la condena internacional podrían seguirse rápidamente.

principio de igual resultado se corresponde con la consecución de la igualdad *global*,<sup>26</sup> y la búsqueda del principio de igual consideración se corresponde, en su mayoría, pero no toda, con casos de consecución de igualdad de oportunidades. Sin embargo, para determinar cuál de estos principios debería predominar en unas circunstancias dadas, y cuál debería ser su contenido específico, es necesario, en primer lugar, obtener una comprensión mejor de las variables que juegan tan importante papel en dar forma a la lucha sobre la igualdad constitucional.

### III. LA INTERACCIÓN ENTRE IDENTIDAD Y DIFERENCIA, INCLUSIÓN Y EXCLUSIÓN

Las leyes clasifican y delimitan diferentes clases que, en la mayoría de los casos, están destinadas a un tratamiento desigual. Por ejemplo, una ley que prohíbe conducir automóviles a los menores de 18 años divide a las personas en dos clases distintas, y prescribe un tratamiento desigual dependiendo de la pertenencia a una u otra clase. Tal ley convierte en legalmente relevante las diferencias basadas en la edad, y las otras, en legalmente irrelevantes. Para los propósitos de tal ley, las personas son idénticas sin consideración de la raza, sexo o religión, o más precisamente —en particular en una sociedad que ha experimentado racismo, discriminación sexual y persecución religiosa— a pesar de las diferencias raciales, sexuales y religiosas.<sup>27</sup>

En tanto que una identidad legalmente relevante se consigue desconsiderando ciertas diferencias, tal identidad es artificial más que real. Más aún, donde tal identidad se establece contra un apego profundamente enraizado

---

<sup>26</sup> “La igualdad marginal se define con relación a (a menudo pequeños) cambios de *statu quo*, con cambios que son iguales en magnitud para todos. La igualdad global se define con relación a tendencias superiores a cero, siendo sus cantidades o estados finales iguales”. Douglas Rae *et al.*, *Equalities*. Cambridge, 1981, p. 51.

<sup>27</sup> Así, en Estados Unidos, donde las cuestiones de raza han formado parte tan profunda del paisaje sociopolítico, la elevación de la integración racial a la consideración de directriz política exigida constitucionalmente ha exigido combatir la costumbre consolidada de usar la diferencia racial como un primer señalizador para la distribución de beneficios y cargas. *Comparar Plessy vs. Ferguson*. 163 U. S. 537 (1896) (las viviendas públicas racialmente segregadas son consistentes con la igualdad constitucional) *con Brown vs. Board of Education*, 347 U. S. 483 (1954) (la segregación racial en los colegios públicos viola el derecho fundamental a la igualdad constitucional).



a ciertas diferencias, su construcción puede ser difícil y trabajosa.<sup>28</sup> En contraste con la identidad, la diferencia puede aparecer como real más que artificial, pero la diferencia legalmente relevante es tan artificial como la identidad. Así, por ejemplo, aunque hay diferencias biológicas entre los sexos, las diferencias legalmente relevantes basadas en el sexo son artificiales. En algunos casos, este artificio puede ser más obvio que en otros. En *Bradwell vs. State*,<sup>29</sup> El Tribunal Supremo de Estados Unidos declaró la validez de una prohibición estatal contra el desempeño de la práctica jurídica por parte de las mujeres bajo el fundamento de que el papel propio de las mujeres era el de esposa y madre. Tal papel, hecho legalmente relevante para los propósitos de determinar la elegibilidad de la práctica jurídica, es indudablemente un artificio social. En otros casos, sin embargo, el artificio puede estar más encubierto. En *Michael M. vs. Superior Court of Sonoma County*,<sup>30</sup> el Tribunal Supremo mantuvo la validez de una condena a un menor de 18 años por *statutory rape*,\* debido a que la ley criminalizaba tener relaciones sexuales consensuadas con una mujer menor de 18 años, pero no con un varón menor. En apoyo de su decisión, el Tribunal Supremo manifestó que son las mujeres, y no los hombres, quienes corren el riesgo de quedarse embarazadas como consecuencia del acto sexual.<sup>31</sup> Mientras que la última diferencia no es un mero artificio social, el hacerlo legalmente relevante a los propósitos de definir la *statutory rape* envuelve, inevitablemente, un artificio social. Uno puede intentar esconder este artificio social detrás de la diferencia natural con la que se ha asociado, pero sigue quedando el hecho de que sin tal artificio la diferencia natural por sí sola no otorga suficiente apoyo para la diferencia legalmente fundada. En realidad, el mero hecho de que el sexo consensuado entre heterosexuales pueda resultar en el embarazo de la mujer no proporciona, por sí solo, una base racional para castigar al hombre y no a la mujer.

---

<sup>28</sup> Un buen ejemplo de las dificultades, que envuelve la construcción de una identidad más allá de la raza nos lo proporciona la frustrante búsqueda de integración racial constitucionalmente ordenada en los efectos de la decisión unánime del Tribunal Supremo de Estados Unidos en el caso *Brown vs. Board of Education*, 347 U. S. 483 (1954), véase *Swann vs. Charlotte-Mecklenburg Board of Education*. 402 U. S. 1. 6. 13-14 (1971).

<sup>29</sup> 83 U. S. 130 (1872).

<sup>30</sup> 450 U. S. 464 (1981).

\* *N. del trad.*: La *statutory rape* es la ficción legal establecida en las leyes penales del estado de Nueva York, entre otros, por la cual el mantenimiento de relaciones sexuales con una mujer menor de 18 años, incluso aunque sean consensuadas, se considera violación: no siendo así en el caso de que el menor de 18 años sea varón.

<sup>31</sup> 450 U.S. 471.

Después de darnos cuenta de que tanto la identidad como la diferencia legalmente relevantes —o más precisamente, ciertas identidades o diferencias que aquellos sujetos a las leyes pueden considerar que son similares o no en muchos aspectos— son más artificiales que reales, la formulación de una base racional fuerte para cualquier esquema de clasificación legal se hace problemática. Parece haber un número indefinido de maneras de construir y combinar las identidades y diferencias para estructurar una distribución sistemática de los derechos y obligaciones legales. Identidades ya construidas pueden desmontarse y reconfigurarse como diferencias.<sup>32</sup> Pueden fraguarse nuevas identidades mediante la previa nivelación de diferencias artificiales. Y, en conjunto, todas las identidades y diferencias nuevas o hasta ahora subenfanzadas pueden construirse o reconstruirse.

No sólo parece haber infinitas posibilidades de construir identidades y diferencias, sino que las preferencias por ciertas identidades o diferencias pueden variar en función de las concepciones divergentes del bien. Así, por ejemplo, las identidades y diferencias construidas en torno al sexo variarán enormemente dependiendo de si sus proponentes son partidarios de ciertos puntos de vista tradicionales o igualitarios. Los tradicionalistas tenderán, así, a construir diferencias basadas en el sexo en detrimento de las identidades, legitimando una jerarquía de sexos. Los igualitaristas, por el contrario, tenderán a construir identidades y otras clases de diferencias más inclinadas hacia la paridad entre los sexos que a la subordinación.

La interrelación entre identidad y diferencia se desarrolla dentro de los límites de la relación entre el “yo” y el “otro”. Sin ninguna ligazón de identidad, una relación entre el “yo” y el “otro” sería inconcebible. De la misma forma, en ausencia de toda diferencia, la distinción entre el “yo” y el “otro” carecería de sentido. Entre estos dos extremos, se hace concebible una genuina relación entre el “yo” y el “otro”, y puede encontrar una expresión adecuada a través de una multitud de identidades y diferencias entremezcladas que contribuyen a una parcial inclusión y exclusión.<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup> Por ejemplo, el tratar a los hombres y a las mujeres igual en términos de la responsabilidad por mantener sexo consensuado, a pesar de las diferencias naturales entre los sexos, puede abandonarse en favor de tratarlos diferentemente trayendo el nuevo centro de atención sobre las diferencias naturales e implantando en ellos diferencias artificiales.

<sup>33</sup> La inclusión total eliminaría la barrera entre el “yo” y el “otro” y reduciría al “otro” al “yo”; la exclusión total, por el contrario, haría imposible para el “yo” referirse al “otro” como a uno más, reduciendo así al “otro” a un mero objeto.

A primera vista, puede parecer que la identidad siempre va ligada a la inclusión y la diferencia a la exclusión. Así, las identidades sexuales, étnicas y raciales se consideran a menudo como factores para la inclusión, mientras que las diferencias sexuales, étnicas o raciales también han sido usadas demasiado a menudo como factores para la exclusión y la opresión. Además, si se piensa que la diferencia va de la mano de la exclusión, la igualdad constitucional podría alcanzarse fácilmente a través de la prohibición del uso de ciertas diferencias como la base de clasificaciones legales. De acuerdo con ello, una constitución ciega al color,<sup>34</sup> ciega al sexo,<sup>35</sup> etcétera, proporcionaría la mejor protección posible contra la implantación de desigualdades que planteen las más grandes amenazas a la consecución de la igualdad constitucional.

Sin embargo, después de una mayor consideración, ni la identidad se corresponde estrictamente con la inclusión, ni la diferencia con la exclusión. Por ejemplo, en una sociedad con una mayoría y una minoría lingüística, la construcción de una identidad que trascienda las diferencias del lenguaje y que prescriba la educación pública exclusivamente en la lengua mayoritaria puede exacerbar perfectamente el sentido de exclusión de la minoría lingüística más que fomentar la integración nacional. Por el contrario, tener en cuenta las diferencias religiosas para facilitar el cumplimiento de la religión escogida por una persona puede promover la inclusión de diversas tradiciones religiosas dentro de la comunidad.

La *misma* diferencia, además, puede, dependiendo de las circunstancias, formar las bases para la inclusión o la exclusión. Así, las diferencias religiosas, que pueden alegarse para conseguir la inclusión, también pueden ser fácilmente usadas para propósitos de exclusión, como cuando se usan para discriminar en el empleo.<sup>36</sup> De acuerdo con esto, y en tanto que la igual-

---

<sup>34</sup> Cfr. *Plessy vs. Ferguson*. 163 U. S. 559 (“nuestra Constitución es ciega al color”) (voto disidente del juez Harlan).

<sup>35</sup> Cfr. Artículo 3 (2) de la Constitución alemana, que establece: “Los hombres y las mujeres tienen los mismos derechos”. Como consecuencia de una enmienda del 27 de octubre de 1994 se añadió lo siguiente: “El Estado fomentará la real realización de los mismos derechos entre hombres y mujeres y se esforzará para eliminar las desventajas existentes”.

<sup>36</sup> Tal discriminación puede tener lugar o bien usando la diferencia religiosa directamente como base para la clasificación legal, como una ley que prohíbe contratar a miembros de ciertas religiones, o ignorando formalmente las diferencias religiosas e imponiendo un criterio que a primera vista es neutral pero que en realidad es sustancialmente discriminatorio, como una ley que permite a los empleadores no contratar a ningún empleado que rehúse a trabajar cualquier otro día que no sea el domingo, y así discrimina en la práctica a los que observan el sábado como día de descanso, como, por ejemplo, los judíos o los adventistas del séptimo día.

dad constitucional requiere perseguir la inclusión, se debería, a veces, tomar en cuenta ciertas diferencias, y, otras veces, desconsiderarlas. En general, la esfera de actividad con relación a la cual una diferencia particular debería desconsiderarse constituye la “esfera de asimilación”.<sup>37</sup> Por el contrario, la esfera de actividad dentro de la que una diferencia debería tenerse en cuenta se denomina “esfera de diferenciación”.<sup>38</sup>

También es importante enfatizar que no todas las exclusiones son igualmente objetables. Así, excluir a los menores de 18 años de conducir automóviles, o excluir a los extranjeros del derecho al voto, no parece tan objetable como excluir a las minorías raciales del empleo. En parte, esta diferencia puede explicarse en términos del contraste entre las esferas de asimilación y diferenciación. La esfera de empleo debería considerarse claramente como una esfera de asimilación en relación a las diferencias raciales, mientras que la esfera que incluye las actividades tales como conducir automóviles puede considerarse justificadamente como una esfera de diferenciación con respecto a (ciertas) diferencias basadas en la edad. Fijémonos, sin embargo, que la diferenciación en el contexto de la conducción tiene como correlato la exclusión, mientras que en otros contextos, tales como la libertad de practicar la propia religión, puede tener como correlato la inclusión. Por tanto, el contraste entre asimilación y diferenciación no nos aclara suficientemente por qué ciertas exclusiones pueden estar justificadas y otras no. Para entender mejor por qué no todas las exclusiones son iguales, es necesario, por tanto, tomar un nuevo punto de vista en la relación entre identidad, diferencia, asimilación, diferenciación, inclusión y exclusión.

Obviamente, la asimilación, la identidad y la inclusión están ligadas, como lo están la diferenciación y la diferencia. El hecho de que las últimas puedan combinarse con la inclusión o la exclusión, sin embargo, crea una aparente asimetría entre asimilación y diferenciación. Además, debido a la asociación aparentemente fuerte de la asimilación con la inclusión, puede parecer particularmente deseable asociar la igualdad constitucional con una fuerte predisposición en favor de la asimilación.<sup>39</sup> Pero más allá de otras

---

<sup>37</sup> Véase M. Rosenfeld, *Affirmative Action and Justice...*, p. 224.

<sup>38</sup> *Idem.*

<sup>39</sup> Así, la ligazón entre asimilación e inclusión parece favorecer una igualdad constitucional ciega al color, sexo, etcétera, igual que lo hace el nexos frecuente entre diferencia y exclusión. Véase *idem.*

consideraciones, la asimilación no está inextricablemente ligada a la inclusión. De hecho, si la inclusión implica al menos un cierto grado de aceptación del otro *en sus propios términos*, entonces ciertos casos de asimilación resultan ser finalmente exclusión, más que inclusión del “otro”. Siempre que la asimilación se persigue a través de una identidad artificial que se establece en contra del deseo de algunos miembros de la comunidad —como es el caso de una mayoría lingüística que impone su propia lengua como la lengua oficial de la comunidad— se está destinado a que haya alguna exclusión. En suma, la asimilación, aunque está necesariamente unida a la identidad, puede promover la exclusión tanto como la inclusión. Por lo tanto, cobra sentido la distinción entre inclusión en, o exclusión de, la *comunidad relevante* o la *clase de sujetos* e inclusión en, o exclusión de la clase legalmente con derecho a un beneficio particular o legalmente obligada a asumir una determinada carga. De forma resumida, la distinción puede explicarse como una distinción entre inclusión o exclusión como sujeto, por un lado, e inclusión o exclusión en el *beneficio* (o *carga*).

La exclusión como sujeto y la exclusión del beneficio están a menudo, pero no siempre, correlacionados. Así, por ejemplo, la exclusión de los menores de 18 años de la conducción de automóviles no implica ordinariamente ninguna exclusión como sujeto.<sup>40</sup> Además, la composición de la clase de sujetos para los propósitos de determinar la exclusión como sujeto puede variar dependiendo del contexto particular en el que nos movamos. La clase legítima de sujetos para los derechos políticos, por ejemplo, puede diferir de la clase legítima de sujetos para los derechos civiles

---

<sup>40</sup> Por supuesto, es posible argumentar que antes de cumplir los 18, los chicos no son considerados miembros plenos de la comunidad relevante, y así, la exclusión del beneficio de nuestro ejemplo implicaría una exclusión como sujeto. Pero aunque es lógicamente posible, este argumento no es persuasivo, ya que no se puede decir que los niños carezcan de la condición de miembros de la comunidad relevante en el sentido en el que puede carecer de esta condición una minoría racial y étnica perseguida y sometida al ostracismo. Además, también es posible argumentar que la prohibición a los chicos menores de 18 años de conducir automóviles debería ser considerada como una medida que les concede un beneficio en el sentido de que contribuye a su seguridad. Examinar el papel de la legislación paternalista dentro de los derechos de igualdad está más allá del objetivo de este trabajo, pero puede decirse que: 1) incluso si se considera finalmente un beneficio, la prohibición puede aun considerarse claramente como una carga, al menos desde el punto de vista de aquellos a los que se priva del derecho a conducir, y 2) que hay exclusiones de beneficios claramente no paternalistas que no resultan en exclusiones como sujeto, como la que deniega una reducción de impuestos por gastos en cuidado de niños a los contribuyentes más ricos.

fundamentales. Así, puede ser defendible la exclusión de los extranjeros del derecho al voto en las elecciones nacionales, pero no la exclusión del derecho contra la brutalidad policial. Una consecuencia importante de la dependencia del contexto de las clases de sujetos es que la inclusión y la exclusión como sujeto son, frecuentemente, parciales en lugar de comprensivas. Éste es el caso que se da siempre que una clase de sujetos construida desde una perspectiva diferente o más comprensiva se incorpora sin reconfigurar completamente ciertas clases de sujetos de contexto específico. Por ejemplo, desde el punto de vista de una orden constitucional que atribuye derechos civiles pero no políticos a los extranjeros, los últimos pueden verse más adecuadamente como parcialmente incluidos en, y parcialmente excluidos de, la comunidad constitucional relevante. Los extranjeros están, así, incluidos en el sentido de que la orden constitucional estructura beneficios y cargas legales en términos de personalidad, pero excluidas en cuanto a cómo son las estructuras en términos de ciudadanía. En un último análisis, la inclusión y la exclusión como sujeto tienen que ver con la pertenencia como miembro de la comunidad. En cualquier sociedad compleja se está destinado a que haya una multiplicidad de comunidades diferentes, y el orden constitucional, además de crear su propia comunidad, es probable que incorpore parcialmente o reconfigure otras comunidades. De acuerdo con esto, la pertenencia como miembro de la comunidad constitucional no implica, necesariamente, una igual condición de miembro. Bajo el último ejemplo, los extranjeros son miembros de la comunidad constitucional pero no miembros iguales, pues experimentan exclusiones como sujetos en el reino de los derechos políticos. Si tales exclusiones pueden finalmente justificarse es algo que no puede determinarse sin una mayor pesquisa. Pero en tanto que la exclusión como sujeto de los extranjeros de los beneficios de autodeterminación política es concebiblemente justificable, tal exclusión no puede ser igual de objetable que cualquier exclusión como sujeto basada en la condición de miembro de un particular grupo étnico o racial.

La confianza de la comunidad constitucional, de forma más general, en inclusiones parciales como sujetos, apunta a la estructuración del orden constitucional contemporáneo en términos de un conjunto de relaciones entre el “yo” y el “otro”. Los aspectos esenciales de estas relaciones no pueden explorarse adecuadamente sin un examen más profundo de las ligazones entre el constitucionalismo moderno y el pluralismo.<sup>41</sup> Sin embargo, a es-

---

<sup>41</sup> Véase parte IV, *infra*.

tas altas, pueden hacerse algunas observaciones preliminares sobre la construcción del “yo” y del “otro” en una sociedad marcada por una pluralidad o por intereses grupales divergentes.

Lo primero, y más eminente, es que el “yo” y el “otro” no deberían considerarse como entidades fijas, sino como artificios frágiles, cambiantes y dependientes del contexto, diferenciados a través de relaciones formadas y mantenidas por lazos de identidad, diferencia, inclusión y exclusión. Así, la división entre el “yo” y el “otro” es, sobre todo, *relacional*. Es el producto de alianzas y divisiones propensas a cambiar con el tiempo, y que pueden intensificarse o moderarse dependiendo del clima político o de las circunstancias particulares que se den. Además, quienes forman parte del mismo “yo” para un propósito, pueden pasar a formar parte del “otro” cuando se trata de un propósito distinto. En una sociedad caracterizada por un gran sexismo y racismo, por ejemplo, los hombres y las mujeres (de la misma raza) pueden perfectamente unirse dentro de un mismo “yo” para cuestiones relacionadas con la raza, y posteriormente disolverse en grupos claramente antagónicos divididos en el “yo” y el “otro” cuando se tratan asuntos relacionados con el sexo.<sup>42</sup>

Como ya se ha mencionado, la relación entre el “yo” y el “otro” es inconcebible en ausencia de la interacción entre identidad y diferencia.<sup>43</sup> Sin embargo, debido a la naturaleza cambiante y relacional de la división entre el “yo” y el “otro”, y debido a la amplia gama de potenciales inclusiones y exclusiones parciales, cualquier simple y llana correlación del “yo” con la identidad, y del “otro” con la diferencia parece destinada a ser inadecuada y engañosa. El “yo” requiere alguna forma de identidad, y el “otro” alguna forma de diferencia. Pero el papel relativo a la intensidad de la identidad y la diferencia dentro del “yo”, o que emana de la imagen del “otro”, puede variar enormemente dependiendo de las circunstancias. Uno puede imaginar, por ejemplo, un “yo” colectivo que admite la diversidad y la tolerancia al lado de otro “yo” colectivo obsesionado con mantener una intransigente homogeneidad. Uno puede imaginar también la construcción de un “yo” heterogéneo que se mantiene unido a través del rechazo de un “otro” descrito como radicalmente diferente. Así, un odio intenso contra una minoría racial particular podría reunir lo que de otra forma no sería más

---

<sup>42</sup> Véase Kimberle Crenshaw, “Beyond Racism and Misogyny: Black Feminism and 2 Live Crew”, en Mari J. Matsuda *et al.*, eds., *Words that Wound*, Boulder, 1993, p. 111.

<sup>43</sup> *Idem.*

que un grupo disparejo, y dar lugar a una identidad propia puramente negativa, basada en la no pertenencia a la minoría racial denigrada. Finalmente, uno puede imaginar una división violenta en el “yo” y el “otro” de dos grupos que comparten casi idénticas características. En ese caso, es precisamente por la ausencia de claras diferencias por lo que deben aventurar su supervivencia en una fiera confrontación. Por algo las fraticidas guerras civiles son frecuentemente las más sangrientas.

Con base en el precedente análisis, no hay ninguna relación fija entre identidad, diferencia, asimilación, diferenciación, inclusión, exclusión, el “yo” y el “otro”. De acuerdo con ello, predicar la igualdad constitucional sobre el ideal de la asimilación, o sobre el rechazo general de las clasificaciones legales ligando las exclusiones de beneficios a características inmutables<sup>44</sup> carece de una justificación propia e incluso puede ser totalmente injustificado bajo ciertas circunstancias. Pero antes de entrar más a fondo en estos temas se hace necesario analizar más de cerca la relación entre pluralismo comprensivo, identidad, diferencia e igualdad constitucional.

#### IV. EL NEXO ENTRE EL PLURALISMO COMPENSIVO Y LA IGUALDAD CONSTITUCIONAL

Hemos visto en la parte II que el pluralismo comprensivo requiere igualdad. Sin embargo, para determinar la trayectoria ideal de la igualdad constitucional es necesario examinar *cómo* el pluralismo comprensivo promueve la igualdad. Para empezar, la implantación del pluralismo comprensivo supone dos momentos lógicos distintos que se combinan para delimitar la búsqueda de la igualdad entre las normas de primer orden.<sup>45</sup> Establecido

---

<sup>44</sup> La prohibición de clasificaciones legales con características inmutables es ciertamente atractiva, ya que tales clasificaciones tienden a desaventajar a la gente debido a características moralmente neutrales que no pueden ayudar a poseer y que para ellos sería imposible (o casi imposible) cambiar. Sin embargo, tal prohibición no es finalmente satisfactoria porque se muestra tanto sobreinclusiva como subinclusiva. Así, prohibir conducir un automóvil a una persona ciega supone una exclusión del beneficio sin una genuina exclusión como sujeto. Por el contrario, denegar derechos fundamentales a una minoría religiosa constituye una exclusión como sujeto no autorizada, pero no toca ninguna característica inmutable, al no asumir ningún impedimento legal o religioso a la conversión religiosa.

<sup>45</sup> La lógica que subyace a la imposición del constitucionalismo es análoga a ese conjunto en movimiento que persigue el pluralismo comprensivo. Esto es muy sorprendente en tanto que



frente a una competición entre una multiplicidad de normas de primer orden que luchan por el predominio, el primer momento lógico del pluralismo comprensivo es un momento negativo, caracterizado por un estricto rechazo de favorecer a cualquiera de las normas de primer orden que compiten entre sí. Así, en su momento negativo, el pluralismo comprensivo impone una igualdad estricta y neutralidad entre todas las normas existentes de primer orden y las concepciones del bien de las que derivan.

Sin embargo, llevado a su conclusión lógica, el primer momento del pluralismo comprensivo conduce a su autodestrucción. Si todas las normas de primer orden son completamente neutralizadas a través de una negación niveladora, entonces la búsqueda del pluralismo carecería de significado. En ausencia de una pluralidad de concepciones viables del bien, no quedarían normas de primer orden que el pluralismo tuviera que proteger. Así, para evitar la autodestrucción, el pluralismo comprensivo debe unir a su momento negativo otro positivo en el que las concepciones del bien excluidas puedan, de alguna forma, conseguir una readmisión en el universo pluralista.

Sin embargo, el pluralismo comprensivo debe afrontar un importante problema en su momento positivo. No todas las concepciones del bien excluidas en el curso del momento negativo del pluralismo comprensivo pueden conseguir la readmisión en el momento positivo. Por ejemplo, una religión que impone la cruzada, y para la que la conversión del infiel, forzosa y necesaria, es un deber sagrado que no admite excepciones, no tiene cabida dentro del pluralismo comprensivo. Además, incluso aquellas concepciones del bien que pueden ponerse en una lista de readmisión no pueden ocupar la misma posición bajo el pluralismo comprensivo que hubieran ocupado antes de su despliegue. Así, las religiones que requieren para su supervivencia de una radical intolerancia sólo se pueden readmitir con la condición de que no supongan una seria amenaza para otras religiones

---

el constitucionalismo busca proteger un conjunto de concepciones del bien —contra la erradicación a través de políticas mayoritarias no adulteradas— con la intención de sostener la dignidad humana y la autonomía. Así, las normas que emanan del constitucionalismo pueden considerarse como normas de segundo orden en contraste con todas las normas pre y extraconstitucionales que pueden agruparse como normas de primer orden. Para una discusión más extensa de la relación entre pluralismo, constitucionalismo y el desarrollo de la identidad de la materia constitucional véase M. Rosenfeld, “The Identity of the Constitutional Subject”, en *Cardozo Law Review*, núm. 16, 1995, pp. 1049, 1070-1074.

o para concepciones no religiosas del bien. Esto podría conseguirse, por ejemplo, relegando a las religiones readmitidas a la esfera privada.<sup>46</sup>

Debido a que el pluralismo comprensivo no puede readmitir igualmente, en su momento positivo, todas las concepciones del bien que ha excluido igualmente en su momento negativo, fracasa inevitablemente en su ideal de un igual trato favorable para todas las concepciones del bien. Como mucho, el pluralismo comprensivo puede comprometerse en una mejor aproximación a la igualdad entre todas las normas de primer orden, sin alcanzar nunca su meta de proporcionar una igualdad plena entre todas las normas de primer orden. Además, como el constitucionalismo y la igualdad constitucional acogen los principios del pluralismo comprensivo, éstos pueden, como mucho, atacar desigualdades particulares y reducir así la desigualdad, pero sin alcanzar nunca la igualdad. Esto concuerda con la afirmación previa de que el trabajo de la igualdad constitucional consiste en lanzar ataques contra desigualdades particulares en el contexto de un ideal de igualdad plena necesario de perseguir pero imposible de alcanzar.<sup>47</sup>

La relación entre el pluralismo comprensivo y la igualdad dibujada más arriba nos ofrece una mayor guía para analizar la identidad, diferencia, inclusión y exclusión tal y como se relacionan con la igualdad constitucional. En particular, deben destacarse dos puntos importantes. Primero, en su intento (aunque puramente formal y breve) de conseguir la completa igualdad en su momento negativo, el pluralismo comprensivo proporciona un criterio crítico para tratar las demandas de igualdad en el contexto del pluralismo limitado. De hecho, el pluralismo limitado puede caracterizarse mejor por su fracaso en la nivelación de todas las normas de primer orden en el curso de su momento negativo.<sup>48</sup> Por tanto, desde el punto de vista de

---

<sup>46</sup> Cfr. Karl Marx, "On the Jewish Question", in T. B. Bottomore, trad. y ed., *Karl Marx: Early Writings*. Nueva York-Toronto-Londres, 1964, pp. 3-40 (defendiendo que la emancipación religiosa sólo puede obtenerse al coste de relegar la religión a la esfera privada).

<sup>47</sup> *Idem*.

<sup>48</sup> Puede argumentarse que el pluralismo limitado también puede reconocerse por su rechazo arbitrario de readmitir ciertas normas de primer orden en el curso de su momento positivo. Sin embargo, parece más lógico distinguir entre pluralismo comprensivo y limitado en términos de si se establece o no una distinción sistemática entre normas de primer y segundo órdenes, una cuestión que viene a establecerse en el momento negativo. Así, el pluralismo limitado estaría definido por un fracaso en distinguir, limpia y comprensivamente, entre normas de primer y segundo órdenes. Por el contrario, el rechazo arbitrario de readmitir en el momento positivo, se caracterizaría como el producto de una búsqueda corrupta o defectuosa del pluralismo comprensivo.

la igualdad constitucional asentada en el constitucionalismo, la búsqueda de identidades, diferencias, inclusiones o exclusiones legitimada por normas de primer orden no niveladas adecuadamente por el pluralismo limitado, estaría sujeta a ataque. Por ejemplo, en un país donde la religión mayoritaria tiene atribuido y garantizado oficialmente un estatus legal privilegiado, las exclusiones que afecten adversamente a otras religiones pueden ser recusadas por su fracaso en la consecución de los estándares de igualdad prescritos por el constitucionalismo.<sup>49</sup> En definitiva, que pluralismo comprensivo supone un ataque efectivo, bajo los fundamentos de igualdad, contra cualquier configuración de identidades, diferencias, inclusiones o exclusiones que derive de normas de primer orden indebidamente mantenidas durante el efecto negativo del pluralismo.

El segundo punto importante tiene que ver, por su parte, con el momento positivo del pluralismo comprensivo. Al igual que todos los intentos de reintegrar las normas de primer orden están destinados a fracasar en la consecución del ideal de igualdad plena, siempre hay sitio para llamadas en favor de una mayor igualdad. Más específicamente, asumiendo que todos los miembros de una sociedad pluralista compartan la misma creencia en la prioridad de las normas de segundo orden, pero difieran en sus respectivas preferencias entre las normas de primer orden, cualquier acuerdo tomado en el momento positivo del pluralismo comprensivo puede dividir la comunidad en dos campos principales. Por un lado, aquellos cuya concepción del bien ha sido satisfactoriamente protegida es probable que defiendan el acuerdo actual como el mejor posible bajo las circunstancias presentes. Por otro lado, aquellos que no están satisfechos con el nivel de protección que se ha otorgado a su concepción del bien puede que defiendan desviaciones del acuerdo actual, basándose en la posibilidad de conseguir, bajo el conjunto de las circunstancias que tienen lugar, una mayor igualación entre las concepciones del bien existentes.<sup>50</sup>

---

<sup>49</sup> Esto no significa necesariamente, por supuesto, que tales diferenciaciones o exclusiones sean inconstitucionales. Como ya se ha dicho, las constituciones reales pueden perfectamente no satisfacer los límites normativos del constitucionalismo. Véase *supra*.

<sup>50</sup> Desde la perspectiva del pluralismo comprensivo, y a efectos del establecimiento de límites a las disputas sobre la igualdad constitucional, no sería necesario tener en cuenta un tercer campo formado por aquellos cuya concepción del bien se ha excluido, en tanto que, como miembros de ese tercer campo, rechazarían totalmente la prioridad de las normas de segundo orden sobre las de primer orden.

La solución del último conflicto no puede conseguirse simplemente examinando el nivel de protección otorgado a una concepción individual del bien, sino que requiere una apreciación detallada de cómo las concepciones concurrentes del bien deberían ser mutuamente ajustadas para aproximarnos más a los propósitos del pluralismo comprensivo. Esta apreciación necesaria, sin embargo, se encuentra amenazada con dificultades que derivan tanto de la naturaleza de las concepciones del bien como de las formas en las que están destinadas a relacionarse entre ellas dentro del molde sociopolítico dibujado por el pluralismo comprensivo. Dicho brevemente, el problema es que las concepciones del bien no son estáticas o rígidas, sino más bien dinámicas, flexibles, hasta cierto punto permeables, y abiertas a influencias exteriores. Además, bajo la presión del pluralismo comprensivo, aumenta enormemente la oportunidad y la necesidad, para todas las concepciones del bien, de tener más en cuenta otras concepciones, y de abrirse gradualmente a ellas. Y como consecuencia de esto, puede que tenga lugar una mayor protección de una particular concepción del bien no sólo como resultado de alguna reordenación externa entre las otras concepciones prevalentes del bien sino también como resultado de una reordenación interna dentro de las últimas. Así, incluso cuando la reordenación externa, producida por una mayor protección de ciertas concepciones del bien, no trastorna el estatus de las concepciones restantes, la reordenación interna sí puede hacerlo. De esta forma, siempre será discutible si, y hasta qué punto, un nuevo acuerdo elaborado para proporcionar una mayor protección de diversas concepciones del bien contribuye realmente a la maximización de la igualdad entre concepciones prevalentes del bien.

Para ilustrar este último punto es útil considerar el siguiente ejemplo. Imaginemos una sociedad que proclama la adhesión al pluralismo comprensivo, pero que castiga la homosexualidad y es completamente intolerante con el estilo de vida homosexual. Para reconciliar su adhesión al pluralismo comprensivo y su intolerancia hacia la homosexualidad, esta sociedad tendría que articular una razón de por qué las concepciones del bien que promueve el estilo de vida homosexual no deberían tolerarse de la misma forma que se toleran otras concepciones del bien no mayoritarias. Imaginemos, además, que tal sociedad argumenta que la homosexualidad es anormal y desviante y que como tal constituye una amenaza a la preservación de la estructura social.<sup>51</sup> Si tal argumento fuese aceptado, entonces una

---

<sup>51</sup> Cfr. la opinión concurrente del Presidente Burger en *Bowers vs. Hardwick*. 478 U. S. 186 (1986) (refiriéndose a la homosexualidad como un “crimen contra la naturaleza” y como un “acto atroz”).

sociedad devota del pluralismo comprensivo sería capaz, presumiblemente, de justificar la intolerancia contra la homosexualidad como podría justificar la intolerancia contra las religiones que promueven las cruzadas.<sup>52</sup> Superar la creencia de que la homosexualidad supone una amenaza a la sociedad, y hacer posible la igualdad de los homosexuales requiere una aproximación multifacial para combatir los prejuicios y otras percepciones. Sin embargo, para nuestros propósitos, lo que es crucial es la necesidad de reorientar el discurso constitucional hacia un nivel más alto de abstracción. En vez de centrarnos en las prácticas homosexuales y en las actitudes tradicionales hacia ellos, el propósito debería resaltar la necesidad para toda persona, ya sea heterosexual u homosexual, de tener relaciones sexuales íntimas, e insistir en que todos los adultos deberían poseer la misma capacidad para tener, en la intimidad, relaciones sexuales consensuadas con otro adulto.<sup>53</sup> Obviamente, el movimiento a un nivel más alto de abstracción en este caso está designado a suponer un cambio de enfoque hacia la homosexualidad desde una primera etapa de diferencia como desigualdad a una segunda etapa de igualdad como identidad. Pero menos obvio, quizás, es que si el movimiento tiene éxito no sólo supondrá la inclusión del estilo de vida homosexual entre la multiplicidad de concepciones legítimas del bien de primer orden existentes. El movimiento tendría también, indudablemente, consecuencias *dentro* de estas últimas concepciones del bien, como un mayor debilitamiento de las creencias en algún tipo de nexo necesario entre sexo y procreación o sexo y matrimonio. O también puede ser que conduzca a llamadas en favor de la legalización de los matrimonios homosexuales, causando una mutación en las actitudes hacia el matrimonio, y conduciendo

---

<sup>52</sup> Hay, por supuesto, una diferencia crucial entre los dos que debería ser reconocida incluso por aquellos que mantienen que la homosexualidad es anormal. Mientras que las religiones en favor de las cruzadas mantienen un deber de proselitizar, incluso por la fuerza, los partidarios del estilo de vida homosexual es más improbable que pretendan convertir a la población heterosexual. Sin embargo, desde el punto de vista del mantenimiento de una viable sociedad pluralista comprensiva, es indiferente si una amenaza a su integridad es voluntaria o involuntaria. Por ejemplo, si una religión prohibiera a sus creyentes vacunarse, y el rechazo a vacunarse de estos últimos resultase en la propagación de una enfermedad mortal, el estado pluralista estaría justificado para desconsiderar su concepción del bien y obligarlos a que se vacunaran contra su voluntad, incluso aunque no tuvieran la intención de perjudicar o hacer daño a otros ciudadanos que no comparten sus creencias religiosas.

<sup>53</sup> Ésta es la posición de los jueces disidentes en la decisión de 5-4 del Tribunal Supremo en el caso *Bowers vs. Hardwick*. 478 U. S. 218-219, en el que el Tribunal se negó a reconocer un derecho constitucional a tener relaciones homosexuales consensuadas entre adultos.

así a desórdenes *dentro* de los grupos que se adhieren a las concepciones del bien que otorgan gran valor a las nociones tradicionales del matrimonio. Más aún, la legitimación del estilo de vida homosexual en el contexto de la igualdad constitucional también puede tener repercusiones para religiones particulares tradicionalmente opuestas a la homosexualidad, ya que sus fieles homosexuales pueden atreverse a buscar cambios dentro de sus comunidades religiosas.<sup>54</sup> Finalmente, asumiendo que los homosexuales tuvieran éxito en la búsqueda de la igualdad de segundo grado, podrían presionar y solicitar cambios más importantes en búsqueda de una igualdad de tercer grado, como diferencia, lo que nos conduciría a desórdenes internos adicionales dentro de los grupos que se adhieren a las concepciones más tradicionales del bien.<sup>55</sup>

El énfasis precedente en el hecho de que los movimientos hacia una mayor inclusividad están destinados a suponer ciertas barreras internas y externas, al igual que beneficios, sobre las concepciones del bien que luchan por la protección dentro de una sociedad que aspira al pluralismo comprensivo, no significa desacreditar las tendencias hacia una mayor igualdad o favorecer el *statu quo*. Significa, al contrario, desvanecer la noción de que una sociedad que aspira al pluralismo comprensivo pueda acabar siendo una colección de comunidades cerradas en sí mismas y que permanecen impermeables a las influencias de las otras. De esta forma, además, la clásica distinción liberal entre actos de la esfera puramente personal y actos susceptibles de dañar a otros no se mantiene y no puede servir, por tanto, como una guía para establecer los límites de los derechos en general, o los derechos de igualdad en particular.<sup>56</sup>

Para nuestros propósitos, las observaciones precedentes conducen a dos consecuencias particularmente importantes. La primera, que cada nueva

---

<sup>54</sup> Véase, por ejemplo, Andrew Sullivan, *Virtually Normal: An Argument About Homosexuality*. Nueva York, 1995 (argumentando que la Iglesia católica debería permitir las relaciones homosexuales sobre la analogía de la permisión de relaciones heterosexuales en el caso de parejas casadas e infértiles).

<sup>55</sup> En la búsqueda de la igualdad como identidad, los homosexuales pueden presionar para conseguir el reconocimiento oficial de matrimonios del mismo sexo. En la búsqueda de la igualdad como diferencia, en contraste, los homosexuales seguramente perseguirían alternativas públicas normalmente utilizadas para favorecer las relaciones maritales tradicionales y los valores familiares. Comparar A. Sullivan, *op. cit.* (donde se defiende la asimilación de los homosexuales), con Leo Bersani, *Homos*. Cambridge, 1995 (criticando la asimilación y enfatizando las implicaciones derivadas de la afirmación de la sexualidad gay).

<sup>56</sup> Véase, John Stuart Mill, *On Liberty*, en Elizabeth Rapaport, ed., Indianapolis, 1978, pp. 73-74.

pretensión de igualdad, que necesite cambios en la clase de sujetos o en el ámbito de la igualdad constitucional, reestablece la competición entre todas las concepciones del bien que luchan por la inclusión dentro del marco pluralista dibujado por la igualdad constitucional. Y, en segundo lugar, que cualquier pretensión de mayor igualdad constitucional —bien suponga elevar el discurso relevante al nivel más alto de abstracción requerido por la igualdad de segundo grado, como la identidad, o desplazar el énfasis del discurso de las generalidades abstractas a las diferenciaciones particulares que se necesitan en la igualdad de tercer grado, como la diferencia— sobrepasa su meta y produce consecuencias no queridas tanto para sus proponentes como para los demás afectados por ella.<sup>57</sup>

En un último análisis, cualquier pretensión de cambiar la naturaleza o el alcance de la igualdad constitucional reúne en sí los dos distintos momentos lógicos del pluralismo comprensivo. De hecho, al menos implícitamente, en cualquier pretensión de este tipo se mantiene que hay algunos que son indebidamente privilegiados y que hay un modo más equitativo de proteger los diferentes puntos de vista con derecho a ser reconocidos de como se ha hecho en el caso presente. Además, debe establecerse una distinción entre el discurso constitucional real y su contraparte construida contrafácticamente. En el discurso real, los niveles de abstracción y los grados de igualdad pueden empañarse convenientemente para imprimir una ventaja retórica en la búsqueda de los objetivos políticos relacionados con la lucha por la igualdad. Por ejemplo, puede desplegarse la retórica de la igualdad como identidad para mantener en su lugar las situaciones desiguales que se producen en un régimen enormemente antiigualitario.<sup>58</sup> En el discurso de la reconstrucción contrafáctica, por el contrario, como analizaremos brevemente en la parte V, la lógica de los niveles de abstracción y la dialéctica de las etapas de igualdad se siguen escrupulosamente con el

---

<sup>57</sup> Por ejemplo, los homosexuales, en búsqueda de un derecho igual a tener sexo consensuado pueden, sin quererlo, avanzar pretensiones similares en favor de aquellos que desean tener relaciones sexuales incestuosas o relaciones sadomasoquistas consensuadas. Por otro lado, las mujeres que enfatizan las diferencias entre los sexos en búsqueda de un derecho a un puesto de trabajo que se adapta mejor a sus necesidades y aspiraciones pueden, sin saberlo, estar proporcionando más argumentos a aquellos que pretenden explotar las diferencias basadas en el sexo para subordinar a las mujeres.

<sup>58</sup> Así, en Estados Unidos, la retórica de la neutralidad ante el color se ha invocado contra los programas de discriminación inversa (*affirmative action*), designados para corregir los efectos de una discriminación racial pasada. Véase M. Rosenfeld, “Decoding *Richmond*: Affirmative Action and the Elusive...”, en *op. cit.*

propósito de proporcionar una justificación normativa basada en principios o una crítica de las pretensiones existentes o los estados actuales de las cosas.

#### V. CONSIDERACIONES FINALES: SOBRE LOS AMPLIOS CONTORNOS DE LA RECONSTRUCCIÓN DE LA IGUALDAD CONSTITUCIONAL

En vista del gran número de variables culturales e históricas que se ven envueltas, y de la naturaleza relacional de muchos de sus aspectos clave, la igualdad constitucional debe ser analizada de un modo *contextual*. Así, su reconstrucción variará de un grupo al siguiente, y deberían evitarse las grandes generalizaciones cuando nos enfrentemos con situaciones particulares. Con esta limitación en mente, no obstante, la reconstrucción debería seguir una lógica determinada —ligada al pluralismo comprensivo y a la dialéctica de la igualdad— y una dirección definida principalmente, hacia una mayor perfección.

La lógica del pluralismo comprensivo se une a la dialéctica de la igualdad en dos diferentes niveles: un nivel *formal* y uno *sustantivo*. En el nivel formal, el momento negativo del pluralismo comprensivo corresponde a la transición de la diferencia como desigualdad de la primera etapa a la igualdad como identidad de la segunda. Verdaderamente, cada movimiento del eje negativo del pluralismo comprensivo presupone alguna jerarquía no autorizada entre las normas de primer orden —es decir, alguna correlación ilegítima entre diferencia y desigualdad— que pretende desarraigarse nivelando las diferencias que permanecen en el camino de la igualdad —es decir, desechando todas las diferencias y produciendo así una identidad puramente negativa. Por otro lado, el eje positivo del pluralismo comprensivo corresponde a la transición entre la igualdad como identidad de la segunda etapa y la igualdad como diferencia de la tercera etapa. Desde el punto de vista de la reconstrucción, además, la reformulación de las pretensiones reales en términos de estas características del nivel formal produce una recharacterización que es adecuada para la crítica o la justificación contrafáctica.<sup>59</sup>

---

<sup>59</sup> En términos de justificación, el objeto sería demostrar que, incluso después de agotar tanto la fase negativa como la positiva de ejercicio formal, los críticos de *statu quo* no acabarían en una posición que sea *más* equitativa y ventajosa para ellos.



En el nivel sustantivo, el nexo entre el pluralismo comprensivo y las dialécticas de la igualdad es el mismo que en el nivel formal, pero la visión se desplaza de una impresión microcósmica del proceso completo a una foto instantánea completamente ampliada de ese proceso. Por ejemplo, en el nivel sustantivo, una pretensión particular al efecto de que privilegiar a una religión como la oficial del Estado viola la igualdad constitucional, proporcionaría un cuadro detallado del ataque sobre un único objetivo durante la fase negativa del pluralismo comprensivo, y de la lucha hacia una igualdad de segundo grado tal y como se relaciona con una única diferencia. Así, el objeto en el nivel sustancial es establecer una secuencia discreta, empotrada en un grupo cultural, histórico e institucional concreto, en la progresión guiada por el pluralismo comprensivo y la dialéctica de igualdad. Esto permite la elaboración de un horizonte plausible de soluciones posibles para la lucha particular bajo consideración. Este horizonte puede servir, así, como un test contrafáctico con el que se puede, críticamente, apreciar la lucha relevante. Además, juntos, los niveles formal y sustantivo pueden combinarse en un contrafáctico suficientemente rico y variado para permitir un enfoque crítico que integre satisfactoriamente varios niveles de abstracción, y que facilite la consideración de todos los elementos relacionales relevantes dentro de la dinámica puesta en marcha por la lucha por la igualdad.

La referencia a la intersección entre el pluralismo comprensivo y la dialéctica de la igualdad también contribuye a hacer ciertas elecciones principiaadas entre igual trato, igual consideración e igual resultado. Pero para conseguir una guía más completa de la elección en cuestión es necesario referirse a las distinciones entre igualdad, entre concepciones del bien e igualdad relativa al sujeto, y entre inclusión (o exclusión) como sujeto e inclusión (o exclusión) del beneficio (o carga). Desde el punto de vista del primer momento (negativo) de la justicia comprensiva, todas las concepciones del bien deberían recibir un trato igual que condujera a un resultado igual. Desde el segundo momento (positivo), por otro lado, todas las concepciones del bien deberían tener derecho sólo a la igual consideración, y cada una de ellas puede ser tratada diferentemente, dependiendo de su compatibilidad con las otras, y con los preceptos normativos del pluralismo comprensivo. Concurrentemente, desde el punto de vista de la transición entre la primera y la segunda etapas en la dialéctica de la igualdad, la igualdad relativa al sujeto requiere igual trato, es decir, la misma regla para todos sin consideración de las diferencias o, más precisamente, de aque-

llas diferencias sobre las cuales se predicaban las desigualdades de primera etapa. Además, en términos de la transición entre la igualdad de segunda y tercera etapas, la igualdad relativa al sujeto puede requerir igual trato, igual consideración o igual resultado o alguna combinación de dos o las tres, dependiendo de los asuntos sustantivos en juego. En otras palabras, la pretensión última de la igualdad de tercera etapa es realizar plena e igualmente las necesidades y aspiraciones de cada sujeto relevante. Sin embargo, los objetivos intermedios en el camino de esa última pretensión pueden, variadamente, requerir un trato igual, una igual consideración o un igual resultado.<sup>60</sup>

La elección entre igual trato, consideración y resultado, debe determinarse más concretamente por referencia a la distinción entre exclusión como sujeto y exclusión del beneficio. Desde el punto de vista del sujeto de la igualdad constitucional *qua* sujeto —es decir, dejando de lado la cuestión umbral de quién tendrá derecho a una pertenencia como miembro pleno de la comunidad política relevante— debería haber un derecho claro al igual trato, igual consideración e igual respeto. Desde el punto de vista de la exclusión del beneficio, por otro lado, el único requerimiento debería ser que a todas las pretensiones de acceso a un beneficio particular debería dárseles una igual consideración —en el sentido de acordarse una audiencia imparcial. Pero debido a que, incluso después de las determinaciones iniciales relativas a la clase relevante de sujetos, las exclusiones como sujeto pueden no resultar, a menudo, separables de las exclusiones de beneficios,<sup>61</sup> en la práctica las cuestiones relativas a exclusiones de beneficios pueden bien suponer también cuestiones relativas a la exclusión como sujeto. Así, una exclusión del beneficio que también suponga una exclusión como sujeto sería vulnerable a las objeciones planteadas desde los fundamentos del igual trato o igual resultado. Además, si cualquier exclusión particular del beneficio sería vulnerable en este sentido dependería también de si

---

<sup>60</sup> En general, cada uno de estos tres principios es relacional y la consecución última de alguno de ellos puede, variadamente, suponer la consecución, a lo largo del camino, de alguno de los otros. Por ejemplo, la igual consideración —en el sentido de igualdad de oportunidades— relacionada con el empleo puede requerir un trato igual o iguales resultados con respecto a la educación proporcionada, dependiendo de cómo uno conciba la limpia competencia por los escasos puestos de trabajo.

<sup>61</sup> Por ejemplo, la pertenencia formal como miembro de la clase relevante de los sujetos acompañada de la denegación sistemática de los beneficios necesarios para la subsistencia es tanto como la exclusión como sujeto.

la ausencia del beneficio en cuestión amenaza la integridad del sujeto relevante.

El nexo entre la exclusión como sujeto y la exclusión de beneficio hace surgir la cuestión más amplia de cuál debería ser la relación adecuada entre el objeto y el ámbito de la igualdad constitucional. Pero antes de poder enfrentarse a esta cuestión, es necesario hacer algunas observaciones más, relativas, respectivamente, al objeto y al ámbito de la igualdad constitucional.

En relación con el objeto, deben fijarse conjuntamente tres cuestiones interrelacionadas. Éstas son: la cuestión de la pertenencia como miembro; la cuestión de si finalmente es el individuo o el grupo quien debe figurar como el objeto de la igualdad constitucional, y la cuestión de la conexión adecuada entre el sujeto, el “yo” y la concepción del bien. En realidad, las respuestas a estas tres cuestiones son dependientes entre sí, ya que la pertenencia como miembro puede variar dependiendo de si es el individuo o el grupo el que debería predominar, y la última cuestión sólo puede establecerse por referencia a los principios necesariamente incluidos en alguna concepción del bien. Empezando, por tanto, con las concepciones del bien, la asunción del pluralismo comprensivo significa que el sujeto relevante se construye, sobre todo, en términos de normas legítimas de segundo orden, y, en segundo lugar, en términos de aquellas normas de primer orden que se muestran compatibles con el pluralismo comprensivo. Puesto que, en teoría, todos los individuos pueden formular su propia concepción del bien,<sup>62</sup> y ya que todas las concepciones del bien tienen derecho a una igual consideración, es finalmente el individuo, más que el grupo, quien debe contar como el objeto de la igualdad constitucional. Esto no significa que las cuestiones relativas al grupo deban ignorarse o infravalorarse; significa sólo que en los casos de un conflicto irreconciliable entre el individuo y el grupo, donde no cabe una recharacterización imparcial para acabar con el conflicto, el individuo debe prevalecer sobre el grupo.

Para ilustrar esto, consideremos el siguiente ejemplo: el grupo religioso cree que está establecido divinamente que tras el divorcio de una pareja, la custodia de los niños debe atribuirse exclusivamente al padre. La ley de la democracia constitucional en la que este grupo religioso está establecido prevé, por otro lado, que al menos que los padres puedan ponerse de acuerdo sobre la custodia de los hijos tras el divorcio, ésta deberá otorgar-

---

<sup>62</sup> O, al menos, todos los individuos tienen capacidad para optar por una concepción del bien compartida por otros.

se a aquel que, según una determinación judicial apropiada, esté mejor capacitado para proteger los intereses de los niños. Asimismo, la Constitución establece la libertad de culto y de ejercicio de la propia religión así como la estricta igualdad entre sexos.<sup>63</sup> Supongamos ahora que una pareja que pertenece al grupo religioso en cuestión se divorcia, y que la mujer se niega a permitir al marido la custodia sobre los hijos de la pareja. Supongamos que en el juicio, el juez considera que otorgar la custodia de los niños a la madre supondría una amenaza para la supervivencia del grupo religioso, pero que sería mejor para los intereses de los niños. Bajo estas circunstancias, hay un conflicto irreconciliable entre el derecho del grupo religioso al mantenimiento de la integridad de su concepción del bien, y el derecho individual de igualdad de sus miembros. En estas circunstancias, y en persecución del pluralismo comprensivo, el derecho individual prevalecería sobre el colectivo.

De forma consistente con la prevalencia del individuo, idealmente cada individuo debería tener derecho a una igual pertenencia como miembro en una comunidad constitucional global. Sin embargo, ya que las comunidades constitucionales existentes tienden a confinarse en el simple Estado-nación, debe hacerse una distinción entre la plena pertenencia como miembro basada en la ciudadanía, y la pertenencia parcial que debería extenderse a todas las personas. Además, el prorrateo de los diferentes beneficios y cargas dependiente de la plena o parcial pertenencia como miembro debería determinarse de forma consistente con las necesidades y responsabilidades justificadas y asociadas a la ciudadanía.

Volviendo al ámbito de la igualdad, debe distinguirse entre lo que el Estado debería asignar a cada sujeto como precondition de su capacidad para conseguir un mínimo de integridad, y lo que el Estado puede ser libre de no asignar pero que no puede escoger distribuir selectivamente. En el primero de los dos casos, cualquier exclusión de beneficio conllevaría también, automáticamente, una exclusión como sujeto y puede, por lo tanto, ser definida como una “exclusión como sujeto *per se*”. En el segundo caso, sin embargo, una exclusión de beneficio constituiría sólo una exclusión como sujeto si fuera discriminatoria. Por ejemplo, en un Estado muy próspero donde todos los ciudadanos tienen suficientes recursos para proporcionar una educación privada a sus hijos, el Estado no debería tener una

---

<sup>63</sup> Este ejemplo es una adaptación, con cambios significativos, de los hechos relevantes en *Martínez vs. Santa Clara Pueblo*. 436 U. S. 49 (1978).

obligación constitucional de proporcionar una educación pública gratuita. Sin embargo, si el Estado decidiera proporcionarla, las exclusiones basadas en el origen étnico deberían quedar excluidas por suponer una exclusión como sujeto además de una exclusión de beneficio. Así, puede decirse que este segundo caso envuelve una “exclusión de sujeto *comparativa*”.

El ámbito de la igualdad que debe construirse para evitar la exclusión como sujeto *per se* debería determinarse en términos de las condiciones materiales existentes y de los imperativos normativos del pluralismo comprensivo. En otras palabras, las cuestiones relativas a las exclusiones como sujeto *per se* deberían establecerse por referencia a un “yo” constitucional artificial que se adecue a las restricciones impuestas por las normas de segundo orden del pluralismo comprensivo y que incorpore identidades y diferencias consistentes con tales normas. Más allá de este punto, no obstante, las soluciones a los conflictos relativos a la igualdad constitucional es probable que sean más propias del contexto específico. Con esto en mente, deben hacerse algunas consideraciones adicionales sobre el ámbito propio de la igualdad constitucional.

En primer lugar, de acuerdo con las observaciones precedentes, y particularmente con el hecho de que no todas las exclusiones de beneficio suponen exclusión como sujeto, la búsqueda del pluralismo comprensivo deja sitio para distinguir entre la igualdad constitucionalmente requerida y la igualdad deseable como cuestión política. Por ello, en tanto que se respeten las restricciones del pluralismo comprensivo, y se eviten las exclusiones como sujeto comparativas, debería haber espacio para restringir o ampliar el ámbito de la igualdad legalmente exigida.

En segundo lugar, las cuestiones relativas al ámbito adecuado de la igualdad constitucional aparecen en el contexto del (segundo) momento positivo del pluralismo comprensivo. En ese momento, la meta es, y es mucho, proteger tantas concepciones del bien de primer orden como sea posible de forma consistente con las normas de segundo orden del pluralismo comprensivo. Indudablemente, no será posible proteger todas las concepciones de primer orden, o proteger plenamente aquellas que han superado los requisitos legítimos para la admisión. Ambas alternativas relativas a cuáles concepciones del bien de primer orden deberían incluirse, y cuánto de una concepción admitida debería protegerse dependen obviamente de la lista de concepciones que compiten por la inclusión en ese momento. Pero sin consideración a la composición de esa lista, y de acuerdo con lo dicho más arriba, todos los candidatos a la inclusión tienen derecho a una igual

consideración en cuanto se trata en todos los casos de pretensiones de una mayor inclusión. La igual consideración, en suma, supone la atribución de ciertos derechos y, dependiendo de las circunstancias, de ciertos beneficios materiales, que determinan parcialmente el ámbito propio de la igualdad constitucional.

Finalmente, incluso en relación con las concepciones del bien de primer orden que se han mostrado compatibles con el despliegue de la concepción del bien de segundo orden, la escasez de recursos puede hacer aparecer cuestiones relativas a la adecuada delimitación del ámbito de la igualdad constitucional. Esto puede ocurrir, por ejemplo, donde, debido a un trato igual, los proponentes de una concepción del bien se encuentran mucho mejor en cuanto a la satisfacción de sus necesidades y aspiraciones que los proponentes de una concepción del bien diferente. En tal caso, ¿es adecuado el igual trato? ¿O, por el contrario, debería resultar defendible, frente a demandas de discriminación, una redistribución de los recursos escasos que supusiera un trato desigual pero que acabase en una mayor igualdad de resultado (en proporción a las respectivas necesidades y aspiraciones envueltas)?

Para responder a estas cuestiones es necesario comparar la importancia relativa que cada beneficio (o carga) particular tienen para la concepción del bien a la que se asigna. En realidad, si el ámbito de la igualdad constitucional se construyese de un modo tal que satisficiera las aspiraciones triviales de los proponentes de una concepción del bien a la vez que dejase insatisfechas algunas de las necesidades más importantes de los pertenecientes a otra, esto conduciría, muy probablemente, a una exclusión como sujeto impermisible. Para evitar esto, es necesario conocer la importancia relativa de cada pretensión desde la perspectiva de sus proponentes, con la finalidad de establecer una jerarquía que proporcione un orden legítimo de prioridad entre las pretensiones. Esta jerarquía, además, podría establecerse contrafacticamente, a través de la asunción sucesiva de cada una de las perspectivas relevantes involucradas —o en otras palabras, a través de una inversión de las perspectivas—, seguida por una comparación del lugar del beneficio (o carga) bajo consideración dentro de cada una de las perspectivas envueltas. Este proceso, que se ajusta a los requisitos de los que yo he llamado en otra parte “justicia como reciprocidad reversible”,<sup>64</sup> es ple-

---

<sup>64</sup> Véase M. Rosenfeld, *Affirmative Action and Justice...*, pp. 249-258.

namente consistente con el compromiso del pluralismo comprensivo de incluir en su seno tantas concepciones del bien como sea posible. Debido a que no pueden llevarse a cabo todas las necesidades y aspiraciones de todos los proponentes de cada una de las concepciones del bien compatibles con el pluralismo comprensivo, el recurso a la justicia como reciprocidad reversible se hace necesario para fijar el ámbito adecuado de la igualdad constitucional. Y, de nuevo, a pesar de que pueda parecer lo contrario, la reconstrucción contrafáctica sirve para recordarnos que la igualdad constitucional no puede confinarse legítimamente al principio de igual trato.

Para finalizar, un recordatorio. La reconstrucción contrafáctica es una herramienta poderosa y útil, pero no debe perderse de vista el hecho de que el pluralismo comprensivo y los preceptos normativos del constitucionalismo que genera no son sino ideales que deben perseguirse pero que nunca pueden ser plenamente alcanzados. Las constituciones reales son imperfectas, y la igualdad constitucional real insuficiente. La esperanza es que la visión pergeñada por la imaginación contrafáctica fomentará la crítica constructiva y la resolución de trabajar para hacer mejoras.





## EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE IGUALDAD EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

*Juan María Bilbao Ubillos*  
*Fernando Rey Martínez\**

### I. SENTIDO Y ALCANCE DE LA IGUALDAD CONSTITUCIONAL

Ningún otro “grand récit” jurídico-político como el de igualdad es tan polisémico, al comprometer necesariamente una concepción subyacente del Estado y del derecho, complejo, por la propia estructura del juicio de igualdad, y fluido: la tendencia reciente del principio en nuestro ordenamiento es a expandirse como vehículo de expresión, por la vía de su significado de prohibición de arbitrio, de los principios rectores del capítulo tercero del título I de la Constitución (con el efecto de ampliar el objeto del proceso de amparo ante el Tribunal Constitucional), y, simultáneamente, a comprimirse y concretarse en su significado, cada vez más preciso e incisivo, de prohibición de discriminación. El concepto de igualdad que forma parte del acervo cultural del pensamiento occidental procede de Platón (Leyes, lib. VI, 757), y, especialmente, de Aristóteles (Política, lib. II, sobre todo, 1280a, 1282b y 1283a; Ética a Nicómaco, lib. V, en particular, 1130-1133): “Parece que la justicia consiste en igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justa, y lo es, en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales” (Política, 1280a).

Esta identificación conceptual, desde Grecia hasta nuestros días, de la igualdad con un cierto tipo de distribución (de bienes por fuerza escasos) debe su éxito a su plasticidad, a que constituye un enunciado vacío de contenido, o, por mejor decir, a que posee un contenido mínimo, la coherencia entre el criterio con arreglo al cual se mide la igualdad (o la desigualdad) y la finalidad de la medida (norma o práctica) que introduce la diferenciación, contenido mínimo que es, además, formal (de modo que

---

\* Profesores titulares de Derecho Constitucional de la Universidad de Valladolid.

para determinar aquella coherencia, esto es, la razonabilidad de la diferencia, hay que acudir a criterios materiales externos al juicio de igualdad). Cada sociedad, en su respectiva época histórica, ha dotado de contenido concreto el concepto arquetípico de igualdad aludido; bajo él se han sucedido diversas concepciones históricas de la igualdad, algunas de ellas no sólo diferentes sino también contradictorias. Repárese, por ejemplo, en que el pasaje citado de Aristóteles intenta demostrar las razones por las cuales la “democracia” es una forma de gobierno “desviada”, pues no busca el provecho de la comunidad, sino tan sólo de los “pobres”.

¿Qué concepción histórica y material de la igualdad se expresa en la Constitución española? Naturalmente, la propia de un Estado que se autoconstituye como “social y democrático de Derecho” (artículo 1.1 CE). La igualdad constitucional, en su triple condición de *valor* superior del ordenamiento jurídico (artículo 1.1 CE), de principio (“Los españoles son iguales ante la ley” —artículo 14a CE—), cuya realidad y efectividad corresponde promover a los poderes públicos (artículo 9.2 CE), y de derecho fundamental (“sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social” —artículo 14b CE—) explicita, al mismo tiempo, tres dimensiones: de libertad, democrática y social. En su dimensión liberal, la idea de igualdad conlleva la prohibición de arbitrio, tanto en el momento de creación de la norma que introduce la diferencia como en el de su aplicación. La igualdad, desde la perspectiva del principio democrático, excluye que ciertas minorías o grupos sociales en desventaja puedan quedarse “aislados y sin voz”. Desde el punto de vista social, la idea de igualdad legitima un derecho desigual a fin de garantizar a individuos y grupos desventajados una igualdad de oportunidades. Todas estas dimensiones se enraizan en el reconocimiento de la dignidad humana como fundamento del orden político y de la paz social (artículo 10.1 CE), de lo que se deriva la igual dignidad social de todos los ciudadanos: hay que rechazar toda creación o aplicación del derecho que trate a algunos miembros de la comunidad como ciudadanos de segunda clase. En palabras del Tribunal Supremo norteamericano en “Zobel vs. Williams” (1982), se viola la igual ciudadanía “cuando la sociedad organizada trata a alguien como un inferior, como parte de una casta dependiente o como un no-participante”.

Ahora bien, ¿qué es y qué alcance tiene la igualdad constitucional? La igualdad, según la fórmula délfica “hay que tratar igual a lo igual y desigual

a lo desigual”, no puede entenderse ni como una obligación de que todos los individuos sean tratados exactamente de la misma manera (igualdad no es identidad), ni tampoco, por el contrario, que se permita toda diferenciación (en cuyo caso se disolvería la misma idea de igualdad). La igualdad es un juicio comparativo para medir la legitimidad o ilegitimidad de una desigualdad jurídica de trato entre un conjunto de individuos dado, que se hallan en una situación análoga, semejante o comparable, respecto de un criterio previamente determinado (un “*tertium comparationis*”). La igualdad mide, en realidad, el “*quantum*” de desigualdad de trato jurídicamente admisible. Intentaremos explicar esto brevemente. Ni en la naturaleza ni en la sociedad existe lo “igual”, sino, precisamente, lo “diverso”. Es falso, dice Vauvernargues, que la igualdad sea una ley de la naturaleza; la naturaleza no tiene nada hecho igual. Por tanto, la igualdad no es una realidad objetiva o empírica anterior al derecho, que éste sólo tenga que percibir, sino que toda constatación jurídica de la igualdad implica siempre un juicio de valor, un proceso de abstracción que depende de la elección de las propiedades, criterios o rasgos considerados como relevantes entre los que se compara. El concepto de igualdad es incompleto y remite siempre a un punto de vista desde el que se realizan las comparaciones; tiene, pues, un sentido “procesal” (N. Luhmann): abrir una vía para argumentar racional en relación con qué desigualdades jurídicas de trato son tolerables bajo qué circunstancias.

Admitido esto como idea más general sobre el concepto de igualdad, hay que introducir ahora algunas distinciones. La tradición jurídica occidental, desde las Revoluciones liberales (y su reivindicación de la igual capacidad jurídica de todos los ciudadanos, con la consiguiente abolición de los privilegios de nacimiento), viene entendiendo como especialmente odiosas, y, por tanto, de interpretación estricta y, hasta cierto punto, excepcional, las desigualdades de trato en el momento de la aplicación judicial y administrativa de la norma. Según la clásica expresión de Anschütz, “las leyes deben ser aplicadas sin mirar a las personas”. La posición subordinada de los órganos judiciales y de la Administración al Derecho refuerza esta exigencia. La igualdad en la aplicación (judicial y administrativa) del derecho tiende, por ello, y sin perjuicio de la concurrencia de otros principios de signo potencialmente distinto, como el de la independencia del órgano judicial, hacia la garantía de la identidad (o, como mínimo, de la menor desigualdad posible) jurídica de trato.

Sin embargo, la idea de que el principio constitucional de igualdad vincula también al legislador (más allá de un genérico deber de que la ley sea

general, es decir, de la concepción paleoliberal del tipo legal del Código como expresión jurídica máxima de la igualdad), y no sólo a los órganos terminales del derecho, es de acuñación reciente. G. Leibholz la propuso (aludiendo al “cambio de significado” —“Bedeutungswandel”— de la igualdad), como técnica de control de la constitucionalidad de la ley, en su clásico estudio “Die Gleichheit vor dem Gesetz”, de 1925 (aunque fue una tesis minoritaria en el periodo de Weimar frente a la poderosa doctrina positivista) y él mismo se ocupó de aplicarla desde el Tribunal Constitucional Federal alemán después de la Segunda Guerra Mundial. Ahora bien, el momento de la creación del derecho, sobre todo el que reviste forma de ley, goza de un amplio margen de configuración, del que, evidentemente, carece el juez; en consecuencia, la vinculación del legislador al principio de igualdad es, necesariamente, de menor intensidad. De hecho, es característico de la actividad legislativa establecer diferencias de trato, atribuir especiales beneficios o cargas a determinados grupos de ciudadanos; en palabras del Juez Brewer en “Atchison, Topeka y S.F.R.R. vs. Matthews”, de 1898, “la verdadera idea de la clasificación (normativa) es la desigualdad”.

¿Cómo conciliar la contradicción aparente entre el principio constitucional de igualdad y la potestad legislativa de diferenciar o clasificar? Una respuesta clásica la encontramos en el trabajo de Joseph Tussman y Jacobus TenBroek “The Equal Protection of the Laws” (1949). Distinguen estos autores entre la doctrina de la clasificación razonable y la doctrina de la clasificación sospechosa. Con carácter general, la cláusula constitucional de igualdad en relación con el problema de la potestad legislativa de establecer diferencias jurídicas de trato se reduce al requerimiento de “razonabilidad”. Los criterios para determinar cuándo una diferencia jurídica de trato es razonable y, por tanto, no discriminatoria, son tomados por el TC español, por el cauce exegético previsto en el artículo 10.2 CE, de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: la desigualdad debe basarse en una justificación objetiva y razonable, esto es, debe perseguir una finalidad constitucionalmente legítima y tal justificación debe apreciarse mediante un examen de la razonabilidad y objetividad, conforme a criterios y juicios de valor generalmente aceptados, de la relación de proporcionalidad, que se exige lógica, entre los medios empleados y los fines y efectos perseguidos por la diferenciación normativa de trato. Como tendremos ocasión de comprobar, el TC ha exigido tan sólo para apreciar la “razonabilidad” de la diferencia jurídica de trato la presencia en causa de alguna mínima justificación.

Por cierto, esta comprensión del concepto de igualdad constitucional como criterio que sirve al intérprete para determinar, de acuerdo con un examen que se pretende razonable y no arbitrario, qué grado de desigualdad jurídica es tolerable, arroja una nueva luz para situar de modo adecuado la contraposición clásica (pero absolutamente superada, en nuestra opinión, dentro del actual Estado social y democrático de Derecho) entre la igualdad “formal” (del artículo 14a CE) y la igualdad “real, material, sustancial o de oportunidades” (del artículo 9.2 CE). De ningún modo existe un antagonismo (ni siquiera tendencial) entre ambas: la igualdad real (artículo 9.2 CE en relación con diversos principios rectores del capítulo tercero del título I de la Constitución) implica el establecimiento de diversas diferencias de trato jurídico en favor de ciertos colectivos sociales (indicados por el texto constitucional, como la infancia, la juventud, la tercera edad, los disminuidos físicos y psíquicos, los consumidores, los desempleados, las familias, etcétera), en función de criterios de desigualdad no sólo jurídicamente razonables y válidos (que enervan cualquier posible discusión sobre la validez de esa diferencia de trato jurídico —aunque puede subsistir la disputa no sobre el “qué”, pero sí por el “cómo” y el “cuánto”—), sino, vale decir, especialmente legítimos en cuanto expresamente queridos por el constituyente. Es decir, la igualdad real, en el Estado social, se ubica dentro del esquema conceptual de la “igualdad formal”: la igualdad “real” es la misma igualdad “formal” cuando entra en juego algún criterio de diferenciación de trato jurídico en favor de grupos sociales en desventaja previsto por el constituyente o el legislador.

Al contraponer radicalmente igualdad formal y real, se opera con un concepto subyacente de igualdad “formal” que la confunde con “identidad” (de trato) y de ahí las dificultades para encajar en ese escenario las desigualdades jurídicas de trato típicas de la igualdad real. Pero la igualdad (tampoco la “formal”) no es identidad: es un criterio que se presume racional para medir la legitimidad de las desigualdades de trato jurídico. Concurriendo criterios de desigualdad de trato como la infancia, las minusvalías, la carencia de empleo, etcétera, el juicio de igualdad, esto es, de razonabilidad de las diferencias, se torna más fácil, más evidente: cuentan en su favor con una presunción constitucional (o legal) *iuris tantum* de validez.

Como los ejemplos no son sólo concesiones a la pereza mental, la utilización de uno puede ser ilustrativa: en la STC 3/1983, del 25 de enero, el TC encontró que era razonable y no discriminatoria la diferencia normativa de trato entre trabajadores y empleadores, consistente en la exención a

aquéllos, pero no a éstos, de la consignación previa del importe de la condena incrementada en un veinte por cien como requisito del recurso de casación laboral. Justificación invocada: la desigualdad socio-económica y jurídica de los trabajadores. No obstante, el Tribunal contraponen igualdad formal e igualdad real (lo que no era necesario para su discurso):

Siendo esto así, es evidente que la igualdad entre trabajadores y empresarios promovida por el derecho laboral... no puede ser desconocida o quebrada por una presunta plena efectividad del artículo 14 CE, pues lo contrario equivaldría, paradójicamente, a fomentar mediante el recurso a la igualdad formal, una acrecentada desigualdad material en perjuicio del trabajador y en vulneración del artículo 9.2 CE.

Esta opinión parece confundir la “plena efectividad del artículo 14 CE” con la “identidad” de trato. Pero la igualdad no supone uniformidad: permite justificar, sin ningún problema, como plenamente razonables las desigualdades normativas de trato en favor de los trabajadores. La igualdad “formal” del artículo 14 CE es la igualdad del Estado social. No se contradice con la “igualdad real” del artículo 9.2 CE: ésta es, junto con el capítulo tercero, un “localizador ideológico” de nuestra Constitución y una cautela complementaria del constituyente (una norma de anclaje, en la terminología de ForsthoFF) respecto del sentido de la igualdad en nuestro Estado social. De hecho, el TC, más adelante, ha utilizado la presunta “igualdad formal” del artículo 14 CE para extender el objeto del proceso de amparo a ciertos principios rectores del capítulo tercero, como el derecho al trabajo (artículo 35.1 CE), el sistema de pensiones adecuadas (artículo 50 CE), etcétera. En la STC 23/1989, del 2 de febrero, declaró que la exclusión que un concurso administrativo municipal había efectuado de las sociedades mercantiles en favor de personas físicas de limitadas posibilidades económicas para la explotación de kioscos de prensa era razonable y no discriminatoria por la política de fomento del empleo que deben adoptar los poderes públicos (artículo 40.1 CE); y en la STC 25/1989, del 3 de febrero, estimó también razonable la diferencia de trato entre explotaciones mineras subterráneas y a cielo abierto por la necesidad de estabilizar el sector (artículo 40.1 CE), de equilibrar y armonizar su desarrollo (artículo 131.1 CE), de la utilización racional de los recursos naturales y la protección del medio ambiente (artículo 45 CE) y de la congruencia con una política de fomento de pleno empleo (artículo 40.1 CE).

El artículo 9.2 CE legitima, pues, en el marco del artículo 14 CE, un trato normativo desigual para situaciones fácticas diversas, pero no exige, evidentemente, el establecimiento de una igualdad de hecho frente a desigualdades jurídicas legítimas (STC 8/1986, del 21 de enero), ni fundamenta un derecho subjetivo a reclamar la igualdad fáctica respecto de las desigualdades de hecho.

Por su parte, la doctrina de la clasificación (normativa) sospechosa se refiere sólo a aquellos supuestos en los que el criterio o rasgo de diferenciación de trato jurídico es la raza, el sexo, la religión, la ideología, el nacimiento o cualquier otro que la experiencia histórica evidencie como gravemente odioso para la dignidad de la persona. En estos supuestos, admitido que el legislador pueda, en ocasiones, establecer diferencias jurídicas de trato en atención a tales criterios (en caso contrario, tendríamos que hablar de la doctrina extrema de la clasificación prohibida, predicable en nuestro ordenamiento, a nuestro juicio, sólo respecto del “nacimiento”), el examen judicial de control de la diferencia normativa se deberá tornar mucho más riguroso. En la jurisprudencia norteamericana se aplican, en este sentido, los estándares del *strict scrutiny test* (para la raza) y el menos exigente del *intermediate scrutiny test* (en relación con el sexo).

El término “discriminación” viene siendo utilizado en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos para calificar una serie de situaciones o prácticas (amparadas o no por normas legales) que se consideran radicalmente contrarias a la propia dignidad humana, que suponen la negación a determinados individuos de su condición de personas humanas (la negación, en suma, de la igualdad básica de los seres humanos). A estos individuos, que pertenecen a ciertas categorías o colectivos, se les descalifica por alguna de sus cualidades o características innatas (por el mero hecho de ser negros o gitanos, por ejemplo), no por un determinado comportamiento del que pudieran ser responsables.

Discriminación no es cualquier diferenciación, en el sentido más neutro de la palabra, sino aquélla que se funda en un prejuicio negativo en virtud del cual los miembros de un grupo son tratados como seres no ya diferentes sino inferiores (en ciertos aspectos, al menos). El motivo de la distinción es algo más que irrazonable, es odioso, y de ningún modo puede aceptarse porque resulta humillante para quienes sufren esa marginación. Así pues, el término discriminación tiene hoy una connotación “peyorativa”: con él se alude a una diferencia injusta de trato “contra” (los norteamericanos distinguen entre *discrimination between* y *discrimination against*)

determinados grupos que se encuentran de hecho en una posición de desventaja.

En definitiva, hay que distinguir entre el principio general de igualdad (cuya vulneración produce una discriminación en sentido amplio) y la prohibición de discriminación (en sentido estricto) por alguna de las causas indicadas en el inciso final del artículo 14 CE (o percibidas por el legislador o el TC como incluibles en tal sede, dado el carácter abierto de la lista que contiene el precepto). Pero principio de igualdad y prohibición de discriminación, aunque conceptos diferentes (en sentido y alcance, en el periodo de su emergencia histórica, etcétera), guardan una relación de género (igualdad) a especie (prohibición de discriminación): la prohibición de discriminación es una variedad, una transformación, de la igualdad cuando el criterio de desigualdad que concurre es uno de los “sospechosos”.

Tampoco son equivalentes el concepto de igualdad real (en realidad, como hemos visto, encajable en el esquema interpretativo general de la igualdad “formal”, con la particularidad de la explicitación por el constituyente de la razonabilidad de las eventuales diferencias jurídicas de trato —no sólo permitidas, sino, incluso, alentadas—) y la prohibición de discriminación en sentido estricto. Y no lo son porque la igualdad real es un principio, esto es, un mandato a los poderes públicos de optimización, dentro de las posibilidades técnicas y financieras, y las prohibiciones de discriminación en sentido estricto (por razón de raza, sexo, etcétera) son un auténtico derecho fundamental, es decir, un derecho subjetivo judicialmente exigible. El mandato de igualdad real del artículo 9.2, en relación con los principios rectores del capítulo tercero (que informarán la actuación de los poderes públicos y sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen —artículo 53.3 CE—), está condicionado por tres factores: 1) Depende de las posibilidades financieras y técnicas del país en cada momento; 2) su desarrollo por las distintas mayorías políticas que se vayan sucediendo puede ser, en aplicación de las diversas concepciones ideológicas y estratégicas en presencia, muy diferente, y ello es legítimo, en virtud del principio democrático. Como cualquier otra parte de la Constitución, el capítulo tercero no estatuye un programa que los poderes públicos deban simplemente ejecutar, sino que abre un marco de posibilidades de actuación, y 3) pero no sólo la determinación de “cómo” fomentar la igualdad real está abierta, sino, incluso, la precisión de “qué” grupos sociales pueden ser beneficiarios de políticas de fomento (el capítulo tercero contiene, evidentemente, una lista abierta).



De hecho, E. Denninger (1994) habla, como uno de los puntos característicos del constitucionalismo alemán de la última década, de una “nueva sensibilidad no por la igualdad, sino por la desigualdad”. Su análisis es muy interesante: frente a la tradición iluminista de la Modernidad, que postulaba la autonomía del individuo, la universalización de la razón y la igualdad de los ciudadanos, el “gusto por la diversidad” actual (propio de la posmodernidad) propone la salvaguarda de la identidad del individuo en el marco de un grupo limitado y circunscrito (“nuestro grupo”), una pluralidad de esferas particulares de valores (que cuestionan la validez de una razón universal) y el reconocimiento de la igualdad (abstracta) como desigualdad en sentido concreto: un derecho igual a la desigualdad. Esto se traduce en “exigencias de prestaciones compensatorias difíciles de cumplir”.

Por el contrario, las prohibiciones de discriminación en sentido estricto ni deben hacerse depender de las posibilidades financieras y técnicas existentes, ni deben estar en el centro de la polémica política de los partidos que compiten por la mayoría en el Parlamento (sino sustraída de ella por tratarse de derechos fundamentales genuinos), ni se debe poder referir a cualquier grupo social en desventaja, sino tan sólo a aquellos que, según la experiencia histórica, son víctimas de una profunda y arraigada discriminación, marginación u hostilidad sociales; los rasgos de pertenencia de estos grupos son inmodificables por el miembro individual y transparentes, de suerte que se produce una cierta “estigmatización social” (la prohibición de discriminación del artículo 14 CE tiene un sentido “unilateral”, no “bilateral” de comparación como es el juicio típico del principio de igualdad: protege a los gitanos, a las mujeres, etcétera).

Las prohibiciones de discriminación en sentido estricto tienen dos efectos: uno negativo, la prohibición absoluta de cualquier trato jurídico diferenciado y perjudicial por el mero hecho de pertenecer al colectivo social que sufre la discriminación, y otro positivo, la licitud (diríamos, la especial licitud) de acciones positivas en su favor, pero de un modo aún más incisivo (por las razones apuntadas) que las acciones positivas que derivan del artículo 9.2 CE en relación con el capítulo tercero. Con la prohibición constitucional de discriminaciones concretas es “como si le pusieran dientes” al desdentado Estado social. Cuestión distinta es la legitimidad constitucional de la variedad más extrema de acciones positivas, la discriminación positiva o inversa, que adopta la forma de cuota o de preferencia. A través de ellas se establece una reserva rígida de un mínimo garantizado de plazas, particularmente escasas y disputadas (de trabajo, de puestos elec-

torales, de acceso a la universidad, etcétera), asignando un número o porcentaje o atribuyendo puntos o calificaciones especiales para ciertos grupos, socialmente en desventaja, a los que se quiere favorecer. En nuestro derecho no existe ninguna regulación legal de cuotas raciales o en favor de las mujeres, sino tan sólo en favor de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, que el TC ha declarado, como veremos más adelante, constitucionalmente legítima.

Planteada así una interpretación sistemática de los conceptos constitucionales de igualdad formal, igualdad real y prohibición de discriminación (artículos 9.2 y 14 CE), pasaremos a exponer ahora su aplicación judicial (centrada, sobre todo, en la jurisprudencia del TC). Teniendo en cuenta que la igualdad es un valor (artículo 1.1 CE), con múltiples plasmaciones en el texto constitucional (se trata de un canon general de coherencia de todo el ordenamiento jurídico). Particularmente, el TC ha ido llevando el análisis de la igualdad en las condiciones de acceso a las funciones y cargos públicos al artículo 23.2 CE y la igualdad sindical al derecho de libertad sindical del artículo 28.1 CE; estos aspectos quedarán fuera, por tanto, de nuestra exposición, que se ceñirá al estudio de la aplicación por el TC del artículo 14 CE. El orden que seguiremos gravitará en torno a la idea del ensanchamiento progresivo que ha ido experimentando históricamente el sentido y alcance de la igualdad, tanto desde el punto de vista de sus destinatarios (de los poderes públicos, aplicadores jurídicos —igualdad en la aplicación— y legislador —igualdad ante la ley—, a su eficacia también en las relaciones entre particulares) como de su contenido (del principio de igualdad a las prohibiciones de discriminación en sentido estricto).

## II. LA IGUALDAD EN LA APLICACIÓN DE LA LEY

El principio de igualdad se proyecta también en el momento de la aplicación de la ley (no sólo en el contenido de la norma, en la fase de configuración normativa): se ha de aplicar por igual a todos aquellos que se encuentren en la misma situación, con independencia de las condiciones personales o sociales de sus destinatarios. No se puede aplicar con más rigor o benevolencia en atención a circunstancias a las que el ordenamiento no concede relevancia. No caben las decisiones *ad personam* (sólo pueden tenerse en cuenta los criterios de diferenciación entre personas o situaciones contenidos en la propia norma). Este principio vincula, por

tanto, a los órganos administrativos y jurisdiccionales, encargados de dicha aplicación.

En cuanto a los órganos de las diferentes administraciones públicas, el TC ha declarado que no están vinculados por el precedente, pero sí sujetos al control de los tribunales, que han de corregir las desviaciones que se produzcan (respecto de la regla de igualdad de trato) en el ejercicio no sólo de las potestades regladas, sino también de las discrecionales (STC 144/1988, del 12 de julio). Un órgano administrativo (este principio sólo es predicable de las decisiones que tengan su origen en un mismo órgano o entidad) no puede desconocer sus propios precedentes y cambiar caprichosamente de criterio a la hora de conceder una pensión, por ejemplo.

Pero nuestro TC ha precisado que sólo los actos administrativos confirmados judicialmente (declarados conformes a Derecho por los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa) pueden aportarse como precedente a estos efectos: “el precedente administrativo no sancionado por resolución judicial no puede prevalecer frente al que ha obtenido la fuerza que genera la sanción judicial” (STC 62/1987, del 20 de mayo). Dicho de otro modo, “la doctrina del precedente administrativo —esto es, la invocación de la hipotética desigualdad resultante de la diferencia entre actos administrativos— no puede fundamentar una pretensión ante este Tribunal una vez que el acto supuestamente distinto a los que le precedieron ha sido enjuiciado, declarándose su validez por el tribunal competente” (STC 50/1986, del 23 de abril).

Al exigirse el respaldo de un pronunciamiento judicial previo (de un precedente judicial) para poder articular un juicio de igualdad en la aplicación de la ley, la igualdad entre órganos administrativos acaba convirtiéndose, cuando se impugna una decisión por la vía subsidiaria del amparo constitucional, en una cuestión de igualdad entre órganos judiciales (Suay).

Nuestra atención se va a centrar precisamente en la aplicación judicial de las normas. Una vez más, la igualdad juega aquí en estrecha conexión con el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos: en último término, lo que se impide son las decisiones judiciales arbitrarias, caprichosas, no fundadas en razones jurídicamente atendibles. Para reaccionar contra este tipo de pronunciamientos jurisdiccionales carentes de base objetiva y razonable se reconoce a los justiciables un derecho de carácter fundamental a la igualdad en la aplicación de la ley, de las normas en general, a no ser discriminados en ese momento decisivo.

El problema radica en determinar cuándo una resolución judicial es arbitraria, porque en nuestro ordenamiento el juez es independiente (disfruta de una autonomía plena en el ejercicio de la función jurisdiccional, una función creativa, no mecánica, que tiene reservada en exclusiva) y no está vinculado de un modo estricto o rígido a los precedentes (está sujeto a la ley, no al precedente). A la hora de resolver un caso, puede apartarse del criterio mantenido hasta entonces en la jurisprudencia de los tribunales superiores y sostener una interpretación distinta de la norma aplicable al caso. Puede, incluso, rectificar su propio criterio y modificar la interpretación que venía haciendo de una determinada norma legal o reglamentario, siempre que el nuevo criterio sea correcto desde el punto de vista constitucional. Si no fuera así, sin un órgano judicial no pudiera alterar el sentido de sus decisiones anteriores, el derecho no evolucionaría al mismo ritmo que la realidad social, se fosilizaría.

Pero también es verdad que no parece de recibo que la solución de un caso dependa del juez que a uno le toque y del estado de ánimo que tenga en ese momento (que la administración de justicia sea una lotería). El principio de seguridad jurídica, consagrado en el artículo 9.3 CE, exige que las actuaciones judiciales sean previsibles (de ahí que el justiciable confíe en que su pretensión va a merecer la misma respuesta obtenida por otros en casos similares, aunque sólo sea por un imperativo de simple coherencia personal del juzgador). El principio de igualdad tiene, pues, “una dimensión que se proyecta en la continuidad de la aplicación de la ley por los órganos judiciales, vedando una interpretación voluntarista o arbitraria de la norma” (STC 160/1993, del 17 de mayo). Va a utilizarse como “parámetro de la constitucionalidad” de las resoluciones judiciales (Requejo).

El TC, que siempre ha subrayado la necesidad de conciliar esta faceta del principio de igualdad con la independencia judicial (STC 49/1982, del 14 de julio, entre otras) y “naturaleza dinámica y progresiva de la función judicial” (ATC 103/1990, del 9 de marzo), se ha mostrado muy cauto en el ejercicio de sus facultades de revisión cuando ha tenido que resolver recursos de amparo en los que se discutía el alcance de dicho principio. Consciente quizá de su vis expansiva, ha preferido la autolimitación al activismo y ha optado por ejercer un control de tipo formal o externo, de baja intensidad, depurando progresivamente su jurisprudencia inicial. De ahí que sea muy exigente a la hora de fijar los requisitos que deben concurrir para poder apreciar una vulneración de este principio por parte de un órgano judicial. Estos requisitos son, en síntesis, tres: identidad del órgano judicial, identi-

dad sustancial de los supuestos de hecho enjuiciados y ausencia de una fundamentación adecuada que justifique, en términos generalizables, el cambio de criterio interpretativo (STC 90/1993, del 15 de marzo).

### *A) Identidad del órgano judicial*

Para que la desigualdad tenga relevancia constitucional y pueda prosperar la demanda de amparo, se exige, en primer lugar, que las resoluciones contradictorias provengan del mismo órgano judicial. El término de comparación o referencia ha de ser otras resoluciones anteriores del mismo juez o tribunal que dictó la resolución impugnada, y no de otros órganos o del mismo órgano colegiado cuando han cambiado sus titulares, su composición. A estos efectos, se considera que las distintas secciones de una Audiencia Provincial constituyen órganos jurisdiccionales diferentes (criterio sentado en el ATC 233/1985 y reiterado en resoluciones posteriores, como las SSTC 134/1991, del 17 de junio, y 46/1996, del 25 de marzo). Por el mismo motivo, se viene sosteniendo que cuando nos hallemos ante sentencias dictadas por Magistrados diferentes que pertenecen a una misma Audiencia o sección, pero actúan constituidos como órganos unipersonales, no estamos ante el mismo órgano judicial a los efectos del artículo 14 CE.

No se garantiza, por tanto, la uniformidad en la aplicación del derecho por todos los jueces y tribunales. Esa homogeneidad es un objetivo a alcanzar en un Estado de Derecho, pero para eso están los recursos legalmente previstos ante los órganos jurisdiccionales superiores y el Tribunal Supremo. La unificación de la jurisprudencia cuando hay interpretaciones divergentes de la misma legalidad (discordancias entre resoluciones judiciales dictadas por jueces o tribunales distintos que no entrañan una discriminación y no pueden evitarse sin poner en riesgo el principio de independencia del juez en el ejercicio de la función jurisdiccional) no es competencia del TC, que no es un Tribunal de casación universal, salvo que alguna de esas interpretaciones resulte contraria a un derecho fundamental susceptible de amparo (véase, por todas, la STC 183/1991, del 30 de septiembre).

El TC, se lee en la STC 30/1987, del 11 de marzo, “no puede ni sustituir al juzgador ordinario en la apreciación de las diferencias..., ni determinar cuál de las dos resoluciones contrastantes es la correcta en derecho,

ni operar, en fin, como lo que ciertamente no es: como un órgano formador o unificador de jurisprudencia”.

*B) Identidad de los supuestos de hecho resueltos de forma contradictoria*

Se exige además, como segunda condición, la sustancial identidad de las situaciones de hecho contempladas en las resoluciones judiciales divergentes y la aportación por el demandante (sobre él recae la carga de la prueba) de un término adecuado de comparación: casos similares resueltos anteriormente de otra forma, en otro sentido. Este principio sólo opera respecto de resoluciones dictadas con anterioridad: una sentencia posterior a la impugnada en amparo no constituye un término idóneo de comparación (STC 152/1994, del 23 de mayo). No se exige una plena identidad fáctica pero sí la presencia de suficientes rasgos o elementos comunes como para considerar jurídicamente iguales los supuestos enjuiciados. No basta con invocar cualquier pronunciamiento aislado y acreditar la diferencia de trato: las decisiones anteriores que se identifican como término de referencia “han de ser expresivas de una línea jurisprudencial cierta”, de una orientación definida y consolidada, de la cual parece separarse la resolución atacada (STC 48/1987, del 22 de abril).

El Tribunal es muy riguroso a la hora de verificar el cumplimiento de este requisito. La mayoría de las demandas se desestiman porque no superan este test: o falta un término de comparación o el que se aporta no es idóneo. Así, el juego del principio de igualdad en la aplicación de la ley es muy limitado, por ejemplo, en materia de reconocimiento o declaración por el INSS de las situaciones de invalidez, porque, dada la configuración casuística y particularizada de estas situaciones, es muy difícil que dos supuestos de hecho puedan considerarse sustancialmente iguales o equiparables. Esta dificultad deriva de la necesidad de tener en cuenta, a la hora de calificar la posible invalidez, no sólo las lesiones producidas, sino también las circunstancias personales y profesionales del trabajador afectado (SSTC 232/1991, del 10 de diciembre, y 53/1996, del 23 de marzo).

No hay que perder de vista, en este sentido, que una acción u omisión ilegal no puede servir como precedente. No existe un derecho a la igualdad en la ilegalidad: la persona, física o jurídica, a quien se aplica una determinada norma no puede alegar el principio constitucional de igualdad por el

hecho de que esa misma norma no se haya aplicado anteriormente a otras personas en sus mismas circunstancias (STC 21/1992, del 14 de febrero, FJ 4o.). En palabras del propio TC, “entre los derechos reaccionales que pudieran... surgir frente a un tratamiento desigual derivado de un admitido error en la aplicación del derecho, no se cuenta el de obtener un tratamiento contrario a las normas legales”, por lo que no se puede restablecer la igualdad de trato mediante la aplicación de criterios que no se ajustan a la legalidad (STC 154/1986, del 4 de diciembre).

En aplicación de esta doctrina, el TC ha rechazado, por ejemplo, la pretensión de un partido político, que consistía, llevado al límite su razonamiento, en que se reconociese su derecho a transgredir las ordenanzas municipales que fehacientemente había infringido, con el único argumento de que otras formaciones políticas habían incurrido en idéntico ilícito administrativo sin que se les hubiera impuesto, según se alega, la correspondiente sanción (ATC 327/1995, del 11 de diciembre). Esta exclusión resulta particularmente relevante en el ámbito penal: la injusta impunidad de algunos de los participantes en los mismos hechos o el diferente tratamiento punitivo a quienes incurren en el mismo comportamiento delictivo no entrañan una vulneración del derecho garantizado en el artículo 14 CE (SSTC 17/1984, del 7 de febrero, y 51/1985, del 10 de abril).

Una precisión más: la comparación se limita a las diferencias en la interpretación y aplicación de las normas, no se extiende a la apreciación de los hechos (a la libre valoración de la prueba, por ejemplo), como se encarga de recordar, entre otras, la STC 207/1992, del 30 de noviembre.

### *C) Ausencia de una fundamentación adecuada que justifique el cambio de criterio interpretativo*

La afirmación del principio constitucional de igualdad en esta vertiente no significa, conviene insistir en ello, que un órgano judicial concreto no pueda apartarse de sus propios precedentes, no pueda cambiar inopinadamente su línea jurisprudencial (coincida o no con la línea o doctrina predominante). Como ha dicho el TC, sobre los múltiples titulares del poder judicial no pesa la exigencia absoluta de interpretar siempre del mismo modo la ley y resolver siempre en el mismo sentido aquellos supuestos que se pretenden iguales: el órgano judicial no está vinculado pro futuro a sus propios precedentes, puede reexaminar sus decisiones anteriores e interpretar la misma norma de

otra manera que le parezca más ajustada a la realidad social de ese momento (o simplemente puede haber llegado a la conclusión de que la interpretación anterior era incorrecta o errónea). Por esa razón, la mera constatación de una diferencia de criterio respecto de una decisión anterior no implica, de forma automática, la infracción del derecho fundamental en cuestión: habrá que determinar, en un segundo momento, si ese cambio es o no arbitrario.

Así pues, el principio de igualdad en la aplicación de la ley, que, a diferencia del principio de igualdad en la ley, es “predominantemente formal” (STC 63/1984), no garantiza a quienes acudan a los tribunales la obtención de una resolución igual a las que haya adoptado ese órgano judicial con anterioridad en supuestos de hecho sustancialmente iguales o equiparables. Lo que garantiza es que la modificación de los propios precedentes sólo sea posible bajo ciertas condiciones.

La primera de estas condiciones es la motivación. El órgano judicial que resuelve supuestos análogos de forma diferente a como lo venía haciendo debe expresar la razones objetivas que le han llevado a modificar su criterio en ese caso concreto (debe ofrecer “una fundamentación suficiente y razonable”). El cambio de línea jurisprudencial ha de ser consciente (no inadvertido o irreflexivo) y estar razonablemente fundamentado o justificado en una determinada interpretación de las normas, del derecho, para excluir así la pura arbitrariedad, el capricho o el favoritismo. La nueva directriz interpretativa debe responder a una reflexión del juzgador ajena a una finalidad discriminatoria. En puridad, la realización del principio de igualdad en la aplicación judicial de las normas no se asegura mediante la atribución de un valor vinculante al precedente, sino a través de la obligada motivación de cada sentencia, de la exigencia de justificación de la diferencia de trato (Requejo).

Pero el TC, que ha afirmado muchas veces que no le corresponde, en principio, enjuiciar la solidez o debilidad de las razones que motivan el cambio de criterio interpretativo (véase, por todas, la STC 30/1987, del 11 de marzo), no siempre se limita a comprobar la existencia de una justificación que elimine toda sospecha de arbitrariedad. A veces, entra a valorar la suficiencia o razonabilidad de esa argumentación y en algunas sentencias ha apreciado una vulneración del principio de igualdad al estimar que ese razonamiento era arbitrario y, en consecuencia, discriminatorio (en la STC 161/1989, del 16 de octubre, por ejemplo). La cuestión es más complicada de lo que parece, porque a veces se hace difícil deslindar la ausencia de fundamento de su posible insuficiencia (Ollero).



En alguna ocasión ha admitido, con carácter excepcional, que esa motivación puede estar implícita en la propia resolución, puede deducirse razonablemente de los términos en que está redactada o de circunstancias o elementos de juicio extrínsecos, como es la existencia de otras decisiones posteriores del mismo órgano jurisdiccional en el mismo sentido que la recurrida (pronunciamientos coincidentes con la línea abierta por la resolución innovadora). No es necesario que la justificación del cambio de criterio se exprese formalmente. Lo importante, ha dicho, es la existencia, objetivamente perceptible, del cambio mismo (que resulte patente que la diferencia de trato tiene su fundamento en un efectivo cambio de criterio, en una nueva interpretación de la norma adoptada de forma reflexiva), no su exteriorización: “puede haber casos en los que de la propia lógica interna de la sentencia, o de datos externos a ella, como podría ser la innovación de la jurisprudencia del órgano jurisdiccional superior... pueda inferirse con certeza, o al menos con relativa seguridad, que el cambio es consciente” (SSTC 49/1985, del 28 de marzo; 120/1987, del 10 de julio, y 269/1993, del 20 de septiembre, entre otras).

Hay quien ha visto en este “inocente matiz autoinhibitorio” una invitación al “escamoteo”, que puede suponer la quiebra absoluta de la doctrina establecida en un primer momento (Ollero). Y, ciertamente, la admisión de los cambios implícitos de criterio ha trastocado completamente esa doctrina. El Tribunal no puede despachar el asunto basándose en la ausencia de una motivación expresa: tiene que entrar a analizar en estos supuestos si efectivamente se ha producido una desviación consciente del precedente. Este planteamiento, extremadamente respetuoso con el principio de independencia judicial, no resulta del todo satisfactorio, porque el hecho de que un cambio sea reflexivo no nos garantiza que no sea arbitrario (Suay, 1991).

Según Ollero, el Tribunal parece conformarse con levantar acta de la mera existencia del cambio, lo que equivale, simple y llanamente, a que una vez constatada su existencia efectiva, sobra cualquier pesquisa sobre si tiene o no un fundamento racional. Se renuncia a esa indagación, dando por buena, sin más, cualquier justificación. Es evidente, a juicio de este autor, que si reducimos la exigencia de que el cambio de criterio esté fundamentado a la mera existencia de una motivación nos colocamos en la órbita del artículo 24 CE, consumándose así el desmantelamiento de la doctrina inicial. En realidad, ha escrito Requejo, no se exige de las sentencias que se apartan del precedente nada que no se exija *per se* a cualquier sentencia.

Ollero (que coincide en este punto con Suay) se opone a cualquier relación o vaciamiento de los controles y reclama el retorno a la doctrina tradicional que tiene como eje la exigencia de una fundamentación suficiente y razonable de los cambios de criterio. Con razón se ha dicho que la existencia de precedentes añade mayores dosis de exigencia a la fundamentación, no porque aquéllos sean vinculantes, sino porque suponen la existencia de directrices interpretativas tenidas en otro tiempo por adecuadas, que deben ser tomadas en consideración, reflexivamente, por el juzgador (Requejo). En esta línea se sitúan, por lo demás, muchos de los pronunciamientos de nuestro TC. De hecho, éste ha controlado en algunas ocasiones la suficiencia de la justificación (en la STC 12/1988, del 3 de febrero, por citar sólo un ejemplo), aunque han sido escasos los amparos otorgados (véanse, por ejemplo, las SSTC 151/1986, del 1 de diciembre; 101/1987, del 15 de junio; 181/1987, del 13 de noviembre, y 55/1988, del 24 de marzo, recaídas todas ellas en casos tan clamorosos como el resuelto mediante la última de las decisiones citadas: la Sala 6a. del TS había dictado en el espacio de 15 días dos resoluciones contradictorias sobre un mismo acto, el despido de dos hermanos, sin motivar de modo expreso o tácito el cambio de postura ni hacer referencia siquiera a la decisión anterior).

Se exige, en todo caso, que ese nuevo criterio, esa nueva interpretación en que se basa la resolución del caso concreto, se aplique en el futuro, con carácter general, a todos los casos semejantes que pudieran presentarse. El cambio de criterio no puede ser ocasional o abrupto (una ruptura o desviación excepcional e inesperada de la trayectoria seguida hasta entonces para ese caso concreto únicamente), ni responder a un puro “voluntarismo selectivo” (STC 200/1989, del 30 de noviembre). Tiene que tener continuidad, proyección de futuro, vocación de estabilidad (STC 201/1991, del 28 de octubre). Para que un cambio de criterio pueda reconocerse como tal ha de consistir en una “solución genérica conscientemente diferenciada de la que anteriormente se venía manteniendo” (STC 63/1984), y no una simple respuesta particular y aislada al concreto supuesto planteado (una respuesta de este tipo sería, por definición, jurídicamente incorrecta, existan o no precedentes).

### III. LA IGUALDAD ANTE LA LEY

Es muy abundante la jurisprudencia del TC en esta materia. Un intento de sistematización podría pasar por el subrayado de los siguientes puntos:

### A) *El marco teórico*

1. La interpretación de cómo vincula la igualdad al legislador es extraída por el TC, empleando el criterio exegético previsto en el apartado segundo del artículo 10 CE, de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el artículo 14 del Convenio de Roma (desde la Sentencia del 23 de julio de 1968 que resolvió el caso relativo a ciertos aspectos del régimen lingüístico en Bélgica).

2. La doctrina, a partir de la STC 22/1981, de 2 de julio, está firmemente establecida:

a) El principio de igualdad vincula a todos los poderes públicos (artículos 9.1 y 53.1 CE); por tanto, también al legislador (y no sólo a Administración y Poder Judicial).

b) Ahora bien, desigualdad (normativa de trato) no es necesariamente discriminación. Cualquier desigualdad de trato en el ejercicio de los derechos y libertades constitucionalmente reconocidos, derivada de la existencia de supuestos de hecho distintos pero comparables (por existir entre ellos una considerable proporción de elementos comunes) no constituye por sí sola discriminación. Una mecánica equiparación entre desigualdad y discriminación conduciría, evidentemente, a resultados absurdos, ya que a situaciones fácticas diversas le corresponden soluciones jurídicas diferenciadas; no siendo infrecuente, por otra parte, que ciertas desigualdades de trato jurídico tiendan precisamente a corregir las que existen en el plano de los hechos. Ante situaciones de desigualdad fáctica, un derecho “neutro” no es neutral, sino un instrumento de conservación del *statu quo*.

c) Admitido lo anterior, la “*clé de voute*” de este problema consiste en hallar los criterios que permitan distinguir cuando una diferencia normativa de trato incurre en discriminación. Estos criterios, deducidos por el TEDH de “la práctica judicial de un gran número de países democráticos” serían dos:

- 1o. La desigualdad debe basarse en una justificación objetiva y razonable, esto es, debe perseguir una finalidad constitucionalmente legítima.
- 2o. Dicha justificación debe ser apreciada mediante un examen de la razonabilidad y objetividad, conforme a criterios y juicios de valor generalmente aceptados, de la relación de proporcionalidad, que se exige lógica, entre los medios empleados y los fines y efectos perseguidos por la diferenciación normativa de trato.

3. En el proceso constitucional en el que se solicite la aplicación del principio de igualdad, “compete a los órganos del Estado demandados en el procedimiento constitucional la carga de ofrecer la justificación que el diferente trato legal posee”, y a quien la deduzca, “la aportación de un término de comparación adecuado y suficiente que permita constatar que ante situaciones de hecho iguales le han dispensado un trato diferente sin justificación objetiva y razonable” (por todas, STC 261/1988, del 22 de diciembre). En bastantes ocasiones el TC ha estimado que no existía ese *tertium comparationis* adecuado, como, por ejemplo, la exclusión del régimen de afiliación al sistema de seguridad social de los trabajadores del servicio doméstico a quienes sean familiares hasta cierto grado del empleador (STC 109/1988, del 8 de junio), la conexión de sanciones penales distintas a diferentes tipos delictivos (STC 65/1986, del 22 de mayo) o el establecimiento de un distinto régimen para la adquisición de una pensión de orfandad entre la adopción plena (equiparada a la filiación por naturaleza) y la adopción simple (STC 33/1983, del 4 de mayo). Para determinar si se da un trato diferente y discriminatorio a situaciones que son semejantes, “será necesario también precisar si las situaciones subjetivas son efectivamente comparables o cotejables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso” (STC 29/1987, del 6 de marzo).

4. El juicio de igualdad no comprende la “discriminación por indiferenciación” (STC 86/1985, del 10 de julio), esto es, el derecho a un trato legal diferenciado de supuestos distintos (o interdicción de la igualdad de trato entre sujetos en posiciones fácticas diferentes). El artículo 14 CE no abarca un “derecho a la desigualdad”, sino un derecho a la igualdad: la prohibición de trato normativo desigual de situaciones subjetivas semejantes (que sí se permite, obviamente, sobre situaciones diferentes).

*B) La praxis del Tribunal Constitucional:  
mera exigencia de razonabilidad*

1. Sin embargo, el TC no viene realizando este juicio de proporcionalidad, sino que estima, simplemente, que el principio de igualdad en el contenido de la ley permite introducir diferenciaciones entre supuestos de hecho comparables si para las mismas existe una justificación “objetiva y razonable”. Es decir, una razonable diferencia normativa de trato no es discriminatoria. Los ejemplos son numerosos en un sentido y en el otro. El TC

encontró que diferencias normativas de trato como las siguientes eran razonables y, por tanto, no discriminatorias: la concesión del beneficio de la prórroga forzosa de los arrendamientos rústicos sólo para los cultivadores personales (STC 8/1982, del 4 de marzo); la exigencia de casar con noble como condición para adquirir por vía hereditaria un título nobiliario (porque no siendo inconstitucional en sí mismo el título de nobleza no puede serlo supeditar su adquisición al hecho de casar con otro noble: STC 27/1982, del 24 de mayo); la institución procesal del antejuicio, ineludible para el ciudadano que intente exigir responsabilidad penal de jueces y magistrados (dado que no cierra el paso a la acción penal en atención a motivos personales concurrentes en los querellados, sino que permite valorar la procedencia de admitir la querrela en consideración a la específica función que aquellos ejercen, la cual concierne de modo relevante al interés público: STC 61/1982, del 13 de octubre); la decisión gubernamental de designar como representantes de los trabajadores españoles para la 67ª. Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo a ELA-STV, pero no a Inter-sindical Nacional Galega (pues el sindicato vasco obtuvo el primer puesto en las elecciones sindicales de su Comunidad Autónoma y el gallego, el tercero: STC 65/1982, del 10 de noviembre); la desigualdad de trato entre diversas situaciones, derivada sólo de un cambio normativo y producida únicamente por la diferencia de fecha en que cada una de ellas tuvo lugar no encierra discriminación alguna (por ejemplo, las sucesivas alteraciones al alza de las regulaciones prestacionales pasivas: STC 70/1983, del 26 de julio); el legislador goza de un amplio margen de libertad para dispensar distintos tratamientos jurídicos a las situaciones funcionariales (sobre esta cuestión hay muchas sentencias: régimen de incompatibilidades —STC 112/1996, del 29 de abril—, sistema retributivo —STC 29/1987, del 6 de marzo—, categorías funcionariales —STC 99/1984, del 5 de noviembre, o STC 7/1984, del 25 de enero—, etcétera); la distinta regulación legislativa de la extinción de las relaciones laborales, en el supuesto de despido improcedente en caso de que el empresario opte por la no readmisión, según que la relación laboral existiera en empresas de más o menos de 25 trabajadores (ya que es una medida que protege a la pequeña y mediana empresas: STC 6/1984, del 24 de enero); la regulación por la L. J. C. A. de un procedimiento especial en materia de personal (dado que la relación de supremacía entre la administración y los funcionarios convierte en una cuestión de interés público la resolución con rapidez de los litigios que se planteen entre ellos: STC 93/1984, del 16 de octubre); el establecimiento

de una edad máxima de jubilación no viola el artículo 14 CE (resume la doctrina del TC en este punto la STC 95/1985, del 29 de julio); las diferencias de trato entre sindicatos en razón de la mayor representatividad e implantación no son discriminatorias (STC 98/1985, del 29 de julio, y 184/1987, del 18 de noviembre); una revisión catastral efectuada por un Ayuntamiento antes de que la efectuaran otras administraciones tributarias (en la medida en que el artículo 14 CE no protege como derecho fundamental la legítima aspiración a la igualdad real frente a desigualdades de trato que no deriven de criterios jurídicos discriminatorios, sino de otras circunstancias razonables: STC 8/1986, del 21 de enero); la previsión de sanciones penales distintas para diferentes tipos delictivos (porque no corresponde al TC enjuiciar la política criminal del legislador: STC 65/1986, del 22 de mayo); la figura de la agravante de reincidencia (ya que tan razonable es, desde el punto de vista constitucional, sostener que la lesión de un bien jurídico es más grave cuando es repetida, como sostener lo contrario: STC 150/1991, del 4 de julio); la organización de enseñanzas en euskera no discrimina al resto de la población que no pueda o quiera utilizarla (pues la regulación garantiza el respeto de las diversas lenguas: STC 137/1986, del 6 de noviembre); una ley singular, siempre que responda a una situación excepcional, igualmente singular (STC 166/1986, del 19 de diciembre, y 6/1991, del 15 de enero); la diversificación de tipos impositivos acordada, con cobertura legal, por un ente local (STC 19/1987, del 17 de febrero); no es contrario al artículo 14 CE el distinto régimen (laboral y de seguridad social) para los diferentes colectivos de trabajadores por cuenta ajena, siempre que se justifique en las características especiales de cada tipo de trabajo (por todas: STC 56/1988, del 24 de marzo); la variación, modificación o sustitución progresivas de los planes de reconversión industrial en atención a las circunstancias socioeconómicas del momento y otras causas razonables (STC 236/1988, del 12 de diciembre); el subsidio especial de desempleo para los trabajadores agrícolas eventuales de Andalucía y Extremadura no discrimina a los de Murcia (porque los de aquellas regiones son muchos más: STC 90/1989, del 11 de mayo); no puede haber discriminación alguna basada en la lengua respecto del derecho a la educación, pero ello no implica que la exigencia de igualdad sólo se entienda satisfecha cuando los educandos reciban la enseñanza íntegramente en la lengua preferida por sus padres (en el caso se trataba del valenciano) en un centro docente público de su elección (STC 195/1989, del 27 de noviembre); el trato no equiparable, respecto de la pensión de viudedad, de las uniones

estables extramatrimoniales y los matrimonios (STC 184/1990, del 15 de noviembre); la sujeción de los miembros de la Guardia Civil a un régimen disciplinario militar (STC 161/1995, del 7 de noviembre); el sistema, la duración y la denominación diferentes de las penas en el Código Penal militar y en el común no es discriminatorio (ATC 68/1996, del 25 de marzo); el privilegio que tiene la Hacienda Pública cuando es condenada al pago de una cantidad líquida en relación con el tipo de interés es una diferencia de trato razonable (STC 206/1993, del 22 de junio, y 113/1996, del 25 de junio), etcétera.

2. Aunque, naturalmente, en muchas menos ocasiones que en el caso contrario, el TC también ha estimado que algunas diferencias normativas de trato carecían de justificación objetiva y razonable y eran, en consecuencia, discriminatorias. Entre otras: la diferencia de trato, en cuanto al cómputo del tiempo de servicios prestados, entre funcionarios que se hubieran jubilado sin haber padecido una incapacidad permanente que hubiera dado lugar a una jubilación anterior y aquellos otros en los que sí concurriera tal circunstancia (STC 34/1981, del 10 de noviembre); la exigencia de haber estudiado en un centro universitario concreto —de Barcelona— para acceder al puesto de técnico bibliotecario en las bibliotecas de Cataluña (STC 42/1981, del 22 de diciembre); los tratos favorables para los militares, consistentes en una reducción de la pensión alimenticia que deban pasar a sus esposas e hijos (STC 54/1983) y en la prohibición de embargo de sus haberes personales para hacer efectiva sus responsabilidades procedentes de contratos celebrados con particulares o de las costas producidas para su reclamación (STC 151/1985, del 5 de noviembre), pues no puede aducirse una causa razonable que los explique (la conveniencia de que el militar goce de independencia económica que le permita mantener dignamente su estatus ha de ser reconocida también a los funcionarios civiles y a todos los ciudadanos); la notable diferencia entre los propietarios de viviendas de protección oficial que renunciaban en el expediente expropiatorio a cualquier reclamación o recurso y los que no lo hicieran, a efectos de que los antiguos propietarios de terrenos expropiados pudieran pretender la cesión de terrenos para edificar viviendas de renta limitada (STC 162/1985); la no atribución a detenidos españoles que no conozcan suficientemente el castellano del derecho (sí otorgado a los extranjeros) a ser asistidos por un intérprete (STC 74/1987, del 25 de mayo); la condición del otorgamiento del derecho a una pensión extraordinaria (referida a los voluntarios españoles en Marruecos) a una “buena conducta” (STC 114/1987, del 6 de ju-

lio); la no aplicación de la legislación de amnistía a los funcionarios militares nombrados antes de la guerra civil (pues sí se aplicaba a todos los funcionarios civiles sin distinción, cualquiera que hubiera sido la fecha de su nombramiento: STC 116/1987, del 9 de julio); la no extensión del derecho a percibir una pensión extraordinaria a las viudas de esposos ejecutados en la zona “nacional” (que sí percibían las viudas de esposos ejecutados en la republicana: STC 204/1988, del 7 de noviembre); el régimen fiscal de declaración conjunta y acumulación de rentas de las personas unidas por matrimonio en el I. R. P. F. (STC 209/1988, del 10 de noviembre, y STC 45/1989, del 20 de febrero); la inembargabilidad absoluta de las prestaciones de seguridad social al margen y haciendo completa abstracción de su cuantía, origen y las circunstancias personales de los perceptores (ya que no hay causa razonable que justifique las ventajas de los perceptores de prestaciones sociales ni la posición de desventaja en que se coloca a sus acreedores en relación con quienes lo sean de otras retribuciones, subsidios o pensiones: STC 113/1989, del 22 de junio); diversos cálculos de liquidación de intereses de demora más favorables para la Administración (pues esta prerrogativa administrativa no se justifica en ningún bien o principio constitucional: STC 23/1997, del 11 de febrero), etcétera.

3. El criterio de la razonabilidad como núcleo del control de constitucionalidad que se desprende del artículo 14 CE y que, a nuestro juicio, es el más respetuoso (desde luego, mucho más que el de proporcionalidad) con la deferencia o *self-restraint* que debe presidir, por exigencia del principio democrático, el examen por parte del TC de la actividad del legislador, ofrece, sin embargo, una inevitable vulnerabilidad, pues remite a un concepto tan evanescente y voluble como el de “los criterios y juicios de valor generalmente admitidos”, en definitiva a “la conciencia jurídica de la comunidad”. La STC 76/1986, del 9 de junio, afirma, en este sentido, que la idea de racionalidad “descansa, en última instancia, en razones de equidad, de justicia material, de satisfacción de una demanda social, que se conecta con objetivos de justicia que la propia Constitución ha elevado a la categoría de valores superiores del ordenamiento”. Por ello, el TC sólo deberá anular una regulación por discriminatoria cuando sea claramente arbitraria. La conexión entre la igualdad ante la ley (artículo 14a CE) y la prohibición de arbitrio (artículo 9.3 CE) es evidente. Cuestión distinta es, como hemos sostenido, la prohibición de discriminación en sentido estricto (por raza, sexo, etcétera): cuando está en presencia algunos de estos rasgos como criterio de la diferencia jurídica de trato, el control judicial debe



endurecerse. Sin embargo, hasta el momento, el TC sólo ha tenido ocasión de realizar un control más estricto en relación con la discriminación por razón de sexo, de nacimiento y de edad (no se le han presentado apenas discriminaciones raciales, religiosas o ideológicas). Ciertamente, la apertura de la lista de discriminaciones concretas del artículo 14 CE (aunque positiva porque permite una adaptación en el tiempo de la cláusula a nuevos ataques a la dignidad humana), “relativiza” la distinción entre el principio de igualdad (doctrina de la clasificación razonable) y el de prohibición de discriminación (doctrina de la clasificación sospechosa); sería, por ello, deseable que el legislador y el TC seleccionaran muy cuidadosamente los criterios a considerar en el futuro como “sospechosos” (como ha venido, en realidad, haciendo el TC en relación, sobre todo, con la edad y las minusvalías).

Es muy interesante el voto particular de Luis Díez-Picazo a la STC 34/1981, del 10 de noviembre. En dicha sentencia, ya analizada sumariamente, el TC aprecia un trato discriminatorio. El magistrado discrepante intenta limitar un juicio demasiado expansivo, por parte del Tribunal, de la igualdad, porque, de otro modo, “el principio y el control de constitucionalidad que conlleva corren el riesgo de convertirse en control valorativo de la justicia de las soluciones legislativas, lo que, a mi juicio, no es, en puridad, competencia del Tribunal”; en efecto, “la referencia a la naturaleza de las cosas, al carácter razonable y a otros parámetros semejantes a los que se suele recurrir para delimitar la igualdad permite una fácil inclinación hacia el iusnaturalismo, que debe ser cuidadosamente evitado por una jurisdicción constitucional”. El propio magistrado confirma este punto de vista un mes después, en la STC 42/1981, sosteniendo también en otro voto particular que la desigualdad normativa de trato en examen (la exigencia de haber estudiado en la Escuela de Bibliología de Barcelona para poder acceder al puesto de técnico bibliotecario en las bibliotecas de Cataluña) no era discriminatoria, ya que faltaba el término de comparación: en ese momento, sólo existían en toda España estudios superiores de biblioteconomía en ese centro de Barcelona. El caso es que el TC, al emplear únicamente el test de razonabilidad como criterio de enjuiciamiento, ha utilizado relativamente poco (y de un modo correcto, casi siempre) el artículo 14 CE para invalidar regulaciones normativas.

Un magnífico ejemplo de empleo del test de proporcionalidad y no el de razonabilidad, y muy ilustrativo del carácter “fatal” que podría tener invariablemente sobre la legislación en examen, lo ofrece el voto particular (de nada menos que cinco magistrados) a la STC 70/1983, del 26

de julio. La mayoría del Tribunal había declarado que el establecimiento de una edad máxima (60 años) para el acceso al cargo de interventor en los municipios de Madrid y Barcelona era razonable, no porque obedeciera a una presunción de incapacidad personal del mayor de esa edad, sino para evitar que accedieran a tal puesto funcionarios de una edad cercana a la jubilación que apenas tuvieran tiempo suficiente para conocer las peculiaridades del Ayuntamiento de Madrid o de Barcelona. El voto disidente empieza afirmando que el criterio de mera razonabilidad adoptado por el TC se confunde por completo con la regla de la interdicción de la arbitrariedad del artículo 9.3 CE. Sin embargo, lo correcto no es justificar la razón de ser de la norma para hacer posible la desigualdad, “sino de tratar justificar la ruptura de la igualdad en sí misma, que sólo puede encontrarse en una tutela de bienes jurídicos, que estén constitucionalmente protegidos y tengan carácter superior a los que resultan sacrificados, siempre que se dé una regla de proporcionalidad entre el bien protegido y el derecho sacrificado”. Por tanto, la desigualdad debe tener un fin constitucional (en el caso, la eficacia de la Administración es un bien constitucionalmente protegido, pero de inferior rango al de la igualdad), la diferencia normativa debe ser adecuada y proporcionada al fin que persigue (en el caso tampoco ocurre: ya que ni los mayores de 60 años son incapaces, ni se favorece la eficacia de la gestión con la medida, ni se garantiza la continuidad en el ejercicio del cargo a los interventores en los citados municipios), y ha de tener carácter general o constituir una excepción justificada (lo que tampoco concurre en el caso: se refiere sólo a Madrid y Barcelona y no hay suficientes razones para ello). En conclusión, el TC debiera haber anulado la diferencia considerada. No se solucionan, empero, los problemas del juicio de igualdad, a nuestro juicio, sustituyendo los juicios del TC por los del legislador. Es discutible la imposición de una edad máxima para ese puesto en esos municipios, pero también lo son las razones del voto particular (¿por qué no hay suficientes razones para distinguir Madrid y Barcelona del resto de municipios? o ¿en qué se basa para afirmar que la medida no favorece la eficacia de la gestión?). Obviamente, deben prevalecer las razones del legislador, salvo en el caso extremo de que las diferencias normativas que introduzca sean intolerables (prohibición de arbitrariedad).

#### IV. PRINCIPIO DE IGUALDAD Y RELACIONES JURÍDICO-PRIVADAS

No cabe duda de que el principio de igualdad recogido en el artículo 14 CE “es un principio básico de nuestro ordenamiento jurídico en todas sus ramas” (STC 38/1986, del 21 de marzo) y como tal vincula al legislador (en cualquier sector del ordenamiento) y al poder reglamentario (STC 144/1988, del 12 de julio). Este principio constitucional opera, además, directamente, como criterio o medida de valoración de la licitud de la actuación de los poderes públicos. La cuestión es si su vigencia se extiende *ex Constitutione*, sin necesidad de una previa mediación legislativa, al ámbito de las decisiones o normas emanadas de la voluntad de uno o varios sujetos privados.

En la jurisprudencia del TC se observa una tendencia a combinar declaraciones solemnes que tienen como eje una definición del derecho a obtener un trato igual, no discriminatorio, como un derecho subjetivo que sólo los poderes públicos están obligados a respetar (véase, por todas, la STC 2/1983, de 24 de enero), con otras afirmaciones, más esporádicas y de alcance más limitado, que apuntan en la dirección opuesta. Esta contradicción ha sido puesta de manifiesto por la doctrina más atenta. Cuando el TC pretende hacer doctrina general, sus conclusiones son tajantes y contrarias a la aplicación del principio de igualdad en el ámbito de las relaciones entre particulares. Pero no ha vacilado, sin embargo, a la hora de entrar a analizar la compatibilidad con el artículo 14 CE de determinadas cláusulas incluidas en convenios colectivos.

Se ha dicho, con razón, que el TC tendría que haber adoptado un planteamiento menos rígido en torno a esta cuestión: sin perjuicio de que la regla general sea la no exigibilidad de la igualdad de trato en las relaciones entre particulares, campo en el que la autonomía de la voluntad como expresión de la libertad personal es el valor que fundamentalmente hay que proteger, habría sido muy conveniente distinguir según los casos y admitir diversas escalas en la vinculación al artículo 14 CE (Suay). No es lo mismo, obviamente, el campo de las relaciones laborales que otros ámbitos donde la presencia del interés público es menor.

Para poder calibrar el alcance del principio de igualdad en este terreno, hay que tener presente que el artículo 14 CE contiene, por un lado, una cláusula general de igualdad, y por otro, un mandato tajante de no discriminación por razones específicas. El TC ha admitido, en líneas generales, la eficacia inmediata (que no absoluta) entre particulares de la prohibición

de determinados factores o motivos de discriminación, que son objeto de una valoración especialmente negativa por parte del constituyente, pero no en su dimensión positiva de rígida igualdad de trato. Por esta solución diferenciada se inclina, también, un amplio sector de la doctrina

### A) *El principio de igualdad*

Este mandato constitucional tiene una eficacia muy limitada en el ámbito de las relaciones regidas por el derecho privado debido al amplio juego que en este contexto se reconoce al principio de autonomía de la voluntad, un principio que también cuenta con respaldo constitucional (artículos 1.1, 10.1 y 38, entre otros) y en cuya virtud las partes implicadas son libres para gestionar sus propios intereses y regular sus relaciones, sin imposiciones externas, dentro, siempre, de los límites que marca el artículo 1255 del CC.

Bien explícita es, en este sentido, la STC 108/1989, del 8 de junio. La obligación de respetar el principio constitucional de igualdad ante la ley, dice el Tribunal, “se impone a los órganos del poder público, pero no a los sujetos privados, cuya autonomía está limitada sólo por la prohibición de incurrir en discriminaciones contrarias al orden público constitucional, como son, entre otras, las que expresamente se indican en el artículo 14 CE”. Fuera de estos supuestos, una situación de desigualdad de hecho, no imputable a una norma, sólo tendrá relevancia jurídica si se demuestra que existe, en la Constitución o en una norma de rango inferior, un principio jurídico del que deriva la necesidad de igualdad de trato entre los desigualmente tratados (SSTC 59/1982, del 28 de julio, y 34/1984, del 9 de marzo, entre otras).

La doctrina que se ha ocupado de estas cuestiones no ha alcanzado resultados demasiado alentadores. Entre los laboristas españoles (Palomeque, por ejemplo), predomina la tesis de la eficacia *erga omnes* del principio de igualdad, que podría utilizarse como instrumento de control de arbitrariedad en el ejercicio de los poderes públicos y privados (Fernández). Quienes así opinan conciben el principio de igualdad como un principio regulador no sólo de las relaciones entre el ciudadano y el Estado, sino también de las relaciones sociales, que tiene como destinatarios a los particulares y puede imponerse, en ciertos ámbitos, a las entidades privadas.

Entre los cultivadores del derecho privado, R. Bercovitz piensa que el artículo 14 CE forma parte del orden público y opera, en consecuencia,

como límite a la autorregulación privada (artículos 1255 y 6.2 del CC). Los particulares deben respetar, por tanto, el principio de igualdad en su actividad comercial y los tribunales “no pueden prestar auxilio alguno” a una actuación privada contraria al orden público constitucional. Ahora bien, la eficacia de este principio en la esfera jurídico-privada es mucho menor que frente a los poderes públicos, porque “es inherente al propio concepto de autonomía privada el predominio de la voluntad individual sobre la igualdad: se contrata con quien se quiera y como se quiera, se dispone en testamento a favor de quien uno quiera y como se quiera, se dona a quien se quiera y como se quiera... se ejercen los derechos frente a quien uno quiera”, dentro, naturalmente, de los límites marcados por las normas imperativas. Su eficacia dependerá de la naturaleza de los negocios jurídicos de que se trate, de los derechos que se ejerzan y de las circunstancias concurrentes (lo que implica tomar en consideración la intención del sujeto, los resultados concretos y la trascendencia social de los mismos). Así, su incidencia será escasa en el caso de los negocios a título gratuito y mayor en la contratación dirigida al público en general (los contratos que tienen por objeto la prestación de bienes y servicios socialmente relevantes), “sobre todo, cuando el sujeto discriminador tenga una posición total o parcialmente dominante en el mercado o en la sociedad”.

Mayores reservas respecto de la posible incidencia del principio de igualdad en las relaciones entre particulares ha expresado Larenz. En el derecho privado, ha escrito el ilustre jurista alemán, el principio de igualdad se pospone al de autodeterminación y apenas tiene relevancia, ya que son admisibles las desigualdades que el desfavorecido consiente, salvo cuando se trate de situaciones extremas en que hay que considerar el consentimiento como contrario a las buenas costumbres. A esta concepción, mayoritaria en la doctrina civilista, parece adherirse también A. Carrasco. En su opinión, el valor igualdad no constituye “un fin último en el tráfico privado” y no puede ser, por tanto, la referencia última del juicio de ilicitud. Las diferencias de trato que tienen su origen en decisiones tomadas por sujetos privados, no son ilícitas en sí mismas. Sólo se calificarán como tales aquellas que, por su trascendencia social u otras razones, impliquen, además, una violación de otros valores constitucionales sustantivos (la libertad o la dignidad de una de las partes, por ejemplo).

En esta misma línea, J. Alfaro ha descartado la aplicación a las relaciones entre particulares del principio de igualdad (las decisiones individuales valen porque expresan la libre voluntad de las partes, no porque su conte-

nido sea conforme a una determinada escala de valores constitucionales), reconduciendo esta problemática al terreno de la protección de la dignidad humana por parte del Estado. Este autor centra su atención en la cuestión de los límites a la libertad de contratar. Se trata de saber “en qué medida puede obligarse a un particular a celebrar un contrato con otro particular fundando tal obligación en que la negativa a contratar provoca un daño al que reclama la celebración del contrato que no tiene (constitucionalmente) por qué soportar”.

Alfaro cree que para resolver este tipo de controversias se ha de acudir no a la cláusula del artículo 1255 CC, que es la utilizada habitualmente por la doctrina y la jurisprudencia, sino a la del artículo 7.2 del mismo texto legal, que prohíbe el abuso de derecho o ejercicio antisocial del mismo. A su juicio, el único derecho fundamental de la persona rechazada que puede verse afectado por una negativa a contratar es su derecho a no ser sometido a un tratamiento vejatorio o degradante por parte de otro particular. En nuestro ordenamiento supone “un ejercicio anticonstitucional del derecho a (no) contratar la negativa a contratar que signifique tratar vejatoriamente a otro particular, tratarle ‘como si no fuera un ser humano’”, porque el afectado no puede recuperar dicha dignidad dirigiéndose a otro competidor. Para este autor, el fundamento de la obligación de contratar en estos casos no es el carácter vinculante del principio de igualdad y no discriminación en las relaciones *inter privatos*. Una negativa a contratar no es ilícita por ser discriminatoria, sino por atentar contra la dignidad de otro particular. Las discriminaciones que no sean vejatorias, concluye Alfaro, son perfectamente lícitas. Siempre que exista competencia en el mercado (una alternativa razonablemente disponible para obtener el bien o servicio denegado) o medie el consentimiento inequívoco del discriminado (*volenti no fit iniuria*), que puede limitar o renunciar voluntariamente a sus derechos si obtiene, como compensación, determinadas contrapartidas (sólo un ordenamiento paternalista puede excluir de plano esa posibilidad).

La resistencia de este destacado mercantilista a admitir la vinculación de los particulares a este principio constitucional le impide reconocer que éste es materialmente un problema de igualdad, que, como tal, se puede resolver recurriendo a la obligación de respeto a la dignidad humana como parámetro para valorar la legitimidad de la diferencia de trato.

En líneas generales, la doctrina rechaza la vigencia del principio de igualdad en la esfera de las relaciones privadas en cuanto prohibición de la arbitrariedad o imperativo de razonabilidad en el comportamiento del par-

ticular. La libertad individual (en su vertiente negocial o asociativa) incluye necesariamente un margen de arbitrio y no puede limitarse injustificadamente. Puede ejercerse de forma irracional o incongruente. L. Henkin, un autor norteamericano, defendió hace muchos años “*the individual’s freedom to be irrational*”, una libertad que la Constitución nunca ha pretendido eliminar. En lugar de imponer rígidamente a cada individuo que trate a los demás con exquisita igualdad en sus relaciones recíprocas, obligándole a justificar de forma objetiva cualquier desviación de esa regla, se debe permitir un espacio de espontaneidad y hasta de arbitrariedad. Porque existe una esfera de actuación puramente privada, un reducto de vida auténticamente privada, que queda fuera del alcance de las normas constitucionales, en el que los individuos son libres de discriminar a la hora de seleccionar a las personas con las que van a relacionarse (pueden invitar a su casa o a una fiesta a quien crean conveniente, asociarse con quienes deseen y negarse a entrar en un determinado establecimiento, por los motivos que sean), de regular esas relaciones (determinando el contenido de los contratos, de los estatutos sociales o de las disposiciones testamentarias) y de comportarse, en general, de una manera que le está vedada al Estado. Ni siquiera los que abogan por la máxima eficacia de los preceptos constitucionales niegan que esas áreas de inmunidad o autonomía existen. Al fin y al cabo, la abolición de esa esfera privada es una de las señas de identidad del totalitarismo. Extender al ámbito de las relaciones jurídico-privadas el principio constitucional de igualdad, una regla ajena a este mundo, puede acarrear consecuencias absurdas e insostenibles. ¿Puede un inquilino oponerse al desahucio por falta de pago de la renta alegando el hecho de que el arrendador no ha desalojado a otro inquilino en las mismas circunstancias?

De acuerdo con este planteamiento, mayoritario en la doctrina, el principio de igualdad no operaría *ex Constitutione* como límite de la autonomía de la voluntad en el derecho privado. La vinculación al principio de igualdad sólo puede imponerse de forma mediata o indirecta, por vía legislativa, como sucede en el ámbito laboral, en la normativa reguladora de las asociaciones o en los procedimientos concursales. Y siempre con prudencia, para no aniquilar la especificidad de este tipo de relaciones. Este principio puede adquirir relevancia también a través de las cláusulas de orden público, buena fe o buenas costumbres.

La regla general es la libertad negocial y, por consiguiente, la inoperancia del principio de igualdad. En la inmensa mayoría de los casos, el particular no está sometido a una obligación de igualdad de tratamiento en sus

relaciones con otros particulares (no tiene por qué justificar, por ejemplo, su decisión de no contratar a una persona cuando lo ha hecho con otras en idénticas circunstancias), sobre todo si esas relaciones son realmente paritarias, entre iguales. Pero el problema puede plantearse en escenarios muy diferentes y esta heterogeneidad de situaciones reclama soluciones diversificadas. De ahí que no pueda excluirse *a priori* la operatividad directa del principio de igualdad en este ámbito, aunque no sea con la misma fuerza que en las relaciones regidas por el derecho público. Pero esta eficacia inmediata será, en todo caso, excepcional: es el caso de los convenios colectivos o de la prestación de servicios públicos por particulares, que es lo que sucede, por ejemplo, cuando la gestión se adjudica a empresas privadas mediante concesión administrativa. En estos supuestos, la prestación del servicio se somete a un régimen especial controlado por la Administración, que incluye la exigencia de que todos los usuarios reciban el mismo trato, con exclusión de cualquier tipo de discriminación en el acceso, en las tarifas o en las condiciones de prestación del servicio. Otra hipótesis en la que podría sostenerse la existencia de un deber de tratamiento igual es la de aquellos individuos u organizaciones que disfrutan de ventajas públicas (un centro docente concertado, que se financia con fondos públicos, no puede discriminar a la hora de seleccionar a su alumnado) o de una posición de poder social (empresas, instituciones o asociaciones profesionales que pueden abusar de su posición de dominio o de monopolio). Cuando la relación es asimétrica, no paritaria, no resulta extravagante la exigencia de un ejercicio no arbitrario de esos poderes (normativos o no).

### *B) Prohibición de determinados factores de discriminación*

La discriminación, ya lo explicamos antes, es un fenómeno social, antes que jurídico. No estamos ante episodios aislados de tratamiento desigual, sino ante una práctica sistemática, generalizada, que muchas veces no viene impuesta por una norma jurídica sino que es el resultado de una patrón o pauta de conducta social implícita, de estereotipos muy arraigados, como el de la inferioridad de la mujer o de ciertas etnias.

Mientras que el principio de igualdad ante la ley es un mandato que parece dirigirse a los poderes públicos, y muy particularmente al legislador, la lucha contra la discriminación no puede detenerse en el frente legis-



lativo. No basta con desterrar la discriminación “legal”, eliminando cualquier vestigio de discriminación en las normas del ordenamiento estatal. Hay que combatir la discriminación “social”, los usos o conductas discriminatorias privadas que tengan una proyección social, y resulten, por ello, intolerables. De poco sirve acabar con la discriminación ante la ley o con la imputable en general a los poderes públicos si no se consiguen erradicar las diversas formas de segregación social, si no se ataca la raíz del problema, que es el prejuicio social. La razón de ser de esta interdicción no es simplemente la de fijar un límite a la acción del legislador, como sugiere Alfaro. La explícita referencia a unos motivos concretos de discriminación constituye un diagnóstico del constituyente sobre ciertos fenómenos sociales de segregación que deben erradicarse.

El Estado, en definitiva, no sólo es responsable del cumplimiento por sus órganos de la prohibición de no discriminar, sino que está obligado a adoptar las medidas adecuadas para evitar que otros discriminen. La discriminación de hecho o “social”, que es consecuencia de la reiteración sistemática de comportamientos privados, no puede “prevalecer”. La rotundidad de la fórmula constitucional no da pie precisamente a la exclusión de las prácticas discriminatorias de individuos y entidades privadas de su ámbito de aplicación. Todo lo contrario, el precepto no distingue entre conductas públicas y privadas, condena todo tipo de discriminaciones, cualquiera que sea el sujeto activo y en cualquier contexto. La cuestión es si la eficacia de la prohibición constitucional en la esfera de las relaciones intersubjetivas es sólo indirecta (a través de la ley o de otras medidas que pudieran tomar los poderes públicos) o directa, ex artículo 14 CE.

Para un sector de la doctrina, esta eficacia no puede ser sino mediata. La vinculación de los particulares al principio de no discriminación no sería un imperativo constitucional, sino el resultado de una previa intervención del legislador, encargado de concretar el alcance del principio en cada uno de los ámbitos o escenarios regidos por el derecho privado, o del correspondiente órgano judicial, que está obligado a interpretar de acuerdo con la Constitución una serie de conceptos jurídicos indeterminados, como el de “orden público” o el de “buenas costumbres”, que juegan un importante papel como límites de la libertad negocial.

Frente a esta postura, otros autores entienden que no es necesaria la interposición del legislador para apreciar la ineficacia de las regulaciones privadas discriminatorias. La expresa prohibición del artículo 14 funcionaría como un límite externo de la libertad negocial que puede determinar la

invalidez de las normas, actos o negocios jurídicos (contratos, estatutos de asociaciones, testamentos, etcétera) que infrinjan dicha prohibición.

Para este sector doctrinal, la Constitución atribuye al individuo un derecho subjetivo de carácter fundamental a no ser discriminado, que despliega su eficacia frente a todos, en todos los frentes. De esta prohibición constitucional nace un “derecho fundamental a la no discriminación” (STC 145/1991, del 1 de julio), de modo que ante una pretensión de este tipo, fundada directamente en el artículo 14 CE, y dirigida contra un particular, los jueces y Tribunales están obligados a examinar el caso en clave constitucional, resolviendo el conflicto entre el principio de no discriminación y la exigencia de respeto a la autonomía privada. Si el órgano judicial llega a la conclusión de que en ese supuesto debe prevalecer la regla del artículo 14, nada le impide proteger a la víctima, ordenando en su decisión el cese de la conducta discriminatoria y la correspondiente reparación, en su caso.

¿Cuáles son los factores que ha de tener en cuenta el juez al hacer esa valoración? Fundamentalmente, tres. En primer lugar, la repercusión social de la discriminación, la existencia de un patrón de conducta generalizado o bastante extendido, desde un punto de vista sociológico. No es lo mismo un acto o negocio jurídico aislado, como la decisión de arrendar una vivienda, que la aplicación sistemática de códigos discriminatorios por parte de colegios o guarderías privadas, de una entidad aseguradora, de la banca privada a la hora de conceder créditos, o de los empresarios a la hora de contratar trabajadores (Alonso García). Cuando concurre esta circunstancia, la decisión discriminatoria deja de ser un asunto estrictamente privado y pasa a ser un asunto de relevancia pública.

En segundo lugar, es un dato decisivo la posición dominante o monopolística de la entidad discriminadora. Con arreglo a este criterio, el único club recreativo, la única sala de cine o la única piscina abierta al público en una determinada localidad no podría excluir a determinadas categorías de personas por motivos de raza o sexo. Y el tercer factor a ponderar es el de la posible afectación del núcleo esencial de la dignidad o integridad moral de la persona discriminada. Para Alfaro, que considera ilícita la discriminación que resulta contraria a la dignidad del discriminado, una de las circunstancias que hacen más probable la existencia de una vejación es precisamente el carácter público y notorio de la misma, porque sólo en ese caso puede producirse el efecto deseado por el discriminador: “producir estatus para el grupo del discriminador mediante la vejación del miembro del otro grupo social”.

Fuera de estos casos, “la protección de la intimidad y de la libertad individual obligan a aceptar que los particulares pueden ser arbitrarios (y discriminatorios) en la selección de sus cocontratantes y en la regulación de sus relaciones con ellos e —igualmente— que no tengan por qué justificar sus decisiones” (Alfaro).

A la hora de delimitar el campo de aplicación del principio constitucional de no discriminación, podría resultar útil la solución adoptada en el ordenamiento norteamericano, que siempre ha distinguido dos esferas dentro del sector privado: una relacionada con el acceso a bienes y servicios de interés público, y otra que comprende las actividades propiamente privadas, carentes de esa proyección pública. En la primera de ellas se admite la operatividad de las disposiciones legales antidiscriminatorias, y así los poderes públicos pueden prohibir (y han prohibido, de hecho) la discriminación en el ámbito de la vivienda, la educación, el empleo o los establecimientos públicos. En la esfera estrictamente privada, en cambio, no se permite al Estado legislar al amparo de la “*equal protection clause*”. La Civil Rights Act de 1964, que dedica su título II a garantizar la no discriminación o segregación en el disfrute de los bienes y servicios públicos (y muy particularmente en el acceso a los establecimientos públicos), exceptúa expresamente del ámbito de aplicación de la ley el caso de los clubes privados u otros establecimientos no abiertos al público.

### *C) La proyección del artículo 14 CE en el ámbito civil*

#### 1. Problemática general

La incidencia de la Constitución, en general, y del principio de igualdad y no discriminación, en particular, en el derecho civil es indiscutible. Nuestra legislación civil (en materia de familia y sucesiones, sobre todo) venía sometiéndose desde 1958 a una serie de reformas con el fin de corregir algunas desigualdades por razón de nacimiento, de religión y, sobre todo, de sexo (el principal objetivo de estas reformas fue la equiparación jurídica entre el hombre y la mujer en la regulación del matrimonio, caracterizada tradicionalmente por la supremacía atribuida al hombre en la administración y disposición de los bienes y en otros aspectos, como la fijación del domicilio conyugal o la representación en juicio), pero tras la aprobación de la Constitución, este proceso de adecuación de las normas civiles al

principio de igualdad cobró lógicamente un nuevo impulso. Hay que destacar, en este sentido, la aprobación de las Leyes 11/1981, del 13 de mayo, que introduce en nuestro Código Civil importantes modificaciones en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio; 30/1981, del 7 de julio, por la que se reforma la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, y 11/1990, del 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo.

En nuestra Norma Fundamental se establecen además algunos principios que son susceptibles de aplicación directa. En materia de filiación, por ejemplo, el artículo 39.2 CE consagra el principio de igualdad entre hijos legítimos e ilegítimos, una especificación de la regla general del artículo 14 CE en el campo del derecho de familia.

En este orden, la STC 27/1982, del 24 de mayo, es, sin duda, una referencia obligada. El recurso de amparo se dirigía en ese caso contra una sentencia del TS, que había resuelto un litigio que enfrentaba a dos aspirantes a un título nobiliario. Lo que se discute es si la condición de casar con persona noble para poder adquirir un título nobiliario es o no contraria al artículo 14 CE. La sentencia, de la que fue ponente Tomás y Valiente, hace algunas consideraciones previas sobre los títulos nobiliarios, que subsisten como “una de tantas supervivencias feudales”, como “instituciones residuales de la sociedad anterior que se incrustan en la nueva y logran persistir en ella, bien es cierto que con un contenido jurídico y una función social enteramente otras y menores que las que tuvieron antes”. La Constitución de 1978 pudo prohibirlos, como hacen, por ejemplo, las Constituciones italiana y norteamericana, pero de hecho existen, y algunos, son, incluso, de nueva creación (nótese que el constituyente no suprimió los títulos nobiliarios, pero tampoco garantizó su existencia frente al legislador: según el artículo 62.f) CE, el rey puede conceder honores y distinciones “con arreglo a las leyes”, de modo que las Cortes Generales podrían transformarlos drásticamente (excluyendo su transmisibilidad, por ejemplo) o incluso abolirlos). Así pues, poseer uno de estos títulos es un “hecho admitido por el ordenamiento jurídico actual”, “un hecho lícito y compatible con la Constitución”.

El problema consiste en determinar las consecuencias jurídicas de este hecho. En principio, la posesión de un título nobiliario es simplemente un “honor”, cuyo contenido “se agota en el derecho a adquirirlo, a usarlo y a

protegerlo frente a terceros”. No es, en ningún caso, “un signo definitorio de un estatus”, como lo fue en el pasado. Esto no significa, sin embargo, que este hecho sea irrelevante para el derecho, que puede y debe controlar la legalidad y aun la constitucionalidad de determinados aspectos de las nuevas concesiones, de las transmisiones, de las rehabilitaciones o del uso de los mismos, para evitar que el hecho diferencial (tener título o no tenerlo) se convierta en hecho discriminatorio.

Lo que hay que examinar en el presente caso, dice el Tribunal, es la constitucionalidad del requisito de casar con noble para heredar el correspondiente título. Para los Magistrados de la Sala Segunda, ese requisito no tiene por qué considerarse discriminatorio “pues a fin de cuentas son de la misma índole el hecho condicionante y el condicionado y tan anacrónico y residual es aquél como éste, pero no siendo inconstitucional el título nobiliario no puede serlo supeditar su adquisición por vía sucesoria al hecho de casar con noble”.

Como pone de relieve García Torres, se plantea aquí el verdadero dilema: o la diferenciación entre nobles y no nobles es inconstitucional o, si no lo es, las diferencias internas al derecho nobiliario por razón de la condición de noble o de plebeyo tampoco son contrarias, por pura lógica, a la Constitución. Está claro, a la vista de la sentencia, que el ordenamiento general no puede establecer diferencias tomando como base la condición de noble, pero lo que sería inconstitucional en el ámbito del ordenamiento general no lo es en el seno del derecho nobiliario, por anacrónico que resulte. Para el Tribunal no tiene sentido “modernizar” (es decir, desfigurar o falsear) una supervivencia feudal. Una idea que se resume perfectamente en la expresión de García Torres (partidario, por cierto, de la abolición de los títulos nobiliarios): “Sint ut sunt aut non sint” (“Sean como son o no sean”).

El TC hace seguidamente una observación que tiene una enorme trascendencia, porque denota una disposición favorable al reconocimiento, en determinados casos, de una proyección del principio de igualdad en el tráfico jurídico-privado. El requisito en cuestión, se dice en la sentencia, “podría ser ilícito (aunque no es necesario que nos pronunciemos ahora al respecto) como condición para heredar”. Es verdad que sólo se insinúa la posible ilicitud *ex Constitutione* de una cláusula testamentaria que impusiera un requisito de ese tipo, pero siendo éste uno de los negocios jurídicos privados más característicos, la declaración del Tribunal es importante y bastante comprometida. Sobre todo si se tiene en cuenta que la mayoría

los autores dudan de la operatividad del principio constitucional de igualdad como límite a la libertad de testar, a la libertad de disposición de los propios bienes, sin previa mediación legislativa. Es evidente que una aplicación rigurosa de este principio anularía la libertad de testar. El testador puede decidir favorecer a unos herederos en detrimento de otros por las razones que sean (mostrar su gratitud, no fraccionar un elemento patrimonial, etcétera).

La condición de casar con noble, concluye la sentencia, habría de considerarse nula “si a ella se quisiera vincular el nacimiento o el ejercicio de un derecho público subjetivo”, lo que no sucede en este caso, porque el título nobiliario ya no tiene naturaleza de “función pública” en el sentido del artículo 23.2 CE. No puede decirse, en consecuencia, que dicha estipulación sea contraria, por discriminatoria, al artículo 14 CE. Como veremos luego, se ha discutido también la compatibilidad con el principio constitucional de no discriminación por razón de sexo de la regla tradicional de la preferencia del varón en el orden sucesorio de los títulos nobiliarios.

Examinemos otra hipótesis extraída de los repertorios jurisprudenciales. ¿Puede revocarse una donación por la única razón de que la donataria haya abandonado a su familia para irse a vivir con su amante de nacionalidad marroquí? Éste es el supuesto de hecho sobre el recae la sentencia del TS de 27 de febrero de 1995. Los padres, demandantes y recurrentes en este litigio, habían efectuado una donación de bienes inmuebles en favor de su hija común, pero decidieron posteriormente revocarla alegando la ingratitud como causa (el artículo 648.1 del CC prevé esta posibilidad cuando el donatario cometiere algún delito contra la persona, el honor o los bienes del donante). Los donantes se basaban para ello en el hecho de que la donataria, casada y con dos hijos, había iniciado relaciones amorosas con un hombre natural de Marruecos, relaciones que determinaron el abandono del hogar en el que convivía con su esposo, hijos y padres para irse con su amante. Esta conducta fue motivo, al parecer, de ofensa, humillación y escarnio gravísimos para sus padres, constituyendo causa suficiente para la revocación.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda presentada por los donantes, aduciendo que el respeto debido a nuestros mayores no puede prevalecer sobre la esfera de libertad e intimidad de cada persona y atribuyendo a los padres una actitud de intolerancia, cuando no de racismo, puesto que la gravedad de la afrenta que decían sufrir derivaba del hecho de que el amante fuera de origen magrebí. Esta resolución fue confirmada por la A. Provincial, que no perdió la oportunidad de precisar que, en todo caso,

la única persona ofendida sería el esposo de la donataria. Para la Sala de lo Civil del TS, la insistencia de los recurrentes en que la intolerancia se debía en gran medida a las características raciales del amante hace más patente el acierto de la sentencia impugnada y la injusticia del rechazo social, así como el inaceptable proceder de los padres, que “asumen como propio tal rechazo, con apoyo en componentes claramente xenófobos, contrarios a la dignidad de la persona humana y el principio de igualdad ante la ley que consagra nuestra Constitución”.

La sentencia termina recordando la doctrina de la Sala sobre el artículo 648.1 CC: es suficiente para la revocación una conducta socialmente reprochable, pero siempre con base en acciones que puedan ser declaradas delictivas, aunque no sean formalmente tales. Es posible que el comportamiento de la donataria no pueda subsumirse en la fórmula del mencionado artículo, pero ello no justifica el “rapapolvos” del Tribunal a los recurrentes. No creemos que se pueda censurar jurídicamente su conducta, desde la perspectiva del artículo 14 CE, aun en el caso de que la motivación hubiera sido, efectivamente, xenófoba. Nos movemos aquí en un área de decisiones estrictamente privadas, que no tienen por qué justificarse (ni siquiera para excluir el posible móvil discriminatorio).

La exigencia de un trato igual en las relaciones jurídico-privadas puede dar pie a pretensiones absurdas o disparatadas. Mediante el auto 1069/1987, del 30 de septiembre, el TC decretó la inadmisión de una curiosa demanda de amparo promovida por un vecino que se sentía discriminado por la actitud particularmente hostil de los propietarios de la vivienda inmediatamente superior a la suya, que lo habían denunciado por el cerramiento ilegal de su terraza, cuando era público y notorio que en otro piso de la misma planta se había efectuado el cerramiento sin que aquéllos reaccionaran.

El solicitante de amparo impugna la sentencia que había ordenado el derribo del cerramiento, fundando su pretensión en el artículo 14 CE, porque considera que el precepto constitucional comprende cualquier tipo de discriminación jurídica, tanto la cometida por los órganos estatales como la causada por particulares. El Tribunal no comparte esa interpretación:

Es posible entender que algunos derechos fundamentales producen un cierto grado de eficacia en las relaciones entre particulares y que en tal caso se encuentra el derecho a no ser discriminado que establece el artículo 14 de la Constitución, cuando se trata de las discriminaciones típicas —por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o condición social. No puede

decirse lo mismo cuando se trata del ejercicio de derechos y acciones en el que no es posible encontrar discriminación. Ningún precepto, ni constitucional ni ordinario (salvo, en ocasiones, el principio de buena fe del artículo 7 del CC y la regla de comportamiento coherente en él establecida...) obliga a una persona a ejercitar sus derechos subjetivos o sus acciones en forma idéntica frente a sujetos pasivos diferentes, sin que, fuera de los mencionados casos de buena fe o abuso de derecho, se puedan medir los móviles que a tal actuación impulse. Es claro, por ejemplo, que un acreedor puede ser enérgico frente a un deudor y no serlo frente a otro, o reclamar prontamente la deuda a uno y condonarla total o parcialmente a otro.

Estas palabras del Tribunal encierran toda una filosofía sobre la regla de igualdad en el ámbito jurídico-privado: sólo puede impedirse, en determinadas circunstancias, la discriminación basada en algunos de los motivos mencionados en el artículo 14 CE. Son legítimas, en cambio, las diferencias de trato fundadas en otras razones (la preferencia por los matrimonios sin hijos, manifestada por el propietario de una vivienda a la hora de alquilarla, por ejemplo). Y es que el ejercicio legítimo de la libertad contractual comporta normalmente una elección: uno decide contratar con alguien, con exclusión de los demás. Y no es necesario justificar racionalmente esa preferencia

Así, mientras que la Administración puede vulnerar el principio de igualdad al no incluir a un determinado periódico en una campaña de publicidad institucional, si tal excepción no está objetivamente justificada (véanse las SSTS de 8 de julio de 1987 y 13 de marzo de 1991), las empresas o instituciones privadas no están obligadas a insertar su publicidad en todos los medios: pueden contratar sus anuncios con quienes prefieran.

Por la misma razón, tampoco se exige que una persona adopte la misma actitud frente a quienes formulan contra ella una demanda en el momento de la conciliación previa al proceso. En función de las expectativas más o menos favorables, un empresario puede optar por la transacción, concediendo al trabajador que rescinde voluntariamente su contrato una indemnización, para evitar así el proceso judicial, o asumir el riesgo de las consecuencias de la decisión judicial (ATC 152/1988, de 1 de febrero).



## 2. El acceso a un establecimiento abierto al público: el derecho de admisión

El debate en torno a la discriminación en el acceso a este tipo de establecimientos ha llegado también por la vía del artículo 44 de la LOTC hasta el TC. La sentencia 73/1985, del 14 de junio, denegó el amparo solicitado por una persona a la que se le había prohibido la entrada a un casino de juego. En la resolución impugnada, el TS había considerado que la prohibición de entrada en un casino de juego decidida por los empleados del mismo no constituía vulneración de derecho fundamental alguno, ya que la admisión de los no socios se hace depender del consentimiento de los encargados del establecimiento, sin que resulte del ordenamiento un derecho de cualquier ciudadano al acceso a este tipo de locales.

El TC recuerda, en primer lugar, que el artículo 31.1 del Reglamento de Casinos de Juego de 1979 otorga al Director de juegos la facultad de prohibir la entrada a las salas de juego “a aquellas personas de las que consten datos que permitan suponer fundadamente que habrán de observar una conducta desordenada o cometer irregularidades en la práctica de los juegos”, sin que el casino esté obligado a declarar al visitante los motivos de la no admisión. Se trata de “una decisión adoptada por terceros particulares, sobre la base de suposiciones fundadas, de la que no cabe decir que por sí misma vulnere el principio de igualdad, ya que constituye una actividad protectora de los intereses de la propia entidad privada”. El TC afirma, además, que los casinos son entidades respecto de las cuales “no puede predicarse de los ciudadanos un derecho ilimitado de libre acceso”.

¿Debemos interpretar esta decisión como una aceptación incondicional del tradicional derecho de admisión? ¿Y si la persona afectada hubiese sido una persona de raza negra o un gitano? La cuestión puede parecer irrelevante a primera vista, pero tiene una significación que va más allá de lo meramente anecdótico, a la vista, sobre todo, del resurgimiento del racismo y la xenofobia en las sociedades europeas. Los medios de comunicación se hacen eco con cierta frecuencia, por ejemplo, de denuncias relativas a prácticas discriminatorias, más o menos encubiertas, en el control de acceso a las discotecas u otros lugares de esparcimiento o a la actitud de los propietarios o empleados de algunos bares que tienen por norma no atender ni servir a clientes pertenecientes a determinadas minorías raciales (inmigrantes de color o norteafricanos, casi siempre). En los

informes anuales del Defensor del Pueblo se incluyen algunas quejas por este tipo de actuaciones (véanse, por ejemplo, los correspondientes a los años 1993 y 1994).

En estos supuestos, la discriminación se funda en un motivo, la raza, expresamente vedado por el artículo 14 CE. Y éste es un dato que se debe tener en cuenta, porque el derecho de admisión que el propietario puede invocar en defensa de sus intereses económicos no puede amparar, a nuestro juicio, una política sistemática de discriminación racial por parte de establecimientos abiertos al público, que deben cumplimentar una serie de requisitos para obtener la correspondiente licencia o autorización administrativa y están sometidos en muchos aspectos de su actividad a una detallada reglamentación. Existe aquí una implicación, una responsabilidad de la Administración (de diferentes Administraciones, para ser más exactos) que impide la caracterización de estos establecimientos regentados por particulares como espacios estrictamente privados, aun en el caso de que no exista una situación de monopolio.

Quienes explotan establecimientos comerciales, cafeterías, restaurantes, hoteles, etcétera, manifiestan su voluntad negocial mediante una oferta dirigida al público en general. Para Alfaro, alguien que abre un local público afirma su voluntad de contratar, en principio, con cualquiera que acepte sus precios y condiciones de venta. Aunque no exista propiamente una obligación de contratar, la apertura del local implica, al menos, la renuncia a seleccionar sobre bases individuales su clientela. Este autor, reacio, como vimos, a la aplicación directa de las normas constitucionales para resolver los conflictos entre particulares, sugiere como solución una interpretación constitucional del artículo 7.2 CC, que lleve al órgano judicial a declarar que ejercita abusivamente su derecho el titular de un establecimiento abierto al público que se niega a contratar cuando dicha negativa implica un trato vejatorio para el otro particular. Lo que acontece, sin duda, cuando la negativa se basa en motivos raciales, porque este tipo de discriminación constituye una afrenta para todos los integrantes del colectivo discriminado, que hiere en lo más profundo su orgullo y su dignidad.

El nuevo Código Penal, en su artículo 512, impone una pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio a “los que en el ejercicio de sus actividades profesionales o empresariales denegaren a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza

o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía”. No es fácil, sin embargo, probar la existencia de esas prácticas, porque la motivación discriminatoria no suele explicitarse (el portero de una discoteca aducirá normalmente que el local está ya abarrotado, que se celebra una fiesta privada o que es necesario ser socio).

El Reglamento General de Policía de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, aprobado por R.D. 2816/1982, del 27 de agosto, aplicable a todos los establecimientos abiertos al público, “con independencia de que sean de titularidad pública o privada” (artículo 1), se limita a señalar en su artículo 59.1.e) que el público no podrá “entrar en el recinto o local sin cumplir los requisitos a los que la empresa tuviese condicionado el derecho de admisión, a través de su publicidad o mediante carteles, bien visibles, colocados en los lugares de acceso, haciendo constar claramente tales requisitos”. No se establece, pues, ninguna limitación a la hora de fijar las condiciones de admisión. Lo único que se exige es la publicidad de las mismas, un requisito no se suele cumplir.

#### *D) Principio de igualdad y autonomía asociativa*

Vamos a fijar ahora nuestra atención en la posible ilicitud constitucional de los criterios de admisión discriminatorios, que impiden el ingreso como miembros de una asociación de aquellas personas pertenecientes a un determinado grupo o colectivo

Aun partiendo de la premisa de que no existe en nuestro ordenamiento un derecho fundamental a ser admitido en una asociación privada, accionable por cualquier persona que quisiera formar parte de la misma, porque su reconocimiento supondría una intromisión en la plena libertad de la asociación (de los miembros que la integran) para escoger a los nuevos socios, no puede descartarse, de entrada, la posibilidad de que esa regla (la decisión de los órganos de la asociación no es susceptible de revisión judicial) se rompa excepcionalmente cuando un grupo aplica criterios discriminatorios especialmente odiosos, como el de la raza, a la hora de decidir sobre las demandas de admisión.

Esa regla de no justiciabilidad se ha roto, por ejemplo, en la siempre sugestiva jurisprudencia norteamericana. Los tribunales federales tienden a admitir la impugnación judicial de la decisión de rechazar una petición de ingreso si hay indicios de discriminación de un determinado grupo o

categoría de personas que reúnen las condiciones objetivas exigidas. Con mayor razón cuando el rechazo no se configura como un episodio aislado, sino como una práctica sistemática. En Estados Unidos, el tradicional respeto por la autonomía de las asociaciones voluntarias privadas hizo de éstas durante mucho tiempo un reducto inexpugnable. Eran muchos los clubes sociales que sólo admitían socios varones o blancos, por expresa disposición estatutaria.

Pero en la década de los ochentas se desencadenó toda una ofensiva legislativa de los poderes estatales y locales que intentaba poner fin a esta situación de tolerancia, prohibiendo estas prácticas discriminatorias. En tres sentencias dictadas entre 1984 y 1988, la Corte Suprema confirmó la constitucionalidad de sendas disposiciones que obligaban a asociaciones integradas exclusivamente por hombres a admitir también a mujeres. Lo que se discute en estos casos no es la legitimidad de una determinada política discriminatoria (la controversia no se plantea entre una mujer que reclama su admisión y la asociación que rechaza su solicitud), sino justamente lo contrario, la admisibilidad de una regulación heterónoma (impuesta desde fuera) que prohíba ese tipo de discriminación privada. La cuestión es si el derecho a discriminar de los clubes o asociaciones privadas está constitucionalmente protegido y, en el supuesto de que la respuesta sea afirmativa, en qué medida, con qué alcance.

De acuerdo con la doctrina de la CS, la Constitución protege la autonomía asociativa frente a eventuales medidas antidiscriminatorias adoptadas por los poderes públicos únicamente en dos supuestos: cuando se trate de una *expressive association*, creada con el objetivo primordial de defender ante la opinión pública una determinada posición política, ideológica o social y cuya autonomía es, por eso mismo, una garantía instrumental del derecho a la libertad de expresión, o cuando el grupo en cuestión sea una *intimate association*, categoría que se caracteriza por el establecimiento de profundos vínculos y compromisos entre un número necesariamente reducido de personas que comparten aspectos íntimos de sus vidas. Fuera de estos casos, no hay razón para que la libertad de asociación deba prevalecer necesariamente.

Un sector de la doctrina norteamericana ha criticado la postura de la CS en estas decisiones y ha propuesto el retorno a la doctrina tradicional, más acorde con los valores del pluralismo y la autodeterminación individual. Estos autores parten de la convicción de que los ciudadanos deben disfrutar de una amplia libertad para mantener y explorar diferentes concepcio-

nes de la sociedad. Los poderes públicos no deben inmiscuirse en este terreno para promover una determinada ideología, para imponer puntos de vista oficiales que desplacen las distintas creencias y opiniones de los ciudadanos. Aunque la discriminación racial o sexual sea detestable, el derecho de los grupos a discriminar debería tutelarse en determinadas circunstancias, como medida profiláctica, para salvaguardar las libertades individuales y evitar las posibles extralimitaciones del poder.

Para este sector, la limitación de la autonomía de los grupos privados sólo se justifica, desde un punto de vista constitucional, cuando la pertenencia a una asociación incide directamente en la efectiva igualdad de oportunidades de los ciudadanos a la hora de acceder a una serie de bienes o servicios, o disfrutar de ciertas ventajas económicas, significativas y demostrables (la privación de concretas oportunidades económicas constituye un perjuicio objetivo y cuantificable). Pensemos en las asociaciones que, por el número de inscritos, por sus finalidades o por su ámbito territorial de actuación, no pueden considerarse verdaderamente privadas. O en las que operan en un régimen de monopolio u oligopolio y, debido al poder que han adquirido, pueden influir de algún modo en la vida de otros, limitando sus oportunidades profesionales, recreativas o culturales.

El legislador ha de tener en cuenta las características concretas de las asociaciones cuyo funcionamiento pretende regular y no prohibir con carácter general estas prácticas discriminatorias privadas, porque ello tendría un coste muy alto en términos de libertad (el remedio sería peor que la enfermedad). Esto es lo máximo que una sociedad libre puede hacer, lo que dicta el sentido común.

En nuestro país, una polémica sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Villena (Alicante), dictada en el año 1987, anuló, por violación del artículo 14 de la CE, una cláusula de los Estatutos de la Junta Central de las Fiestas de Moros y Cristianos de dicha localidad, que impedía la participación de mujeres como socias de pleno derecho (para ser socio numérico se exigía ser varón de buenas costumbres). El mismo problema podría suscitarse con la tradicional exclusión de la mujeres de la mayoría de las sociedades gastronómicas, entidades que, como todo el mundo sabe, tienen un fuerte arraigo en el País Vasco. ¿Exige la Constitución poner fin a estas manifestaciones de discriminación social? Tenemos serias dudas al respecto.

Para resolver esta cuestión adecuadamente hay que tener en cuenta, según Alfaro, el distinto significado que puede tener la negativa discrimi-

natoria. El mínimo de protección de la dignidad humana exigido por la Constitución obliga a los poderes públicos a impedir las exclusiones que impliquen una grave afrenta para la dignidad del excluido. Desde este punto de vista, no sería inconstitucional la cláusula estatutaria de un club deportivo que limitase la entrada al mismo a las personas que sean nobles (STC 27/1982), ya que la exclusión no hiera la dignidad del plebeyo rechazado, dignidad que sí se vería afectada en el caso de que la negativa se fundase en una discriminación racial. La persona rechazada por motivos racistas no tiene alternativa disponible para recuperar el estatus del que ha sido privado con la exclusión, porque la creación de asociaciones integradas por miembros de la minoría racial discriminada no les proporciona a estas personas el estatus correspondiente, sino que refuerza, más bien, la dinámica discriminatoria.

En cuanto a las asociaciones sólo para hombres, no parece que puedan considerarse de entrada inconstitucionales. No lo serían, según Alfaro, las sociedades gastronómicas exclusivamente masculinas, porque la negativa a admitir a una mujer en este tipo de agrupaciones no implica un juicio de valor peyorativo acerca de la dignidad de la rechazada, no tiene carácter vejatorio o estigmatizador. Es más, las mujeres pueden responder creando una asociación femenina similar. Tampoco parece razonable poner fuera de la ley las asociaciones de mujeres u hombres separados que defienden los intereses de estos colectivos en los casos de crisis conyugal.

Nuestra legislación sobre asociaciones nada dice sobre el particular y la que regula el funcionamiento de los partidos políticos no incluye tampoco ninguna previsión en este sentido. Lo más probable es que ese motivo discriminatorio no se explicita (el rechazo no requiere motivación). Pero pensemos en la existencia de una política de discriminación sistemática (en contra de las personas de raza negra o de la etnia gitana, por ejemplo) por parte de un partido que defiende la supremacía de la raza blanca. ¿Podría combatirse con la Constitución en la mano? En la práctica no parece probable que un ciudadano de color solicite su ingreso en un partido abiertamente racista. De todas formas, la clave para resolver este dilema estaría, a nuestro juicio, en una cuestión previa, que es la de si caben o no dentro de la ley este tipo de partidos o asociaciones. Si en un determinado ordenamiento se puede defender políticamente (sin recurrir a la violencia, por supuesto) un ideario racista, no parece coherente imponer a esos grupos la regla de no discriminación a la hora de admitir en su seno a nuevos miembros. Si, por el contrario, la incitación a la discriminación racial resulta ser

una conducta delictiva, la cuestión se complica. Éste es el caso del ordenamiento español (artículo 515.5 CP).

Y en relación con el sexo, ¿es admisible un partido feminista integrado exclusivamente por mujeres? Creemos que sí. ¿Y un partido que admita únicamente varones en sus filas? La hegemonía de facto de los hombres en la esfera política es un factor que podría inclinar la balanza del lado de una respuesta negativa. Pero lo cierto es que la Constitución no proscribe ideologías políticas, por disparatadas que puedan parecernos, y caben dentro del marco constitucional los partidos de ideario rigurosamente machista, que lleven hasta ese extremo sus convicciones.

En relación con la discriminación por razón de sexo, cabe preguntarse si una asociación, haciendo uso de su amplia libertad de configuración interna, puede establecer cuotas en favor de las mujeres, como medida de discriminación positiva destinada a promover el acceso de éstas a los cargos de responsabilidad dentro de la asociación o, en el ámbito específico de la participación política, una mayor presencia femenina en las listas electorales. Así como la imposición legal de cuotas en las candidaturas electorales ha sido rechazada tanto por el Consejo Constitucional francés, como por la Corte Constitucional italiana, ninguna objeción cabe oponer, desde la perspectiva constitucional, a la libre adopción de esta medida por parte de partidos políticos o asociaciones. Cualquier asociación es libre de introducir o no en sus estatutos cuotas en favor de las personas de uno u otro sexo, como medio de contrarrestar una eventual infrarrepresentación de hecho en los órganos de gobierno. Y esto vale también para los partidos políticos, que gozan de autonomía a la hora de dotarse de sus propias reglas de organización.

### *E) El principio de igualdad y no discriminación en el ámbito laboral*

#### 1. Consideraciones generales

El derecho a no ser discriminado en las relaciones laborales está expresamente recogido en el artículo 17.1 del ET: “Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones favorables o adversas en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo por circunstancias de sexo, origen, estado civil, raza, condición social, ideas re-

ligiosas o políticas, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa y lengua dentro del Estado español”.

La prohibición se formula de manera tajante y alcanza a todo tipo de normas o decisiones discriminatorias emanadas de sujetos privados, incluidas las adoptadas en la fase precontractual. Se disipa así cualquier duda sobre la aplicación de la cláusula constitucional de no discriminación en las relaciones laborales, caracterizadas por la intrínseca desigualdad o asimetría entre las partes.

Antes de la entrada en vigor de esta ley, en marzo de 1980, los tribunales laborales no dudaron en aplicar directamente el mandato constitucional de no discriminación en este ámbito.

En esta misma línea se inscriben una serie de normas comunitarias (Directivas 75/117 y 76/207 de la Unión Europea) e internacionales (el Convenio Número 111 de la OIT, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, ratificado por España, prohíbe “cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”).

Más complicado resulta emitir un juicio sobre la proyección en este ámbito de la regla de igualdad, *strictu sensu*. Aunque no faltan autores decididamente favorables a la misma (Palomeque, por ejemplo, cree que la igualdad de trato es un límite a la voluntad contractual y a los poderes del empresario, que se concreta en la prohibición de diferencias de trato que carezcan de justificación objetiva) y pronunciamientos jurisprudenciales significativos que apuntan en esa dirección, como el efectuado por el TCT en su sentencia de 20 de febrero de 1987: en la esfera laboral, declara el citado Tribunal, el principio de igualdad es “susceptible de eficaz invocación, aunque su aplicación haya de efectuarse en términos mucho más atenuados y condicionados que el principio de no discriminación”. Véanse, en el mismo sentido, las SSTCT de 31 de mayo y 20 de junio de 1988 y las SSTS de 13 de octubre de 1983 y 7 de febrero de 1989.

El conflicto entre el principio constitucional de igualdad, de un lado, y la autonomía de la voluntad invocada por el empresario, de otro, se plantea abiertamente en la STC 34/1984, del 9 de marzo. En este caso, el recurrente pedía que se le reconociese el derecho a no ser discriminado y a percibir las mismas retribuciones que los demás compañeros de trabajo que realizaban funciones similares. La sentencia impugnada había desestima-



do la reclamación del demandante por entender que el empresario puede establecer diferencias de trato en materia salarial, ya que una de las fuentes de la relación laboral a que alude el artículo 3 del ET es la voluntad de las partes manifestada en el contrato de trabajo.

Se trata de saber, por tanto, si la concesión de una cantidad que carece de justificación objetiva a unos trabajadores y no a otros vulnera el derecho a la igualdad. Dicho de otro modo, si el principio de igualdad exige la identidad en la retribución, admitiéndose exclusivamente las diferencias que estén objetivamente justificadas, como las derivadas de la distinta categoría, de la antigüedad, de la especial cualificación, de la penosidad, peligrosidad, cantidad o calidad de trabajo, etcétera. Existen múltiples factores que pueden justificar un diferente tratamiento salarial, siempre y cuando no se demuestre su “artificialidad” (ATC 571/1986, del 2 de julio).

El problema, advierte el TC, “se plantea en un ámbito de relaciones entre particulares, lo que por sí sólo no supone la exclusión de la aplicación del principio de igualdad”. Lo que ocurre es que en este ámbito no va tener la misma eficacia, hay que aceptar “una matización importante” en su contenido. El artículo 17 ET, en aplicación del artículo 14 CE, ha establecido la prohibición de discriminación entre trabajadores por una serie de factores que cita, “pero, según general opinión, no ha ordenado la existencia de una igualdad de trato en el sentido absoluto”. Una formulación que se repite en las SSTC 128/1987, del 16 de julio, y 54/1995, del 24 de febrero (la diferencia de trato “sólo podría ser relevante si existiera un principio jurídico que impusiese la equiparación entre los desigualmente tratados”), entre otras.

La exclusión de esta vigencia absoluta es sencillamente “el resultado de la eficacia del principio de autonomía de la voluntad que, si bien aparece fuertemente limitado en el derecho del trabajo, por virtud, entre otros factores, precisamente del principio de igualdad, no desaparece, dejando un margen en el que el acuerdo privado o la decisión unilateral del empresario en ejercicio de sus poderes de organización de la empresa puede libremente disponer la retribución del trabajador, respetando los mínimos legales o convencionales”.

En este caso, concluye el TC, la diferencia salarial no posee un significado discriminatorio porque no incide en ninguna de las causas prohibidas expresamente por la CE o el ET. En consecuencia, no hay razón para presumir la existencia de una discriminación y el empresario no tiene por qué destruir esa presunción y demostrar que la diferencia está justificada.

A esta doctrina se remiten también los órganos de la jurisdicción social. Pueden citarse, en este sentido, las SSTS (Social) de 9 de julio de 1990, 17 de octubre de 1990 (en el ordenamiento laboral el principio de igualdad “no existe con un sentido absoluto, con carácter general, y al margen de regulaciones específicas aquí no concurrentes”) y 28 de febrero de 1991. La STS de 11 de junio de 1993, que resuelve, en casación, un conflicto colectivo motivado por un supuesto tratamiento discriminatorio en materia de dietas y gastos de desplazamiento, recuerda que la negociación colectiva “no puede anular por completo la autonomía de las partes del contrato de trabajo, ni desconocer los márgenes de libertad personal, ordenada a la realización y efectividad de los acuerdos individuales”.

Esta doctrina no es aplicable en aquellos casos en que el empleador es la propia Administración Pública. Y es que ésta, en sus relaciones jurídicas (incluidas las laborales), debe actuar con sometimiento pleno a la ley y al derecho (artículo 103.1 CE), limitación que se ve reforzada, además, por la interdicción expresa de arbitrariedad (artículo 9.3 CE). Así pues, “como poder público que es, está sujeta al principio de igualdad ante la ley que... constitucionalmente concede a las personas el derecho subjetivo de alcanzar de los poderes públicos un trato idéntico para supuestos iguales” (STC 161/1991, de 18 de julio). Esta declaración tiene una gran trascendencia, porque supone reconocer que también en el seno de una relación jurídico-privada la Administración se encuentra sometida a los mismos principios que rigen su actuación como poder público. Véase también la STS de 11 de mayo de 1993.

En la jurisprudencia constitucional posterior, destaca el auto 721/1987, de 10 de junio, que justifica la inadmisión de una demanda promovida por un trabajador que, a diferencia de sus compañeros, no fue contratado con carácter fijo cuando finalizó su contrato temporal, con el argumento de que no se lesiona el principio de igualdad cuando “en el ejercicio de su autonomía contractual, una persona trata de forma diferenciada, sin justificación y razón, a distintas personas”.

En este caso, observa el Tribunal, “sin aducir factor discriminatorio alguno como determinante de la diferencia de trato, se viene a pretender que declaremos la existencia de una regla impositiva de la igualdad, de alcance general y absoluto, en las relaciones contractuales”, una pretensión que no puede prosperar. Sólo en el caso de que se hubiera producido “la transgresión de una norma que, en dicho ámbito, imponga específicamente la igualdad” podría apreciarse una violación del principio reconocido en el ar-

título 14 CE. Fiel a este criterio, el TC ha rechazado expresamente la tesis, defendida por algunos solicitantes de amparo en sus demandas, según la cual en las relaciones entre particulares sólo sería posible un trato desigual cuando así lo autorizara una determinada norma (véase, por ejemplo, el auto 1046/1988, del 26 de septiembre).

La exigibilidad de una estricta igualdad de trato se ha planteado también en materia de sanciones, especialmente en caso de despido. En la medida que el poder disciplinario empresarial es privado, resulta difícil exigir a su titular una regularidad o uniformidad que haga previsible su utilización: “la imposición de un deber absoluto de trato igual en el ejercicio de esta facultad, si es comprensible en el desenvolvimiento de un poder público —porque el interés en juego puede llegar a hacer vinculado su ejercicio— no lo es tanto en un sujeto privado, en que la pertenencia exclusiva del interés defendido a su titular permite a éste un mayor margen de opciones, porque, estrictamente, no tiene un ‘deber’ de sancionar” (M. F. Fernández).

En este punto, resulta obligado aludir a la discrepancia de criterio que se produjo durante años entre la doctrina del desaparecido TCT, que negaba la existencia de una obligación de trato igual, y la del TS, que era y es claramente favorable a la aplicación del principio constitucional de igualdad en materia disciplinaria.

## 2. La vinculación del convenio colectivo al principio de igualdad

El TC ha subrayado en diversas ocasiones la eficacia vinculante del principio de igualdad en el ámbito de la negociación colectiva, con todas las modulaciones que sean necesarias en ese contexto. De esta manera, buena parte de las relaciones laborales, en la medida en que se rigen por normas convencionales, entran dentro del campo de aplicación del principio de igualdad.

De acuerdo con esta doctrina jurisprudencial, secundada en líneas generales por los tribunales ordinarios, a la hora de regular las condiciones de trabajo, los convenios colectivos no pueden introducir diferencias de trato que carezcan de una justificación objetiva y razonable. De hecho, el TC admite las demandas basadas en una supuesta violación del principio de igualdad por una disposición de un convenio colectivo y examina la razonabilidad de la diferencia de trato cuestionada, haciendo uso de los crite-

rios acuñados en la propia jurisprudencia constitucional para garantizar una correcta aplicación del principio de igualdad en general. Y es que el convenio colectivo no es un contrato privado más: “junto a estipulaciones puramente obligacionales, también proporciona una regulación abstracta y general de las relaciones de trabajo incluidas en su ámbito de aplicación, lo que irremediamente lo acerca, tanto en su naturaleza como en su función, dentro de las relaciones laborales, a las que son propias de la norma legal” (García Murcia).

Las posibles dudas acerca de la vinculación del contenido del convenio colectivo al principio constitucional de igualdad se despejan definitivamente en la STC 177/1988, del 10 de octubre. En esta trascendental sentencia, el Tribunal admite expresamente que un convenio colectivo (como otros actos privados, a los que en principio ha de asimilarse) puede lesionar derechos fundamentales: “Ciertamente, el artículo 53.1 del texto constitucional tan sólo establece de manera expresa que los derechos fundamentales vinculan a los poderes públicos, pero ello no implica una exclusión absoluta de otros posibles destinatarios”. En concreto, “las relaciones entre particulares, si bien con ciertas matizaciones, no quedan excluidas del ámbito de aplicación del principio de igualdad, y la autonomía de las partes ha de respetar tanto el principio constitucional de no discriminación como aquellas reglas, de rango constitucional u ordinario, de las que se derive la necesidad de igualdad de trato”.

La verdadera cuestión es en qué medida ha de someterse el convenio colectivo a las exigencias que se derivan del derecho a un tratamiento igual. El TC advierte, en este sentido, que el principio de igualdad “no puede tener aquí el mismo alcance que en otros contextos” (adquiere “perfiles propios”, dirá en la sentencia 171/1989, del 19 de octubre). Por una sencilla razón: “en el ámbito de las relaciones privadas... los derechos fundamentales y, entre ellos, el principio de igualdad, han de aplicarse matizadamente, pues han de hacerse compatibles con otros valores o parámetros que tienen su último origen en el principio de la autonomía de la voluntad, y que se manifiestan a través de los derechos y deberes que nacen de la relación contractual” (en el mismo sentido, SSTS de 9 de julio de 1990 y 27 de junio de 1991).

Este criterio vale también para los acuerdos que son fruto de la autonomía colectiva, ya que el derecho a la negociación colectiva “lleva consigo que las partes puedan establecer, dentro del ámbito territorial y funcional correspondiente, y siempre dentro del marco legal y constitucional, las

diferencias de regulación o de trato que consideren convenientes o adecuadas”. No se puede decir, por tanto, que la distinción dentro del convenio sea *per se* contraria al principio de igualdad (excepción hecha de la que tenga su origen en algunos de los factores expresamente prohibidos por los artículos 14 CE y 17.1 ET). Habrá que examinar en cada caso si la diferencia es o no razonable, de acuerdo con la doctrina del propio Tribunal sobre el contenido y alcance del principio de igualdad.

La sujeción del convenio colectivo al mandato del artículo 14 CE se reafirma expresamente en varias resoluciones posteriores (véanse, por ejemplo, las SSTC 145/1991, de 1 de julio, y 28/1992, del 9 de marzo). Entre las más recientes, habría que destacar la inequívoca declaración contenida en la STC 177/1993, de 31 de mayo: “El convenio, con valor normativo y, en consecuencia, inscrito en el sistema de fuentes del derecho, está por ello subordinado a las normas de mayor rango..., ateniéndose al elenco de los derechos fundamentales acogidos en nuestra Constitución y muy especialmente el que proclama la igualdad y veda cualquier discriminación. De ahí que en tales convenios no se puedan establecer diferencias de trato arbitrarias e irrazonables entre situaciones iguales o equiparables, y, muy especialmente, en caso de identidad de trabajo”. En este caso, no se considera justificada la diferencia de trato entre el personal fijo de plantilla y el personal fijo discontinuo y eventual en la cuantía de las pagas extraordinarias.

## V. PROHIBICIONES ESPECÍFICAS DE DISCRIMINACIÓN

### A) *La discriminación por razón de sexo*

El TC ha venido dispensando una tutela particularmente intensa al colectivo femenino como grupo social todavía en desventaja respecto del masculino, reaccionando con vigor contra estereotipos como el de la inferioridad física de la mujer, su mayor vocación u obligación hacia las tareas familiares y domésticas, la necesidad de “liberar a la mujer casada del taller y de la fábrica”, la mayor dependencia hacia sus familiares para su subsistencia económica o la presencia femenina atractiva en el trabajo. La tendencia de la jurisprudencia apunta de modo inequívoco hacia, primero, el reconocimiento de las diferencias entre el principio general y tradicional de igualdad y la prohibición de discriminación; segundo, el progresivo

enriquecimiento del contenido de dicha prohibición: descubrimiento de nuevas dimensiones de las discriminaciones directas, rechazo de las normas y prácticas paternalistas o falsamente protectoras de la mujer, creación jurisprudencial del concepto de discriminación indirecta y la ampliación de los sujetos obligados por la prohibición de discriminación (exigencia de una mayor ejemplaridad de los poderes públicos y reconocimiento de la eficacia de esta cláusula en las relaciones entre particulares), y tercero, la admisión de la licitud (e, incluso, de la “exigencia”) *ex Constitutione* de medidas de acción positiva para conseguir la igualdad de oportunidades de las mujeres.

Las más de 30 sentencias que, hasta hoy, ha dictado el TC en esta materia pueden, acaso, clasificarse en dos grupos: las que responden a discriminaciones directas o indirectas que limitaban o prohibían a las mujeres la realización de ciertas actividades sí permitidas o exigidas a los varones similarmente situados (jurisprudencia equiparadora) y las que se enfrentan a posibles discriminaciones que, en el ámbito laboral y de la seguridad social, otorgaban a las mujeres ciertas ventajas o beneficios de cuyo goce estaban excluidos sus compañeros varones (jurisprudencia compensadora).

El principio de equiparación es fácilmente discernible: la discriminación (directa o indirecta) se produce por el mero hecho de que el acto o la norma discutidos se adoptan teniendo en cuenta el sexo como criterio de clasificación o diferenciación, en ámbitos de la vida social donde esta clasificación ha de excluirse por considerarse como expresión de un profundo prejuicio y, en consecuencia, como “sospechosa” de discriminación. El resultado global de esta jurisprudencia equiparadora ha sido el de la igualdad o parificación de las mujeres con los varones en sectores concretos del derecho del trabajo y del acceso a las Fuerzas Armadas. En casi todos los casos, las recurrentes en amparo fueron mujeres y, normalmente, el Tribunal falló en su favor. Podríamos destacar únicamente dos puntos críticos aquí: la discutible solución dada por el TC al problema de la preferencia de los varones sobre sus hermanas en el orden regular de las transmisiones hereditarias de los títulos nobiliarios (STC 126/1997, del 3 de julio) y, en segundo lugar, la vacilante jurisprudencia en torno al concepto de discriminaciones indirectas en relación con la utilización del sexo como factor de clasificación de tareas dentro de las empresas, con la consiguiente desigualdad retributiva.

La jurisprudencia que hemos dado en llamar compensadora plantea mayores problemas aún. Al tomar en consideración como punto de parti-

da el dato fáctico de la desventaja de las mujeres en el ámbito laboral y legitimar, en consecuencia, una diferencia jurídica de trato, esto es, un derecho desigual favorable a la mujer (no “tendencialmente idéntico” entre hombres y mujeres como en la jurisprudencia de equiparación), se presenta el problema capital de identificar el criterio o criterios que permitan distinguir válidamente las medidas paternalistas (aparentemente protectoras, pero en realidad discriminatorias en cuanto limitadoras de la carrera profesional de las mujeres en igualdad de condiciones que sus compañeros varones) de aquellas otras de genuina acción positiva para el fomento de la igualdad de oportunidades del colectivo femenino. Este test, criterio o estándar judicial de las medidas paternalistas (ilegítimas) vs. las acciones positivas (legítimas e incluso especialmente exigidas por el constituyente: artículos 1.1, 9.2, 10.1 y 14 CE) ha sido acuñado por el TC en su importante sentencia 128/1.987, de 16 de julio. Antes de seguir valorando la jurisprudencia, intentaremos describirla brevemente.

### 1. Jurisprudencia equiparadora

El TC ha estimado que son contrarias a la prohibición constitucional de discriminación por razón de sexo tanto las discriminaciones directas (todo trato diferente y perjudicial por razón del sexo) como las indirectas (todo trato diferente formulado de modo neutro respecto al sexo, pero que de hecho perjudica al colectivo femenino). Como discriminaciones directas y, por tanto, inconstitucionales, ha identificado cuatro:

1) Las cláusulas de celibato, es decir, la norma (en casi todos los casos se trataba de la reglamentación de trabajo de la Compañía Telefónica Nacional de España) que suspendía el contrato de trabajo para el personal femenino por causa del matrimonio (STC 7/1983, del 14 de febrero y ss.: 8/1983, 13/1983, 15/1983, 86/1983, 34/1984 y 59/1993).

2) Discriminaciones por razón del embarazo de las trabajadoras: en la sentencia 166/1988, de 26 de septiembre, el TC otorga el amparo a una empleada que alegaba que su contrato había sido resuelto unilateralmente por el Insalud debido a su embarazo, pues, según el TC, correspondía al empleador la carga de probar que no fue ésta la causa de la resolución contractual, y en la sentencia 174/1994, del 7 de junio, el TC extiende más allá el ámbito de la tutela de la trabajadora grávida, reduciendo a la vez la potestad discrecional empresarial de selección del personal, ya que en el

caso el empleador (el Ministerio de Cultura) no despidió a la recurrente, sino que simplemente no le renovó el contrato temporal a causa de su embarazo. El TC hace avanzar la eficacia de la prohibición constitucional de discriminación a la fase anterior a la relación laboral ya formalizada, como el acceso al empleo, pues, de lo contrario, “quedarían al margen de tutela algunas de las más notorias consecuencias de la discriminación como mal social a erradicar por mandato constitucional (las especiales dificultades en el acceso al empleo de los colectivos discriminados o, en el caso de la mujer, la continuidad de su propia carrera profesional por la maternidad)”.

3) La disposición de la Ley de 19 de junio de 1971, de protección de familias numerosas, que reservaba la titularidad de cabeza de familia al padre, y a la madre sólo en defecto de aquél (STC 241/1988, del 19 de diciembre); el problema suscitado en el caso era que el empleador de la recurrente (el Consejo General de Colegios de Médicos) exigía la condición de cabeza de familia para el reingreso tras una excedencia forzosa anterior.

4) En el capítulo de las discriminaciones directas hay que llamar la atención, por último, sobre dos sentencias de gran valor simbólico e histórico: la que considera que la inadmisión por el Ministerio de Defensa de una mujer a las pruebas para el ingreso en la Academia General del Aire es una medida contraria al artículo 14 CE (STC 216/1991, del 14 de noviembre), y la que declara inconstitucional el artículo 1 del Decreto de 26 de julio de 1957 que prohibía el trabajo de la mujer en el interior de las minas (STC 229/1992, del 14 de diciembre). En esta última sentencia el TC concede el amparo a la recurrente, estimando su pretensión de ocupar en igualdad con los trabajadores varones una plaza de ayudante minero en HUNOSA, que le había sido denegada por la empresa (en aplicación del artículo 1 del Decreto citado), a pesar de haber superado la prueba de admisión. Tanto la sentencia laboral de instancia como la de suplicación habían considerado que la prohibición del trabajo de las mujeres en las minas era conforme con el artículo 14 CE en la medida en que se trataba de una norma protectora de las mujeres. Pero el TC no lo entiende así; dicha prohibición, aunque responde históricamente a una finalidad tuitiva, evitar la sobreexplotación del trabajo femenino, no es una medida de acción positiva o de apoyo para conseguir una igualdad real de oportunidades, ya que no favorece el trabajo de las mujeres, sino que lo restringe. En efecto, “hay que vigilar con particular reserva (y periódicamente)” las medidas protectoras pues pueden basarse, realmente, en prejuicios infundados que responden a una “división



sexista del trabajo” o bien que por las mejoras en las condiciones de trabajo, como ha ocurrido en las minas, han perdido su razón de ser. En el caso, la sentencia señala como prejuicio sexista en presencia el de la menor fortaleza física de la mujer respecto del hombre; un estereotipo que más que reforzar una diferencia “real, natural o biológica”, limita o perjudica a la mujer en el mercado de trabajo.

Éstas han sido, pues, las discriminaciones directas (es decir, los tratos diferentes y perjudiciales a las mujeres por ser mujeres) apreciadas hasta la fecha por el TC. Mención aparte merece la polémica STC 126/1997, del 3 de julio, antes citada, que ha declarado no contraria al artículo 14 CE la regla de la preferencia del varón sobre la mujer en el orden regular de las transmisiones hereditarias de los títulos nobiliarios.

La cuestión de la posible incidencia de la prohibición constitucional de discriminación por razón de sexo en la regulación de las sucesiones nobiliarias ya fue abordada por las SSTs (Sala 1a.) de 20 de junio y de 27 de julio de 1987. En estas dos decisiones, cuya ponencia correspondió al Magistrado R. López Vilas, un especialista en la materia, se consideró inconstitucional (inconstitucionalidad sobrevenida) el tradicional criterio de preferencia de los varones, a identidad de línea y grado, en el orden sucesorio. Esta regla tradicional (que se aplica salvo previsión expresa en contrario) no es otra que la establecida en las Leyes de Toro (1505), para la sucesión en los mayorazgos, en la Ley 2 del Título XV de la Partida UU, que fija el orden de sucesión de la Corona, y en las Leyes 8 y 9 del Título XVII de la Novísima Recopilación. Desde entonces, se sucede en los títulos nobiliarios con arreglo a los principios clásicos de primogenitura y masculinidad. Y el Decreto de 4 de junio de 1948, por el que se desarrolla la Ley de 4 de mayo del mismo año sobre grandezas y títulos nobiliarios, reitera en su artículo 5 que “el orden de suceder en todas las dignidades nobiliarias se acomodará estrictamente a lo dispuesto en el título de concesión y, en su defecto, al que tradicionalmente se ha seguido en esta materia”. Tanto la Diputación de la Grandeza como el Consejo de Estado y el Ministerio de Justicia (con competencias en materia de sucesiones y rehabilitaciones nobiliarias) han venido manteniendo la vigencia del orden sucesorio tradicional.

De acuerdo con la doctrina sentada en estas sentencias, que se mantiene firme desde entonces, cuando la preferencia masculina está expresamente prevista en la concesión o institución del título, la decisión sobre su constitucionalidad dependerá en gran medida de la fecha de la concesión.

Es evidente que si ésta tuvo lugar después de la entrada en vigor de la Constitución, una cláusula de este tipo deberá reputarse inconstitucional y tenerse por no puesta. En el caso de que la concesión fuera preconstitucional, la cláusula de preferencia tampoco podría aplicarse a las sucesiones abiertas con posterioridad a la entrada en vigor de la Constitución. Como el propio Tribunal ha precisado en una decisión posterior, “la derogación por inconstitucionalidad sobrevenida del principio de masculinidad no puede tener efecto retroactivo” (STS de 28 de abril de 1989), por lo que no es posible revisar, a la luz de la Constitución, procesos sucesorios que tuvieron lugar antes de la entrada en vigor (STS de 24 de enero de 1995).

Aunque no todos los tribunales inferiores la han seguido (véanse, por ejemplo, las sentencias de la AP de Madrid de 3 de octubre de 1991, y de la AP de Zaragoza, de 1 de marzo de 1993), parece que la línea marcada en estas sentencias se ha impuesto, a juzgar por las numerosas resoluciones favorables a las primogénitas que se han dictado (con o sin votos particulares) desde el año 1987 (véanse, entre otras, las SSTS de 28 de abril, 21 de diciembre de 1989 y 22 de marzo de 1991).

La doctrina científica no es unánime a la hora de enjuiciar la solución adoptada por los tribunales civiles, siguiendo la pauta marcada por el Tribunal Supremo. Para algunos autores, el derecho nobiliario no puede sustraerse a la influencia de los principios constitucionales y no puede admitirse, por tanto, la postergación de la mujer en este terreno. Otros piensan, en cambio, que tratándose de títulos otorgados antes de la Constitución, debe respetarse la ley fundacional del mismo. Estos autores reivindican el carácter institucional, específico, del derecho nobiliario e insisten en que los títulos nobiliarios no engendran privilegios. Son distinciones puramente honoríficas, sin trascendencia en el plano constitucional. No puede considerarse discriminatoria, por tanto, ni la propia existencia de los títulos nobiliarios, ni cualquier condición que para la adquisición hereditaria de dichos derechos se establezca en las cartas de sucesión o en las disposiciones históricas que la regulan. Aquí no está en juego el ejercicio de ningún derecho fundamental (no existe un derecho fundamental a ostentar, poseer o suceder en un título nobiliario). No tiene sentido, en definitiva, aplicar en este ámbito el artículo 14 CE, con la absurda pretensión de “modernizar” una institución configurada siglos atrás con perfiles propios, que deberían respetarse.

El derecho comparado tampoco ayuda demasiado: mientras que en Francia se sigue aplicando el régimen tradicional a lo hora de transmitir los tí-

tulos otorgados antes de la Revolución, en Alemania prevalece el principio constitucional sobre los criterios tradicionales.

El TC se ha pronunciado por fin sobre este espinoso asunto en la reciente sentencia 126/1997, del 3 de julio, que resuelve una cuestión de inconstitucionalidad promovida por una sección de la AP de Madrid, en relación con la vigencia o derogación del principio de varonía establecido en las normas preconstitucionales que regulan el orden de sucesión en los títulos nobiliarios. En el auto de planteamiento de la cuestión, se pone en duda, con apoyo en la STC 27/1982, que las citadas disposiciones históricas hayan sido derogadas, como se viene sosteniendo en la jurisprudencia: si el carácter intrínsecamente discriminatorio de los títulos nobiliarios carece de relevancia constitucional, supeditar un determinado aspecto jurídico de su regulación a determinados criterios preferenciales es igualmente irrelevante desde el punto de vista constitucional. Dicha regulación quedaría, pues, fuera del ámbito de las relaciones jurídicas llamadas a ser protegidas por el principio de igualdad.

El Pleno del Tribunal desestima la cuestión y declara que la legislación histórica aplicable a la sucesión regular en los títulos nobiliarios (con exclusión del orden de sucesión en la Corona, regulado en el artículo 57.1 CE) y, en particular, la partida 2.15.2, de la que deriva la regla de la preferencia del varón sobre la mujer en igualdad de línea y grado, no es contraria al artículo 14 CE. La sentencia, que ha desencadenado un aluvión de críticas, considera que el título de nobleza, una institución relevante social y jurídicamente en el pasado, es hoy un símbolo desprovisto de cualquier contenido jurídico-material, más allá del derecho a usar un *nomen honoris*, que viene a identificar, como complemento del nombre, el linaje al que pertenece quien ostenta tal prerrogativa de honor. En el Estado social y democrático de Derecho que configura nuestra Constitución, basado en la igual dignidad de todas las personas (artículo 10.1 CE), “el ostentar un título nobiliario no supone en modo alguno un estatus o condición estamental y privilegiada, ni tampoco conlleva el ejercicio de función pública alguna”. Su significado es meramente simbólico, lo que excluye la existencia de una posible discriminación al adquirirlo.

Los títulos nobiliarios se adquieren hoy por vía sucesoria tal y como son, “tal y como han sido configurados en el pasado histórico al que precisamente hacen hoy referencia”. En realidad, se han adquirido siempre con arreglo al mismo orden sucesorio, de modo que el régimen legal de transmisión *post mortem* “ha constituido, a lo largo del tiempo, un elemento

inherente al propio título de nobleza”. Resultaría “paradójico” que pudiera adquirirse ahora por vía sucesoria no tal como es y ha sido históricamente, sino al amparo de criterios distintos.

La mayoría del Tribunal llega a la conclusión de que “admitida la constitucionalidad de los títulos nobiliarios por su naturaleza meramente honorífica y la finalidad de mantener vivo el recuerdo histórico al que deben su otorgamiento, no cabe entender que un determinado elemento de dicha institución —el régimen de su transmisión *mortis causa*— haya de apartarse de las determinaciones establecidas en la Real Carta de Concesión. La voluntad regia que ésta expresa no puede alterarse sin desvirtuar el origen y la naturaleza histórica de la institución”. En otros términos, el derecho de nobles sería resistente frente a la prohibición constitucional de discriminación por razón de sexo por tratarse de un derecho histórico, de escaso significado y, sobre todo, de estricto carácter privado (un auténtico “derecho de particulares” en el sentido con que acuñó este concepto C. Sforza).

De la *ratio decidendi* de esta sentencia discrepan los Magistrados Viver Pi-Sunyer y Vives Antón que formulan un voto particular, en el que sostienen que el mencionado orden sucesorio no sólo se halla sometido a las exigencias del principio constitucional de igualdad, sino que “consagra una discriminación por razón de sexo que vulnera frontalmente” una las prohibiciones específicas del artículo 14 CE. Parten para ello de la premisa de que la regla enjuiciada es una norma jurídica, un fragmento del ordenamiento estatal, y no “una simple regla de comportamiento establecida por determinados grupos sociales en virtud de sus particulares convenciones”. No estamos, por tanto, ante un fenómeno puramente privado, que se produce al margen del derecho: los actos de concesión, rehabilitación y transmisión *mortis causa* de los títulos nobiliarios “no son fruto de relaciones *inter privatos*, sino ejercicio de facultades públicas del monarca”, en el que intervienen diversos órganos estatales (desde el Consejo de Estado hasta los órganos judiciales, pasando por el refrendo del Ministro de Justicia). Todo este proceso “está regido por normas cuyo contenido no se limita a reconocer un ámbito de autonomía de la voluntad o privada, sino que establecen auténticas reglas de *ius cogens*, plenamente integradas... en el ordenamiento jurídico vigente”.

Sentado esto, los Magistrados que suscriben este voto afirman que una norma jurídica estatal no puede establecer una preferencia sucesoria del varón sobre la mujer. Aunque los títulos nobiliarios sean hoy un simple *nomen honoris* de escasa trascendencia, sus efectos jurídicos y sociales no

son ni inexistentes ni irrelevantes (la alta litigiosidad judicial que suscitan es buena prueba de ello). Además, “el valor de los derechos fundamentales no se mide por el número de sus posibles titulares ni por el mayor o menor alcance de sus consecuencias jurídicas o prácticas”. El que los títulos nobiliarios jueguen en la actualidad un papel insignificante o meramente simbólico podrá incidir “en la mayor o menor entidad de la discriminación enjuiciada, no en su existencia”. Esta conclusión se refuerza si se tiene en cuenta el prejuicio profundamente odioso (la inferioridad de la mujer en todos los órdenes) que está en el origen histórico de esta preterición, que afecta al núcleo más duro de la prohibición constitucional de discriminación por razón de sexo.

El argumento de que si la Constitución acepta la pervivencia de una institución histórica debe admitirla tal como es sin exigir ninguna adaptación a las exigencias derivadas de la misma (*sint ut sunt aut non sint*: sean como son o no sean, según sentenció el Papa Clemente XIII para justificar su negativa a modificar las Constituciones de S. Ignacio) es muy endeble, tanto lógica como jurídicamente. Buena parte de las instituciones existentes al entrar en vigor la Constitución han tenido que adaptarse al nuevo orden constitucional (no se consideraron inmunes a la Constitución).

Tampoco resulta convincente el segundo argumento esgrimido por la mayoría: dado que la Constitución reconoce los títulos nobiliarios y la desigualdad es consustancial a ellos, al reconocerlos está excluyendo tácitamente respecto de ellos las exigencias derivadas del principio de igualdad. Ni nuestro texto constitucional excluye de forma explícita la aplicación del artículo 14 los títulos nobiliarios, como hace respecto de la sucesión en la Corona, ni la desigualdad característica de estos títulos es consustancial, sino histórica. Nada impide que, sin dejar de evocar la memoria del pasado, se configuren a partir de la Constitución de acuerdo con las exigencias del artículo 14 CE: “al atribuir a la naturaleza de los títulos nobiliarios la desigualdad que pertenece sólo a su historia”, la sentencia incurre en una petición de principio.

En el voto particular formulado por el Magistrado Cruz Villalón se constata que los títulos nobiliarios son hoy “una institución viva, por no decir pujante”, que encuentra su asiento en una facultad del monarca regulada por normas constantemente actualizadas. Desde 1978, los títulos nobiliarios se vienen concediendo, por medio de Reales Decretos debidamente refrendados, se viene sucediendo en la posesión de los mismos con la correspondiente intervención pública, se vienen rehabilitando y cedien-

do en vida, y sobre los mismos se viene pleiteando abundantemente. Todo esto es “derecho vigente, *ius cogens* en su inmensa mayoría, en absoluto derecho histórico”.

Es verdad, explica Cruz Villalón, que la posesión de un título nobiliario no determina una diferencia de estatus, pero es preciso reconocer que el título nobiliario es hoy un bien inmaterial, que se integra en el patrimonio de ciertos individuos y familias. Hay personas que, por nacimiento, no sólo reciben un apellido, sino también un título nobiliario, un dato éste que forma parte del paisaje de las monarquías. Esta diferencia de trato no parece incompatible, en principio, con una Constitución que no quiso abolir los títulos nobiliarios.

Para este Magistrado, el argumento de que una institución histórica no puede ser tocada en uno de sus elementos sin inmediatamente desnaturalizarla, sin hacerla irreconocible, no se sostiene. Con ello, “se postula para la institución una impermeabilidad a la historia absolutamente privilegiada”. Para empezar, la preferencia del varón en el orden sucesorio no es “un elemento basilar de la institución”, es un elemento “secundario” del sistema. Además, los títulos nobiliarios, como otras instituciones con raíces preconstitucionales, tienen que adaptarse también a la Constitución, al Estado de los derechos fundamentales. La cuestión no puede resolverse en nuestro ordenamiento como si se tratase de simples relaciones entre particulares. Entre nosotros, los títulos nobiliarios tienen “carácter oficial”, en su ordenación participan los poderes públicos. A diferencia de lo que ocurre en las repúblicas con antecedentes monárquicos (pura autorregulación privada), aquí estamos en un régimen “esencialmente público”.

Como puede verse, la cuestión dista mucho de ser pacífica. Para salir de la encrucijada, se ha sugerido como solución la “privatización” de los títulos nobiliarios. Para Rubio Llorente, no tiene sentido “invocar la prohibición de discriminación por razón de sexo para obtener un título incompatible con la prohibición de discriminación por razón de nacimiento”. El problema real es el de la existencia misma de los títulos nobiliarios en un Estado organizado a partir del principio de igualdad, o, más precisamente, el de “la intervención del Estado en su creación, su rehabilitación y su transmisión, pues esa intervención del poder para consagrar diferencias por razón de nacimiento lo coloca irremediabilmente al margen del artículo 14 de la Constitución”. Esto no significa que deban considerarse abolidos los títulos nobiliarios existentes o prohibido su uso. La Constitución “no obliga por igual a la sociedad y al Estado y en el seno de aquélla son lícitos

muchos actos que para éste no lo son”. Lo único que hay que hacer es “sacar al Estado de allí en donde no debe estar”.

Dentro de la jurisprudencia de equiparación, decíamos que el TC ha incorporado también el concepto de “discriminación indirecta”, aunque, como veremos, no sin ciertas oscilaciones. La STC 145/1991, del 1 de julio, es la que lo introduce, con cita expresa de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (que, a su vez, lo toma de la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano, desde la Sentencia “Griggs v. Duke Power Company”, de 1971). Las recurrentes en amparo son limpiadoras de un hospital público que pedían el mismo salario que los peones, pues venían realizando igual trabajo y, sin embargo, percibían, según convenio colectivo, inferior sueldo. El TC les otorga el amparo por entender que eran víctimas tanto de una discriminación directa (según el principio de igual retribución por trabajo de igual valor) como indirecta: desigual valoración (adoptando como criterio determinante el sexo) de trabajos equivalentes desde el punto de vista de la naturaleza y condiciones de la prestación. La prohibición constitucional de discriminación comprende también las discriminaciones indirectas, que la STC define como “tratamientos formalmente no discriminatorios de los que derivan, por las diferencias fácticas que tienen lugar entre trabajadores de diverso sexo, consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciador y desfavorable que tratamientos formalmente iguales o razonablemente desiguales tienen sobre los trabajadores de uno y otro sexo a causa de la diferencia sexual”. En el caso en examen, no le satisface al TC la justificación de la razonabilidad de la diferencia entre las categorías de “peones” y de “limpiadoras” que había observado el órgano judicial ordinario (la mayor penosidad y esfuerzo físico que caracteriza a la figura de peón). Este criterio, afirma el TC, es “una premisa no demostrada... que otorga mayor valor injustificadamente a una cualidad predominantemente masculina, desconociendo otras características del trabajo (atención, cuidado, responsabilidad, etcétera) más neutras en cuanto a su impacto en cada uno de los sexos”. La misma denominación de “limpiadoras” es calificada por el TC de discriminatoria.

La STC 58/1994, del 28 de febrero, profundiza en los criterios de valoración sobre si han de considerarse o no de igual valor los trabajos desempeñados preferentemente por mujeres respecto de los trabajos, mejor retribuidos, realizados preferentemente por hombres. El problema planteado por el asunto era el de si constituía una discriminación el hecho de que las

empleadas de las secciones de envasado y expedición de la empresa Antonio Puig, S. A., a pesar de ostentar categorías profesionales superiores o equivalentes a las de sus compañeros de las mismas secciones, percibían una retribución mensual sensiblemente inferior. El TC aprecia una discriminación prohibida pues el empleador no justificó suficientemente la diferencia de trabajos entre hombres y mujeres en orden a concederles una retribución distinta y, además, el único criterio de diferencia que mencionó fue el del “mayor esfuerzo físico” de los varones, criterio que, formulado aisladamente, es sexista. Remitiéndose a la sentencia Enderby del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 27 de octubre de 1993, el TC aísla tres reglas generales: 1) en los supuestos en los que existan categorías predominantemente ocupadas por trabajadores de uno u otro sexo, desigualmente retribuidas, y no exista transparencia en la determinación de los criterios retributivos, corresponde al empleador la carga de poner de manifiesto los citados criterios, a fin de excluir cualquier sospecha de que el sexo haya podido ser el factor determinante de dicha diferencia; 2) el parámetro de igualdad no es aquí la igualdad de tareas, sino la igualdad del valor del trabajo, y 3) en la valoración del trabajo ha de garantizarse que los criterios de evaluación no sean, por sí mismos, discriminatorios, sino que se trate de criterios neutros. El TC aplica estos criterios en la sentencia 147/1995, del 16 de octubre, al identificar como discriminación indirecta la diferencia retributiva del distinto trabajo, pero de igual valor, de las mujeres (envasado y control estadístico) y de los varones (mezclas, moldeado y bombas de satinado) dentro de una empresa. El empleador no logró probar que los criterios de diferencia retributiva fueran neutrales, ni su valoración fue objetiva y transparente, con lo que no consiguió desvanecer la apariencia discriminatoria.

Sin embargo, la STC 286/1994, del 27 de octubre, da un paso atrás en la línea jurisprudencial establecida por las SSTC 145/1991 y 58/1994 (y que volverá a recuperar en la STC 147/1995). También en este caso parece existir una segregación profesional por razón del sexo en una empresa de fabricación de galletas: mientras que a los varones se les confiaba la producción (es decir, la manipulación de las materias primas y la creación del producto), a las mujeres se las derivaba normalmente hacia el departamento de envasado, empaquetado y acabado. Como es de suponer, a esta función se la asignaba un menor nivel retributivo, e incluso las pocas mujeres que trabajaban en el departamento de producción recibían una remuneración inferior a la de sus compañeros varones. La STC sostiene que “es muy



probable que en la génesis de la segregación profesional de los trabajos... estuviera una vez más la idea preconcebida de la menor fortaleza física y de cierta debilidad de la mujer en relación con el varón”, y califica esta distinción como “anacrónica” y “estereotipada”; pero no advierte en ella una discriminación indirecta, pues la división sexista de tareas no fue objeto de debate en los procesos judiciales ordinarios y, además, porque, admitiendo el principio de derecho comunitario de igual retribución por trabajos de igual valor (y no sólo por trabajos idénticos), entiende que las funciones de producción y de envasado no tienen el mismo valor, sino que la primera exige mayor responsabilidad, por lo cual es lógico que esté mejor retribuida. Por supuesto, el TC sí apreció la discriminación directa que sufrían las mujeres que trabajaban en la sección de producción, pero no la discriminación indirecta de la clasificación de funciones dentro de la empresa en atención al sexo, lo que es muy discutible a la vista de los criterios comunitarios que el TC hizo suyos en la STC 58/1994.

Por último, la STC 198/1996, del 3 de diciembre, ofrece también una solución criticable al problema planteado, que, por otra parte, es bastante curioso: la recurrente se presentó y aprobó unas pruebas de auxiliar administrativo con destino en la administración autonómica madrileña; posteriormente dicha administración asimila el puesto de “basculero” al de auxiliar administrativo y adscribe a la recurrente a dicho puesto; la Comunidad de Madrid, finalmente, decide resolver la relación laboral porque la actora no posee la fuerza física necesaria para realizar el trabajo de basculera (algunas operaciones de montaje de la báscula para pesar los vehículos requerían notable fuerza física). El TC no aprecia discriminación indirecta basándose en que el puesto de trabajo se ha definido conforme a criterios neutros y está abierto a trabajadores de ambos sexos (de hecho, la integración de los basculeros en la categoría de auxiliar administrativo se efectuó para evitar la “masculinización” de la tarea de basculero), y, además, si las funciones de basculero requieren poseer una fortaleza física superior a la media de las mujeres, ello, por sí solo, no resulta discriminatorio y contrario al artículo 14 CE, toda vez que se trata de un factor requerido por la propia naturaleza del trabajo (otra cosa son las consecuencias que se atribuyan a esa mayor fortaleza física, pues si se hipervalora a efectos retributivos en detrimento de otras características más comunes y neutras en cuanto al impacto en ambos sexos, se lesionaría el artículo 14 CE).

En su voto discrepante, Vicente Gimeno entiende, por el contrario, que “cuando se oferta un puesto que no requiere esfuerzo físico alguno y pos-

teriormente se le obliga a la mujer a realizar otro (aunque se encuentre dentro de la misma categoría profesional) que no puede ejercitar porque carece de la fuerza necesaria, y se procede, por esa sola causa, a su despido, el empleador ha creado, en la práctica, una discriminación por razón de sexo que debiera haber sido amparada por este Tribunal”, máxime si dicha conducta la observa una administración pública.

## 2. Jurisprudencia compensadora

Otro conjunto de sentencias examinan actos y/o normas que conceden una aparente ventaja o beneficio a las mujeres respecto de sus compañeros varones similarmente situados. Debemos señalar aquí la STC 128/1987, del 16 de julio, como *leading-case*: donde el TC formula su típico test de la medida paternalista *vs.* compensadora.

Antes de esta sentencia, podemos hablar de una aproximación “indiferente” respecto del sexo (*sex-blind*) por parte del TC, pues no distingue entre principio de igualdad y prohibición de discriminación, de modo que su método de análisis consiste, simplemente, en enjuiciar la razonabilidad de la medida diferenciadora de trato entre hombres y mujeres. La STC 81/1982, del 21 de diciembre, declara contraria al artículo 14 CE la ordenanza laboral correspondiente que computaba como horas extraordinarias de las A. T. S. todas las que realizaran en domingo, mientras que a los A. T. S. varones se les computaba como máximo tres horas de las extraordinarias que efectuaran los domingos (y el resto se incluían dentro del cupo máximo de horas extraordinarias semanales). El TC no encontró razonables los argumentos que para esa diferencia aportó el Insalud y extendió a los A. T. S. varones el régimen de sus compañeras (innovando el ordenamiento y excediéndose, por tanto, de sus competencias).

Con los mismos presupuestos, el TC dicta la sentencia 103/1983, del 22 de noviembre, que declara inconstitucional el artículo 160.2 de la Ley General de la Seguridad Social. Este precepto condicionaba el derecho a la pensión de viudedad de los varones a un requisito que no exigía a las viudas: encontrarse incapacitados para el trabajo y vivir a cargo de sus esposas fallecidas. El TC examina los endeble argumentos justificadores de la diferencia y declara discriminatorio este requisito. Nuevamente, lo más discutible de esta sentencia es que innova el ordenamiento (lo que debiera corresponder al legislador), arrojando una importante carga económica a las

espaldas de la seguridad social. Es reseñable que el voto particular de Francisco Rubio a esta sentencia prefigura ya, de algún modo, la idea de compensación que es central en la posterior STC 128/1987 (la ventaja de las viudas sobre los viudos pudo tener su sentido compensador en el pasado respecto de la especial “desigualdad real y efectiva” que sufrían las mujeres en aquel tiempo).

A una solución totalmente distinta conduce, por el contrario, la STC 5/1994, de 17 de enero, que resuelve un asunto de seguridad social complementaria de funcionarios. A juicio del TC, pese a que la regulación de la adquisición de la pensión exigía a los viudos requisitos adicionales que no reclamaba para las viudas (que, al tiempo de fallecer sus esposas, se encontraran incapacitados para el trabajo de forma permanente y fueran sostenidos económicamente por ellas), esto no constituye discriminación, pues esa pensión es una prestación complementaria regida por condiciones aceptadas libremente por los mutualistas. De modo que, según el TC, en materia de pensiones de viudedad, el sexo puede operar como criterio de diferenciación siempre que se justifique en una fundamentación razonable (lo que aprecia en el caso). Tal criterio es discutible porque no distingue, como criterio de enjuiciamiento, el principio general de igualdad del test que debe ser judicialmente más exigente de la prohibición de discriminación, y, además, en el supuesto concreto, se produce una (no apreciada por el TC) discriminación directa por razón de sexo (sobre los varones en esta ocasión) si tenemos en cuenta que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión, desde la sentencia Barber, de 17 de mayo de 1990, viene considerando que las prestaciones de seguridad social complementaria entran dentro del concepto de “retribución” del artículo 119 del Tratado de Roma y de la Directiva 75/117 (preceptos que exigen igualdad de retribución para hombres y mujeres por un trabajo de igual valor).

El *leading-case* de la jurisprudencia compensadora lo constituye la STC 128/1987. El actor, un varón que no obtendrá éxito finalmente en su pretensión, recurre en amparo ante el TC por entender que era discriminatorio el distinto régimen de prestaciones en concepto de guardería otorgado por su empleador, el Insalud: mientras que todas las trabajadoras con hijos menores de seis años, e independientemente de su estado civil, tenían derecho a percibir una prestación por guardería, este derecho se atribuía únicamente a los trabajadores que fueran viudos con hijos menores de seis años. El Insalud alega en defensa de la medida diferenciadora dos argumentos: 1) la ayuda por guardería es una concesión graciable que carece

de naturaleza retributiva y que, por ello, depende sólo de la discrecionalidad de los órganos directivos, y 2) es diferente la situación de hecho de las trabajadoras casadas y con hijos menores a su cargo de los trabajadores en las mismas circunstancias. Por lo tanto, el trato diferenciado no es discriminatorio a partir de la existencia de una efectiva diversidad de situaciones.

El TC rechaza ambos argumentos. El primero, porque la ayuda por guardería ha pasado a formar parte en el presente del conjunto de derechos y obligaciones que gravitan sobre el contrato de trabajo y que poseen relevancia económica, y, además, porque aunque la dirección de una empresa no está vinculada por un principio absoluto de identidad de trato, ello no excluye la prohibición (sobre todo, si el empleador es público) de distinciones basadas en factores que, como el sexo, el ordenamiento cataloga como discriminatorias. Es el segundo de los argumentos aportados por el Insalud el que va a dar pie al TC para analizar hasta qué punto son aceptables, en el marco de la Constitución, las diferencias de trato que tomen en cuenta el sexo de los afectados como elemento diferenciador:

1) La lista de posibles motivos de discriminación del artículo 14 CE, en la que se encuentra el sexo, aunque no es cerrada, sí representa “una explícita interdicción del mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricas muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad humana (artículo 10.1 CE)”. En este sentido, “no debe olvidarse que la expresa exclusión de la discriminación por razón de sexo halla su razón concreta, como resulta de los antecedentes parlamentarios del artículo 14 CE y es unánimemente admitido por la doctrina, en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad que, en la vida social y jurídica, se había colocado a la población femenina: situación que, en el aspecto que aquí interesa, se traduce en dificultades específicas de la mujer para el acceso al trabajo y su promoción dentro del mismo”. Y en este punto de su argumentación recuerda la sentencia diversos datos estadísticos corroboradores de su afirmación (según la encuesta de población activa utilizada, sólo 29.1 % de mujeres mayores de 16 años trabajaba, mientras que la tasa masculina era del 68.14%).

2) Esta situación de discriminación se ha intentado paliar en el orden laboral con numerosas medidas de finalidad protectora. Pero hay que distinguir dichas medidas según sean: a) falsamente protectoras, o b) verdaderamente remediadoras o compensadoras.

a) Por una parte, existe un conjunto de medidas que se han adoptado desde una perspectiva que reflejaba los mismos valores sociales que habían mantenido a la mujer en una posición de relegación en el mundo laboral: “partiendo de presupuestos de inferioridad física o de una mayor vocación (u obligación) hacia las tareas familiares, diversas disposiciones han venido a establecer diferencias de trato entre hombres y mujeres en el ámbito laboral, que aunque de apariencia protectora, perpetúan y reproducen en la práctica la posición de inferioridad social de la población femenina”.

b) Otra cosa son las medidas de acción positiva en favor de la igualdad de las mujeres, que sí son legítimas en el Estado social y democrático de Derecho para lograr la efectividad de valores constitucionales como la justicia y la igualdad: “La actuación de los poderes públicos para remediar la situación de determinados grupos sociales definidos, entre otras características, por el sexo (y cabe afirmar ahora, en la inmensa mayoría de las veces, por la condición femenina) y colocados en posiciones de innegable desventaja en el ámbito laboral, por razones que resultan de tradiciones y hábitos profundamente arraigados en la sociedad y difícilmente eliminables, no puede considerarse vulneradora del principio de igualdad, aún cuando establezca para ellas un trato más favorable, pues se trata de dar tratamiento distinto a situaciones efectivamente distintas”.

La STC 128/1987 imprime, pues, un giro copernicano a la jurisprudencia compensadora: la ilegitimidad constitucional que antes de ella se conectaba a todo tratamiento jurídico (dentro de una concepción “*sex-blind*”) que se adoptara tomando como criterio de diferenciación al sexo (otorgando una ventaja o beneficio a un colectivo femenino determinado), se reduce ahora a las medidas paternalistas o falsamente protectoras, que es preciso distinguir cuidadosamente de aquellas otras remediadoras o compensadoras, que sí son válidas. Aunque la presencia del sexo como elemento diferenciador “debe llevar a un más cuidadoso análisis de las causas subyacentes de la diferenciación por ser una causa típica de discriminación del artículo 14 CE”, las medidas protectoras de las categorías de trabajadoras que están sometidas a condiciones especialmente desventajosas para su acceso al trabajo o permanencia en él (en comparación con las correspondientes categorías de trabajadores masculinos o con la población trabajadora en general), no podrían considerarse opuestas al citado principio de igualdad, sino, al contrario, dirigidas a eliminar la situación de discriminación existente. Es claro que tal diferencia de trato sólo ven-

drá justificada si efectivamente se dan las circunstancias discriminatorias y sólo en cuanto se den, lo que supone una necesidad de revisión periódica al respecto. Pero si el supuesto de hecho, esto es, la práctica social discriminatoria, es patente, la consecuencia correctora, la diferencia favorable de trato, vendría constitucionalmente justificada. El TC acuña, pues, en la STC 128/1987 el concepto (a la vez que asegura su legitimidad constitucional) de la acción positiva para la igualdad de oportunidades de las mujeres.

El test de la medida paternalista/compensadora, que es el aplicado, con uno u otro nombre, en los países de nuestro entorno, plantea la grave dificultad de su aplicación en la práctica. Un buen ejemplo es la propia STC 128/1987, en la que el TC, después de haber establecido, con carácter general, este modelo de análisis, lo vierte al caso en examen concluyendo (de un modo que entendemos muy opinable) que la medida impugnada (el plus de guardería concedido casi en exclusiva a las trabajadoras) no es una medida paternalista (y, por tanto, discriminatoria), sino compensadora, destinada a paliar la discriminación sufrida por las mujeres trabajadoras con hijos pequeños a su cargo. ¿De qué modo? No, por supuesto, porque la mujer sea la que deba encargarse en exclusiva de las tareas domésticas, tesis que el TC declara contraria a los artículos 14, 32.1 (igualdad en el matrimonio), 35.1 (igualdad en el trabajo) y 39.3 (igualdad en el cuidado de los hijos comunes) de la Constitución, sino porque, de hecho, la mujer que tiene a su cuidado hijos menores se halla en una situación de particular desventaja para el acceso al trabajo o el mantenimiento del que ya tiene: “Este Tribunal no puede ignorar que, pese a las afirmaciones constitucionales, existe una realidad social, resultado de una larga tradición cultural, caracterizada por la atribución en la práctica a la mujer del cuidado de la familia y, particularmente, el cuidado de los hijos. Ello supone un obstáculo muchas veces insalvable para el acceso al trabajo... que se manifiesta en el dato... de la extremadamente baja participación de la mujer casada en la actividad laboral, en comparación con otras categorías sociales”.

A partir de esta sentencia, el TC empleará, por tanto, el test de las medidas paternalistas/compensadoras:

1) Medidas que el TC declara paternalistas o falsamente protectoras de la mujer.

a) Antes de la STC 128/1987, el Tribunal había sostenido, en la STC 38/1986, del 21 de marzo, que una regulación del descanso nocturno de las trabajadoras (artículo 2 del Decreto-ley de 15 de agosto de 1927) que es-

tablecía en su favor un descanso nocturno mínimo y continuo de 12 horas (con la sola excepción de clínicas o sanatorios) era contraria al artículo 14 CE, pues se basaba “en una valoración proteccionista del trabajo de la mujer que no tiene vigencia en la sociedad actual y que no está demostrado que tenga como consecuencia su promoción real y efectiva”.

b) La STC 207/1987, del 22 de diciembre, declara inconstitucional por discriminatoria la norma de un convenio colectivo que otorgaba a las auxiliares de vuelo mayores de 35 años y menores de 40 (pero no a sus compañeros varones) el derecho de retiro anticipado. El TC no niega que, con carácter general, puedan existir actividades laborales en las que la presencia física tenga una importancia decisiva para justificar una diferencia de trato por motivo de sexo, pero no lo aprecia en el caso, ya que la presencia física atractiva que normalmente demanda el personal receptor del servicio de vuelo (argumento que aducía el empleador) no es aplicable en relación con las auxiliares de vuelo.

c) La STC 142/1990, del 20 de septiembre, cuya doctrina se reitera en las SSTC 158/1990 y 58/1991, invalida el artículo 3.1 del Decreto-ley de 2 de septiembre de 1955 en cuanto que excluía a los varones de la pensión de viudedad del seguro obligatorio de vejez e invalidez (SOVI). Esta sentencia reproduce, casi en sus propios términos, la argumentación y las conclusiones de la STC 103/1983, ya citada.

d) La STC 28/1992, de 9 de marzo, presenta una estructura semejante a la STC 207/1987: un trabajador varón que recurre una norma de convenio que establecía una ventaja en beneficio exclusivo de las trabajadoras, ventaja que el TC considera discriminatoria, pero si en la STC 207/1987 se otorgaba el amparo, aquí se desestima. El asunto que resuelve la STC 28/1982 es el siguiente: el convenio colectivo de Telefónica concedía un plus de transporte nocturno sólo a sus trabajadoras (hasta 1985, en que se extiende a todos los empleados). El TC considera que dicho plus es una medida paternalista porque no favorece la promoción del trabajo de la mujer, sino que parte de una noción diferenciadora de la mujer, que la supone sujeta a riesgos que nunca amenazan al varón, incompatible con el mandato de parificación del artículo 14 CE. A pesar de considerar a la norma diferenciadora ilegítima, el TC desestima el amparo, precisamente porque al ser ilegítima no puede extenderse a los varones y porque si, pese a todo, se optara por tal extensión, el TC estaría creando una norma nueva, lo que a todas luces excede de su competencia. Recordemos que en las sentencias relativas a pensiones de viudedad el TC ha optado por tal extensión a los

varones. La STC 28/1992 acierta, en nuestra opinión, en la fijación de los márgenes de decisión lícitos del propio Tribunal, que son traspasados cuando se amplía a los varones un beneficio (legítimo o no) concedido inicialmente en exclusiva a las mujeres. En estos casos, el Tribunal crea una norma (y casi siempre, además, con un importante impacto económico sobre las arcas públicas).

Pero la sentencia 28/1992 deja irresuelto el trato discriminatorio hacia los trabajadores varones, porque reconoce la existencia de una norma colectiva discriminatoria, pero no la invalida. Es decir, la sentencia tolera la existencia en el ordenamiento de una norma que ella misma ha considerado contraria al artículo 14 CE. Una solución más equilibrada podría haber sido, quizás, declarar nula, por discriminatoria, la norma convencional (y, por tanto, dictar un fallo estimatorio), pero detener ahí el pronunciamiento, no ir más allá ampliando la ventaja al actor y a los demás trabajadores varones de la empresa. Y ello porque las medidas falsamente protectoras de las mujeres no sólo las discriminan a ellas, al considerarlas seres de inferior valor, por eso mismo necesitados de mayor protección, sino también a ellos, a sus compañeros varones. No procede, a nuestro juicio, igualar por arriba, extendiendo esta ventaja (inicialmente sólo para mujeres) a los varones, ni dejar subsistente la discriminación, incluso advertida (como hace la STC 28/1982), sino igualar por abajo: anular el acto o norma discriminatoria para todos, mujeres y hombres, pues a todos perjudica en realidad. La STC 28/1992 ofrece también otro ejemplo del carácter en gran medida tautológico del test de la medida paternalista/compensadora. En efecto, no exterioriza un examen complejo o detenido de por qué un plus de transporte nocturno otorgado sólo a las trabajadoras es una medida paternalista. Varias páginas del Código Penal demuestran una mayor inseguridad de las mujeres ante la posibilidad de ataques físicos e incluso el Tribunal Constitucional federal alemán, en su sentencia de 28 de enero de 1992 (que declaró contraria a la Ley Fundamental la prohibición del trabajo nocturno de las mujeres), al valorar el argumento en favor de dicha prohibición del riesgo especial al que están sujetas las mujeres, reconoció que “acaso podrían evitarse estos riesgos especiales poniendo a su disposición un autobús para los desplazamientos que hayan de realizar por motivo de su trabajo nocturno”. La distinción entre medidas paternalistas y compensadoras es siempre difícil y opinable, pero exige de los Tribunales una exposición de argumentos que no sea meramente circular.



e) La STC 3/1993, del 14 de enero, anula el artículo 162.2 de la Ley General de la Seguridad Social, que reconocía sólo a las hijas y hermanas, pero no a hijos y hermanos, el derecho a percibir ciertas prestaciones. El TC vuelve a extender a los varones la ventaja concedida inicialmente sólo a las mujeres. Con el agravante, en este caso, de que, a diferencia de lo que ocurría con la pensión de viudedad, la propia sentencia considera aquella ventaja como ilegítima o discriminatoria: la medida diferenciadora no tiene la función de reincorporar a la mujer al trabajo, ni su emancipación de las tareas domésticas, sino que es una medida compensadora de un estado de necesidad en el que predomina la visión paternalista y la función sustitutiva de la pensión perdida. Por ello, afirma la sentencia, se trata de una prestación que, adoptada por el factor de diferenciación sexual, resulta perturbadora para lograr una igualdad efectiva de la mujer en relación con el varón, en tanto que privilegio instituido en favor de la misma que se revela como una forma encubierta de discriminación que se vuelve contra ella.

f) La STC 315/1994, del 28 de noviembre, es semejante, en cuanto al supuesto que examina, a la STC 68/1991, del 8 de abril: una pensión de orfandad que concedía un reglamento local navarro a los hijos varones de empleados municipales hasta los 25 años y a las hijas hasta que “tomaren estado civil o religioso, sea cualquiera su edad”. Ahora bien, la STC 68/1991 estima el recurso de amparo solicitado por una de estas hijas frente a la denegación administrativa de dicha pensión (el Ayuntamiento interpretaba el precepto reglamentario, a la luz del artículo 14 CE, entendiendo que sólo deberían tener derecho a la pensión las mujeres que, sin empleo, carecieran de suficientes medios de subsistencia; por cierto que esta misma interpretación fue defendida tanto por el Tribunal Supremo como por el voto discrepante que acompaña a la sentencia de los magistrados Álvaro Rodríguez Bereijo y Eugenio Díaz Eimil). A juicio del TC, es “cuando menos probable” que el precepto reglamentario que introduce la distinción sea discriminatorio, pero de ello “no puede extraerse, sin embargo, otra consecuencia que la de que no puede denegarse, con apoyo en la norma discriminatoria, un derecho que ésta concedería si no lo fuera”; de modo que, mientras exista esa norma (aunque de apariencia discriminatoria), y en tanto el legislador no la modifique, “el encargado de aplicarla no puede privar a nadie del derecho que ésta le otorga, aunque pueda eventualmente reconocerlo también a quienes, según el texto literal de la misma, no lo tendrían, inaplicando las cláusulas que establecen la discriminación”. Esta STC 68/1991 mantiene, en definitiva, la legitimidad de un trato favorable

a las hijas de los empleados municipales respecto de los hijos, argumentando, no desde la doctrina anterior del TC sobre la discriminación por razón de sexo (test de la medida paternalista/compensadora), sino a partir de la idea de que los aplicadores del derecho no pueden privar a nadie del derecho otorgado por una norma (aunque pudiera incurrir en discriminación), en tanto no sea modificada o derogada.

Estamos en presencia, pues, de otra solución distinta que ofrece el TC al complejo problema de la reparación jurídica de las discriminaciones: se reconoce que la discriminación “probablemente” existe en favor de un grupo de mujeres, pero no se extiende a los varones similarmente situados (línea de la jurisprudencia sobre pensiones), ni se desestima el amparo aunque se reconozca la discriminación (solución de la STC 28/1992, sobre plus de transporte nocturno), sino que se reconoce la discriminación, pero, pese a todo, se otorga el amparo. En nuestra opinión, la norma era claramente discriminatoria por paternalista o falsamente protectora y, en consecuencia, el TC debiera haber declarado nula y derogada la norma reglamentaria preconstitucional, por incompatible con el artículo 14 CE, y haber desestimado el amparo.

Pues bien, en la STC 315/1994 el actor era un varón que solicitaba, con apoyo en la jurisprudencia del TC sobre discriminación por sexo en materia de pensiones, una equiparación “por arriba” con las mujeres similarmente situadas, esto es, que se extendiera también a los hijos varones de los empleados municipales navarros el régimen más favorable para el disfrute de la pensión de orfandad concedido inicialmente a las mujeres. Muy acertadamente, el TC desestimaré el amparo porque el principio de igualdad “no siempre es motor de una generalización del régimen más favorable y, muy al contrario, puede exigir la supresión del beneficio si éste fuere injustificado y no razonable, dando origen a una situación privilegiada con base a un criterio diferencial incompatible con el sistema de valores latentes en la Constitución”; de modo que el principio de igualdad “no puede ser un medio para adquirir derechos ajenos en virtud del agravio comparativo... no resulta posible una parificación en la discriminación misma”.

g) La STC 317/1994, de 28 de noviembre, es reseñable no tanto por la solución concreta a la que llega (que sigue el test típico), como por su intento de sistematizar criterios para distinguir las medidas paternalistas o falsamente protectoras de las legítimas medidas de acción positiva para el fomento de la igualdad de las mujeres. La sentencia desestima el amparo, cuyo contenido era la petición de aplicación de una norma preconstitucional

que otorgaba a ciertas trabajadoras el derecho a una indemnización por ruptura del contrato de trabajo a consecuencia de su matrimonio. El TC declara dicha norma falsamente protectora y, por tanto, confirma la corrección de la decisión de los órganos judiciales ordinarios de considerarla derogada por la Constitución. La sentencia aporta dos criterios generales para distinguir una medida paternalista de otra de acción positiva: 1) que la medida no sea contraria al principio de igualdad de trato, es decir, “que no tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo”, y que, 2) no haya perdido su razón de ser, esto es, “que no tienda a perpetuar estereotipos o patrones culturales ya superados”. Aplicados estos criterios al caso, la Sala concluyó que la norma en examen era discriminatoria, porque provocaba la pérdida de igualdad de oportunidades en el empleo (al incentivar la interrupción de la carrera profesional de la mujer) y porque habría perdido su razón de ser en una sociedad como la actual.

2) Medidas que el TC ha considerado acciones positivas legítimas. Estas decisiones (cuyo paradigma es la tanta veces citada STC 128/1987), son particularmente interesantes porque constituyen el auténtico banco de pruebas del reconocimiento de la licitud constitucional de las acciones positivas. Sin embargo, aquí también se perfilan no pocas zonas de penumbra, como tendremos ocasión de comprobar.

a) En el asunto que da origen a la STC 19/1989, el actor (varón) alegaba que las normas de los estatutos de la mutualidad laboral sobre pensión de jubilación en el sector textil aplicables a su caso (que ya habían sido derogados hacía mucho tiempo antes, pero que perduraron en el tiempo a través de normas transitorias) eran discriminatorias porque establecían una sensible diferencia entre hombres y mujeres cuando la jubilación se producía entre los 60 y los 64 años (la de la mujer podía llegar a ser 80 % del salario regulador y la del varón podía alcanzar como máximo 70 %). El TC declara que esta diferencia no es discriminatoria, pues se aplicaba en un sector de actividad en el que, por aquellas fechas, la mujer trabajadora estaba sujeta a inferiores condiciones de trabajo y salario, y adscrita a categorías profesionales de menor calificación. El TC recuerda que la norma enjuiciada se inscribía en un contexto normativo que se decía comprometido en “liberar” a la mujer casada “del taller y de la fábrica” (Declaración II del Fuero del Trabajo) y que, en su conjunto, bien mediante cláusulas de excedencia forzosa de la mujer por razón de su matrimonio, bien mediante reglas de fomento del empleo de “padres” o “cabezas” de familia (condición que se predicaba, ante todo, del varón), había colocado a las muje-

res en una clara situación de inferioridad en el mercado de trabajo. El TC sostiene que la diferencia impugnada no tenía por objeto colocar al trabajador varón en peores condiciones en el momento de su jubilación, sino compensar de algún modo la situación de inferioridad que, laboral y socialmente, venía padeciendo el personal femenino. No obstante, hay que tener en cuenta que el TC, para justificar esta diferencia de trato, valora muy significativamente el carácter limitado, excepcional o “histórico” de la medida. Posiblemente, si hubiera estado vigente en el tiempo en el que se dicta la sentencia, el TC habría razonado de otro modo.

b) La STC 109/1993, del 25 de marzo, cuya doctrina se reitera en la STC 187/1993, del 14 de junio, resuelve una cuestión de inconstitucionalidad planteada respecto del artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores: “Las trabajadoras, por lactancia de un hijo menor de nueve meses, tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrá dividir en dos fracciones. La mujer, por su voluntad, podrá sustituir este derecho por una reducción de la jornada normal en media hora con la misma finalidad”. Hay que tener en cuenta que después del planteamiento de la duda de constitucionalidad ante el TC, se amplió el precepto: “Este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por el padre o por la madre, en el caso de que ambos trabajen”. Por ello, la relevancia práctica de la sentencia, cuando se dicta en 1993, es ya muy reducida. En el proceso *a quo*, un trabajador varón que atendía ordinariamente la lactancia de su hijo (su mujer no podía hacerlo al tener que desplazarse diariamente para trabajar lejos del domicilio familiar) había reclamado contra su empresa porque ésta le autorizó la ausencia para alimentar al hijo, pero no se la retribuía. La STC 109/1993 sostiene la constitucionalidad de la norma impugnada, considerando que su objetivo es hacer compatible para la mujer su trabajo y el cuidado de sus hijos recién nacidos. La medida no implica una visión de la mujer como ser inferior en el trabajo, sino “una ventaja de apoyo a la mujer como grupo desfavorecido”, de una compensación, derivada del artículo 9.2 CE. “No puede afirmarse genéricamente —indica el TC— que cualquier ventaja legal otorgada a la mujer sea siempre discriminatoria para el varón por el mero hecho de no hacerle partícipe de la misma (como podría, al contrario, serlo para la mujer la que le impusiera una privación solamente por su sexo)”. Antes bien, “la justificación de tal diferencia podría hallarse en una situación de desventaja de la mujer que se trata de compensar; en este caso, porque ello tiene lugar frente a la relación de trabajo, y sin perjuicio de que el legislador pueda extender el beneficio al varón o incluso

suprimirlo sin que ello se oponga tampoco a los preceptos constitucionales invocados”.

La sentencia basa su conclusión de que la conservación del permiso de lactancia en exclusiva para las trabajadoras es una medida compensadora de una situación de específica desventaja de la mujer trabajadora, en que la lactancia natural (como el embarazo y el parto) son una realidad biológica diferencial. Y aunque admite que en el caso de la lactancia artificial también el varón puede prestar ese cuidado al hijo y que acaso la medida en examen lleva consigo el riesgo de consolidar una división sexista de papeles en las responsabilidades familiares, sostiene su constitucionalidad en la medida en que, siendo una norma laboral (que no se refiere, pues, al reparto de responsabilidades entre padre y madre), su objetivo es hacer compatible para la mujer su trabajo y el cuidado del hijo recién nacido.

Esta argumentación dividió al TC; al voto particular de Vicente Gimeno se adhirieron otros tres magistrados: Fernando García-Mon, Carlos de la Vega y Eugenio Díaz Eimil. Para ellos, el precepto cuestionado discriminaba claramente por razón de sexo a los trabajadores varones (que pueden alimentar artificialmente a sus hijos) y también a las mismas trabajadoras, pues si bien la finalidad tuitiva de la norma pudo encontrarse en su origen remoto (una ley de 1944), desde el momento en que se instaura dicho derecho y se otorga exclusivamente a la mujer trabajadora, “aquella finalidad se vuelve contra ella misma, ya que a nadie se le oculta que para un empresario poco escrupuloso con el principio de igualdad, siempre le será ‘más rentable’ contratar a hombres que a mujeres trabajadoras dado el incremento de los costes laborales que por esta causa y por otras biológicas (vg. las bajas por maternidad) las mujeres siempre ocasionan”.

Lo afirmado en el voto discrepante nos parece más acorde con la realidad sociolaboral actual; la concesión en exclusiva a la trabajadora del permiso de lactancia es hoy, probablemente y si tenemos en cuenta los dos criterios que más tarde aportará la STC 317/1994 (que la diferencia no anule o altere la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo de las mujeres y que no tienda a perpetuar estereotipos ya superados —del tipo: el cuidado de los hijos corresponde sólo o preponderantemente a las madres—), más una medida falsamente protectora que una auténtica medida de acción positiva. Pero en todo caso, y más allá de la duda (casi metafísica) de si se trata de una medida paternalista o, por el contrario, compensadora, lo cierto es que en la STC 109/1993 no podemos encontrar un asidero seguro del reconocimiento por parte del TC de las acciones positivas. La ventaja

cuestionada dudosamente podría considerarse una ventaja, y ni siquiera estaba en vigor al tiempo de ser dictada la sentencia.

Dado que, como hemos visto, la STC 19/1989 tampoco es un ejemplo válido del reconocimiento de las acciones positivas, podemos concluir que, hasta la fecha, la única sentencia que ha mantenido una regulación favorable en exclusiva a las mujeres también para el futuro (y no sólo para situaciones pasadas) ha sido la STC 128/1987. En otras palabras, esta última sentencia, que es mecánicamente citada por el TC en todos los casos de discriminación por razón de sexo, incluso en la jurisprudencia de equiparación (lo cual no tiene mucho sentido: una mujer puede trabajar en el interior de una mina no porque se le compense de nada, ni se le fomente positivamente una igualdad de oportunidades, sino porque no existe ninguna razón válida para que no lo haga en condiciones de igualdad con los varones), ha originado una línea jurisprudencial que, en realidad, ¡sólo ha sido seguido por ella! Y no deja de ser curioso que las dos principales medidas que el TC ha considerado compensatorias hayan sido, precisamente, un plus de guardería y el permiso de lactancia, dos “ventajas” más orientadas a que la mujer compatibilice su actividad laboral con las actividades domésticas y familiares, que a promocionarla efectivamente en el trabajo extradoméstico.

En definitiva, y pese a sus indudables aciertos (ligados, probablemente, al deseo de justicia material del caso concreto más que a dar soluciones sistemáticas), la jurisprudencia del TC español en materia de discriminación por razón de sexo plantea, además del último citado en relación con la jurisprudencia compensadora, no pocos interrogantes, la mayoría de los cuales ya han sido expuestos en este sumario análisis.

### *B) Discriminación por razón de nacimiento*

La expresa prohibición de esta causa de discriminación en el artículo 14 CE, reforzada por el mandato de protección integral de los hijos, “iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación”, contenido en el artículo 39.2 CE, comenzó a surtir efectos desde el momento mismo de la entrada en vigor de la Constitución, quedando derogadas, antes incluso de la promulgación de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, todas las disposiciones contrarias a ese principio de equiparación o igualdad de trato.

En su sentencia 80/1982, de 20 de diciembre, el TC afirmó, por si había alguna duda, que, vigente la Constitución, no podía perpetuarse en el tiempo ninguna situación discriminatoria surgida al amparo de la legislación preconstitucional (y muy particularmente, del artículo 137 del CC). La Sentencia subraya el valor normativo inmediato del precepto constitucional y afirma, frente a la tesis defendida por el TS, que los hijos naturales no pueden ser tratados de forma distinta a los hijos legítimos o matrimoniales en orden al ejercicio de las acciones de reconocimiento de filiación. Véase, en la misma línea, la STEDH, de 29 de noviembre de 1991, en el caso “Vermeire”, que considera la exclusión de la actora, hija ilegítima, de la herencia de su abuelo, contraria al artículo 14 del Convenio.

Se ha planteado también la posible vulneración del principio de no discriminación por razón de nacimiento en relación con las reglas que rigen las sucesión en los títulos nobiliarios. En la STS (Sala 1a.) de 7 de julio de 1986, por ejemplo, se mantiene una postura favorable a la aplicación de este principio constitucional en ese ámbito. La condición de ser hijo legítimo, dice la sentencia, puede ser considerada discriminatoria, al igual que la preferencia del varón sobre la mujer.

### *C) La discriminación racial*

En este contexto, el término “raza” no sólo hace referencia a los grupos étnicos con rasgos genéticos o biológicos diferenciados que se reflejan en características físicas hereditarias, sino también a las comunidades histórica o culturalmente definidas, que conservan conscientemente sus propias señas de identidad.

Aunque este tipo de discriminación no se plantea entre nosotros con la misma agudeza que en otros países, la eventual existencia de un tratamiento discriminatorio en contra de las personas pertenecientes a la raza gitana se ha suscitado en más de una ocasión en el ámbito de la jurisdicción penal. El artículo 14 CE prohíbe que el órgano judicial atribuya relevancia alguna a la condición de gitano del imputado: una resolución judicial, se lee en la STC 126/1986, de 22 de octubre, no puede incurrir en la “perversión jurídica” de atender al grupo étnico al que pertenecen los acusados “para concluir o prejuzgar de cualquier manera su culpabilidad”. Ahora bien, no cabe deducir un propósito discriminatorio del hecho de que figure en el sumario un informe policial en el cual se alude a las sospechas de la policía sobre

la posible implicación de ciertas familias gitanas en el tráfico de drogas. Es cierto, aclara el Tribunal, que la utilización de referencias de carácter étnico, aunque sea con una finalidad meramente descriptiva, debe ser evitada, pues esas referencias pueden prestarse a malentendidos o alentar prejuicios irracionales presentes en nuestra sociedad, pero no es menos cierto que su uso no es, en sí mismo, discriminatorio.

En la famosa sentencia 214/1991, de 14 noviembre, que resolvió en sentido estimatorio el recurso presentado por Violeta Freedman, una mujer judía que había perdido a toda su familia en un campo de concentración, el TC consideró que las manifestaciones de odio y desprecio a todo un pueblo o a una etnia son incompatibles con el respeto a la dignidad humana. De acuerdo con la (discutible) doctrina acuñada en esta decisión, el artículo 510 del nuevo Código Penal introduce un límite material al ejercicio de la libertad de expresión al castigar a “los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía”. La protección penal se completa con el tipo del artículo 515.5, que considera ilícitas las asociaciones que promuevan la discriminación, el odio o la violencia racial.

#### *D) La discriminación por motivos religiosos o de opinión*

Mediante la exclusión de estos factores de discriminación, que están vinculados a las opciones o preferencias ideológicas de una persona, se trata de garantizar el libre ejercicio de los derechos fundamentales y preservar al mismo tiempo el pluralismo, no sólo frente a las coacciones o amenazas procedentes de los poderes públicos, sino también frente a los brotes de intolerancia social. En la Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones, aprobada por la Asamblea General de la ONU el 25 de noviembre de 1981, se afirma que “nadie será objeto de discriminación por motivos de religión o de convicciones por parte de ningún Estado, institución, grupo de personas o particulares” (artículo 2.1). La adscripción a una determinada confesión religiosa, por minoritaria o excéntrica que ésta sea, no puede servir de base para un tratamiento diferenciado.



En el ámbito civil, por ejemplo, parece claro que un cónyuge no puede invocar como causa de divorcio la adhesión del otro a una determinada religión, a no ser que se demuestre que esa circunstancia hace insoportable la convivencia familiar. Esta cuestión se ha suscitado, en nuestros tribunales ordinarios y en los de otros países, en relación con los Testigos de Jehová. Véase, en relación con la custodia de los hijos, la sentencia de 23 de junio de 1993 del TEDH, en el caso Hoffman.

Nuestro TC ha tenido que pronunciarse recientemente sobre las consecuencias en el plano económico de la negativa de los Testigos de Jehová a recibir transfusiones sanguíneas. En el asunto resuelto por la sentencia 166/1996, de 28 de octubre, el actor, miembro de la citada confesión y afiliado a la Seguridad Social, impugnó la sentencia del TS que le había denegado el reintegro de los gastos médicos ocasionados por su tratamiento en una clínica privada (los médicos de la Seguridad Social no le garantizaron un tratamiento adecuado a sus creencias religiosas, que excluyera en todo caso la transfusión de sangre en la intervención quirúrgica que se le había de practicar), alegando la presunta violación de los derechos garantizados en los artículos 16.1 y 14 de la CE, como consecuencia de la penalización económica sufrida por mantenerse fiel a sus convicciones religiosas.

El recurrente, aun aceptando que la libertad religiosa no determina por sí sola el deber de la sanidad pública de prestar asistencia en los términos impuestos por un singular mandato de determinada confesión religiosa, entendía que tal deber derivaba del artículo 14 CE, que impone a los poderes públicos la obligación de garantizar la asistencia y prestaciones suficientes para todos, sin discriminación alguna, de modo que no se penalice económicamente como consecuencia de la penalización económica a sus creencias religiosas que la decisión judicial suponía. El TC recordó, en contra de lo manifestado por el actor, que el artículo 14 reconoce el derecho a no sufrir discriminaciones, pero no el hipotético derecho a imponer o exigir diferencias de trato. Y eso era justamente lo que pretendía el demandante en este caso: no asegurar un trato igualitario, porque igualitario es el régimen legalmente establecido para dispensar la asistencia sanitaria, sino modificar, en razón de sus creencias religiosas, el tratamiento médico ordinario, condicionando a la vez la actuación técnica de los facultativos con arreglo a la *lex artis* del ejercicio de la profesión médica.

En un primer momento, el TC tuvo que salir al paso de algunas quejas en las que se denunciaba la existencia de un supuesto tratamiento más favorable a los miembros de la confesión católica por parte de los poderes

públicos. En el ámbito militar, se vio obligado a explicar, en respuesta a un recurso que, no sin fundamento, ponía en tela de juicio la constitucionalidad del Cuerpo Eclesiástico Militar, que el hecho de que el Estado preste asistencia religiosa católica a quienes integran las Fuerzas Armadas no lesiona el derecho a la igualdad, porque no excluye en absoluto la asistencia religiosa a los miembros de otras confesiones, una asistencia que éstos pueden reclamar legítimamente (STC 24/1982, de 13 de mayo).

Tampoco puede tacharse de discriminatoria la regulación legal del descanso semanal. Que, como regla general (artículo 37.1 ET), se establezca el domingo como día de descanso en España y otros muchos países no implica un tratamiento discriminatorio para los no católicos porque el descanso semanal, aunque haya tenido un origen religioso, es, en la actualidad, una institución laboral y secular, que si comprende el citado día dentro del periodo de descanso es porque ése es el día de la semana consagrado por la tradición (STC 19/1985, del 13 de febrero). Una vez fijado o acordado el régimen del descanso semanal para la empresa, es evidente que la concesión a un determinado trabajador de un periodo de descanso distinto por razones religiosas supondría una excepcionalidad, una dispensa del régimen general que puede ser legítima, desde luego, pero que no puede imponerse imperativamente al empresario.

En el orden laboral, tanto el artículo 17.1 como el 4.2.c) del ET prohíben la discriminación fundada en las “ideas religiosas o políticas” del trabajador. La LOLR advierte además que “no podrán alegarse motivos religiosos para impedir a nadie el ejercicio de cualquier trabajo o actividad” (artículo 1.2). Dicha prohibición lleva implícita, junto a una tutela represiva (que se resuelve en la nulidad de las decisiones empresariales de carácter discriminatorio), una tutela preventiva, que impide obtener información reservada sobre las opiniones o creencias del trabajador, salvo en el caso de las organizaciones de tendencia. Se protege así a los trabajadores por cuenta ajena frente a cualquier intento de obligarles a declarar o frente a toda indagación al respecto por parte del empresario (o de terceros contratados por éste: agencias privadas de investigación o colocación y gabinetes de selección de personal). No es de recibo, por ejemplo, la inclusión en tests o cuestionarios de preguntas que permitan averiguar las opiniones políticas o religiosas de los candidatos. Mediante esta interdicción se persiguen dos objetivos: por un lado, proteger la esfera de intimidad del trabajador (su derecho a no revelar sus convicciones), y por otro, evitar las discriminaciones basadas en consideraciones que nada tienen que ver con su capacita-

ción profesional para una determinada tarea. Impidiendo al empleador la obtención de esa información se corta de raíz (adelantando las barreras de protección) la posibilidad de una ulterior discriminación por razones ideológicas o religiosas.

El principio general en esta materia, con la única excepción de las empresas de tendencia, es la irrelevancia de la ideología del trabajador: nadie puede ser discriminado, sancionado o despedido en razón de sus convicciones ideológicas. En aplicación de este principio, el TSJ de Cantabria declaró radicalmente nulo, por sentencia del 8 de abril de 1992, el despido de un conocido deportista que trabajaba al servicio de un Ayuntamiento. El trabajador en cuestión había participado en un acto electoral organizado por un partido político de la oposición. Su intervención en dicho acto fue un gesto del que se hicieron eco todos los medios de comunicación locales. Celebradas las elecciones municipales, la relación de fuerzas en el Ayuntamiento no se alteró, y poco después el trabajador fue despedido con la excusa de unos supuestos incumplimientos contractuales. La Sala de lo Social consideró que, a la vista de los antecedentes y de las circunstancias que rodearon el despido (las faltas alegadas o no fueron probadas o carecían en todo caso de la entidad suficiente para justificar la medida adoptada), no cabía sino presumir que la decisión se tomó como sanción por el ejercicio legítimo de la libertad ideológica y de expresión del trabajador. Véase también la sentencia del TSJ del País Vasco, de 23 de enero de 1990.

La prohibición de discriminaciones por motivos políticos o ideológicos vincula a los poderes públicos y a los particulares desde el momento de la entrada en vigor de la Constitución. En la sentencia 204/1988, el TC consideró contraria al artículo 14 la distinción introducida en una ley de 1941, que limitaba las pensiones a las viudas de las víctimas que se habían adherido al Alzamiento Nacional, excluyendo a las demás víctimas de la Guerra civil muertas en análogas circunstancias. El Tribunal entiende que la Constitución obliga a reinterpretar dicha ley (no considera derogado el precepto que amparaba la diferencia de trato) y extiende a todas las viudas el derecho a la pensión.

No hay discriminación ideológica, en cambio, en el hecho de que al proveer cargos públicos de naturaleza política se dé preferencia a los correligionarios. No puede argumentarse que existe en estos casos un trato diferente por expresar opiniones distintas de las que sostienen los miembros de la mayoría, entre otras cosas, porque pertenece a la esencia de la

democracia representativa la distinción entre mayoría y minoría, así como la ocupación por la primera de los puestos de dirección política (STC 32/1985, de 6 de marzo).

Entre los criterios discriminatorios constitucionalmente prohibidos se halla, desde luego, la pertenencia a un sindicato, de modo que serán nulas todas las cláusulas, pactos o decisiones del empresario que incorporen este criterio diferenciador (artículos 4.2.c) y 17.1 ET). No faltan en la jurisprudencia ordinaria y constitucional casos de despidos discriminatorios declarados radicalmente nulos por su motivación antisindical. En estos casos, la conducta antisindical del empresario entraña una violación tanto del artículo 28.1 CE como del artículo 14 CE, dado su carácter discriminatorio. Pero no toda vulneración de la libertad sindical comporta una violación del principio de igualdad: “no toda conducta antisindical es, al mismo tiempo, una discriminación” (ATC 128/1987, de 4 de febrero). Hay supuestos en los que un trabajador es sancionado como represalia por su actividad sindical, pero no se dan los elementos necesarios para un juicio de igualdad, porque no hay término de comparación (esto es, trabajadores que, encontrándose en las mismas circunstancias, no han sido sancionados o a los que se la ha impuesto una sanción más leve).

En la temprana STC 38/1981, de 23 de noviembre, se formuló por primera vez la doctrina de la nulidad radical de los despidos que entrañasen una vulneración del derecho fundamental consagrado en el artículo 28.1 CE, doctrina extendida posteriormente a otros supuestos de violación de derechos fundamentales. El artículo 113.1 de la nueva Ley de Procedimiento Laboral (LPL) se hace eco de este criterio jurisprudencial: “Si el despido fuera declarado nulo, se condenará a la inmediata readmisión del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir”. Como es sabido, la nulidad radical entraña un plus de efectividad respecto del régimen común de la nulidad. Esta categoría se elaboró originariamente para impedir que los despidos discriminatorios pudieran tener algún efecto en la práctica, a través del incidente de no readmisión, burlando así la tajante prohibición del artículo 14, reiterada en términos igualmente rotundos por el artículo 17.1 del ET.

En esa misma resolución, la 38/1981, se sentó, además, el principio de que la carga de probar que no hay discriminación en las medidas adoptadas por el empleador, corresponde a éste. Se produciría, en estos casos, una inversión de la carga de la prueba. Dado que al trabajador le resulta muy difícil, prácticamente imposible, demostrar la existencia de un móvil dis-

criminatorio (es un prueba diabólica porque el ánimo discriminatorio sólo se puede intuir, nunca se exterioriza claramente, no aparece objetivamente como causa real del despido), se alteran las reglas de distribución de la carga probatoria (de acuerdo con el artículo 1214 del CC, quien alega un hecho, tiene que probar su existencia) y se traslada el *onus probandi* al empresario (con todo lo que ello implica: una especie de presunción de ilicitud de la actuación empresarial y la imposibilidad de probar un hecho negativo, como es la no existencia de discriminación). Una traslación que se justificaría como un instrumento para combatir eficazmente la discriminación en el terreno laboral.

La doctrina laboralista más solvente viene sosteniendo, sin embargo, con apoyo en posteriores decisiones del Tribunal que han ido matizando el planteamiento inicial (SSTC 34/1984, de 9 de marzo; 38/1986, de 21 de marzo; 114/1989, de 22 de junio; 135/1990, de 19 de julio, 7/1993, de 18 de enero, y 180/1994, de 20 de junio, entre otras), que no se trata propiamente de una inversión de la carga de la prueba (como afirmaba, de forma expresa, la sentencia 38/1981). Tal inversión significaría, en sentido estricto, que el trabajador quedaría dispensado de todo esfuerzo probatorio, eximiéndosele de la obligación de probar sus afirmaciones. Y no es exactamente así. No basta con la mera alegación de una supuesta discriminación para que se produzca automáticamente el desplazamiento del *onus probandi*. El trabajador debe proporcionar antes al juez indicios racionales que permitan sospechar el carácter discriminatorio de la desigualdad de trato, debe aportar los datos suficientes para poder establecer una presunción en favor del alegato de discriminación, de su verosimilitud.

Por otra parte, el empresario tiene que demostrar que su decisión obedece a motivos razonables y es ajena por completo a todo propósito discriminatorio. Tiene que destruir, en suma, esa sospecha o apariencia de discriminación basada en los indicios apuntados por el trabajador, acreditando la concurrencia de causas reales y serias que expliquen por sí mismas el despido desde la perspectiva disciplinaria. El mecanismo que se establece está más cerca, por tanto, de la prueba de presunciones que de la inversión (de todo punto, inadmisibles) de la carga probatoria. Este criterio ha sido recogido expresamente por la LPL de 1990 en sus artículos 96 (en relación con la discriminación por razón de sexo) y 178.2 (cuando concurran indicios de violación del derecho de libertad sindical).

Pero este motivo de discriminación no sólo puede ocultarse detrás de decisiones empresariales de carácter disciplinario. La afiliación o no a un

sindicato puede estar también en el origen de tratamientos diferentes en materia retributiva. Como el propio TC ha señalado, “atribuir distintas remuneraciones a quienes realizan idénticas funciones laborales en razón de su adhesión a un sindicato o a sus acuerdos..., constituye una violación constitucional” (ATC 28/1986, de 15 de enero).

La discriminación puede detectarse también en el disfrute de determinadas ventajas. La concesión de beneficios a determinados trabajadores en razón de su afiliación sindical es una práctica discriminatoria prohibida por los artículos 14 y 28.1 CE, de acuerdo con la doctrina de la STS (Social) de 18 de enero de 1995. El sindicato recurrente impugnaba la cláusula del convenio colectivo de Telefónica, que daba nueva redacción, entre otros, al artículo 265 del texto refundido de la normativa laboral de dicha empresa que disponía que las secciones de los sindicatos más representativos en la empresa podían organizar asambleas de afiliados durante la jornada laboral, con una duración máxima de 20 minutos cada una. A tal efecto, añadía el precepto, los afiliados a los sindicatos más representativos dispondrían de 20 horas anuales remuneradas.

Para el TS esta norma vulnera los derechos constitucionales invocados porque carece de justificación objetiva: “no se trata de una desigualdad razonable entre sindicatos en función de su distinta representatividad, sino que se está en presencia de una discriminación que alcanza a los propios trabajadores de la empresa en función de su afiliación sindical, que provoca una inadmisibles inducción para que se afilien a los sindicatos que les proporcionan mayores ventajas, conducta que encaja en la prohibición prevista en el artículo 17.1 del ET y en el artículo 12 de la LOLS”.

### *E) Otras causas de discriminación*

El TC ha insistido siempre en el carácter abierto del catálogo de causas de discriminación prohibidas por el artículo 14 de la CE. Este precepto se cierra con una cláusula general (“o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”) que permite ampliar y actualizar la lista de factores potencialmente discriminatorios. Pueden aflorar, ciertamente, nuevos motivos de discriminación (basta pensar en las personas afectadas por el virus del sida), pero se corre el riesgo de hacer de esta cláusula un auténtico cajón de sastre (en el que tendría cabida cualquier motivo no razonable) y desvirtuar así la genuina noción de discriminación.

La enumeración del segundo inciso del artículo 14 dejaría de ser un elenco cerrado de causas tasadas, específicamente vedadas, para convertirse en meramente ejemplificativa: cualquier otro motivo podría quedar comprendido dentro de esa fórmula omnicomprendensiva, tendencialmente expansiva. Prueba de ello es la alusión que se hace en alguna sentencia a las “causas de discriminación explícita o genéricamente incluidas en el artículo 14 de la Constitución” (STC 14/1982, de 21 de abril). Al equiparar los factores discriminatorios típicos (los que se corresponden con cualidades innatas del ser humano o con la garantía de determinadas libertades socialmente vulnerables) a cualesquiera otros, se amplía extraordinariamente el radio de acción de la prohibición de discriminación, pero ésta pierde su original sentido emancipatorio, su contenido propio. Da la impresión de que el TC olvida “los aspectos prenormativos o sociales de las conductas discriminatorias”, el que las circunstancias que se mencionan lo son en razón de fenómenos históricos de segregación y de marginación. No parece haber captado el sentido “crítico y corrector” que tiene la tutela antidiscriminatoria (Rodríguez-Piñero y Fernández López).

## 1. Edad

De acuerdo con una doctrina constante, aunque la edad no figura entre los motivos de discriminación expresamente previstos, puede encontrarse entre las circunstancias personales a las que genéricamente se refiere el inciso final del precepto. La edad, declaró el TC en su sentencia 69/1991, de 8 de abril, “es, naturalmente, una circunstancia personal y como tal no puede ser razón para discriminación alguna”. Este tipo de circunstancias sólo podrán tomarse en consideración por el legislador cuando sean relevantes para la finalidad legítima y en sí misma no discriminatoria que la norma persiga.

En la decisión que se acaba de citar, el Tribunal consideró “manifiestamente irrelevante” la edad de la propietaria de una vivienda arrendada (65 años) a los efectos de resolver el contrato de arrendamiento y disponer de la misma. La sentencia impugnada en amparo había presumido que la voluntad de vivir con independencia es propia de una persona joven, por lo que la voluntad manifestada por una anciana sólo podía ser protegida por la norma si se probase la existencia de motivos serios (desavenencias familiares, por ejemplo). Para el TC, el órgano judicial dispensó un trato discriminatorio al justiciable en razón de una circunstancia personal no

contemplada por la norma ni relevante de ningún modo para la finalidad perseguida por ésta.

En el ámbito laboral, la discriminación por razón de la edad está expresamente prohibida por los artículos 4.2 (“dentro de los límites marcados por esta Ley”) y 17.1 del ET, cuando sea desfavorable. La posible ilegitimidad de las diferencias motivadas por la edad se ha planteado, sobre todo, a raíz de la inclusión en los convenios colectivos de cláusulas de jubilación forzosa, con el propósito de reducir o rejuvenecer plantillas. El TC ha declarado en varias ocasiones que resulta inadmisibles, desde el punto de vista constitucional, “la extinción del contrato de trabajo por el hecho exclusivo de la edad” (STC 58/1985, de 30 de abril) o la incapacitación total para el trabajo a una determinada edad.

Cuestión distinta es la jubilación, que comporta obviamente la percepción de una pensión de la Seguridad Social (si reúne las condiciones legalmente exigidas) por el trabajador que pasa a la situación de jubilado. La admisibilidad constitucional de la jubilación forzosa cuando se alcanza una determinada edad encontró expresa confirmación en la temprana STC 22/1981, de 2 de julio, que declaró que la disposición adicional quinta del Estatuto de los Trabajadores, que autorizaba tanto al Gobierno, para establecer con carácter general un límite máximo de edad para trabajar en función de las posibilidades de la Seguridad Social, como a las partes que intervienen en la negociación colectiva, para pactar libremente edades de jubilación forzosa en sectores productivos concretos, no era contraria al principio de igualdad del artículo 14 CE. Véanse, en el mismo sentido, las SSTC 58/1985, 95/1985, del 29 de julio; 207/1987, del 22 de diciembre; 184/1993, del 31 de mayo, y 361/1993, del 3 de diciembre.

En su sentencia 75/1983, del 3 de agosto, el TC consideró no contraria a la Constitución una norma municipal que excluía del acceso a un determinado puesto de trabajo, el de interventor de fondos, a quienes excedieran de una determinada edad, al entender que la fijación de la edad máxima en 60 años no se basaba en la presunción de una menor capacidad, sino que tenía un fundamento objetivo y razonable: la mejora en el funcionamiento del servicio administrativo. El TS ha seguido este mismo criterio en la sentencia de 29 de noviembre de 1993 (contencioso-administrativo): dada la trascendencia del cargo a desempeñar, jefe de Policía Municipal, y la complejidad de las funciones de tal cargo, las edades fijadas para tomar parte en la oposición no violan el principio de igualdad, pues no puede decirse que sean arbitrarias ni que supongan una discriminación injustifi-



cada. Tienen razón Rodríguez-Piñero y Fernández López cuando afirman que, en realidad, la edad no se considera una causa de discriminación (no se razona de acuerdo con la lógica antidiscriminatoria, que sólo excepcionalmente admite una diferencia de trato), sino un factor más, tan apto para diferenciar como cualquier otro, si hay una justificación razonable.

En materia retributiva, se viene admitiendo como legítima la diferenciación salarial conectada con la diferencia de edad cuando la edad es simplemente un signo de heterogeneidad en la naturaleza o el valor del trabajo (STC 31/1984, de 7 de marzo). De ahí que no se considere inconstitucional la fijación de un salario mínimo interprofesional diferente en función de la edad del trabajador (menor o mayor de 18 años). Esa diferencia estaría justificada en la medida en que el trabajo del menor (entre 16 y 18 años) no es equiparable en cuanto a su valor al de un trabajador adulto.

## 2. Minusvalías

En la STC 269/1994, de 3 de octubre, se afirma que “no siendo cerrado el elenco de factores diferenciales enunciado en el artículo 14 CE, es claro que la minusvalía física puede constituir una causa real de discriminación”. Hasta el punto de que, como ya adelantamos, en nuestro ordenamiento sólo se han establecido cuotas, una medida particularmente incisiva de discriminación inversa, en favor de las personas discapacitadas, tanto en el ámbito laboral como en el acceso a la función pública y a las universidades públicas (tres por 100 de las plazas en cada centro, una vez aprobada la selectividad, a tenor de lo dispuesto en el R.D. 1060/1992).

Por lo que hace al empleo en el sector privado, el artículo 38.1 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, obliga a las empresas con más de 50 trabajadores fijos a contratar un número de trabajadores discapacitados no inferior a 2 % de la plantilla. Una exigencia que se ha reiterado en normas posteriores.

En cuanto al acceso a la función pública, la Disposición Adicional 19a. de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, introducida en 1988, prevé lo siguiente: “en las ofertas de empleo público se reservará un cupo no inferior al tres por 100 de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad de grado igual o superior al 33 por 100, de modo que progresivamente se alcance el dos por 100 de los efectivos totales de la Administración del Estado, siempre que

superen las pruebas selectivas y que, en su momento, acrediten el grado de discapacidad y la compatibilidad con el desempeño de las tareas y funciones correspondientes”

Fue precisamente la sentencia antes citada, la 269/1994, la que vino a confirmar la legitimidad constitucional de esta medida en relación con el acceso a la función pública. El Tribunal consideró que la cuota establecida en una oferta de empleo público de la Comunidad Autónoma de Canarias (se reservaban seis de las plazas convocadas a personas afectas por un 33 por 100 de minusvalía física, psíquica o sensorial, siempre que superasen las pruebas selectivas en igualdad de condiciones con los demás aspirantes) para un colectivo con graves problemas de acceso al trabajo no sólo no vulneraba el artículo 14 CE, sino que constituía un cumplimiento del mandato contenido en el artículo 9.2 CE, en relación con la “política de integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos” que ordena el artículo 49 CE. Se trata, a juicio del Tribunal, de una medida equiparadora de situaciones sociales de desventaja, que posibilita la igualdad sustancial de sujetos que se encuentran en condiciones desfavorables de partida para muchas facetas de la vida social.

No se aprecia tampoco, en este caso, la violación del principio de mérito y capacidad (artículo 23.2 CE), porque se intentaba simplemente promocionar la inserción profesional de personas con dificultades de acceso al empleo a través de un mecanismo que no restringía el derecho de los que opositaban por el turno libre, dado que los sujetos favorecidos por la cuota estaban también obligados a demostrar su aptitud e idoneidad para el desempeño de las funciones administrativas correspondientes. De hecho, para poder acceder a una de las seis plazas reservadas, los afectados tuvieron que superar el concurso-oposición.

El legislador ha tomado también algunas medidas de acción positiva tendentes a facilitar la integración social de los minusválidos (artículo 49 CE) y, muy especialmente, su movilidad, mediante la progresiva eliminación de las barreras arquitectónicas. En esta línea, debe citarse la Ley 3/1990, de 21 de junio, que modificó la Ley de Propiedad Horizontal (LPH) de 1960, suavizando el régimen de adopción de acuerdos por las juntas de propietarios (artículo 16.1) para la realización de obras de supresión de barreras arquitectónicas que dificulten el acceso o la movilidad de las personas con minusvalía (cuando el acuerdo que implique modificación del título constitutivo o de los estatutos tenga esa finalidad, no se requiere unanimidad: basta el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propieta-

rios); la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, que en su artículo 24 faculta a los arrendatarios con minusvalía a efectuar reformas en el interior de la vivienda para mejorar su habitabilidad, y la Ley 15/1995, de 30 de mayo, sobre límites del dominio sobre inmuebles para eliminar barreras arquitectónicas a las personas con discapacidad.

En una curiosa sentencia dictada el 20 de junio de 1990, inmediatamente antes de la entrada en vigor de la mencionada Ley 3/1990, la AP de Vizcaya (sección 1a.) fue mucho más lejos que el propio texto legal, anticipando, en cierto modo, la solución finalmente adoptada por el legislador de 1995. La Audiencia estimó el recurso de apelación interpuesto por un propietario, cuya esposa era minusválida, contra el acuerdo de la comunidad de vecinos que, con los votos de todos los demás miembros, le denegó la autorización para construir una rampa en el portal, que posibilitara a la disminuida física acceder por sí misma, mediante su silla de ruedas, a la vía pública, sin alterar por ello la estética o la funcionalidad del portal. La Sala revocó la sentencia dictada en primera instancia, correcta en el plano de la estricta legalidad, argumentando directamente a partir de lo dispuesto en la propia Constitución (artículos 9.2, 14, 15, 24, 33, 47 y 49) y en las normas protectoras de las personas minusválidas.

La sentencia declaró nulo el acuerdo por vulnerar el artículo 14 CE, que recoge el derecho fundamental de todo ciudadano a no ser discriminado por cualquier circunstancia o condición personal. Después de recordar la doctrina del TC sobre la discriminación activa en favor de los ciudadanos que de hecho se encuentran en una situación de inferioridad relativa, la Sala afirma que el derecho del actor (o más exactamente, de su esposa) es un derecho fundamental, radical e indiscutible, inmediatamente aplicable (con o sin desarrollo normativo, porque sienta su raíz legitimadora directamente en la Constitución), que ha de ser respetado por los poderes públicos y los particulares (artículo 9.1 CE), lo que incluye a las comunidades de vecinos. En cuanto al coste de la obra, la Sentencia entiende que se trata de un servicio común, que potencialmente puede ser utilizado por todos los copropietarios, de modo que los gastos que se derivan de su instalación y conservación han de considerarse gastos generales que tendrán que abonar todos los comuneros, según cuota (un criterio del que se separa la Ley 15/1995: los gastos que originen las obras de adecuación de la finca urbana o de sus elementos comunes correrán a cargo del solicitante de las mismas).

La sentencia se cierra con el anuncio por parte de la Sala de una posible cuestión de inconstitucionalidad en el futuro. En su opinión, el legislador

de 1990 hacía con la nueva norma un esfuerzo en favor de la integración de los minusválidos, facilitando la efectividad del derecho de todos los ciudadanos a la igualdad, pero la modificación introducida incurría en el error de dejar las cosas cualitativamente como antes, abandonando a la voluntad de un grupo de comuneros (ahora de los 3/5) la decisión relativa al goce o no de un derecho fundamental, olvidando lo dispuesto en el artículo 9.1 CE, que impide a una Junta de propietarios adoptar un acuerdo que vulnere cualquier derecho fundamental proclamado en el texto constitucional.

### 3. Lengua

La discriminación por razón de lengua se produce allí donde existe pluralidad lingüística y se tiende a marginar o excluir a aquellas personas que no conocen o utilizan la lengua dominante. En nuestro caso, la existencia en algunas comunidades autónomas de una lengua oficial propia, en pie de igualdad con el castellano, ha suscitado no pocas controversias en el ámbito de la función pública y de la enseñanza. En lo relativo al acceso a la función pública, el TC ha precisado que la obligación de garantizar el uso de las lenguas oficiales por los ciudadanos no se opone a que los poderes públicos prescriban, en el ámbito de sus respectivas competencias, el conocimiento de las lenguas autonómicas para acceder a determinadas plazas de funcionarios o que se consideren como mérito, siempre que ello se haga dentro de los límites marcados por los artículos 14 y 23 CE (STC 214/1989, del 21 de diciembre). Esta doctrina se reitera en la STC 46/1991, del 28 de febrero, si bien se introduce una cautela: sería contrario al derecho de igualdad en el acceso a la función pública exigir un nivel de conocimiento del catalán sin relación con la capacidad requerida para desempeñar la función de que se trate. En el ámbito educativo, cabe la posibilidad de que los alumnos reciban la enseñanza íntegramente en la lengua preferida por sus padres en un centro de su elección (SSTC 195/1989, de 27 de noviembre, y 19/1990, del 12 de febrero). La cuestión es polémica y los conflictos pueden agudizarse si, desde las filas nacionalistas, se apuesta por un modelo monolingüista.

En los artículos 4.2.c) y 17.1 del ET se prohíbe expresamente la discriminación por razón de lengua, dentro del Estado español. No es impensable la existencia en nuestro país de prácticas empresariales discriminatorias por este motivo, pero el único caso del que tenemos noticia es el protago-

nizado por un camarero despedido, entre otras razones, por negarse a hablar en castellano.

El Juzgado de lo Social Número 2 de Gerona dictó, con fecha de 5 de junio de 1991, una sentencia por la que se declaraba improcedente el despido de un camarero que trabajaba en un bar de Tossa de Mar (Gerona) por dirigirse a los clientes exclusivamente en catalán. El propietario del bar adujo que el empeño del camarero por no hablar castellano le hizo perder clientes, extremo éste que fue confirmado por las declaraciones de algunos testigos durante el juicio. En la sentencia, ciertamente discutible, el juez entendió que el hecho de dirigirse a los clientes en catalán “puede ser erróneo desde el punto de vista comercial, pero no se puede argumentar como constitutivo de infracción laboral, porque comporta el ejercicio de un derecho constitucional”.

#### 4. Estado civil

El posible tratamiento discriminatorio de las personas unidas en matrimonio se planteó en relación con la obligación de declaración conjunta de los matrimonios en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF). La STC 209/1988, del 10 de noviembre, declaró inconstitucional el concepto de “unidad familiar” como unidad contribuyente, y la consiguiente imposición de la acumulación de rentas de quienes la forman, prevista en la Ley sobre el IRPF. Esta ley discriminaba a las personas unidas por un vínculo matrimonial, que se veían sometidas a un régimen de tributación más gravoso que el establecido para los demás sujetos pasivos del impuesto. Para el TC carece de justificación que la determinación de una mayor carga tributaria para los contribuyentes casados (la ley tendía a provocar ese efecto, debido al carácter progresivo de este impuesto) se lleve a cabo sin atención alguna al incremento efectivo de su capacidad económica por referencia a la de quienes, con renta igual, no conviven matrimonialmente.

El legislador partía de la presunción de que las personas casadas comparten una serie de gastos por el simple hecho de la vida en común, que en los demás casos se soportan individualmente por cada uno de los sujetos pasivos del impuesto. Pero si lo que implica un incremento de capacidad económica y, por consiguiente, tributaria de quienes se integran en una unidad familiar es la vida en común, razona el Tribunal, ésta es la circunstancia que debería valorarse en la norma y no el mero hecho del matrimo-

nio. Al considerar exclusivamente a los sujetos unidos en matrimonio, no se aplica el sistema con carácter general a todos los sujetos pasivos del impuesto que viven juntos, y, en primer lugar, a los que conviven extramatrimonialmente, formando uniones de hecho.

En otros casos, lo que se ha sometido al examen del TC ha sido la hipótesis inversa: la posible discriminación de quienes conviven *more uxorio* respecto de las parejas casadas. La doctrina del Tribunal en esta materia parte de la premisa de que en nuestro ordenamiento el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son “realidades equivalentes” a todos los efectos: mientras que el matrimonio es “una institución social garantizada por la Constitución y el derecho del hombre y de la mujer a contraerlo es un derecho constitucional (artículo 32.2)”, la unión de hecho *more uxorio* “ni es una institución jurídicamente garantizada, ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento”. Cabe concluir, en consecuencia, que “el legislador puede en principio establecer diferencias de tratamiento entre la unión matrimonial y la puramente fáctica” (STC 184/1990, del 15 de noviembre).

El TC ha analizado, en concreto, la diferencia de trato en el disfrute de la pensión de viudedad entre los cónyuges y quienes conviven de hecho sin que nada les impida contraer matrimonio y la ha calificado de no arbitraria o carente de fundamento. Además de las ya señaladas, existen, a juicio del TC, razones de seguridad jurídica y “la propia coherencia de la decisión libremente aceptada en la unión de hecho de excluir la relación matrimonial y los deberes y derechos que de la misma dimanar”.

Aunque todas estas razones justifican la no equiparación, nada impide al legislador extender a las uniones estables de hecho, al menos bajo determinadas condiciones, los beneficios de la pensión de viudedad. Ahora bien, “que dicha extensión sea constitucionalmente admisible no implica que la opción contraria y en la actualidad vigente no lo sea”. La normativa actual no vulnera el artículo 14 CE, porque aun admitiendo que el superviviente no debería quedar desprotegido por el régimen jurídico de la Seguridad Social, tal protección no tiene que prestarse necesariamente a través de la pensión de viudedad, que, en su configuración actual, no tiene por estricta finalidad una situación de necesidad o defensa económica (SSTC 184/1990, 77/1991, del 11 de abril, y 29/1992, del 9 de marzo).

Pero no toda medida que tenga como únicos destinatarios a los cónyuges, con exclusión de quienes convivan de hecho de modo estable, es compatible con el artículo 14 CE. En su sentencia 222/1992, del 11 de diciembre, el TC suprimió por discriminatoria la distinción que hacía el artículo

58.1 de la Ley de Arrendamiento Urbano (LAU) atendiendo a la existencia o no de un vínculo matrimonial entre el arrendatario fallecido y el miembro supérstite de la pareja que pretende subrogarse en el contrato. La norma excluyente, se dice en la sentencia, muestra una finalidad protectora de la familia, pero la diferenciación que introduce no sólo carece de un fin aceptable desde la perspectiva jurídico-constitucional, sino que entra en contradicción con fines y mandatos presentes en la propia norma constitucional. Y se aduce, en este sentido, que “la radicalidad de la medida supondría coartar o dificultar irrazonablemente la autonomía de la voluntad del hombre y de la mujer que decidan convivir *more uxorio*”. Es verdad, añade el Tribunal, que la unión de carácter matrimonial proporciona a los terceros una certeza jurídica nada irrelevante, pero este hecho no puede llevar a contrariar los imperativos de la igualdad. La doctrina sentada en esta decisión (contradictoria con la establecida en la 184/1990, según el voto particular de Rodríguez Bereijo) fue confirmada por la STC 47/1993, de 8 de febrero.

#### BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO GARCÍA, E. 1983: “El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución española”, en *R. A. P.*, núm. 100-102.
- . 1984: *La interpretación de la Constitución*. Madrid, C. E. C.
- ALFARO, J. 1993: “Autonomía privada y derechos fundamentales”, en *Anuario de Derecho Civil*, t. XLVI, fasc. 1.
- . 1995: Voz “Igualdad (Derecho civil)”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. II. Madrid, Civitas.
- ALONSO OLEA, M. 1988: *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y seguridad social*, t. V. Madrid, Civitas.
- AMOROS, C. 1994: “Igualdad e identidad”, en A. Valcárcel, comp., *El concepto de igualdad*. Madrid, Ed. Pablo Iglesias.
- BALLESTER, M. A. 1994: *Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral*. Valencia, Tirant lo Blanch.
- . 1993: “Discriminación por razón de sexo en el acceso al empleo”, en *Relaciones Laborales*, núm. 3/4.
- BERCOVITZ, R. 1990: “Principio de igualdad y derecho privado”, en *Anuario de Derecho Civil*, núm. 2.
- BILBAO UBILLOS, J. M. 1997: *La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid, C. E. C./B. O. E.

- CARRASCO, A. 1991: “El principio de no discriminación por razón de sexo”, en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 11-12.
- , 1984: “El juicio de razonabilidad en la justicia constitucional”, en *R. E. D. C.*, núm. 11.
- DENNINGER, E. 1994: “La reforma constitucional en Alemania: entre ética y seguridad jurídica”, en *R. E. P.*, núm. 84.
- DWORKIN, R. 1988: *El imperio de la justicia*. Barcelona, Ariel.
- , 1984: “La discriminación inversa”, en *Los derechos en serio*. Barcelona, Ariel.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F. 1993: “La discriminación en la jurisprudencia constitucional”, en *Relaciones Laborales*, núm. 3-4.
- , 1991: *El poder disciplinario en la empresa*. Madrid, Civitas.
- GARCÍA MURCIA, J. 1992: *La revisión de los convenios colectivos a través del recurso de amparo*. Madrid, Tecnos.
- GARCÍA TORRES, J. 1988: “‘Sint ut sunt aut non sint’: pequeña contribución jurídico-constitucional al novísimo derecho nobiliario de creación judicial”, en *R. E. D. C.*, núm. 22.
- HERNÁNDEZ GIL, A. 1992: *La preferencia del varón en la sucesión nobiliaria después de la Constitución*. Madrid, Civitas.
- JIMÉNEZ CAMPO, J. 1983: “La igualdad jurídica como límite frente al legislador”, en *R. E. D. C.*, núm. 9.
- LARENZ, F. 1985: *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*. Madrid, Civitas.
- MARTÍNEZ, J. I. 1991: “El principio de igualdad y la producción de diferencias en el derecho”, en AA.VV., *El principio de igualdad en la Constitución española*, vol. 1. Madrid (XI Jornadas de Estudio Organizadas por la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Ministerio de Justicia).
- OLLERO TASSARA, A. 1989: *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*. Madrid, C. E. C.
- OTTO, I. DE. 1984: Voz “Igualdad”, en el *Diccionario del Sistema Político Español*. Madrid, Akal.
- PALOMEQUE, C. 1983: “El derecho constitucional de igualdad en las relaciones de trabajo”, en *Documentación Laboral*, núm. 8.
- PÉREZ DEL RÍO, T. 1984: *El principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo en derecho del trabajo*. Madrid, IELSS, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.



- PÉREZ LUÑO, A. E. 1981: “El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Anuario de Derechos Humanos*, t. I.
- . 1984: *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid, Tecnos.
- REQUEJO PAGÉS, J. L. 1993: “Juridicidad, precedente y jurisprudencia”, en AA.VV., *Estudios de derecho público en homenaje a Ignacio de Otto*. Oviedo, Serv. de Publicaciones de la Universidad de Oviedo.
- REY MARTÍNEZ, F. 1995: *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*. Madrid, McGraw-Hill.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. 1983: “No discriminación en las relaciones laborales (artículo 17.1)”, en *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, t. V. Madrid, Edersa.
- . 1991: “Principio de igualdad, autonomía contractual y poderes empresariales”, en *Relaciones Laborales*, núm. 17.
- . 1993: “Discriminaciones e igualdad entre los sexos en la relación de trabajo”, en *Relaciones Laborales*, núms. 3-4.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y M. F. Fernández. 1986: *Igualdad y discriminación*. Madrid, Tecnos.
- RUBIO LLORENTE, F. 1993: “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción”, en *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*. Madrid, C. E. C.
- . “Juez y ley desde el punto de vista del principio de igualdad”, en *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*. Madrid, C. E. C.
- . 1995: Voz “Igualdad (Derecho constitucional)”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. II. Madrid, Civitas.
- . 1997: “La privatización de la nobleza”, en *El País*, 24 de julio.
- RUIZ-MIGUEL, A. 1994: “Discriminación inversa e igualdad”, en *El concepto de igualdad*. Madrid, Ed. P.Iglesias.
- SÁEZ LARA, C. 1994: *Mujeres y mercado de trabajo. Las discriminaciones directas e indirectas*. Madrid, Consejo Económico y Social.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A. 1991: “Igualdad y Derecho Público”, en AA.VV., *El principio de igualdad en la Constitución española*, vol. I. Madrid (XI Jornadas de Estudio Organizadas por la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Ministerio de Justicia).
- SUAY RINCÓN, J. 1985: *El principio de igualdad en la justicia constitucional*. Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local.

- . 1991: “El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal constitucional”, en AA.VV., *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al prof. Eduardo García de Enterría*, t. II. Madrid, Civitas.
- , 1986: “La igualdad en la aplicación de la ley. La doctrina del Tribunal constitucional”, en *Poder Judicial*, núm. 4.
- TUSSMAN, J., y J. TenBroek. 1949: “The equal protection of the laws”, (37), en *California Law Review*, núm. 3.

## IGUALDAD Y LIBERTAD\*

*Alessandro Pace\*\**

### 1. LA CONCILIABILIDAD DE LA IGUALDAD Y LA LIBERTAD EN SEDE FILOSÓFICA

En la voz “Igualdad” (“Eguaglianza”) de la *Enciclopedia delle Scienze Sociali* Ronald Dworkin afronta el problema de si los valores de igualdad y de libertad se hallan en una situación de irremediable conflicto entre ellos, o si, por el contrario, existe la posibilidad de conciliar ambos de tal suerte que puedan extraerse sólo las respectivas ventajas. Y la respuesta que da el estudioso —tras someter a análisis la igualdad y la libertad, primero en materia económica y, después, en materia política— se decanta por este segundo sentido, pero a costa de numerosos “distingos”, como por ejemplo asumiendo como criterio de la igualdad económica la distribución del bienestar antes que la distribución de los recursos y como criterio de la igualdad política el del impacto antes que el de la influencia, o bien reconduciendo el problema de la igualdad política al de la naturaleza del procedimiento político.<sup>1</sup>

De manera análoga Ian Carter, en su introducción al recién aparecido volumen colectivo sobre *L’idea di eguaglianza*, se pregunta: “¿Existe un conflicto necesario entre igualdad y libertad?”, tras lo cual afirma: “La respuesta, obviamente, no sólo depende de lo que quiera decir ser libres, sino también de la naturaleza exacta del ideal igualitario”.<sup>2</sup> Idéntica es la respuesta que a la misma cuestión dio Norberto Bobbio muchos años antes. La conciliación entre los dos valores depende —para el ilustre filósofo—

---

\* Traducción del original italiano por Luis Jimena Quesada.

\*\* Profesor titular de Derecho Constitucional de la Universidad de la Sapienza de Roma.

<sup>1</sup> R. Dworkin, voz “Eguaglianza”, en *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, vol. III. Roma, 1993, pp. 478 y ss.

<sup>2</sup> I. Carter, “Introduzione”, en AA.VV., *L’idea di eguaglianza*. Milán, 2001, p. 7.

fo y teórico del derecho— del significado que se dé al vocablo “libertad”, y siempre que se especifique preliminarmente cuáles sean los entes para los que se plantea el problema de la igualdad y se identifique en qué deberían ser iguales estos entes.<sup>3</sup>

Luego, es evidente que la misma cuestión, en tanto que siempre es bastante ardua, resulta (siquiera relativamente) de más fácil solución cuando se afronta, no bajo el ángulo filosófico o de la teoría política o económica, sino desde un punto de vista jurídico.

## 2. LA CONCILIABILIDAD DE LA IGUALDAD Y LA LIBERTAD POR REFERENCIA A UN CONCRETO ORDENAMIENTO. EL SIGNIFICADO CONSTITUCIONAL DE LA IGUALDAD

A decir verdad, si se parte del prisma de un concreto ordenamiento, los conceptos de igualdad y libertad deben ser asumidos como relativos respecto de aquél.

Consiguientemente, en lo que se refiere al ordenamiento italiano, ante todo no podrá hablarse de igualdad en general, sino de igualdad tal como aparece proclamada en el artículo 3 de la Constitución italiana (en adelante, CI). Significativa, a este respecto, es la *no universalidad* de su proclamación relativa,<sup>4</sup> la cual refiere el imperativo de la igualdad únicamente a los ciudadanos, mientras la condición jurídica del extranjero viene disciplinada, *ex* artículo 10, párrafo 2, CI, “por la ley de conformidad con las normas y con los tratados internacionales” (que, por su parte, tratan paritariamente ciudadanos y extranjeros, puesto que “mis” ciudadanos son

<sup>3</sup> N. Bobbio, voz “Eguaglianza”, en *Enciclopedia Novecento*, vol. II. Roma, 1977, pp. 355 y ss. El ensayo ha sido publicado de nuevo en N. Bobbio, *Eguaglianza e libertà*. Turín, 1995, p. 3.

<sup>4</sup> En sentido favorable a la universalidad de la proclamación de la igualdad en la Constitución italiana véanse, entre otros muchos, A. Cassese, “Artículo 10”, en Giuseppe Branca, *Commentario della Costituzione*. Bolonia-Roma, 1975, p. 513; A. Moscarini, “Principio costituzionale d’eguaglianza e diritti fondamentali”, en *Annali 1998-99 (Quaderni dell’Istituto Giuridico della Facoltà di Economia dell’Università della Tuscia*, núm. 5), Viterbo, 2000, pp. 273 y 290. Sin embargo, debe ponerse de relieve que la pretendida universalidad de la proclamación de la igualdad constituye la consecuencia errónea de la identificación del principio de igualdad (subjetiva) con el principio de racionalidad/razonabilidad. Éste, a diferencia de aquél, se refiere a todos los enunciados normativos y prescinde, por ello, de la circunstancia de si éstos afectan a ciudadanos o extranjeros. Sobre este punto véase *infra* en el cuerpo del texto.

“tus” extranjeros y viceversa...).<sup>5</sup> Por el contrario, el principio de racionalidad/razonabilidad (*razionalità/ragionevolezza*),<sup>6</sup> aunque extraído del ámbito del artículo 3, se ha ido poco a poco emancipando de la igualdad en sentido estricto,<sup>7</sup> y, por tanto, concierne a *todos* los enunciados normativos, aunque se trate de la nacionalidad del sujeto implicado en la eventual disciplina.

---

<sup>5</sup> Sobre este punto me permito remitir a mis obras *La libertà di riunione nella Costituzione italiana*. Milán, 1967, pp. 39 y ss., y a la *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*. Padua, 1990, pp. 144 y ss., para la ilustración de la tesis según la cual los derechos constitucionalmente reconocidos corresponden ante todo, *prima facie*, únicamente a los ciudadanos italianos (véase la rúbrica de la parte primera de la Constitución italiana), de conformidad con la misma función (política) de la Constitución del Estado; pero dichos derechos (incluidos los de carácter político) pueden ser extendidos a los extranjeros y a los apátridas con leyes ordinarias (en este sentido véase, por ejemplo, el artículo 1 del texto único número 286, del 25 de julio de 1998, que extiende a los no ciudadanos los no mejor identificados “derechos fundamentales de la persona previstos por las normas de derecho interno”, así como lo hacían ya con anterioridad la generalidad de las leyes civiles, penales y administrativas italianas). Efectivamente, si es compartible la afirmación según la cual han sufrido “desde hace tiempo mutaciones las condiciones histórico-políticas que justificaban la total exclusión de los extranjeros del goce de los derechos políticos” (F. Cerrone, “Identità civica e diritti degli stranieri”, en *Politica del Diritto*, 1995, p. 452), no es dado, por ello mismo, concluir que, sólo por efecto de la modificación de tales condiciones, los extranjeros puedan, sin intervención legislativa, convertirse en titulares de algunos o de todos los derechos políticos, a título de mera interpretación. Ahora bien, la necesidad de mediación de la ley ordinaria deriva, asimismo, de otra consideración. Escapa a cuantos —movidos por la sin duda apreciable preocupación de la tutela de los extranjeros en Italia— sostiene la inconstitucionalidad de la denominada cláusula de reciprocidad; escapa, a éstos, que la estipulación, por parte del Estado italiano, de acuerdos bilaterales o multilaterales sobre “la condición jurídica del extranjero” (artículo 10, párrafo 2, de la CI) constituye, para que permanezca en vigor tal cláusula (artículo 16) el único instrumento jurídico para la tutela del ciudadano italiano en el extranjero. De aquí la conclusión según la cual, incluso admitiendo que “el discurso sobre los derechos de los ciudadanos es tendencialmente reaccionario” (G. U. Rescigno, “Note sulla cittadinanza”, en *Diritto Pubblico*, 2000, p. 765), tal parecer es ciertamente inapropiado cuando la preocupación que mueve a la tesis de la no pertenencia de los derechos constitucionales a los extranjeros se basa en la exigencia de tutelar *hoy y en cualquier lugar* a los ciudadanos italianos, que por lo demás es la primera tarea de la Constitución de un Estado, tal como lo concebimos en nuestros días.

<sup>6</sup> Aun compartiendo las precisas observaciones sobre el diverso significado de los dos vocablos, es indiscutible el uso promiscuo que se hace de ellos, incluso en la misma jurisprudencia constitucional. De ahí la inoportunidad, en esta sede, de efectuar precisiones al respecto.

<sup>7</sup> Sobre el particular, véase A. Cerri, *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*. Milán, 1976, pp. 59 y ss. Sobre la progresiva flexibilización, en la jurisprudencia constitucional, del principio de razonabilidad respecto a la disciplina constitucional de la igualdad de los ciudadanos, véase, entre otros, A. Moscarini, *Principio costituzionale...., op. cit.*, pp. 286 y ss. Sobre la autonomía de los dos principios véase, asimismo, mi trabajo “Leggi di incentivazione e vincoli sul futuro legislatore”, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1983, p. 2346,

Por otra parte, debe subrayarse que el artículo 3 de la CI establece ciertamente un principio dirigido al legislador, pero no atribuye una situación jurídica subjetiva a los particulares.<sup>8</sup> Frente a quienes sostienen la tesis de la igualdad como situación jurídica subjetiva, efectivamente se ha observado de modo concluyente que un pretendido “derecho a la igualdad”, sin especificación alguna sobre el contenido, sería conceptualmente inadecuado y desprovisto de la necesaria autonomía.

Y, en efecto, un pretendido derecho a la igualdad podrá ser invocado judicialmente en tanto en cuanto se someta a consideración una discriminación respecto al goce de un concreto bien de la vida. En tal hipótesis se tratará, más correctamente, de un “derecho a la igualdad de trato” en relación a ese concreto bien, y no del derecho al respeto del principio general de igualdad. En otras palabras, dado que para ostentar legitimación activa en un proceso se precisa demostrar la existencia de un interés, si el actor (o el recurrente) no demuestra el perjuicio concretamente sufrido por él, el juez deberá rechazar la demanda, pese a la envergadura que pueda tener la violación denunciada del principio de igualdad.

Ulteriores argumentos en favor de la calificación de la igualdad como derecho fundamental se extraen de otros ordenamientos. Aunque también ellos están lejos de probarlo. Así ocurre, ante todo, cuando acudimos a los ordenamientos constitucionales alemán y español, los cuales, como es sabido, a diferencia del nuestro, califican la igualdad como “derecho funda-

---

publicado nuevamente, con algunas modificaciones, en A. Pace, *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*. Padua, 1997, pp. 162 y ss., y la nota 40 bis allí incluida. Significativa, al respecto, es la sentencia número 165 de 2000, de la Corte Constitucional, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 2000, p. 1482, con observación crítica de M. Esposito, *Tutela cautelare e processo tributario*, en la cual la Corte considera ocioso pronunciarse sobre “la falta de razonabilidad de la disciplina en los modelos procesales sometidos a controversia”, por cuanto “la duda de constitucionalidad [se] circunscribe a la violación del principio de igualdad”.

<sup>8</sup> En este sentido, véanse las sentencias de la Corte Constitucional números 89 y 386 de 1996, 183 de 1997 y 142 de 1998. En la doctrina, véase C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, 9a. ed., t. II. Padua, 1976, p. 1023; L. Paladin, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*. Milán, 1965, pp. 213 y ss.; L. Paladin, *Diritto costituzionale*, 3a. ed. Padua, 1998, pp. 574 y ss.; C. Rossano, *L'eguaglianza giuridica nell'ordinamento costituzionale*. Nápoles, 1966, pp. 441 y ss.; A. S. Agrò, “Artículo 3”, en *Commentario della Costituzione italiana*, a cargo de Giuseppe Branca, Bolonia-Roma, 1975, pp. 124 y ss.; A. Moscarini, *Principio costituzionale...*, op. cit., pp. 274 y ss., 290 y 308 y ss. Favorable, por el contrario, a la tesis sobre la igualdad como situación subjetiva es A. Cerri, *L'eguaglianza nella giurisprudenza...*, op. cit., pp. 72 y ss.; A. Cerri, “L'eguaglianza giuridica nei rapporti interprivati: spunti e riflessioni a partire della giurisprudenza in materia di lavoro”, en *Foro Italiano*, 1992, I, p. 1531; A. Cerri, voz “Uguaglianza” (diritto costituzionale), en *Enciclopedia Giuridica*, vol. XXXII. Roma, 1994, p. 7.

mental”.<sup>9</sup> Y, en efecto, en ambos casos se exige preliminarmente por su respectivos Tribunales Constitucionales, para la admisibilidad de la relevancia constitucional sobre el juicio de igualdad, la invocación del concreto perjuicio sufrido.<sup>10</sup> Esto significa que en los juicios de constitucionalidad *ex* artículo 3 de la Ley Fundamental de Bonn y *ex* artículo 14 de la Constitución española no se sustancia la igualdad en abstracto, sino la igualdad como instrumento para la tutela de otros intereses sustanciales, aunque no estén constitucionalmente protegidos. Y lo mismo debe reiterarse respecto al ordenamiento estadounidense, que también es otro de los invocados de manera inexacta con el referido propósito.<sup>11</sup> Pues lo bien cierto es que la conocida decisión *Baker vs. Carr*, relativa a la determinación arbitraria de las circunscripciones electorales y fallada tomando como elemento de contraste la enmienda XIV, fue adoptada por la *Supreme Court* sólo tras haber afrontado y resuelto positivamente el específico problema del interés hecho valer por los apelantes.<sup>12</sup>

En fin, en lo que atañe al argumento según el cual, si la igualdad no fuese un derecho fundamental de la persona, no se “comprendería por qué es ella precisamente y no el simple bienestar la que se encuentra en el origen

---

<sup>9</sup> En esta línea, A. Cerri, *L'eguaglianza giuridica nei rapporti interprivati...*, *op. cit.*, p. 1532, por referencia, sin embargo, únicamente al derecho alemán, sobre el cual debe observarse que no parece pertinente la remisión, efectuada por este mismo estudioso, al instituto procesal de la *Unvereinbarkeit*, como confirmación del derecho a la igualdad como autónoma situación jurídica subjetiva. A decir verdad, la decisión de incompatibilidad no tiene, por sí misma, carácter satisfactorio, sino que plantea, más bien, un “deber de mejora” por parte de la ley, con la correspondiente previsión de un plazo para el legislador (en el supuesto que nos ocupa: para restablecer la igualdad violada). Sobre este punto, véase K. Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht*, 4a. ed. Munich, 1997, pp. 272 y ss.

<sup>10</sup> Puede verse, por ejemplo, la sentencia número 7 de 1983, del Tribunal Constitucional Español, en AA.VV. *Derechos fundamentales y principios constitucionales (doctrina jurisprudencial)*, a cargo de F. Rubio Llorente. Barcelona, 1995, p. 117. Puede verse, asimismo, por ser sumamente ilustrativos, J. de Esteban y P. J. González-Trevijano, *Curso de derecho constitucional español*, vol. I. Madrid, 1994, pp. 318 y ss.; L. López Guerra *et al.*, *Derecho constitucional*, vol. I, 2a. ed. Valencia, 1994, pp. 162 y ss. Para la jurisprudencia y doctrina alemanas véase, en este sentido, P. Badura, *Staatsrecht*, 2a. ed. Munich, 1996, p. 126; K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts des BRD*, 9a. ed. Heidelberg, 1993, p. 180; H. D. Jarass y B. Pieroth, *GG. Kommentar*, 5a. ed. Munich, 2000, p. 100.

<sup>11</sup> A. Cerri, *L'eguaglianza giuridica nei rapporti interprivati...*, *op. cit.*, p. 1532.

<sup>12</sup> 369 U.S. 204 (1962): “Have the appellants alleged such a personal stake in the outcome of the controversy as to assure that concrete adverseness which sharpens the presentation of issues upon which the court so largely depends for illumination of difficult constitutional questions? This is the gist of the question of standing. It is, of course, a question of federal law”.

de muchas revoluciones”,<sup>13</sup> se impone replicar que, en las proclamaciones revolucionarias, la afirmación de la igualdad apuntaba a la consecución de un objetivo bastante preciso, aunque de alcance general, y por ello político: la abolición de los privilegios de clase (en el siglo XVIII) y de los de censo (en el siglo XIX y en el XX). Pero de ello no se desprende en absoluto que la igualdad, como tal, constituya (o pueda constituir) una situación jurídica subjetiva, como tampoco lo es el bienestar en sí mismo considerado.

### 3. EL SIGNIFICADO CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD

Paso ahora a abordar el concepto, asimismo en relación al ordenamiento italiano, de libertad. En lo que se refiere a dicho concepto, es evidente que no se puede hablar de la libertad en abstracto como de un espacio reconocido, atribuido o reservado al particular (espacio comprensivo de derechos individuales que poseen una estructura de lo más diversa: derechos de la persona, derechos a una prestación positiva, derechos a una omisión, derechos de disfrute de bienes, derechos de igualdad de trato, derechos potestativos, derechos de participación, etcétera).<sup>14</sup> Antes bien, debe hablarse sólo de aquellos derechos cuyo contenido consiste, por definición, en el libre ejercicio de comportamientos materiales y/o de actividades jurídicas, esto es, de los derechos de libertad.

Los derechos de los que trataré aquí a continuación son, por ello, aquellos cuyo reconocimiento jurídico positivo (no necesariamente “constitucional”) se debe a la favorable apreciación, por parte del legislador, de la *libertas agendi* del sujeto privado por referencia a algunas específicas actividades biomecánicas (moverse, hablar, reunirse, etcétera) o a algunas actividades jurídicas (contraer matrimonio, constituir una empresa, etcétera) que aparecen conectadas con las correspondientes actividades biomecánicas. Actividades materiales y/o jurídicas respecto de las cuales la abstención del Estado y de terceros (*rectius*, el no impedimento por parte de éstos) representa la “consecuencia” del respeto debido, por parte de aquéllos, de

---

<sup>13</sup> A. Cerri, *L'eguaglianza giuridica nei rapporti interpretativi...*, op. cit., p. 1532.

<sup>14</sup> Permítaseme evitar la fastidiosa tarea de citar la lista de estudiosos, incluso autorizados, que con notable superficialidad califican como derechos de libertad el derecho de sufragio, el derecho de huelga, el derecho de defensa, el derecho de propiedad, etcétera, demostrando con ello no tener claro ni el concepto de derecho de libertad, ni haber meditado suficientemente sobre la estructura de los derechos de voto, de propiedad, de defensa, etcétera.



ese derecho individual reconocido positivamente; en cambio, dicha abstención no representa el “contenido” mismo de la situación jurídica subjetiva protegida, tal como fuera originariamente presentado en la tesis —claramente estatocéntrica, aunque liberal— del sistema de los derechos públicos subjetivos de Georg Jellinek (según la cual el fundamento de los derechos de libertad queda precisamente individualizado en una autolimitación del Estado).

Por lo demás, subrayar que los derechos de libertad, a diferencia de los derechos sociales, no reclaman, en línea de principio, prestaciones positivas por parte de los poderes públicos para ser ejercidos, no excluye, sin embargo, que también en el caso de los derechos de libertad se revele a veces necesaria la intervención de los poderes públicos.<sup>15</sup>

Esta precisión es importante. En efecto, con ella se confirma, una vez más y bajo otro perfil, el carácter erróneo de las manidas y persistentes distinciones entre libertades *positivas* y *negativas* y entre libertades *de* y libertades *frente a*. Omitiendo cualquier otro apunte crítico sobre la posibilidad de calificar los derechos de libertad como *libertades negativas* y como *libertades frente a*, tales derechos no presentan, a fin de cuentas, un contenido tan... negativo (ni tan solamente... *frente a*) como se quiso hacer creer. En efecto, incluso partiendo de la tesis de que su “contenido” consiste —como yo sostengo— en el desarrollo positivo de facultades materiales y/o jurídicas, no debe nunca olvidarse que también los derechos de libertad, para ser efectivos, presuponen la existencia de estructuras públicas de garantía.<sup>16</sup> En otros términos, también ellos requieren la presencia de los poderes públicos, ya sea con objeto de asegurar su respeto (a través de

---

<sup>15</sup> En este sentido véanse, entre otros, F. E. Oppenheim, *Dimensioni della libertà (Dimensions of Freedom)*, 1961), trad. al italiano A. Pasquinelli y R. Rossini. Milán, 1964, pp. 179 y ss.; M. Mazziotti, voz “Diritti sociali”, en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XII. Milán, 1964, p. 806, y M. Luciani, “Sui diritti sociali”, en *Studi in onore di M. Mazziotti di Celso*, vol. II. Padua, 1995, p. 121 (no puede, sin embargo, suscribirse lo que sostiene este último estudioso, cuando afirma que la consideración de una situación jurídica subjetiva como derecho de libertad o como derecho social depende de la historia y no de la estructura de aquélla). Problemas que me he encargado de afrontar ampliamente en “Diritti di libertà e diritti sociali nel pensiero di Piero Calamandrei”, en AA.VV., *Ventidue saggi su un grande maestro*, a cargo de P. Barile. Milán, 1990, pp. 311 y ss.

<sup>16</sup> Este aspecto del problema, como es notorio, lo tuvieron bien presente los autores de las Constituciones de las ex colonias norteamericanas. Véase, por ejemplo, el artículo VIII de la Constitución de Virginia (1776), el artículo IX de la Constitución de Connecticut (1776), el artículo X de la Constitución de Massachusetts (1780), el artículo XII de la Constitución de New Hampshire (1784), etcétera.

mecanismos sancionadores, cuando no incluso preventivos) contra eventuales violaciones, ya sea en aquellas hipótesis en las que el ejercicio del derecho de libertad viene condicionado por la previa y necesaria intervención del legislador (lo que, por ejemplo, sucede con la disciplina de los medios de difusión del pensamiento que conllevan utilización de recursos públicos, como el éter o espacio radioeléctrico terrestre).

De ahí la confirmación de la tesis según la cual una cosa es hablar de derechos fundamentales en tanto que proclamados en *magnae chartae libertatum*, en *déclarations de droits*, en *bill of rights*, etcétera —o sea, en acuerdos o, a lo sumo, en actos normativos independientes—, y otra cosa es discutir de esos mismos derechos como reconocidos y garantizados por una Constitución, que como tal se atiene esencialmente a la organización de los poderes públicos.

La inclusión de derechos fundamentales en una Constitución escrita implica, en efecto, no sólo que ellos participan de las garantías derivadas de la eventual rigidez de tal Constitución, sino que comporta también que dichos derechos se colocan en posición de recíproca interdependencia respecto de las estructuras organizativas públicas previstas y disciplinadas por ella. Lo cual, mientras resulta intuitivo para los derechos sociales (cuya eficacia viene intuitivamente condicionada por la calidad y las características del deudor de la denominada prestación positiva),<sup>17</sup> no es menos cierto para las demás categorías de derechos, entre los que se encuentran los mismos derechos de libertad, según se acaba de poner de relieve más arriba.

De lo anterior se desprende que la efectiva consistencia de la relación entre igualdad y libertad en un determinado ordenamiento no puede prescindir de la consideración de la forma de Estado que en concreto acoge la respectiva Constitución: forma de Estado que, en lo que concierne a los italianos, se establece en los artículos 2 y 3 de la CI y en el subsiguiente catálogo de derechos (civiles, ético-sociales, económicos y políticos) consagrado en la primera parte del texto constitucional italiano.

---

<sup>17</sup> No puede compartirse la tesis de A. Baldassarre, voz “Diritti sociali”, en *Enciclopedia Giuridica*, vol. XI. Roma, 1989, pp. 38 y ss., que distingue los derechos sociales condicionados e incondicionados, pues incluye entre estos últimos derechos que, a simple vista, no son “sociales” (en sentido tradicional) algunos derechos de libertad y algunas potestades familiares.

#### 4. LA CONCILIABILIDAD DE LA IGUALDAD Y LA LIBERTAD DESDE LA PERSPECTIVA DE LA FORMA DE ESTADO:

##### A) EN ABSTRACTO

En realidad, la Constitución italiana, sobre adherirse ostensiblemente a un modelo de compromiso (liberal y, al mismo tiempo, democrático),<sup>18</sup> prevé una equilibrada coexistencia del principio de igualdad con los específicos derechos de libertad. Efectivamente, el artículo 3, párrafo 1, de la CI vincula el respeto de la igualdad formal de los *ciudadanos* directamente con el legislador, e indirectamente (*ex* artículo 97 de la CI) con la administración pública, pero no vincula a los sujetos privados.<sup>19</sup> Además, el artículo 3, párrafo 2, de la CI impone, eso sí, a la República, remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los *ciudadanos*, impiden el pleno desarrollo de personalidad —y consiguientemente faculta al legislador ordinario para establecer (siquiera sea en vía excepcional) derogaciones incluso a los derechos constitucionales de libertad—, si bien ello sólo cuando no exista otra vía para remover los obstáculos de hecho que, en esa concreta hipótesis, de otro modo impedirían el pleno desarrollo de la personalidad.<sup>20</sup> Y todo ello siempre que sea respetada esa ulterior condición, deducida del principio general de racionalidad/razonabilidad antes recordado, según la cual la “acción positiva” debe ser congruente respecto al fin, o sea respetuosa con los principios de razonabilidad y de proporcionalidad.<sup>21</sup>

<sup>18</sup> La observación es absolutamente obvia. Véase, sin embargo, sobre el particular, N. Bobbio, “Eguaglianza e diseguaglianza y Libertà e autorità”, en N. Bobbio, *Destra e sinistra. Ragioni e significati di una distinzione politica*. Roma, 1994, pp. 99 y ss., y 115 y ss.

<sup>19</sup> Todavía siguen siendo actuales, a este respecto, C. Esposito, *La Costituzione italiana*. Padua, 1954, p. 31, n. 29, y 39 y ss.; M. Mazzioti, *Il diritto al lavoro*. Milán, 1956, pp. 107 y ss.; C. Mortati, *Istituzioni di diritto...*, *op. cit.*, pp. 1018 y ss.; L. Paladin, *Il principio...*, *op. cit.*, pp. 151 y ss., 164 y ss. y 238 y ss. Por último, en este sentido, véase A. Moscarini, *Principio costituzionale...*, *op. cit.*, p. 274.

<sup>20</sup> Sobre el particular véase M. Ainis, “Azioni positive e principio d’eguaglianza”, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1992, pp. 582 y ss., especialmente pp. 595 y ss. Con referencia a ejemplos concretos piénsese, por ahora (pero más ampliamente v. *infra* § 5 sub c)), en el derecho de reunión de los trabajadores susceptible de ser ejercido en el lugar de trabajo (e incluso durante algunas horas de trabajo), que podrá considerarse legítimo constitucionalmente (aunque restrictivo de la libertad de domicilio ajena) en cuanto se ponga en conexión con el artículo 3, párrafo 2, de la CI.

<sup>21</sup> Sobre la proporcionalidad como criterio general de congruencia de los instrumentos legislativos respecto de las finalidades perseguidas y como medida y paradigma de la limitación

Al asumir la forma de Estado como una de las coordenadas del discurso resulta insoslayable, sin embargo, advertir del peligro inherente a semejante postura. En la medida en que la problemática de la forma de Estado es diversa, al menos bajo el ángulo de la relación autoridad-libertad, respecto de la problemática de la forma de gobierno (tendencialmente prescriptiva la primera noción, meramente descriptiva la segunda),<sup>22</sup> efectivamente entiendo que pese a todo debe evitarse el riesgo de caer en el holismo, en el cual frecuentemente se condesciende cuando se atribuye al “todo” —en el caso que nos ocupa, a la forma de Estado— un alcance superior respecto al conjunto de las normas en las que aquélla se asienta (piénsese, por ejemplo, en lo que en no pocas ocasiones ocurre con la noción de “Constitución”, o con los poderes y las garantías de los órganos constitucionales, que no poseen su fundamento en disposiciones sino que se encuentran “implicados” en la “posición” constitucional de dichos órganos).

De aquí deriva la oportunidad de efectuar un puntual análisis de una serie de hipótesis en las que la igualdad y los derechos de libertad se hallan en colisión, para verificar, de manera concreta en el supuesto de hecho de que se trate, “si” y “en qué modo” el ordenamiento italiano llega concretamente a realizar el principio —en el que tienen su base estas reflexiones— según el cual el *igual reconocimiento formal a todos los ciudadanos* de los derechos de libertad debe ser conjugado, bajo el prisma fáctico, con la *máxima*

---

de los derechos fundamentales (y, en particular, sobre la ponderación de la idoneidad y de la necesidad de los instrumentos legislativos al efecto empleados), véase G. Scaccia, *Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*. Milán, 2000, pp. 294 y ss., especialmente pp. 301 y 303, y las interesantes referencias jurisprudenciales que allí se contienen.

<sup>22</sup> Acerca de la diferencia de las dos partes de la Constitución italiana, bajo el ángulo de la incidencia que pueden jugar las *fuentes-hecho* sobre sus respectivas normas, puede acudirse ya a A. Pace, *Disegno costituzionale e mutamenti della forma di governo*, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1975, p. 1138. Lo que no significa en absoluto que, al menos para quien escribe, la parte organizativa de la Constitución italiana sea menos importante y menos “constitucional” que la otra (véanse sobre el particular las observaciones críticas de M. Luciani, “La ‘costituzione dei diritti’ e la ‘costituzione dei poteri’”. *Noterelle brevi su un modello interpretativo ricorrente*”, en *Scritti in onore di V. Crisafulli*, vol. II. Padua, 1985, pp. 498 y ss.). Efectivamente, he sostenido en más de una ocasión —y lo hago también en este estudio, en la parte final del apartado 3— que, en todo caso, es la parte organizativa la esencial en una Constitución (como lo demuestran el *Instrument of Government* de 1653, la *Reichsverfassung* alemana de 1871 y la Constitución francesa de la III República de 1875), en donde la garantía de los derechos y las separación de los poderes, según el modelo ideológico del artículo 16 de la declaración francesa de derechos del hombre y del ciudadano de 1789, podría incluso faltar, pudiendo pese a todo continuar hablándose de Constitución.

*expansión subjetiva de tales derechos*, de suerte que todos puedan ejercer *de modo igual y efectivo* el derecho de libertad proclamado,<sup>23</sup> con la condición, no obstante, de que esta expansión subjetiva y objetiva (“de modo igual”) *no restrinja hasta tal punto el contenido del derecho* como para hacerle perder su razón de ser.

## 5. LA CONCILIABILIDAD DE LA IGUALDAD Y LA LIBERTAD DESDE LA PERSPECTIVA DE LA FORMA DE ESTADO: B) EN CONCRETO. CINCO HIPÓTESIS DE COLISIÓN

En la medida en que este ensayo aborda el “si” y el “cómo” pueden conciliarse la igualdad y la libertad cuando, en hipótesis concretas, se coloquen en situación de antítesis, la disquisición posterior se referirá a las siguientes cinco hipótesis, ilustrándolas con ejemplos: a) colisión de la igualdad sustancial con la libertad de propaganda política; b) colisión de la igualdad sustancial con la libertad de los medios de comunicación; c) colisión de la igualdad sustancial con la libertad de domicilio; d) colisión de la igualdad formal con la libertad de empresa, y e) colisión de la igualdad formal con la libertad de asociación.

No afrontaré, en cambio, las hipótesis de utilización del artículo 3, párrafo 1 de la CI para afirmar el igual reconocimiento de los derechos de libertad,<sup>24</sup> por cuanto en dichas hipótesis la igualdad está en función de la libertad. Con idéntico proceder, no trataré el problema de las denominadas “cuotas rosas” en las elecciones políticas y administrativas, puesto que aquí no entran en colisión la igualdad y la libertad, sino la igualdad y el derecho del electorado pasivo (que es un derecho de participación política, y no un derecho de libertad).<sup>25</sup> Por lo demás, tampoco se afrontará el problema

<sup>23</sup> En este sentido, véase C. Rossano, *L'eguaglianza giuridica...*, *op. cit.*, pp. 258 y ss.; A. Moscarini, *Principio costituzionale...*, *op. cit.*, p. 275. Sobre el desarrollo gradual de la igualdad de las condiciones, aunque en el ámbito de una concepción liberal de la democracia, merecen una atenta reflexión las palabras, todavía actuales, del gran pensador A. de Tocqueville, “Introducción”, en *De la democracia en América (De la démocratie en Amérique, 1835)*, trad. al italiano (bajo el título *La democrazia in America*) a cargo de N. Matteucci. Turín, 1968, pp. 15 y ss., especialmente p. 19.

<sup>24</sup> Sobre el particular, para una ilustración con ejemplos, véase A. Moscarini, *Principio costituzionale...*, *op. cit.*, pp. 342 y ss.

<sup>25</sup> Véase, sobre este problema, la sentencia núm. 422 de 1995, de la Corte Constitucional, en la que al declarar la inconstitucionalidad del artículo 5, párrafo 2, inciso final, de la Ley núm. 81,

de la igualdad de trato de las universidades privadas respecto a las públicas, aunque se diferencien entre ellas por su diversa postura en relación con la libertad de conciencia del docente (en tal caso el enfoque absorbente es, como bien se percibirá, el de la prevalencia de la libertad de la universidad privada sobre la libertad de enseñanza ejercida en el ámbito de la misma; y, por ende, más que de un conflicto entre la igualdad y la libertad, se manifiesta aquí un conflicto entre libertades,<sup>26</sup> análogo, aunque no idéntico, al que se produce en el ámbito de la libertad de prensa entre los derechos de libertad que ostentan con igual título el editor de un diario privado, el director responsable y los periodistas).<sup>27</sup> Y no abordaré siquiera —y lo lamento— el problema, tratado por Augusto Cerri en un excelente ensayo, en el que se ven implicados, al mismo tiempo, los derechos de libertad (individuales y de grupo), la igualdad y el pluralismo, desde la específica óptica de la tutela de las minorías;<sup>28</sup> y no lo haré tanto por razones de espacio, como porque afecta, asimismo, a problemas político-institucionales (y, por tanto, derechos de participación) que escapan al tema, tal como lo he venido enfocando en las páginas precedentes.

### *B1) Colisión de la igualdad sustancial con la libertad de propaganda política*

Esta hipótesis ha constituido el objeto de una de las más citadas decisiones de la Corte Constitucional italiana, la sentencia número 48 de 1964. En efecto, con ella se rechazó la cuestión de legitimidad constitucional de los

---

del 25 de marzo de 1993, se refirió, precisamente, a los artículos 3 y 51 de la CI. En cuanto a la inconstitucionalidad de las denominadas cuotas rosas (esto es, de la “reserva” de cuotas electorales en favor de las mujeres), véase M. Ainis, *Azioni positive...*, *op. cit.*, p. 607.

<sup>26</sup> Véase, sobre este problema, la sentencia número 195 de 1972, de la Corte Constitucional, y en ella la observación según la cual “el docente es libre de adherirse prestando su acuerdo a la llamada, a las particulares finalidades de la escuela, y libre es de abandonar, a su elección, la relación con ésta cuando ya no compartía tales finalidades”.

<sup>27</sup> De este problema ya me ocupé en *Stampa, giornalismo, radiotelevisione. Problemi costituzionali e indirizzi di giurisprudenza*. Padua, 1983. Más recientemente, véase la voz “Comunicazioni di massa” (diritto), en *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, vol. II. Roma, 1992, p. 184, y el ensayo “La televisión pública en Italia”, en J. Juan González Encinar, ed., *La televisión pública en la Unión Europea*. Madrid, 1996, pp. 168 y ss.

<sup>28</sup> A. Cerri, “Libertà, eguaglianza, pluralismo nella problematica della garanzia delle minoranze”, en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1993, pp. 289 y ss.

artículos 1, y 8, párrafo 4, de la Ley número 212, del 4 de abril de 1956, por supuesta violación del artículo 21, párrafos 1 y 2 de la CI, en la cual se invocaba que el legislador, limitando (“temporal y excepcionalmente”) en periodo electoral la libertad de pegar carteles, violaría la libertad de manifestación del propio pensamiento con cualquier medio de difusión. En la decisión, que ha constituido el constante punto de referencia de los defensores de la denominada *par condicio* en periodo electoral, puede leerse: “[...] precisamente durante la campaña electoral, la concurrente y más intensa participación de partidos y de ciudadanos en la propaganda política, determina una situación que justifica la intervención del legislador ordinario tendente a regular su concurso. La Ley del 4 de abril de 1956 ha establecido una disciplina que se mantiene dentro de estos límites, con normas que no están inspiradas, como sostiene la Abogacía del Estado, en la tutela de la propiedad (y basta a este respecto poner de relieve que ni siquiera con el acuerdo del propietario del muro, del edificio, etcétera, sería lícito proceder a fijar carteles fuera de los espacios pertinentes), sino que tienden a colocar a todos en condiciones de igualdad: esto es, a asegurar que en uno de los momentos esenciales para el desarrollo de la vida democrática, ésta no se vea de hecho obstaculizada por situaciones económicas de desventaja o políticas de minoría”.

Resulta difícil disentir de esta última afirmación, tanto más si se tienen en mente las normas denunciadas, que no afectaban, como en dicha ocasión apuntó críticamente Sergio Fois, a la prensa en general, sino únicamente “a la fijación de impresos, periódicos murales u otros y carteles, inherentes directa o indirectamente a la campaña electoral”. La preocupación de Fois, empero, era evidentemente otra, y derivaba de la consideración de la entonces vigente dirección jurisprudencial de la Corte Constitucional relativa al artículo 21 de la CI, que no distinguía la garantía del contenido de la manifestación del pensamiento de aquella relativa al uso de los medios de comunicación, y que reconducía al solo límite, puesto al legislador, de no “desnaturalizar” el derecho disciplinado (Fois citaba al efecto las sentencias números 1 de 1956, 120 y 121 de 1957, y 19 de 1962). Consecuentemente, él evocaba las peligrosas consecuencias que se podrían haber producido en caso de que la tesis considerada constitucional por la Corte hubiera sido utilizada por el legislador para restringir, aunque sólo fuera en sus modalidades, la prensa, incluida la periódica.<sup>29</sup>

---

<sup>29</sup> S. Fois, “Propaganda elettorale e mezzi di diffusione del pensiero”, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1964, pp. 954 y ss.

Sin embargo, el supuesto de hecho normativo sometido a la consideración de la Corte era, como se ha visto, bien diverso y afectaba solamente a la fijación en murales, de suerte que se podía (y se puede) sostener que dicho supuesto, al menos en parte, hallaba su justificación constitucional no ya, como había sugerido el mismo Fois, en el artículo 17, párrafo 3, de la CI (que disciplina las *reuniones* en lugar público y no, como mantenía ese ilustre estudioso,<sup>30</sup> la sujeción de los lugares públicos a las leyes de policía, según preveía el artículo 32 del Estatuto Albertino de 1848), sino más bien en el artículo 42 de la CI y en la consiguiente (obvia) potestad pública para disciplinar el uso de la propiedad pública.

En lo que atañe a los espacios de propiedad privada (a los que también aludía la Corte en esa misma sentencia) el problema se planteaba en cambio de manera diversa. Respecto de la propiedad privada, como es de todos conocido, el legislador puede así determinar “los modos de adquisición, de goce y los límites con objeto de asegurar su función social y de hacerla accesible a todos” (artículo 42, párrafo 2, de la CI). Ello, no obstante, es seriamente discutible, que la consecución de la función social de la propiedad pueda ser ubicada en el ámbito de la restricción de la libertad de manifestación del pensamiento del propietario.<sup>31</sup> De igual modo, resulta seriamente discutible que una *affirmative action*, en el sentido del artículo 3, párrafo 2, de la CI, pueda ser adoptada por el legislador, no para remover los obstáculos de hecho y por tanto para favorecer una más amplia posibilidad de propaganda política, sino para restringir la posibilidad de propagar las propias ideas con los medios de que se disponga legítimamente. Esto, sin embargo, no significa, en lo que afecta a las fijaciones en murales, que cada propietario privado pueda transformar la fachada de su establecimiento en un gigantesco mensaje icónico. Esta hipótesis, que en los tiempos que corren no puede decirse desgraciadamente que esté desprovista de fundamento, no es, en cambio —afortunadamente—, realizable en el estadio actual sin la intervención de la autoridad pública; al contrario, lo es, por ende, sólo tras una evaluación de los intereses públicos en juego. Efectivamente, el artículo 33, párrafo 1, número 8 de la Ley número 1150, del 17 de agosto de 1942, de actividad urbanística —de conformidad, *ante litteram*, con el artículo 9 de la CI— atribuye a las ordenanzas municipales la disciplina del “aspecto de las edificaciones”, y por lo

---

<sup>30</sup> S. Fois, *Propaganda elettorale...*, *op. cit.*, pp. 965 y ss.

<sup>31</sup> En este sentido, puede acudir ya a A. Pace, “Propaganda politica e disciplina della proprietà pubblica e privata”, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1968, p. 140.



tanto legitima la imposición de límites publicitarios al uso —que en otro caso podría ser excesivo— de los espacios de propiedad privada.

*B2) Colisión de la igualdad sustancial con la libertad  
de los medios de comunicación*

Como es sabido, la problemática de la disciplina constitucional de los medios de comunicación fue abordada por vez primera por la Corte Constitucional a través de la sentencia número 59 de 1960 (la primera de las *sentencias* relativas a la constitucionalidad del monopolio estatal radiotelevisivo). La Corte, pese a reconocer en línea de principio el derecho de todos a difundir el pensamiento propio con cualquier medio, lo subordina, en aquella decisión, a la condición de que aquél no se transforme en un privilegio de unos pocos. Pero la construcción teórica de la disciplina constitucional de los medios de comunicación sólo vendrá de la mano de las sentencias números 105 de 1972 y 94 de 1977, siendo ponente de ambas Vezio Crisafulli. En la primera de ellas puede leerse:

Naturalmente, el que “todos” tengan derecho a manifestar el propio pensamiento “con cualquier medio”, no puede significar que todos deban tener, de hecho, la disponibilidad material de todos los posibles medios de difusión, sino que quiere decir, de manera más realista, que la ley debe garantizar a todos la posibilidad jurídica de usarlos o de acceder a ellos, con las modalidades y dentro de los límites eventualmente convertidos en necesarios por las peculiares características de cada uno de los medios o por la exigencia de asegurar la coexistencia armoniosa del derecho igual de cada uno o por la tutela de otros intereses constitucionalmente relevantes, justamente los criterios que esta Corte ha venido aplicando en diversas ocasiones (sentencias números 59 de 1960, 48 de 1964, y 11 de 1968).

Esta postura, que no ha sido nunca desmentida por la Corte, por un lado niega la existencia de un derecho constitucional al medio (“La esencia de esta libertad —había observado Carlo Esposito muchos años antes— no es que el particular tenga la posibilidad de uso de los medios de difusión del pensamiento, sino que pueda manifestar libremente lo que piensa, con los medios a su disposición”),<sup>32</sup> por el otro lado, subraya la necesidad de distin-

---

<sup>32</sup> C. Esposito, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*. Milán, 1958, p. 27, n. 58.

guir los diversos medios, según las peculiares características de ellos, y finalmente, impone que la (potencial) libre utilización de éstos se produzca en condiciones de igualdad.<sup>33</sup>

Sobre la base de estas premisas, que afectan a todos los *mass media*, conviene, no obstante, efectuar una distinción. Si no se le puede quitar la razón a Fois cuando excluye que en nombre de la *par condicio* electoral puedan imponerse restricciones, siquiera sea en sus diversas modalidades, a la libertad de prensa periódica —la cual, por razones históricas, técnicas y sociológicas está sometida a disciplina privada, aunque sólo sea de manera tendencial (y no porque ello venga constitucionalmente impuesto)—,<sup>34</sup> bien distinto es el discurso cuando nos encontramos ante la radiotelevisión.

No es ahora el caso de lamentarse de los vicios de origen del actual sistema radiotelevisivo italiano, en el que todavía hoy se siguen proyectando todas las consecuencias negativas pasadas (aludo a las evidentes desigualdades de trato entre los concesionarios en lo que se refiere a la diversa “iluminación” televisiva del territorio nacional, así como a la persistente falta de respeto de lo decidido por la Corte Constitucional en la conocidísima sentencia número 420 de 1994, sobre la inconstitucionalidad del artículo 15, párrafo 4, de la Ley número 223, del 6 de agosto de 1990, que permitía a cualquier sujeto ser titular incluso de tres concesiones para la radiodifusión televisiva). La perspectiva en la que voy a moverme es otra diferente. Resulta pacífico que el sector radiotelevisivo que utiliza radiofrecuencias terrestres es, todavía en la actualidad, por definición, un mercado “cerrado” para cuya entrada se precisa la obtención de una concesión previa. De ahí la obvia constatación de que, faltando libertad para el acceso a dicho sector, aquellos que consiguen entrar en él ejercen un “privilegio legal”. En consecuencia, precisamente porque no “todos” pueden operar en el sector, sino sólo unos pocos “privilegiados”, por un lado debería jugar, antes que nada, el imperativo de la igualdad en las condiciones de acceso y de operatividad (pero no es así) y, por el otro, se impone entender que los operadores del sector, en tanto que “privilegiados”, no pueden comportarse como si ejercitasen un derecho de libertad. Tampoco puede dejar de decirse que no tenga sentido, en tal mercado “cerrado”, la apelación, a menudo efectuada por empresarios, políticos y juristas, a la libertad de manifestación del pensamiento y a la libertad de iniciativa económica privada.

---

<sup>33</sup> En esta línea, véase V. Crisafulli, “Problematica della libertà d’informazione”, en *Il Politico*, 1964, pp. 296 y ss.

<sup>34</sup> Sobre este punto remito a A. Pace, voz “Comunicazioni di massa” (diritto), en *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, pp. 177 y ss.

Lo cierto es, sin embargo, que tales libertades entran en consideración, en tal ámbito, no en su dimensión de situaciones jurídicas subjetivas, sino como principios (o valores) constitucionales derivados del artículo 21, párrafo 1, y del artículo 41, párrafos 1 y 2, de la Constitución italiana, según una doble vertiente de tales normas (atributivas de situaciones jurídicas subjetivas y, al mismo tiempo, manifestación de principios generales informadores del ordenamiento en su conjunto) bien conocida en los Tribunales Constitucionales de los ordenamientos liberal-democráticos occidentales. Y la confirmación de ello deriva de que las garantías evocadas por los Tribunales no son aquellas, más rígidas, que las Constituciones reconocen a “todos” cuando se trata de derechos de libertad, sino las garantías de carácter más dúctil en favor del “pluralismo” (“interno” o “externo” de que se trate). Una noción que es notoriamente diferente respecto de la de “derecho de libertad” y, en cualquier caso, bastante más elástica, y por tanto funcional, tanto en los juicios de relevancia constitucional como en los de ponderación de valores.<sup>35</sup>

Pero incluso partiendo de un principio dúctil como el pluralismo, es evidente la diferencia, a los ojos de todos, entre los principios constitucionales, por un lado, y la práctica legislativa y administrativa, por el otro, diferencia que viene atestiguada, entre otras cosas, además de por la enorme desigualdad existente entre los operadores, ya recordada más arriba, por la absurda equiparación, también a nivel nacional (donde es más difícil la igual cobertura del territorio), de las emisoras de televenta con las emisoras “generalistas”.

Con todo, precisamente porque los concesionarios radiotelevisivos privados no son titulares de un derecho de libertad, en tanto que no es incompatible con su situación de privilegio legal que el legislador prevea a su cargo —como justamente prevé— obligaciones de programación de algunas obras (por ejemplo, las obras cinematográficas europeas), obligaciones de información periodística y cuotas obligatorias de autoproducción, tampoco sería incompatible con tal situación de privilegio legal que el legislador además impusiese formas de acceso a los espacios radiotelevisivos, incluso privados,<sup>36</sup> y previese la obligación de los concesionarios privados

---

<sup>35</sup> Sobre todos estos problemas me remito, con carácter reciente, a A. Pace, “Autorità e libertà nel settore delle telecomunicazioni e della televisione”, en *Diritto delle Radiodiffusioni*, 1999, n. 3, pp. 18 y ss.

<sup>36</sup> Si acaso, a este último respecto, sería oportuno —para evitar inevitables y costosos contenciosos ante la autoridad judicial (a menudo inútiles, como lo demuestra la experiencia vivida so-

de difundir, cuando se lo pidiesen, *spots* publicitarios políticos gratuitos en periodo electoral.

Si lo que caracteriza la forma de Estado liberal-democrática es el constante intento de hallar un equilibrio entre la libertad y la igualdad, es efectivamente evidente, a este último respecto, que el eslogan “prohibido prohibir” (con el que desde un sector político-empresarial vino precedida y después acogida con satisfacción la controvertida sentencia de la Corte Constitucional número 161, de 1995, sobre la inconstitucionalidad de la prohibición de *spots* con motivo de referendos), podrá ser compartido respecto a su aplicación a una situación de privilegio legal como la que ostentan los concesionarios televisivos, en tanto que ello se vea acompañado de una disciplina de los espacios televisivos que, permitiendo la propaganda y la publicidad de todos,<sup>37</sup> no se resuelva en una ulterior ventaja en favor de quien ya goza de una situación legal de privilegio.

De lo anterior se desprende la peculiaridad de la hipótesis hasta aquí examinada —relativa a la difusión televisiva nacional—, en la cual, como es fácilmente observable, a la igualdad de hecho no se contrapone una libertad en sentido propio, sino un privilegio legal utilizado como si fuese un derecho de libertad. En consecuencia, el problema que tal conflicto plantea es más cultural y político, que jurídico-constitucional, lo cual, dados los tiempos y la situación italiana actual, significa que todavía se revela más difícilmente resoluble.

---

bre el acceso a las transmisiones del servicio público radiotelevisivo *ex* artículo 6 de la Ley número 103 del 14 de abril de 1975)— no calificar legislativamente el acceso a la radiotelevisión privada como derecho subjetivo (lo cual es posible desde el momento en que, constitucionalmente, no existe un derecho al medio: véase *supra* en el cuerpo del texto, así como A. Pace, *Stampa, giornalismo, radiotelevisione, op. cit.*, pp. 311 y ss.). Consecuentemente, se podrían no prever, en la hipótesis de denegación de acceso, las en otro caso obligatorias garantías jurisdiccionales que derivan del artículo 24 de la CI, aunque el acceso fuese configurado como derecho subjetivo. En cambio, podrían preverse y disciplinarse, para reaccionar contra las decisiones inmotivadas de exclusión del acceso, eventuales remedios parajurisdiccionales ante un órgano que se instituyera *ad hoc* en el seno de la misma empresa privada concesionaria, si bien con la participación de técnicos externos. En efecto, es evidente que si dichos poderes parajurisdiccionales fuesen, al contrario, atribuidos a una autoridad administrativa, incluso independiente, con tal proceder se estaría admitiendo la obligatoria tutela, *ex* artículos 24 y 113 de la CI, de la situación subjetiva perjudicada (en tal caso, interés legítimo) ante el juez contencioso-administrativo.

<sup>37</sup> En este sentido, véanse los comentarios críticos a tal decisión de O. Grandinetti, “La Corte sui conflitti tra i poteri dello Stato”, en *Giornale Diritto di Amministrativo*, 1995, p. 713, y de C. Pinelli, “Può la pari opportunità di voci convertirsi nell’imposizione del silenzio?”, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1995, pp. 1365, 1370 y ss.

### B3) Colisión de la igualdad sustancial con la libertad de domicilio

Según el artículo 20, párrafo 1, de la Ley número 300, del 20 de mayo de 1970 (el Estatuto de los Trabajadores), “Los trabajadores tienen derecho a reunirse, en la unidad productiva en la que prestan sus servicios, fuera del horario de trabajo, así como durante el horario de trabajo, con el límite de 10 horas anuales, las cuales se pagarán con la retribución normal. Mediante la contratación colectiva podrán ser establecidas condiciones más favorables”. Es a todas luces evidente que este derecho —que el legislador ha denominado y que comúnmente es conocido como derecho de asamblea— no constituye la aplicación, en los lugares de trabajo, de la libertad de reunión constitucionalmente garantizada. Y ello por la simple razón de que el artículo 17 de la CI (de la misma manera que los artículos 14, 15 y 16 de la CI) no establece también, implícitamente, las normas pertinentes relativas a los presupuestos subjetivos y objetivos para el ejercicio del contenido del derecho constitucionalmente garantizado. Consecuentemente, en lo que afecta a la disponibilidad del lugar (público o privado) en el que reunirse —esto es, en cuanto al *presupuesto objetivo*—, el artículo 17 de la CI remite a las correspondientes normas constitucionales y legislativas y, por tanto, entre otras cosas, reenvía a los artículos 14 y 42 de la CI, de las que se desprende claramente que en los lugares privados (aunque “abiertos al público”) no cabrá la reunión sin el previo acuerdo del legitimado para ello, o sea, del empresario.<sup>38</sup>

Y bien, el artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores deroga precisamente las disposiciones mencionadas, al facultar a los trabajadores para reunirse en los lugares de trabajo no sólo fuera del horario de trabajo, sino incluso durante dicho horario (siquiera sea dentro de un cierto número de horas anuales legislativa y colectivamente determinado), lo que incide en la disciplina de los *presupuestos subjetivos* (es decir, en la relación laboral y, por tanto, en el artículo 41, párrafos 1 y 2, de la CI) además de en los presupuestos objetivos.

Pero precisamente porque no se trata del “genérico” derecho a la libertad de reunión disciplinado por el artículo 17 de la CI, los trabajadores no pueden reunirse en los lugares de trabajo para los fines más diversos, sino sólo y únicamente respecto de “materias de interés sindical y laboral, y según el

---

<sup>38</sup> Es pacífico que la tutela de la libertad de domicilio, por referencia al establecimiento productivo, corresponde al empresario, y no a los trabajadores subordinados. Véase, como ejemplo, Sala Social de la Corte de Casación (Cass., sez. lav.), sentencia número 4874, del 13 de septiembre de 1982, en *Foro Italiano*, 1983, I, pp. 2526 y ss.

orden de precedencia de las convocatorias, comunicadas al empleador” (artículo 20 cit., párrafo 2). De ahí la conclusión según la cual el mencionado derecho de asamblea, a diferencia de la genérica libertad de reunión, que posee naturaleza “individual”, puede calificarse como un “derecho funcional” previsto y disciplinado por el legislador como ocasión de “participación democrática” en los problemas de la empresa, y parece por ello moverse en el ámbito del artículo 3, párrafo 2, última parte, de la CI.<sup>39</sup>

Sin embargo, son diversos los problemas que plantean las normas (aparentemente análogas a las precedentes) previstas en los artículos 42 y siguientes del Decreto del Presidente de la República número 416, del 31 de mayo de 1974, y en los artículos 7, 18 y 19 de la Ley número 382, del 11 de julio de 1978, las cuales disciplinan, respectivamente, el derecho de asamblea, en los locales escolares, de los estudiantes y de los padres, así como, en los locales de servicio, de las representaciones militares. Y la diferencia radica en que estas últimas normas, relativas a las escuelas estatales y a las fuerzas armadas, y por tanto a los locales escolares y a los locales de servicio, provienen del mismo sujeto que posee la propiedad de tales lugares y en cuyo nombre se ejercita la gestión y, por ende, no se colocan, como las precedentes, en situación de antítesis con la libertad de domicilio de nadie.<sup>40</sup>

#### *b4) Colisión de la igualdad formal con la libertad de empresa*

En la sentencia número 103, de 1989, la Corte Constitucional, tras rechazar “por los motivos expuestos” la cuestión de legitimidad constitucional de los artículos 2086, 2087, 2096, 2099 y 2103 del Código Civil, relativo al denominado *jus variandi* del empresario, subrayó que tales normas deben

---

<sup>39</sup> No suscribe esta tesis M. Mazziotti, *Lezioni di diritto costituzionale*, 2a. ed., vol. II. Milán, 1993, p. 291, quien, partiendo de la tesis según la cual el párrafo segundo del artículo 3 de la CI no permitiría al legislador ordinario derogar las demás normas constitucionales, intenta hallar en la misma “general” disciplina constitucional el fundamento del derecho de reunión de los trabajadores, y efectivamente la halla en el artículo 41, párrafo 2, de la CI, en donde se dispone que “La iniciativa económica privada [...] no puede desarrollarse [...] de modo que cause perjuicio [...] a la libertad”. En cambio, si esto fuese cierto, en primer lugar no habría sido necesaria una disposición con fuerza de ley para reconocer una libertad (o sea, el denominado derecho de asamblea) que la misma Constitución proclamaría; en segundo lugar, el derecho de asamblea de los trabajadores no debería quedar limitado por el contenido a las materias de interés sindical y laboral.

<sup>40</sup> Con ello modifico, siquiera parcialmente, lo que en su día sostuve en la *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, 2a. ed. Padua, 1992, p. 327.

ser interpretadas a la luz, bien de las normas constitucionales (y remitía a tal efecto a los artículos 3, 35 y 37 de la Constitución), bien de las normas legislativas ordinarias que se han dictado en desarrollo de aquéllas (y en este caso reenviaba a los artículos 13, 15 y 16 del Estatuto de los Trabajadores). Consecuentemente, concluyó que

[...] resulta notablemente limitado el *jus variandi* del empleador, mientras que, precisamente en virtud del precepto constitucional contemplado en el artículo 41 de la CI, el poder de iniciativa del empresario no puede entenderse en términos de pura discrecionalidad o incluso de arbitrariedad, sino que debe ir acompañado de una causa coherente con los principios fundamentales del ordenamiento, y en autos no puede desenvolverse de manera contraria a la utilidad social o de forma que provoque perjuicio a la seguridad, la libertad o la libertad humana.

Tras lo anterior, y a mayor abundamiento, se recogían en la motivación una serie de declaraciones, convenciones y pactos internacionales de los que se desprendería que las “normas hasta aquí tomadas en consideración” (presuntamente los artículos 13, 15 y 16 del Estatuto de los Trabajadores) constituyen desarrollo no sólo de los principios constitucionales, sino (¡como si lo anterior no fuera suficiente!) también “de los principios contenidos en varios actos y convenciones internacionales”.

Pues bien, de la remisión efectuada, en esa masa de disposiciones, también al artículo 3 de la CI, se entendía posible afirmar, como lo ha hecho un autorizado estudioso, que la Corte Constitucional, con tal proceder, habría decidido dar entrada al denominado derecho a la igualdad en el Derecho privado.<sup>41</sup> En realidad, incluso compartiendo las críticas relativas a la controvertida claridad de la motivación,<sup>42</sup> de ésta no puede derivarse en modo alguno tal consecuencia. Por lo demás, semejante interpretación sería, en primer lugar, contraria a la jurisprudencia precedente<sup>43</sup> (¡y a la posterior!), y, en segundo lugar, expondría dicha sentencia a todas las observaciones críticas vertidas hasta el presente contra la configuración de la igualdad como situación jurídica subjetiva.

A lo anterior cabe añadir que la Corte, en tal decisión, no afirma en absoluto la obligación, a cargo del empresario, de tratar de manera igual

---

<sup>41</sup> A. Cerri, *L'eguaglianza giuridica nei rapporti interpretati...*, *op. cit.*, pp. 1531 y ss.

<sup>42</sup> Así se pronuncia, justamente, E. Ghera, “Parità di trattamento e principio di correttezza nel rapporto di lavoro: un nuovo orientamento della Corte costituzionale?”, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1989, p. 551.

<sup>43</sup> Véase *supra*, n. 8.

(*ex artículo 3, párrafo 1, de la CI*) a los trabajadores que de él dependan sino que, precisamente, al remitirse a los artículos 13, 15 y 16 del Estatuto de los Trabajadores se limita a interpretar las normas legislativas sometidas a examen de la Corte a la luz de los vínculos que derivan para el empresario de tales normas, ya sea en punto al debido respeto a las normas organizativas por él mismo establecidas,<sup>44</sup> ya sea bajo el ángulo de la prohibición de infligir tratos discriminatorios. En consecuencia, la Corte pone ante todo el acento conclusivo en el artículo 41, párrafo 2, de la CI,<sup>45</sup> pero sólo para decidir que no existe un *jus variandi* ilimitado del empleador, a la vista de los límites que dicha norma constitucional permite establecer al legislador (en el supuesto enjuiciado, los artículos 13, 15 y 16 del Estatuto de los Trabajadores) en relación a la autonomía del empresario.

La precisión acerca de que los límites a la autonomía negocial que aquí se están tratando son los constitucionalmente permitidos por el artículo 41, párrafos 1 y 2, de la CI, es importante. Justamente porque la autonomía negocial no está constitucionalmente tutelada como tal, sino en su faceta instrumental respecto a las puntuales situaciones subjetivas constitucionalmente protegidas (derechos atinentes al matrimonio, a la familia, al trabajo autónomo o por cuenta ajena, a la propiedad, a la empresa, etcétera), es por ello que los eventuales límites a dicha autonomía siempre aparecen caso por caso encuadrados en la disciplina constitucional de la situación sustantiva “final”, y no ya en una apriorística e inexacta afirmación del principio de igualdad en el campo del derecho privado.<sup>46</sup>

#### *b5) Colisión de la igualdad formal con la libertad de asociación*

¿Es ilícita, por contravenir normas imperativas (artículo 1418 del Código Civil), la cláusula de un estatuto de un círculo privado que prevea que los socios efectivos del círculo sólo pueden pertenecer al sexo masculino? Y, en caso negativo, ¿sería constitucionalmente legítima una *affirmative action* con la que el legislador impusiese la inscripción en tal círculo también de las mujeres?

<sup>44</sup> En esta línea, E. Ghera, *Parità di trattamento e principio di correttezza...*, *op. cit.*, p. 555.

<sup>45</sup> Lo subraya también M. Persiani, “Considerazioni sul controllo di buona fede dei poteri del datore di lavoro”, en *Diritto de Lavoro*, 1995, II, p. 144, n. 50, criticando a A. Cerri, *L’eguaglianza giuridica nei rapporti interprivati...*, *op. cit.*, pp. 1529 y ss.

<sup>46</sup> Para acercarse a una postura, como siempre equilibrada, del problema, véase L. Paladin, *Il principio costituzionale...*, *op. cit.*, pp. 238 y ss.



Semejante hipótesis no cuenta tras de sí, como las precedentes, con el respaldo de una ley o una sentencia. Sin embargo, se conecta con una pregunta parlamentaria y con la respuesta correspondiente del Ministro sobre la igualdad de oportunidades, de lo que he dado cuenta en una “crónica” aparecida, en 1999, en *Giurisprudenza costituzionale*.<sup>47</sup> Salvando los detalles —que aquí poco interesan—, en mi opinión la respuesta a ambas preguntas es negativa.

La respuesta a la primera cuestión sólo puede efectuarse —tratándose de una asociación privada—<sup>48</sup> desde la valoración de los límites específicos a la autonomía negocial. Límites específicos que, en lo que nos afecta, deben conectarse con el artículo 18 de la CI, según el cual con tal libertad no pueden perseguirse con carácter asociativo fines que estén prohibidos al particular en virtud de la ley penal, lo que implica que ya en línea de principio deberían entenderse prohibidas las asociaciones que prediquen el odio racial y étnico o que prediquen la discriminación por motivos raciales, étnicos, nacionales o religiosos, o bien hagan apología e instigación del delito de genocidio,<sup>49</sup> como por lo demás ha sido considerado por la jurisprudencia con una significativa conexión de los supuestos de hecho en cuestión con los supuestos de hecho relativos a la incriminación de las manifestaciones fascistas, respecto de las cuales aquéllas tienen un carácter subsidiario.<sup>50</sup>

Ahora bien —y aquí se presenta la primera duda—, ¿es realmente cierto que diversificar equivale siempre a discriminar? Sé bien que, en el lenguaje hablado, los vocablos “diversificación” y “discriminación” tienden a superponerse. Ello, no obstante, los dos conceptos no se identifican en absoluto. Como ha subrayado con precisión Norberto Bobbio a propósito del racismo, éste “nace cuando el otro es considerado no sólo diverso sino que, en tanto

---

<sup>47</sup> “I circoli privati tra libertà di associazione e principio di eguaglianza”, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1999, pp. 3293 y ss.

<sup>48</sup> Efectivamente, es obvio que, si se tratase de un ente público con estructura asociativa, el problema ni siquiera se plantearía, por cuanto a los entes públicos no se aplica el artículo 18 de la CI.

<sup>49</sup> Véase la Ley número 654, del 13 de octubre de 1975, la Ley número 962, del 9 de octubre de 1967 y el Decreto-Ley número 122, del 26 de abril de 1993, convertido mediante Ley número 205, del 25 de junio de 1993. En cambio, el artículo 42 de la Ley número 40, del 6 de marzo de 1998, contempla una tutela meramente en el orden civil contra la discriminación por motivos raciales, étnicos, nacionales o religiosos (tanto si tales actos discriminatorios proceden de un particular como de un órgano de la administración pública).

<sup>50</sup> Sala Penal de la Corte de Casación (Cass., sez. I pen.), sentencia número 7812, del 7 de mayo de 1999, ric. Crasti, en *Cassazione Penale*, 2000, p. 1045.

que diverso, por el solo hecho de ser diverso, es considerado asimismo inferior y, por el hecho de ser inferior, debe ser objeto de dominación”<sup>51</sup>). Lo que, a mi parecer, debe ser reiterado respecto de las diversidades de sexo, lengua, religión, opiniones políticas, condiciones personales y sociales.

En segundo lugar, la identificación de los dos términos conduciría a una consecuencia paradójica. Si diversificar equivaliese a discriminar, debería consiguientemente ser considerado ilícito asumir la pertenencia a un sexo determinado (a una raza determinada, a una lengua determinada, etcétera) como presupuesto para la afiliación a una asociación. Lo cual, empero, no únicamente implicaría la ilicitud de las asociaciones lingüísticas, étnicas, de ciegos, de enfermos de sida, etcétera, sino que conllevaría, asimismo, la ilicitud de los mismos partidos políticos o de las asociaciones religiosas. Éstas y aquéllos presuponen, en efecto, desde que el mundo es mundo, precisamente esa diversificación subjetiva de opiniones políticas y religiosas que, bajo una óptica extensiva de la prohibición *ex* artículo 3 de la CI, parecería de por sí discriminatoria.

Para poder afirmar que un determinado partido o un determinado movimiento religioso persigue verdaderamente “discriminar” a los otros partidos y a los otros movimientos, es antes que nada necesaria su diversificación subjetiva, si bien ésta no es suficiente. Y no lo es por el simple hecho de que las asociaciones —como ocurre con los individuos, con cuya subjetividad jurídica intentan identificarse— “construyen” su propia identidad no sólo por *emulación*, sino también (si no sobre todo) por *diferenciación*. Y, por tanto, intentar eliminar las diferenciaciones subjetivas en las asociaciones equivale a tanto como a pretender eliminar las propias identidades, ya sean asociativas o ya sean personales, que constituyen el mismo presupuesto del artículo 2 de la CI.

Retomando la acertada observación de Bobbio, vale la pena subrayar una vez más qué es el odio: es el desprecio por lo diverso, por el otro sexo, por un determinado color de la piel, por quien no comparte las mismas ideas políticas o la misma fe religiosa, lo que caracteriza la discriminación.

De aquí deriva la primera conclusión. Como acertadamente subrayó la Ministra de la Igualdad de Oportunidades Balbo en su respuesta al parlamentario que formuló la pregunta, el Senador Russo Spena, el problema de los círculos exclusivamente masculinos (pero la propia Laura Balbo recordó la existencia, asimismo, de círculos femeninos y de asociaciones feminis-

---

<sup>51</sup> N. Bobbio, “Eguali e diversi”, en N. Bobbio, *Elogio della mitezza*. Milán, 1994, p. 160.

tas) sólo podrá ser resuelto culturalmente, y consiguientemente de manera gradual. Por otra parte, no es casualidad que los estatutos de los nuevos círculos ya no prevean las mencionadas limitaciones subjetivas, como tampoco es casualidad que los “círculos de nobles”, durante tanto tiempo tan difundidos, están poco a poco desapareciendo, y no ciertamente por mérito del artículo 3, párrafo 1, y de la Disposición XIV transitoria y final de la Constitución italiana.

Y desciendo ahora a la segunda cuestión: ¿sería constitucionalmente legítima una *affirmative action* mediante la que el legislador impusiere a un círculo, cuyo estatuto prevea sólo socios del sexo masculino, la admisión, asimismo, de socios del sexo femenino?

Dejando al margen los aspectos sobre la admisibilidad constitucional de *affirmative actions* para imponer una “discriminación inversa” en favor del sexo femenino (la óptica en la que se mueven los artículos 3, párrafo 2, y 37 de la CI es, efectivamente, bien diversa de la que aquí se toma en consideración;<sup>52</sup> y, por lo demás tampoco es casualidad que, tras la intervención de la Corte Constitucional,<sup>53</sup> se haya pensado poner remedio a las denominadas “cuotas rosas” introduciendo una referencia “legitimante”, para futuras leyes electorales, en la Ley constitucional número 2, del 31 de enero de 2001, en el marco de la modificación de los cinco Estatutos de las regiones con autonomía especial), y bien, a parte de eso, debe tenerse presente que las acciones positivas para la eliminación de eventuales discriminaciones han de respetar, pese a todo, los principios de *razonabilidad* y proporcionalidad y, por ende, antes de imponer la presencia femenina en un círculo exclusivamente masculino, se requeriría previamente verificar que no haya en ese ámbito círculos en los que las mujeres puedan adquirir la calidad de socio.

En segundo lugar, habría de ser considerado atentamente el perjuicio que la admisión *ope legis* de nuevos socios (y aquí el discurso se prolonga a la admisión *ope legis* contra las otras discriminaciones que contempla el artículo 3, párrafo 1, de la CI) provocaría, sobre todo en los círculos con una restringida base personal, en relación con el denominado “vínculo ideal” que liga entre ellos a los socios antiguos, con las consiguientes tensiones no sólo entre antiguos y nuevos socios, sino también entre los antiguos respecto de las nuevas admisiones.

---

<sup>52</sup> Véase, una vez más sobre el particular, M. Ainis, *Azioni positive...*, *op. cit.*, p. 595. Asimismo, A. Cerri, *Libertà, eguaglianza...*, *op. cit.*, pp. 302 y ss.

<sup>53</sup> Véase *supra*, n. 25.

Y de aquí se colige también la segunda conclusión. La pretendida acción positiva —sobre la que la Ministra de la Igualdad de Oportunidades, en la citada respuesta, había anunciado la inminente aprobación— no debería, por las susodichas razones, obligar, y todavía menos introducir la coacción en las dinámicas asociativas internas. Al contrario, sería preferible que la pretendida acción positiva del legislador se limitase a incentivar la constitución de nuevas asociaciones esencialmente caracterizadas (estatutaria y prácticamente) por el principio de la plena igualdad de trato de todas las personas, sin distinción por razón de condiciones subjetivas. De manera análoga debería ser ponderada la legitimidad, si no incluso la oportunidad, de eventuales contribuciones públicas en favor de las asociaciones privadas.<sup>54</sup>

En conclusión, un ejemplo a fin de cuentas frívolo como el de la inserción de las mujeres en los círculos masculinos nos confirma lo difícil que resulta compatibilizar, sobre todo en el caso concreto,<sup>55</sup> la igualdad y la libertad, y cómo la solución de los conflictos entre esos dos grandes valores es difícilmente alcanzable a través de la intransigencia jurídica. En cambio, dicha compatibilidad sólo es perseguible a costa de renunciaciones recíprocas, por más que éstas puedan ser desagradables e incluso dolorosas.

Lo anterior tal vez sea lo que los revolucionarios franceses de 1789 habían concebido al evocar la fraternidad, como trámite entre la libertad y la igualdad,<sup>56</sup> y que los Constituyentes italianos habían advertido, asimismo, haciendo un llamamiento a todos para adecuarse a los inderogables deberes de solidaridad.

---

<sup>54</sup> En efecto, una vez aclarado que diferenciar no significa, en sí, discriminar, no puede sostenerse la tesis que considere ilegítima apriorísticamente cualquier contribución en favor de asociaciones privadas que en su estatuto prevean diferenciaciones subjetivas. El problema de la legitimidad (y también de la oportunidad) de semejante contribución se plantea por ello de manera diversa, e implica una valoración acerca de si los fines sociales perseguidos por la asociación beneficiaria hacen a ésta merecedora positivamente de aquélla, así como de la racionalidad, por referencia al fin social perseguido, de los requisitos subjetivos estatutariamente establecidos para convertirse en socio.

<sup>55</sup> Véase el muy interesante ensayo de G. Ferrara, “Dell’eguaglianza”, en AA.VV., *La democrazia alla fine del secolo*, a cargo de M. Luciani. Bari, 1994, pp. 29 y ss.

<sup>56</sup> Sobre el particular, véase la exaltación de la fraternidad como elemento de equilibrio de los excesos de la libertad y de la igualdad hecha por Renouvier, en su *Manuel des droits de l’homme et du citoyen* (por lo demás críticamente, en cuanto la fraternidad en él, asumiría un significado únicamente moral), y por M. Mazziotti, “Lo spirito del diritto sociale nelle costituzioni e nelle leggi della Francia rivoluzionaria”, en *Archivio Giuridico*, 1954, vol. CXLVII, p. 64. La importancia, también moral, de los deberes inderogables de solidaridad, he tenido ocasión de subrayarla yo mismo en la *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, 2a. ed. Padua, 1990, p. 16; respecto a la responsabilidad moral en el ejercicio de los derechos, me he ocupado, en cambio, en “Diritti “fondamentali” al di là della Costituzione?”, en *Politica del Diritto*, 1993, p. 9.

# LAS ACCIONES POSITIVAS<sup>1</sup>

*Aída Kemelmajer de Carlucci*

Es más fácil quebrar un átomo que extirpar un prejuicio de la mente humana.

Albert Einstein

## I. ALGUNAS NOCIONES PREVIAS VINCULADAS A LA IGUALDAD

La mejor comprensión del tema requiere distinguir las relaciones de la persona frente al Estado, frente a la naturaleza y frente a la sociedad.

### *1. Las relaciones de la persona frente al Estado*

Las constituciones decimonónicas regularon, fundamentalmente, la relación persona-Estado. Desde esta perspectiva, las libertades, derechos y garantías, incluida la igualdad, tienen, fundamentalmente, efecto vertical. Entonces, la principal obligación del Estado es mantener un ordenamiento en el que todos sean iguales.

Para comprender mejor este punto inicial del razonamiento es conveniente distinguir las siguientes nociones:

---

<sup>1</sup> Este trabajo es una reelaboración de mi artículo “Las acciones positivas en la reforma constitucional (artículo 75, inciso 23, de la CN)”, incorporado en la obra colectiva *La incidencia de la reforma constitucional en las distintas ramas del derecho*, publicación de Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires, Serie II, Obras, núm. 27, 1998, p. 81. Se han incorporado algunas novedades de la jurisprudencia de la Corte de la Unión Europea, citas doctrinales de trabajos aparecidos con posterioridad y novedades sobre la jurisprudencia norteamericana.

a) *Igualdad en la ley*. Se trata de un mandato dirigido principalmente al legislador, para que regule las diversas situaciones sin hacer discriminaciones odiosas.<sup>2</sup> Normalmente, es una noción fácilmente verificable, pues hay discriminaciones obvias; por ejemplo, en 1880 la Corte Federal norteamericana dijo: “Si una ley excluyera a todos los hombres blancos de prestar servicios como jurado, nadie podría decir que no se ha privado a los hombres blancos de la protección igualitaria de la ley”.<sup>3</sup>

Sin embargo, las cosas no se muestran siempre con tanta claridad; justamente, la noción de *discriminación indirecta* y oculta permite valorar el impacto negativo (*impatto* negativo, en la terminología italiana) de ciertos actos y comportamientos aparentemente neutros y formalmente iguales.<sup>4</sup> Por lo demás, muchas veces la apreciación de la discriminación depende de la época, el contexto histórico, la formación cultural, etcétera. Por ejemplo, en el siglo pasado (a comienzos de éste, incluso) ningún autor argentino reprochó la fórmula constitucional que, no obstante reconocer expresa-

---

<sup>2</sup> Compulsar, entre otros, Olivier Jouanjan, *Le principe d'égalité devant la loi en Droit allemand*. París, *Economica*, 1992, p. 11.

<sup>3</sup> *Strauder c/West Virginia*, citado por David Currie, *Introducción a la Constitución de los Estados Unidos*, trad. de V. Gómez. Buenos Aires, Zavalia, 1988, p. 93.

<sup>4</sup> Para la noción de discriminación indirecta véase, de mi autoría, “El principio de igualdad y el derecho comunitario”, en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, año XLII, 2a. época, núm. 35, 1997. En Estados Unidos las discriminaciones indirectas han sido atacadas a través de la teoría del impacto desigual (*disparate impact*). Esta teoría condena la utilización de criterios aparentemente neutrales pero que provocan un resultado de hecho desfavorable para los integrantes de colectivos protegidos, cuando tales criterios o requisitos no son necesarios para la correcta ejecución del trabajo. Se funda en datos estadísticos y ha sido aplicada tanto para el acceso como para la promoción en el trabajo. Así, por ejemplo, en 1989, en *Wards Cove Packing c/Antonio* se palteó si la contratación por una empresa de más personas pertenientes a minorías raciales que de blancos para los trabajos peor remunerados no constituía un caso de impacto desigual. Aunque el tribunal entendió que no había discriminación, quedó configurado el sistema de análisis estadístico comparativo. En opinión de algunos autores, esta sentencia, influenciada por el gobierno republicano, sirvió para atemperar la reacción negativa del Ejecutivo frente a la tendencia que legitimaba las políticas de acciones positivas; la Corte suavizó la teoría del impacto desigual utilizando baremos más favorables al empresario. Además, esta sentencia tuvo una consecuencia adicional: hasta ese momento, los tribunales habían aplicado la inversión total de la carga de la prueba, lo que implicaba que si existía duda o ambigüedad sobre la justificación empresarial la presunción de discriminación no se destruía; a partir de 1989, en cambio, la duda sobre los extremos no desemboca en una sentencia contraria al empleador, porque se entiende que la carga de la prueba permanece en el demandante (citado por María A. Ballester Pastor, *Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, p. 97).

mente la libertad de cultos a los extranjeros, se la negó a algunos aborígenes, desde que era obligación estadual convertir a los indígenas al catolicismo; esta forma clara de discriminación recién fue superada en este país por su reforma de 1994.<sup>5</sup>

b) *Igualdad ante la ley*. Es propia de la aplicación de la ley y, consecuentemente, es una regla dirigida y aplicada fundamentalmente por los jueces.

La interpretación judicial juega un rol superlativo y la pregunta a contestar es: ¿cuál es la función del juez y del legislador frente a los comportamientos sociales? Sobre el punto, cabe recordar que en 1896, en el caso *Plessy c/ Ferguson*, no obstante que ya se había introducido la enmienda XIV (regla de la igualdad ante la ley), la Corte Suprema de Estados Unidos, con el voto disidente del juez Harlan, consagró la validez de la regla “separados pero iguales” y decidió que una ley que permite la segregación racial bajo condiciones separadas pero iguales no viola la garantía constitucional de la protección igualitaria de las leyes.<sup>6</sup> Se trataba de una ley de Luisiana que segregaba racialmente a los pasajeros de los ferrocarriles. Plessy era en 7/8 caucásico (blanco) y un 1/8 afroamericano; dado que insistió en encontrar lugar en el vagón de los blancos, fue obligado a descender del tren y arrestado. La Corte dijo que la mera distinción legal entre raza blanca y de color no destruye la igualdad ni convierte a una en sierva de la otra y que la enmienda 14 no pretende una igualdad social distinta; las leyes que imponen la separación —explicó— no implican establecer que una raza es superior o inferior a la otra; simplemente son actos del poder de la Policía de un estado. Finalmente, según la Corte “no es misión de la ley erradicar el perjuicio o imponer la integración racial; por el contrario, el encuentro de las dos razas, para ser realmente igualdad social, debe ser el resultado de una afinidad natural, de un mutuo reconocimiento de los méritos de una y otra o de un consenso voluntario de los individuos y no el efecto de la intervención del legislador”, porque “la ley es impotente para radicar instintos raciales o abolir distinciones fundadas en la diferencia física, y cualquier intento de hacerlo sólo podrá tener por efecto agravar la dificultad actual”.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> Circunstancia recordada por Claudio Marcelo Kiper, *Derecho de las minorías ante la discriminación*. Buenos Aires, Hammurabi, 1998, p. 170.

<sup>6</sup> Piénsese que el juez John Harlan había sido propietario de esclavos (S. Welch y John Gruhl, *Affirmative action and minority enrollments in medical and law schools*. Michigan, The University of Michigan Press, 1998, p. 7).

<sup>7</sup> Un argumento similar usó la Corte Federal argentina en un caso no muy lejano para justificar el acto administrativo de la Policía Federal que dispuso la legitimidad del test de detección

La regla “separados pero iguales” se extendió a los establecimientos de enseñanza sostenidos con fondos públicos. Adviértase que la doctrina *Plessy* suponía —al menos formalmente— que las facilidades en los servicios públicos debían ser *iguales* para blancos y negros, pero rara vez (por no decir nunca) se daba esa igualdad. Así, por ejemplo, en *Cumming c/Richmond County Board of Education*, en 1899, la autoridad administrativa escolar transformó una escuela secundaria de negros en una escuela primaria; ni construyó una escuela secundaria para negros ni se permitió a los negros ingresar a la escuela secundaria de los blancos; la consecuencia fue que sólo habían secundarias para blancos; sin embargo, la Corte entendió que no había violación a la regla “separados pero iguales”. En suma, en la práctica la regla fue “separación pero no igualdad”.<sup>8</sup>

Sin embargo, en *Missouri c/Canada*, en 1938, la Corte dio un gran paso con relación a las escuelas profesionales y los institutos de enseñanza superior; el estado de Missouri no permitía a los negros ingresar a las universidades blancas y tampoco creaba universidades negras. El Tribunal dijo que el Estado debía hacer una cosa o la otra y argumentó del siguiente modo: si por razones financieras o de otro carácter (por ejemplo, la escasez de talento docente disponible), es imposible que ciertos estados suministren facilidades iguales a las dos razas en estas áreas de instrucción, debe permitirse el ingreso de todos a la universidad que se tiene.

Otro paso trascendente se dio en 1950 en *Sweatt c/Painter*, Texas tenía universidades para negros, pero era palmariamente inferior a la universidad blanca en espacios, bibliotecas, oportunidades para los estudiantes, etcétera. La Corte dijo que la institución negra no ofrecía a sus alumnos “esas cualidades que no admiten una medición objetiva, pero que determinan la grandeza de una escuela de leyes” y decidió que la situación vulneraba la regla de la igualdad.

---

de sida al que fue sometido un subcomisionado sin su consentimiento: “Al trato discriminatorio no se le combate mediante el ocultamiento de la característica personal que lo suscita, sino por la superación cultural del prejuicio que lo motiva” (CSN 17/12/1996, s/n c/Policía Federal Argentina, ED 172-329, con nota desaprobatoria de Armando Andruet, *Dignidad humana, intimidad personal y sida*). Aclaro que, pese a lo expuesto, el tribunal declaró ilegítimo el pase a retiro por “no contener una ponderación de los efectos reales de la diferencia inmunitaria sobre la aptitud laboral de la gente, máxime teniendo en cuenta el carácter de portador asintomático” y, en tal sentido, era discriminatorio y violaba la Convención de los Derechos Humanos. Votaron en disidencia parcial los doctores Fayt y Petracchi.

<sup>8</sup> S. Welch y John Gruhl, *Affirmative action and minority enrollments...*, op. cit., p. 8.



Una decisión semejante tomó el mismo año en *McLaurin c/Okahoma State Regents*: Oklahoma permitía a los negros asistir a las universidades para blancos, pero había designado una sección especial de las clases, librerías, cafeterías, etcétera. La Corte dijo que este tipo de organización privaba a los estudiantes de la posibilidad de intercambiar ideas con los compañeros, elemento esencial para la educación.

A esta altura de los acontecimientos, entonces, aunque la Corte no había invalidado la teoría separados pero iguales, había hecho imposible la segregación en las escuelas profesionales.<sup>9</sup>

Se llega así a 1954, año del *leading case* *Brown c/Board of Education*; durante la presidencia de Warren, la Corte Federal, por mayoría, fundada en el voto disidente del juez Harlan en el *caso Plessy c/Ferguson*, abandonó definitivamente la regla segregacionista;<sup>10</sup> con todas las letras, el Tribunal afirmó que la segregación racial en las escuelas públicas de los estados niega el derecho de los estudiantes de raza negra a la garantía de igualdad ante la ley;<sup>11</sup> dijo también que “separar a unos niños de otros, de edad y calificaciones semejantes sólo a causa de su raza, genera un sentimiento de inferioridad acerca de su condición en la comunidad, sentimiento que puede afectar a sus corazones y sus mentes de un modo que probablemente nunca podrá ser reparado”.

Pero la ejecución del mandato judicial de *Brown* no fue de fácil ejecución. Muchos estados del sur se opusieron. Los gobernadores de Mississippi

---

<sup>9</sup> *Idem.*

<sup>10</sup> Compulsar *L'opinione dissenziente*. Milán, Giuffré, 1995, p. 199, obra colectiva bajo la dirección de Adele Anzon. Todos los autores señalan la importancia de la disidencia del juez Harlan en *Plessy* (véase Angela Harris, “Equality Trouble: Sameness and difference in Twentieth-Century Race Law”, en *California Law Review*, vol. 88, núm. 6, diciembre, 2000, p. 1926).

<sup>11</sup> Compulsar Robert Barker, “El control de constitucionalidad en los Estados Unidos de Norteamérica”, en Víctor Bazán, coord., *Desafíos del control de constitucionalidad*. Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1996, p. 308. Con el caso *Brown* se inicia la época moderna de la jurisprudencia en torno a la igualdad ante la ley, aunque ya en el caso *Sweatt*, en 1945, la Suprema Corte había declarado contraria a la decimocuarta enmienda una decisión de la Facultad de Derecho de la Universidad de Texas que había negado la admisión de un estudiante negro; el instituto superior se había fundado en que “las leyes del Estado estipulan que sólo los blancos pueden concurrir a las universidades” (relatado por Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*. Barcelona, Ariel, 1984, p. 327; también por Aldo Valle Acevedo, “Discriminación inversa o desfiguración de la igualdad: una reflexión liberal y progresista”, en *Ronald Dworkin, Estudios en su homenaje*. Chile, Revista de Ciencias Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valparaíso, 1993, p. 464).

y Alabama, personalmente, bloquearon la entrada a los colegios para que los negros no entraran, lo que motivó que el presidente Kennedy enviara tropas federales. Debido a la presión pública, pocos negros se animaban a ir a las escuelas de los blancos. No obstante los esfuerzos de la Corte, los progresos sociales fueron muy lentos, y aunque los segregacionistas sabían que perderían la guerra, hacía todo lo posible por demorar el proceso de integración. Diez años después de Brown, en 1964, 98 % de los niños negros todavía iban a colegios para negros. Ese año los avances fueron visibles, cuando el Congreso dictó la Civil Rights Act y, entre otras disposiciones, cortó la ayuda federal a las escuelas de distritos que segregaban a los negros.<sup>12</sup>

Estas sentencias permitieron que muchas escuelas se integraran racialmente. Sin embargo, dado que hay barrios predominantemente negros, la segregación siguió produciéndose en los hechos. No obstante que el Congreso dictó leyes que prohibían discriminar en los contratos de compraventa o de arrendamientos, de facto, los niños negros iban a una escuela y los blancos a otras. Las asociaciones de derechos civiles propusieron tener servicios de ómnibus que llevaran niños negros a las escuelas blancas y niños blancos a las escuelas negras. No obstante que el presidente Nixon era contrario a esta práctica denominada “busing”, que Warren se había jubilado y en su lugar había ingresado a la Corte un conservador (Burger), en 1971, por unanimidad, el tribunal convalidó esa práctica en el caso *Swann c/Charlotte-Mecklenburg Board of Education*. Dijo Burger que las autoridades están facultadas para tomar medidas que preparen a los estudiantes para vivir en una sociedad pluralista, por lo que cada escuela puede tomar medidas de modo que refleje la misma proporción que el distrito presenta como un todo.

Para contrariar esta jurisprudencia, muchos blancos se mudaron de la ciudad a los suburbios y transfirieron sus hijos a escuelas privadas. Las organizaciones civiles propusieron entonces que el sistema del traslado se extendiera al paso de ciudad a los suburbios, pero en 1974, por cinco votos contra cuatro, la Corte rechazó esta práctica impuesta entre Detroit y los suburbios. Dijo que había que acreditar que en estas prácticas existía una voluntad segregacionista.

---

<sup>12</sup> S. Welch y John Gruhl, *Affirmative action and minority enrollments...*, op. cit., p. 10.

En suma, la Corte eliminó la segregación de *iure*, pero no pudo con la segregación de facto; algunos dijeron que el tribunal y las asociaciones habían sido excesivamente ingenuos.<sup>13</sup>

Varias décadas más tarde hay que reconocer que muchas escuelas son en su totalidad de negros o blancos; la explicación es que negros y blancos tienden a vivir en distintos barrios y las normas obligan a los niños a asistir a las escuelas de su propio barrio; estas disposiciones persiguen un legítimo interés de eficiencia, pero en los hechos generan discriminación.

Hoy la Corte Federal norteamericana resuelve que lo que la Constitución prohíbe es el trato diferencial por motivos de raza, pero no exige un accionar concreto para alcanzar un equilibrio racial. Así, por ejemplo, un departamento de policía puede establecer estándares idénticos para los postulantes negros y blancos, aún cuando un número desproporcionado de negros no sea capaz de satisfacerlos si esos requisitos no están motivados en prejuicios raciales. En tal sentido ha insistido en que “la Constitución meramente protege al individuo contra el accionar ilegal del gobierno, pero el Estado no tiene que eliminar las diferencias de hecho que no causó”.<sup>14</sup>

c) *Igualdad por la ley*. El Estado corrige ciertas desigualdades de hecho a través de la ley.<sup>15</sup> Teniendo en miras esta igualdad se ha dicho: “Legislar quiere decir clasificar, crear disparidad entre los sujetos del ordenamiento”.<sup>16</sup> Todo cuanto digo de aquí en más está destinado, principalmente, al desarrollo de la noción de igualdad *por* la ley.

## 2. La persona frente a la naturaleza

La igualdad por la ley o a través de la ley implica reconocer las desigualdades de la naturaleza. Así se ha dicho: “Los hombres nacen iguales, pero en todos lados son diferentes”. En esta línea argumentaba Vauvenargues en el siglo XVIII: “Es falso que la igualdad sea una ley de la naturaleza. La naturaleza no ha hecho nada igual; su ley soberana es la subordinación y

---

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 11.

<sup>14</sup> Citado por David Currie, *Introducción a la Constitución de los Estados Unidos*, trad. de V. Gómez. Buenos Aires, Zavalia, 1988, p. 95.

<sup>15</sup> Gilles Pellissier, *Le principe d'égalité en droit public*. París, LGDJ, 1996, p. 25.

<sup>16</sup> Compulsar Rosario Santucci y Lorenzo Zoppoli, “Finalità della legge e questioni di costituzionalità”, en *Il diritto diseguale. La legge sulle azioni positive*, obra colectiva dirigida por Lorenzo Gaeta y Lorenzo Zoppoli. Turín, Giappichelli, 1992, p. 27.

la dependencia. El nacimiento nos ha hecho hermosos o feos, vigorosos o endeble, inteligentes o estúpidos, con un carácter enérgico o vacilante”.<sup>17</sup>

La afirmación “todos los hombres han sido creados iguales” no es, entonces, una verdad *científica*, sino una afirmación *política*.<sup>18</sup> En este sentido decía Rousseau: “Debido a que la fuerza de las circunstancias tiende siempre a destruir la igualdad, la fuerza de la legislación debe tender siempre a mantenerla”. La obligación del Estado, entonces, no es abstenerse; por el contrario, está llamado a promover la igualdad a través de medidas concretas, a volverla más real, a corregir las desigualdades naturales y sociales, a emancipar a las víctimas de los desequilibrios sociales.<sup>19</sup>

### 3. La persona frente a la sociedad. La noción de igualdad sustancial

Toda persona vive en sociedad y, consecuentemente, no sólo se relaciona con el Estado sino también con otras personas individuales y con grupos de personas (más o menos fuertes económica y técnicamente).

La toma de conciencia de esta realidad ha hecho que el problema de la libertad hoy se plantee al nivel de los poderes de la sociedad civil: “No importa tanto que el individuo sea libre respecto del Estado si después no es libre en la sociedad. Lo que caracteriza a la sociedad tecnocrática no es el hombre esclavo, el hombre siervo, sino el no hombre, el hombre reducido a autómatas, a engranaje de una gran máquina”.

La sociedad, en su totalidad, se considera como una inmensa competición para la consecución de bienes escasos y el principio de igualdad de oportunidades, elevado a principio general, apunta a situar a todos los miembros de una determinada sociedad en las condiciones de participación en la competición de la vida, o en la conquista de lo que es vitalmente más significativo partiendo de posiciones iguales. Ahora bien, hay que atender al hecho de que, precisamente, si situamos individuos desiguales por nacimiento en las mismas condiciones de partida, puede ser necesario favorecer a los más desposeídos y desfavorecer a los más acomodados, es decir, introducir artificialmente, o bien imperativamente, discriminaciones de otro modo no exis-

---

<sup>17</sup> Citado por Jean Michel Servais, *Emancipación de los trabajadores desfavorecidos y el derecho internacional del trabajo*, DT KII-B 1992-B-1763.

<sup>18</sup> Compulsar Maria Agostina Cabiddu, *Maggioranza, minoranza, eguaglianza*. Padua, Cedam, 1997, p. 28.

<sup>19</sup> J. M. Servais, *Emancipación de los trabajadores desfavorecidos...*, *op. cit.*

tentes, como sucede en algunas competiciones deportivas en las que a los competidores menos experimentados se les concede una cierta ventaja respecto de los que lo son más. De tal modo, una desigualdad se convierte en instrumento de igualdad, por el simple motivo de que corrige una desigualdad precedente; la nueva igualdad es el resultado de la nivelación de dos desigualdades.<sup>20</sup>

Este punto de partida presupone la distinción entre igualdad formal y sustancial; igualdad de derecho y de hecho; *law in books/law in action*,<sup>21</sup> expresiones que hoy tienen un lugar destacado en el lenguaje de los juristas.

#### 4. *Algunas figuras jurídicas que presuponen la distinción entre igualdad formal y sustancial*

Muchas figuras jurídicas existentes en los más diversos ámbitos reconocen su fundamento en la idea de igualdad sustancial y, consecuentemente, tienden a equiparar situaciones reales desigualitarias. Véanse estos dos ejemplos:

a) *La noción de “patrimonio común de la humanidad”*, aunque las cosas sean *res communis*, son los Estados poderosos los que las usan y disponen de ellas;<sup>22</sup> por eso, como respuesta a la creciente inquietud mundial al peligro de agotamiento de los recursos fitogenéticos de nuestro planeta, la Conferencia de la FAO, en su resolución 8/83, emitió una declaración cuyos principios básicos son:

- Los recursos fitogenéticos son un *patrimonio de la humanidad*.
- Por esta razón, deben estar disponibles para su utilización en beneficio de la generación presente y las futuras.<sup>23</sup>

<sup>20</sup> Norberto Bobbio, *Igualdad y libertad*. Barcelona, Paidós, 1993, pp. 79 y 150. Cfr. Ricardo Luis Lorenzetti, “La función delimitadora de las normas de derecho privado”, en *La Ley*, 1995-D-1221.

<sup>21</sup> Compulsar, Letizia Gianformaggio, “Egualianza formale e sostanziale: il grande equivoco”, en *Il Foro Italiano*, año CXX, núm. 6, Giugno, 1996, p. 1963.

<sup>22</sup> José M. Pureza, “Égalité juridique, inégalité économique et patrimoine commun de l’humanité. Le problème institutionnel”, en *Mélanges offerts à Jorge Campinos*. París, Presses Universitaires de France, 1996, p. 381.

<sup>23</sup> Grupo de trabajo Guillermo Cabanellas. “El compromiso internacional sobre recursos fitogenéticos; análisis del concepto jurídico de patrimonio común de la humanidad y sus impli-

—Los espacios y los recursos comprendidos en tal patrimonio quedan, de hecho, sujetos a un régimen específico, cuyos elementos básicos son:

- \* La prohibición de apropiaciones nacionales.
- \* El destino para fines pacíficos.
- \* Su utilización en interés de la humanidad, con *especial atención a los países y sectores más desprotegidos*.
- \* Creación de un organismo internacional dotado de poderes adecuados para gestionar el patrimonio (internacionalismo institucional).

b) *Derecho de réplica*. Frente a las intromisiones a la intimidad y los ataques al honor, es necesario poner a las personas en el mismo punto de partida que a los poderosos medios masivos de comunicación; de allí el reconocimiento del *derecho de réplica* contra quien se ubica en una posición económica y técnica que hace posible la injerencia o ataque.<sup>24</sup>

## II. LAS ACCIONES POSITIVAS O MEDIDAS DE DESIGUALDAD JUSTIFICADA

### 1. *Concepto*

No hay acuerdo doctrinal sobre el contenido de la expresión “acciones positivas”.<sup>25</sup> Con el fin de facilitar el contenido de estas reflexiones, transcribo el concepto emanado del Comité para la igualdad entre hombres y

---

caciones en el ámbito del derecho internacional”, en *Ambiente y Recursos Naturales*, vol. II, núm. 4, octubre-diciembre, 1985, p. 80. La noción de patrimonio común de la humanidad es más filosófica que jurídica, pues no hace mención a una real titularidad. Aunque tiene antecedentes en los siglos XVII y XVIII, fue acuñada, en su sentido moderno, en un discurso pronunciado por Arvid Pardo, representante de Malta ante las Naciones Unidas, refiriéndose a los fondos marinos y a sus recursos. Se formuló en posición a quienes fundaban un derecho tradicional del mar, un derecho soberano de los Estados costeros a fin de explotar los recursos económicos marinos.

<sup>24</sup> O. Jouanjan, *Le principe d'égalité devant...*, op. cit., p. 153.

<sup>25</sup> Al parecer, la expresión *affirmative action* apareció por primera vez en el New Deal Wagner Act de 1935; se le define como la obligación positiva del Departamento Nacional de Relacio-

mujeres del Consejo de Europa: “Estrategia destinada a establecer la igualdad de oportunidades por medio de medidas que permitan contrarrestar o corregir aquellas discriminaciones que son el resultado de prácticas o sistemas sociales”.

También se les ha descrito como “medidas de impulso y promoción que tienen por objeto establecer la igualdad, sobre todo mediante las desigualdades de hecho”.<sup>26</sup> “Programa público o privado, diseñado para igualar las oportunidades de admisión para los grupos históricamente desaventajados, tomando en consideración aquellas mismas características que han sido usadas para negarles un tratamiento igualitario”;<sup>27</sup> “atribución de ventajas a determinadas categorías (individualizadas sobre la base de uno de los factores que, en principio, prohíben establecer diferencias) respecto de las cuales se ha demostrado una historia de discriminación que les ha limitado las posibilidades de acceso”, “instrumento de cambio en el seno de una estructura dada en la cual se delimita una nueva frontera de igualdad”,<sup>28</sup> etcétera.

## 2. Objetivos

El objetivo de la acción positiva es, genéricamente, el establecimiento de una igualdad de hecho entre un grupo dominante y un grupo discriminado.

---

nes Laborales (National Labor Relations Board) de remediar las prácticas desleales de los empleadores ordenando a los ofensores cesar y desistir de esa práctica. Pero fue en 1961, con la orden del Presidente Kennedy, que establece un Comité presidencial para igual oportunidad en el trabajo, que se habla de *affirmative action* en el sentido de política activa para contrarrestar la discriminación (compulsar Anne Peters, *Women, Quotas and Constitutions*. Londres, Kluwer Law, 1999, p. 31).

<sup>26</sup> Fernando Rey Martínez, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*. Madrid, MacGraw-Hill, 1995, p. 85 (aunque el autor trata, exclusivamente, la problemática de las acciones positivas en beneficio de la mujer).

<sup>27</sup> Rosenfeld, citado por N. Dassen y P. Nattero, “Ley de cupos: ¿discriminación o igualdad?”, en *Lecciones y Ensayos*, núm. 82, 1995, p. 180.

<sup>28</sup> Francesca Cuomo Ulloa, “Evoluzione o involuzione dell ‘affirmative action’ nell’esperienza americana: problemi processuali”, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, año LI, núm. 1, marzo, 1997, p. 164. Se ha señalado, con razón, que el tema eterno relativo al trabajo de la mujer ha sido conciliar la función de la mujer dentro y fuera del hogar, su rol de madre y otros roles sociales. La Constitución italiana parte de la base de que la mujer tiene un rol que desempeñar dentro de la familia; la Ley 125/1991, en cambio, establece que éste es un estereotipo y que deben tomarse medidas legales para desdibujar este estereotipo social porque es, de por sí, fuente de discriminación.

En principio, no tiene por finalidad la igualdad entre los individuos, aunque, obviamente, el mejoramiento del grupo trae el de los individuos que lo forman.<sup>29</sup>

Por lo demás, cada plan de acción positiva puede perseguir objetivos específicos. Así, por ejemplo:

—Los programas universitarios que favorecen la entrada de los negros no persiguen que los pacientes negros sean atendidos por médicos negros, clientes negros por abogados negros; sí sirven para dar la posibilidad a los negros de tener confianza en quien los atiende des-

---

<sup>29</sup> Louis Charpentier, “Lárrêt Kalanke. Expression du discours dualiste de l’égalité”, en *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, núm. 2, 1996, p. 294. Por eso, algunos autores distinguen entre acciones positivas (tienden a invertir la desigualdad material de los *colectivos* que comparan determinados rasgos) y otros tratos desigualitarios, conocidos como “medidas de igualación positiva”, basados en un rasgo *individual*, objetivo, generalmente económico, cuyo fin es la igualdad material entre los ciudadanos individualmente considerados (por ejemplo, otorgar becas para cursar estudios, exención fiscal para las rentas bajas, etcétera). Se afirma que las acciones que se promueven para mejorar la situación de los discapacitados sirven para comprender la diferencia entre las *acciones positivas* (que tienen en mira el colectivo) y *otras medidas de igualación positiva* (basadas en un rasgo individual, objetivo e indubitado, generalmente económico de un determinado sujeto), por ejemplo, si un discapacitado psíquico no tiene las habilidades completas para alcanzar el 100 % de productividad en un empleo y accede en virtud de una cuota, estamos ante una medida de igualación positiva, pues lo que se compensa es una desventaja indubitada, objetiva e individual del discapacitado para alcanzar ese bien social que es el trabajo. Se le favorece por un rasgo individual y objetivo, que es su discapacidad. Pero no todos los tratos preferentes que favorecen a los discapacitados responden a este esquema. Los discapacitados pertenecen a un grupo minusválido; por la pertenencia a este grupo, les son negados trabajos que perfectamente podrían desempeñar al 100 % de productividad al no interferir su minusvalía en el desarrollo del mismo (le es más difícil a un parapléjico, por el hecho de pertenecer al grupo de discapacitados, conseguir un trabajo de despacho, como el de director de sucursal bancaria, que sin embargo podría realizar al 100 % de productividad). Frente a esta discriminación social por su pertenencia al grupo de discapacitados, la Constitución española establece una cláusula específica de no discriminación (David Giménez Gluck, “Caracteres constitucionales de la acción positiva”, en *La justicia constitucional en el Estado democrático*, obra colectiva coordinada por Templado Espín. Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 336 y 337). Por esta razón, frente a las típicas acciones positivas, un discapacitado, o una mujer, etcétera, no necesita probar su condición de víctima actual de una conducta o un acto discriminatorio concreto e identificable. La idea es que todas las mujeres, todos los discapacitados, etcétera, sufren los efectos de la discriminación social por su mera pertenencia al colectivo. El recurso a la prueba estadística constituye el medio fundamental para demostrar dicha situación de discriminación (Cfr. Elisa Sierra Hernaiz, *Acción positiva y empleo de la mujer*. Madrid, Consejo Económico y Social, 1999, p. 194).



de que en una sociedad que discrimina no es arbitrario que un negro piense que un médico blanco no lo tratará igual que a un paciente blanco. Pero, fundamentalmente, tienen por fin mejorar el nivel profesional, social y económico de la gente de color y formar, desde la universidad, un ámbito propicio para la ayuda y solidaridad entre los hombres, cualquiera que sea su raza. Lo cierto es que en estos últimos años las estadísticas prueban que los pacientes negros son atendidos, mayormente, por médicos negros y los pacientes hispanos buscan generalmente a los médicos hispanos.<sup>30</sup>

—La ley italiana 125/1991, del 20 de marzo de 1991,<sup>31</sup> declara los siguientes objetivos:

- \* Eliminar disparidades de hecho en materia de formación profesional, acceso al trabajo, promoción profesional y condiciones de trabajo que repercuten negativamente en la mano de obra femenina.
- \* Incrementar la diversificación de la elección profesional de las mujeres, en particular a través de la orientación educativa y profesional y de los instrumentos de formación.
- \* Favorecer el acceso al trabajo autónomo y a la formación empresarial; romper la segregación del mercado de trabajo.
- \* Ayudar, mediante una diversa organización y tiempo del trabajo el equilibrio entre las responsabilidades familiares y profesionales y una mejor repartición de tales responsabilidades entre los dos sexos.<sup>32</sup>

<sup>30</sup> S. Welch y John Gruhl, *Affirmative action and minority enrollments...*, *op. cit.*, p. 24.

<sup>31</sup> La ley italiana 125/1991 no regula de modo específico ninguna acción afirmativa; al parecer, el legislador italiano optó por otorgar al sindicato competencia en la elaboración de planes de acción positiva, a pesar del rol (no precisamente impulsor de las medidas igualitarias) tradicionalmente jugado por las organizaciones sindicales (M. A. Ballester Pastor, *Diferencia y discriminación normativa...*, *op. cit.*, p. 102; F. C. Ulloa, “Evoluzione o involuzione dell’affirmative action...”, en *op. cit.*, pp. 159 y ss.)

<sup>32</sup> Este objetivo aparece íntimamente unido a la teoría de Walzer sobre las *esferas de la justicia*. En efecto, la ley advierte que las discriminaciones de las que las mujeres son víctimas en la esfera profesional son el fruto de una contaminación de injusticia en su situación en la esfera privada (desigual repartición de los trabajos domésticos entre cónyuges). Las mujeres son mayoritariamente tratadas en la esfera de la producción como trabajadoras sin un proyecto porque ya están investidas en la esfera privada de un rol social fundamental, el de ser madres y guardianas del hogar. Consecuentemente, el objetivo perseguido por las acciones positivas no es sólo restablecer las fronteras entre la esfera privada y la profesional, sino igualmente redibujar los

- \* Promover la inserción de la mujer en las actividades, sectores profesionales y niveles en los que estén subrepresentados y, en particular en los sectores tecnológicamente avanzados y en los niveles de responsabilidad.

### 3. Terminología

Para describir este instrumento se utilizan diversas expresiones; para algunos autores todas son análogas; en este sentido se lee: “La constitucionalización de estas facultades, conocidas también como *acciones afirmativas* o supuestos de *discriminación inversa*”,<sup>33</sup> “las medidas de acción positiva, antes mal denominadas medidas de discriminación inversa o discriminación positiva...”<sup>34</sup>

En Europa se usa preferentemente la voz “acción positiva”, aunque muchas veces sólo se hace referencia a aquellos casos en que, a la manera tradicional, la ley o el reglamento trata de modo distinto a los diferentes.<sup>35</sup>

En Estados Unidos un sector doctrinal diferencia:

- Acciones afirmativas (*affirmative action*) o acciones positivas (*positive action*)<sup>36</sup> y
- Discriminación favorable; discriminación adversa, discriminación inversa o benigna (*reverse or benign discrimination*) o cuotas benignas.<sup>37</sup>

---

roles (para la teoría de Walzer, véase *Pluralismo, justicia e igualdad*, obra colectiva dirigida por David Miller y Michael Walzer. México, Fondo de Cultura Económica, 1997).

<sup>33</sup> Mario Midón, *Manual de derecho constitucional argentino*. Buenos Aires, Plus Ultra, 1997, p. 366.

<sup>34</sup> Juan C. Vega y Marisa A. Graham, *Jerarquía constitucional de los tratados internacionales*. Buenos Aires, Astrea, 1996, p. 76.

<sup>35</sup> Compulsar Cecilia Assanti, “Azioni positive: confini giuridici e problemi attuali dell’eguaglianza di opportunità”, en *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, año XV, núm. 4, 1996, p. 378.

<sup>36</sup> El Presidente Kennedy dudó entre la expresión *affirmative action* y *positive action*. Dijo haber preferido la primera por tener alteraciones, palabra que según el diccionario español significa uso de palabras que repiten ciertos sonidos (S. Welch y John Gruhl, *Affirmative action and minority enrollments...*, *op. cit.*, p. 13).

<sup>37</sup> La expresión “discriminación negativa” tiene una cierta connotación crítica o peyorativa, que prejuzga negativamente su justificación; sin embargo, no hay alternativa que describa

Otro, en cambio, parece distinguir:

- Benign discrimination* (lícita) y
- Reverse discrimination* (impacto *ilícito* provocado por la adopción de criterios diferenciales para los trabajadores discriminados sobre los trabajadores no culpables).

Algunos dan a estas expresiones los siguientes contenidos:

- Acciones afirmativas*: acciones destinadas a combatir las discriminaciones *directas*; sancionan y corrigen las discriminaciones directas pasadas y suponen, eventualmente, estrategias voluntarias adoptadas libremente por los empleadores para remediar las discriminaciones directas actuales.
- Acciones positivas*: acciones orientadas a combatir las discriminaciones *indirectas* que no resultan necesariamente de actitudes discriminatorias adoptadas intencionadamente o no por un empleador en particular, sino que provienen principalmente de discriminaciones sociales.<sup>38</sup>

Respecto de los sistemas de cuotas se discierne entre:

- Cuotas por decisión*: en caso de contratación o promoción a *igualdad de cualificación*, las mujeres tienen preferencia frente a candidatos varones.
- Cuotas por resultados u objetivos*: fijan objetivos de igualación a lograr en un determinado periodo de tiempo y si la cuota no se consigue en el plazo previsto, obliga a justificarlo demostrando la existencia de motivos objetivos para la selección no relacionados con el sexo.<sup>39</sup>

---

mejor la naturaleza de la medida (Néstor P. Sagüés, *Elementos de derecho constitucional*, 2a. ed., t. 2. Buenos Aires, Astrea, 1997, p. 1009).

<sup>38</sup> Comisión de la Mujer, *Mujer y empleo*. Valencia, Femp, 1989, p. 29.

<sup>39</sup> Compulsar Rodríguez-Piñero y Miguel Bravo Ferrer, “Discriminación, igualdad de trato y acción positiva”, en la obra colectiva *La igualdad de trato en el derecho comunitario laboral*, bajo la dirección de J. Cruz Villalón. Madrid, Aranzadi, p. 99.

#### 4. *Distinción entre acciones positivas y políticas de diferenciación legal para la igualdad*

Analícense los siguientes ejemplos:

- Un intendente resuelve hacer rampas para minusválidos en lugares públicos.
- El mismo funcionario reserva un porcentaje de los cargos municipales para los minusválidos.

En el primer caso simplemente ha tomado una resolución política de diferenciación para la igualdad; en el segundo, en cambio, ha decidido un supuesto de acción positiva o discriminación inversa (según la terminología de otros autores).

Las políticas de diferenciación para la igualdad son una práctica muy común en las sociedades contemporáneas. Así, por ejemplo, se proveen becas sólo para estudiantes económicamente necesitados;<sup>40</sup> se fomenta la radicación de industrias en regiones o zonas muy deprimidas; se construyen instalaciones especiales para minusválidos en transportes y edificios públicos; en el ámbito impositivo se atribuyen cargas fiscales desiguales según los tramos de ingresos; se otorgan exenciones en bienes de primera necesidad, etcétera.<sup>41</sup> La posible exclusión o rechazo de estas medidas se presenta sólo como una cuestión de oportunidad o conveniencia política, debido a la escasez de recursos y a la prioridad de tal o cual política, pero no como un problema constitucional.

La acción positiva, en cambio, impone medidas diferenciadoras directamente encaminadas a privilegiar a determinados grupos minoritarios (o tratados como si fuesen minorías), como pueden ser las concesiones de vivienda a bajo precio a colectivos de gitanos, subsidios a las empresas que contratan a trabajadores minusválidos, etcétera.<sup>42</sup> Se parte de la idea de

---

<sup>40</sup> La educación, bien se ha dicho, es uno de los aspectos donde la igualdad de oportunidades debe tener aplicación relevante (Eduardo Barbarosch, “La igualdad real de oportunidad en la reforma de la Constitución nacional”, en *Estudios sobre la reforma constitucional de 1994*, obra colectiva coordinada por G. Bidart Campos y H. Sandler. Buenos Aires, Depalma, 1995, p. 93).

<sup>41</sup> *Idem.*

<sup>42</sup> Alfonso Ruiz Miguel, “Discriminación inversa e igualdad”, transcrito en *Derechos Humanos. Textos y casos prácticos*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 169.

que el derecho tiene una función de promoción, no tanto de la protección de los intereses que entiende valorizar como del mismo comportamiento de los interesados. “La norma jurídica es valuada, entonces, como un componente interno del sistema económico, en la medida que interfiere en el ambiente con el fin de garantizar una determinada regulación social”.<sup>43</sup> Sus detractores no sólo impugnan las medidas por ser social o económicamente inconvenientes o inoportunas, sino por ser radicalmente injustas e inconstitucionales.

### 5. *Elementos*

La acción positiva se caracteriza por los siguientes *elementos*:

a) La medida diferenciadora se refiere a un tipo de desigualdad por rasgos que, como el sexo, la raza o similares, tienen una doble cualidad:

- Son transparentes e inmodificables para los individuos que los portan.
- Son considerados por la sociedad —tendencial o generalmente, aunque no necesariamente— de forma negativa, sea sólo minusvaloradora, sea también despectiva y hasta estigmatizadora.

b) Se produce en una situación de especial escasez, como sucede con los puestos de trabajo, plazas universitarias, viviendas, etcétera, lo que provoca que el beneficio de ciertas personas tiene como contrapartida un claro y visible perjuicio a otras.

No hay coincidencia doctrinal sobre si hay un verdadero derecho subjetivo del ciudadano frente al Estado para que tome este tipo de medidas. Para algunos, la respuesta es decididamente negativa: las acciones positivas son sólo una técnica posible o permitida en manos del legislador bajo las condiciones estrictas de derecho constitucional, pero no pueden serle impuestas al Estado si éste no quiere asumirlas.<sup>44</sup> Para otros, en cambio, en el derecho argentino, las medidas previstas en el artículo 75, inciso 23, implican la obligación de legislar y promover políticas tendentes a efectivizar la

---

<sup>43</sup> Oronzo Mazzotta, *Diritto del lavoro e diritto civile, I temi di un dialogo*. Turín, Giappichelli, p. 228.

<sup>44</sup> Fernando Rey Martínez, *El derecho fundamental a no ser discriminado...*, *op. cit.*, p. 86.

igualdad de trato y oportunidad respecto de las personas más frágiles, como los niños, los ancianos, los discapacitados, etcétera.<sup>45</sup>

### 6. Visiones frente al problema

El tema puede ser abordado desde tres visiones diferentes: una visión simétrica y formal; una asimétrica o sustancial, y una transaccional, que pone el acento en la igualdad de oportunidades.<sup>46</sup>

#### a) *Visión simétrica o formal*

Esta posición implica:

- Caracterizar la justicia como un concepto *a priori*, formulado independientemente de su contexto histórico o político.
- Dar primacía a lo individual sobre lo social y hacer prevalecer a *outrance* la responsabilidad individual; una persona sólo puede ser responsable de sus propias acciones.
- Aceptar que el Estado debe ser neutral; por eso, por ejemplo, no puede dictar leyes que prohíban a los negros ingresar a las universidades públicas pero tampoco debe favorecer el acceso.

#### b) *Visión intermedia o de la igualdad de oportunidades*

Reconoce las sombras y dificultades de la noción formal de igualdad, pero su punto de partida sigue siendo el individualismo propio de la visión simétrica.

---

<sup>45</sup> Nelly Minyersky, “La adopción internacional. Convención sobre Derechos del Niño. Constitución de 1994”, en *Revista Derecho de Familia*, núm. 11. Buenos Aires, A. Perrot, 1997, p. 23.

<sup>46</sup> Este plano de las tres visiones corresponde a la profesora Sandra Fredman, de la Universidad de Oxford. Su trabajo inédito “Reversing discrimination: Kalanke assessed”, me fue entregado en Luxemburgo, como un borrador, por un prestigioso juez de la Corte Europea; se expresa allí que no puede ser citado sin autorización de la autora; sin embargo, dado que hasta el momento no he podido comunicarme con ella, creo más honesto mencionarla (aunque con la anterior aclaración) que omitir el origen o fuente inspiradora de las ideas que explico en el texto, actitud que sería académicamente imperdonable.

Sostiene que el Estado sólo debe poner a todos en el mismo punto de partida pero no preferir en el punto de llegada por el solo hecho de pertenecer a un determinado grupo o colectivo. Por ejemplo, si es de práctica exigir altas notas obtenidas en el colegio para acceder a cargos que no requieren calidades especiales, recaudo que produce la exclusión de los postulantes pertenecientes a las clases menos favorecidas económicamente, se dispone eliminar el requisito para que todos estén en el mismo punto de partida.

c) *Visión asimétrica o sustancial*

Esta posición parte de las siguientes nociones:

La noción de justicia no es formal, hay que sustituirla por la de la realidad y verificar que, en los hechos, hay grupos que sufren desigualdades y perjuicios. En tal sentido, cabe recordar la frase del Presidente Johnson pronunciada en 1971 en la Universidad de Howard: “It is time to go beyond; equality as a right and theory to equality as a fact and equality as a result”. En tal sentido, el Departamento de Trabajo y el Presidente consideraban la igualdad en el resultado como la extensión lógica de la igualdad de oportunidades.<sup>47</sup>

- El hombre se inserta dentro de grupos; su posición social no es irrelevante; carga con los beneficios pero también con los riesgos de su pertenencia.
- Cuando la Constitución se ve como un cuerpo que protege a la persona sólo frente a los avances del Estado, lo único que cabe reclamarle es neutralidad; por el contrario, cuando se analizan las relaciones de los hombres en sociedad, la neutralidad, la no intervención, significa, fácticamente, dejar hacer a los más poderosos; la neutralidad, entonces, implica participar en los resultados por omisión.<sup>48</sup> La pregunta es: ¿Se satisface el derecho a la vida o a la integridad corporal cuando el Estado se abstiene de lesionar activamente tales bienes y prohíbe a los particulares que hagan lo propio, o esos derechos sólo resultan

<sup>47</sup> S. Welch y John Gruhl, *Affirmative action and minority enrollments...*, *op. cit.*, p. 13.

<sup>48</sup> Se ha dicho que es necesario combatir la identificación entre el rigor científico y la neutralidad (véase J. M. Pureza, “Égalité juridique, inégalité économique...”, en *op. cit.*, p. 381).

respetados cuando el Estado provee de las condiciones que son necesarias para preservar esos bienes y obliga a los particulares a contribuir para tal provisión?<sup>49</sup> Dice bien Maidowski: “Cuando el Estado se mantiene neutral frente a la desigualdad o el desequilibrio social, en realidad deja de ser neutral, pues lo que hace es tomar partido por el *statu quo*”.<sup>50</sup>

- Se acepta, en general, que las desigualdades inmerecidas requieren una compensación; por eso, el Estado debe dar mayor atención a quienes tienen menos dotes naturales y a quienes han nacido en las posiciones sociales menos favorables. Se reconoce, sin embargo, que la compensación no es el único criterio de justicia; dice Rawls:

[...] la distribución natural no es ni justa ni injusta, como tampoco es injusto que las personas nazcan en una determinada posición social. Estos son hechos meramente naturales. Lo que puede ser justo o injusto es el modo en que las instituciones actúan respecto a estos hechos. Las sociedades aristocráticas y de castas son injustas porque hacen de estas contingencias el fundamento adscriptivo para pertenecer a clases sociales más o menos cerradas y privilegiadas. En la justicia como imparcialidad los hombres convienen en aprovecharse de los accidentes de la naturaleza y de las circunstancias sociales sólo cuando el hacerlo sea para beneficio común.

De lo que se está seguro, entonces, es de que “el Estado no debería hacer en favor de aquellos que inicialmente están más aventajados”.<sup>51</sup>

---

<sup>49</sup> Carlos Santiago Nino, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*. Barcelona, Ariel, 1989, p. 314.

<sup>50</sup> Citado por F. Rey Martínez, *El derecho fundamental a no ser discriminado...*, *op. cit.*, p. 96. El criterio explicado en el texto sirve al gobierno noruego para justificar la adopción de medidas de acción positiva: “no es posible conseguir la igualdad entre el estatuto social del hombre y de la mujer prohibiendo solamente los tratos discriminatorios. Si se quiere corregir la diferencia que hoy existe, es necesario, a corto o largo plazo, proporcionar ventajas en determinados campos a uno solo de los sexos” (citado por el informe de la convencional Bello; compulsar *Obra de la Convención Nacional Constituyente*, t. III. Ministerio de Justicia de la Nación, pp. 2759 y ss.)

<sup>51</sup> John Rawls, *Teoría de la justicia*, 2a. reimp. México, Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 125.



### 7. Argumentos en contra de las acciones positivas<sup>52</sup>

Los detractores de las acciones positivas parten de una aproximación *simétrica* al problema. Sus principales argumentos son:

a) *Las categorías sospechosas (como la raza, el sexo, etcétera) no son pautas válidas de distinción (ni para perjudicar ni para beneficiar)*

La regla es que ni el sexo ni la raza pueden ser criterios ni para beneficiar ni para perjudicar a nadie. Paradójicamente, el gran apoyo se encuentra en la frase del juez John Harlan, disidente en *Plessy c/Ferguson*, cuando en 1896 dijo: “Our Constitution is color-blind, and neither knows nor tolerates classes among citizens”.<sup>53</sup> El argumento de que las distinciones raciales permisibles a largo plazo redundan en beneficio de aquellos a quienes se pretende ayudar es extremadamente peligrosa; adviértase que este razonamiento permitió, en su momento, fundar la deplorable decisión de movilizar a los ciudadanos de descendencia japonesa fuera de sus hogares debido al temor de que fuesen desleales durante la guerra con Japón.<sup>54</sup> En suma, para las minorías sin poder político lo más seguro es prohibir totalmente las clasificaciones raciales.

b) *La discriminación no se soluciona mirando al pasado*

La discriminación inversa es presentada por algunos autores como una medida compensatoria o correctiva que pretende resarcir un daño o perjuicio acaecido, injustificadamente, en el pasado;<sup>55</sup> sería una especie de “reparación histórica a centurias de intencionada y perniciosa discriminación contra ciertos grupos”. Se advierte fácilmente que esta justificación mira el pasado y no el futuro. La irrealidad de la solución fundada en la idea de justicia compensatoria histórica aparece en el reclamo hecho en mayo de 1969 por James

---

<sup>52</sup> He extraído los argumentos expuestos en el texto de diversos autores, muchos de los cuales los desarrollan aunque no siempre los comparten. Véanse, entre otros, Alfonso Ruiz Miguel, “Discriminación inversa e igualdad”, transcrito en *op. cit.*, pp. 169 y ss; N. P. Sagiés, *Elementos de derecho...*, *op. cit.*, p. 1009. Cfr. M. Midón, *Manual de derecho...*, *op. cit.*, p. 366.

<sup>53</sup> Marca la paradoja A. Harris, “Equality Trouble: Sameness...”, en *op. cit.*, p. 1926.

<sup>54</sup> *Korematsu c/United States*, 1944, citado por D. Currie, *Introducción a la Constitución...*, *op. cit.*, p. 94.

<sup>55</sup> Paolo Comanducci, citado por N. Dassen y P. Nattero, “Ley de cupos...”, en *op. cit.*, p. 180.

Foreman, quien interrumpió un servicio en la iglesia de Riverside, Nueva York, para leer el llamado “Manifiesto Negro”, en el que exigía 500,000,000 de dólares a las iglesias blancas y a las sinagogas por la participación que les cupo en la explotación del pueblo negro norteamericano. Foreman argüía que desde 1619 los negros de Estados Unidos habían sido explotados y que el *establishment* religioso blanco debía reparaciones a la actual comunidad negra como heredera de las víctimas. La compensación económica era sólo una fracción de la astronómica suma de la riqueza arrancada por los blancos mediante la explotación, compartida por los estamentos religiosos, y el dinero sería utilizado para sostener el desarrollo de aquellas instituciones, servicios y educación de cuya herencia se había privado a los negros de hoy y que eran necesarios para permitirles competir socioeconómicamente como iguales a los blancos.

Por su excesiva retórica, el manifiesto no atrajo mucha atención a los filósofos y politólogos. En 1972, en cambio, Hugo Beau refundió el manifiesto y desde entonces mucho se ha escrito sobre la llamada justicia compensatoria cuya relectura actual ha pasado a las llamadas acciones positivas; las pretensiones quijotescas de lograr una compensación monetaria han cedido el paso a la práctica de políticas de preferencia.<sup>56</sup>

### c) *Consecuencias injustas de la responsabilidad colectiva objetiva*

A través de la acción positiva, la persona que hoy resulta excluida está pagando las culpas históricas de su grupo sin que a él pueda imputársele individualmente ninguna conducta discriminatoria; así, los varones jóvenes blancos pagan las culpas de sus padres.

En ciertos sectores, como el del derecho del trabajo, estas medidas pueden provocar consecuencias muy negativas, sobre todo en momentos de grave crisis ocupacional; es que el trato favorable reservado a un grupo (por ejemplo, los negros) implica necesariamente una reducción de las posibilidades ocupacionales y profesionales de los trabajadores del otro grupo (por ejemplo, los blancos).<sup>57</sup>

---

<sup>56</sup> Hervert Deane, “La justicia: compensatoria y distributiva”, en *Los humanistas y la política. Alicientes en tiempos difíciles*, obra colectiva compilada por Mooney y Stuber. México, Fondo de Cultura Económica, 1984, p. 29.

<sup>57</sup> Ver críticas de este tipo en autores citados por F. C. Ulloa, “Evoluzione o involuzione dell’affirmative action’ nell’esperienza americana: problemi processuali”, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno LI, núm. 1, marzo, 1997, p. 164.

De este modo, se sanciona a quienes no son culpables de la discriminación y deja sin sanción a quien la ha producido. Así, por ejemplo, en la discriminación laboral han tenido culpa los empresarios; sin embargo, una acción positiva que tiende a poner en el puesto de trabajo a quien antes fue discriminado, perjudica al que forma parte del otro grupo y no a la patronal que no sufre ningún tipo de sanciones.<sup>58</sup>

d) *El alejamiento de la buena regla de la meritocracia*

Mediante el instrumento en discusión la sociedad no compensa a cada uno por sus méritos sino por la mera pertenencia a un grupo. Dice Scarpelli:

Personalmente, lo confieso, soy bastante egoísta para querer ser operado, cuando deba hacerlo, por el mejor cirujano, sea hombre o mujer; no me parece ninguna consolación entrar en el quirófano sabiendo que una mujer menos capaz o un hombre menos capaz han sido puestos en aquel lugar por un noble principio de justicia.<sup>59</sup>

e) *El fin no justifica los medios*

Aunque el fin buscado fuese bueno, no justifica un medio que convalida un perjuicio. El problema es saber si es posible que el legislador perpetue una singular paradoja: la de adoptar como *medio* un derecho *desigual* persiguiendo como *fin* alcanzar la *igualdad* social y efectiva.

A decir verdad, la legitimación constitucional de esta conducta, en la literatura jurídica, está más afirmada que demostrada moviéndose, principalmente, en el plano de una lectura amplia del concepto de desigualdad sustancial y atendiendo, fundamentalmente, a la participación de la mujer en la vida social; los argumentos son más retóricos que lógicos.<sup>60</sup>

---

<sup>58</sup> Compulsar F. C. Ulloa, "Evoluzione o involuzione dell 'affirmative action' ...", en *op. cit.*, p. 175.

<sup>59</sup> Citado por F. Rey Martínez, *El derecho fundamental a no ser discriminado...*, *op. cit.*, p. 99.

<sup>60</sup> O. Mazzotta, *Diritto del lavoro e diritto civile...*, *op. cit.*, p. 227.

### f) *Inadecuación del medio al fin*

Aunque el fin justificase los medios, en este caso, el medio es inadecuado porque:

- Es imprudente: si la medida no es apoyada por una parte de la mayoría de la sociedad, es probable que genere mayor hostilidad social aún hacia el grupo favorecido.
- Produce efectos opuestos a los pretendidos, porque las cuotas estigmatizan o marcan socialmente a las propias personas o grupos favorecidos como inferiores, incapaces de conseguir por sí solos y sin una ayuda especial determinados puestos.
- Genera dificultades en su aplicación: “¿Hasta dónde se extenderá el principio de compensación por la discriminación del pasado? ¿No podrían reclamar los miembros de muchos grupos étnicos raciales y religiosos el derecho a reparaciones o compensaciones con base a que sufren niveles de ingreso y bienestar señaladamente más bajos que los que tendrían si no se les hubiera discriminado sistemáticamente en el pasado?” O sea, lleva a una pendiente resbaladiza que puede producir una verdadera catarata de peticiones: si se le da el 20 % a las mujeres, ¿por qué no a los negros, a los comerciantes, a los jóvenes, etcétera?
- Opera sobre los efectos y no sobre las causas y, de este modo, no transforma la sociedad.

## 8. *Argumentos en favor de las acciones positivas*

### a) *Aclaraciones iniciales*

Previo a su desarrollo, es necesario advertir que los partidarios de este tipo de medidas coinciden en que las medidas de acción positiva:

- No son una panacea universal de eficacia infalible; dependen de las particularidades, idiosincrasia y antecedentes de cada Estado; así, por ejemplo, la discriminación racial en Estados Unidos no tiene las mismas características en Argentina.
- Se trata de políticas limitadas, que deben diseñarse y calibrarse con precaución y aplicarse con mesura sólo en sectores estratégicos o especialmente importantes.

- Son sólo una posibilidad abierta entre otras políticas que sirven a los ideales de igualdad e integración social.
- Dado que son un mecanismo peligroso por el coste individual que imponen, sus presupuestos deben ser respetados escrupulosamente, aunque ello suponga una importante complejidad técnica.

b) *Las acciones positivas miran el futuro*

Estas medidas no sólo pretenden reparar el pasado, también contemplan el presente y el futuro; en tal sentido aspiran a: eliminar la tensión social, incrementar la diversidad de la fuerza de trabajo, encontrar un futuro racial y sexualmente integrado, conseguir una situación más justa etcétera. Por eso se ha dicho que “las acciones positivas son más defendibles como arquitectura de un futuro mejor que como compensación por los pecados de discriminaciones históricas”.<sup>61</sup>

c) *No puede pretenderse que una discriminación fundada en la pertenencia a un grupo (criterio colectivo) sea atacada con medidas exclusivamente individuales*

Las discriminaciones sociales que configuran el presupuesto para que se asuman acciones positivas tienen por base la pertenencia a un grupo y no los caracteres individuales de cada uno de los miembros de ese colectivo. Los discriminados integran una minoría, entendiéndose por tal no necesariamente una minoría numérica, sino “el conjunto de individuos que, por razones históricas, económicas, políticas o de otro género y en dependencia de rasgos raciales, sexuales, étnicos o lingüísticos se encuentran en una condición de desventaja frente a otros conjuntos de individuos de la misma sociedad”.<sup>62</sup>

El favor del derecho por ciertos grupos marginalizados no nace, entonces, de una culpa personal del que sufre la acción positiva sino de las estructuras fuertemente instaladas en la sociedad; por esto, todos los miembros de la clase privilegiada comparten la obligación y deben respetar el costo necesario del remedio.

---

<sup>61</sup> F. Rey Martínez, *El derecho fundamental a no ser discriminado...*, *op. cit.*, p. 105. Cfr. A. Ruiz Miguel, “Discriminación inversa e igualdad”, transcrito en *op. cit.*, p. 166.

<sup>62</sup> P. Comanducci, citado por N. Dassen y P. Nattero, “Ley de cupos...”, en *op. cit.*, p. 180.

El ciudadano excluido que deja lugar al beneficiado con la acción positiva no tiene, efectivamente, ninguna culpa; no es su culpa que la rectificación de las injusticias sea una necesidad de la sociedad; sin embargo, él tampoco tiene el derecho de impedir que se pongan en marcha medidas más eficaces para tener en el futuro una situación más justa.<sup>63</sup> De este modo, la desigualdad se revela como un buen instrumento para realizar la igualdad.<sup>64</sup>

No se desconoce la dificultad en plantear la línea divisoria entre las distinciones fundadas en prejuicios y otras, pero, como dice Dworkin, el hecho de que una línea sea difícil a trazar no quiere decir que no haya que trazarla o destruirla cuando ya está trazada.<sup>65</sup>

#### d) *La bondad de los fines*

Las acciones positivas persiguen fines justos, entre otros:

—*Provocar la reflexión social:*

Se ha visto que la sociedad no siempre reconoce las discriminaciones injustas existentes en su seno; los programas de acción positiva tienden a que la sociedad las señale. Actualmente, la sociedad norteamericana es, de facto, consciente de las diferencias raciales, pero pudo no serlo antes, cuando la discriminación racial se veía, por las pautas culturales reinantes, como una cosa normal.

—*Favorecer la democratización y la tolerancia por lo diferente:*

Las acciones positivas son una herramienta para la construcción de una sociedad más justa e integrada.<sup>66</sup> El operador del derecho no puede mantener los ojos cerrados a la realidad (*wholly colour blind*); muy por el contrario, debe trabajar por la diversidad. Así, las acciones positivas en la universidad no sólo sirven para trasladar a la universidad la pluralidad existente en la sociedad, sino para beneficiar la real inserción social pluricultural; en el área de los partidos políticos, las mujeres, tradicionalmente excluidas pueden traer nuevos puntos de vista, etcétera.

<sup>63</sup> R. Dworkin, “La discrimination positive”, en *Une question de principe*. París, PUF, 1996, p. 368.

<sup>64</sup> Philippe Ardant, *L'égalité des personnes en droit public ou à la poursuite de l'insaisissable égalité réelle. La personne humaine sujet de droit*. París, PUF, 1994, p. 143.

<sup>65</sup> R. Dworkin, “La discrimination positive”, en *op. cit.*, p. 378.

<sup>66</sup> N. P. Sagüés, *Elementos de derecho...*, *op. cit.*, p. 1009. Cfr. M. Midón, *Manual de derecho...*, *op. cit.*, p. 366.

Consecuentemente, la acción positiva es ilegítima si sólo preserva las pautas culturales discriminatorias. Por eso, en el caso *Mississippi University for Women c/Hogan*, la Corte Federal de Estados Unidos acogió la pretensión de un hombre que se quejaba por no poder ingresar a la facultad de enfermeras, que reservaba todas sus plazas para las mujeres. La jueza O’Connors dijo, con razón, que políticas como la de esa universidad sólo sirven para perpetuar los estereotipos, dado que, por años, las enfermeras han sido mujeres en su casi totalidad y una política de encerramiento de este tipo no sólo fomenta y destruye la virtud y la diversidad, sino que produce una reducción de los salarios.<sup>67</sup>

—*Producir mejoras sociales:*

En la terminología de Dworkin, las mejoras sociales pueden ser de dos tipos:

- \* *Utilitaristas.* El nivel promedio colectivo de bienestar de la comunidad mejora, aunque pueda decaer el bienestar de algunos individuos.
- \* *Ideales.* Permiten aproximarse a una sociedad ideal, se mejore o no el bienestar promedio.

El autor citado afirma que, normalmente, mientras una medida que favorece a los varones y perjudica a las mujeres sólo podría justificarse desde la visión de las mejoras utilitaristas (por ejemplo, porque los hombres tienen más experiencia en este tipo de trabajos y producen más) las medidas que fomentan programas en favor de las mujeres pueden ser mejoras utilitaristas (por ejemplo, porque ponen más empeño) y también idealistas (una sociedad igualitaria es una sociedad mejor, aunque sus ciudadanos prefieran la desigualdad).<sup>68</sup>

e) *La incidencia de los factores sociales y económicos sobre los méritos personales*

El valor del principio individualista de los méritos no debe ser ignorado; sin embargo, el mérito no es el único criterio de selección que genera el

<sup>67</sup> Citado por Susana Vittadini Andrés, “Los límites del principio de igualdad ante la ley”, en *El Derecho*, pp. 173-798.

<sup>68</sup> Dworkin, citado por F. Rey Martínez, *El derecho fundamental a no ser discriminado...*, op. cit., p. 106.

progreso; pueden haber otros valores igualmente aceptables. No es necesario remontarse “a la idea general de que el Estado social significa una vía intermedia entre 1789 (*a cada uno según sus méritos*) y 1917 (*a cada uno según sus necesidades*)” para darse cuenta de que el principio del mérito no es absoluto, y en ocasiones puede ceder ante otro bien o valor constitucional, como es la igualdad de oportunidades. Por lo demás, las acciones positivas y las discriminaciones inversas benefician a sujetos similarmente situados, también en términos de mérito y capacidad; así, por ejemplo, las cuotas pueden ser reservadas no a cualquier integrante del grupo sino sólo a los que alcanzaron determinado nivel.<sup>69</sup>

En suma, las desigualdades inmerecidas requieren una compensación, y dado que las desigualdades de nacimiento y de dotes naturales son inmerecidas (en tanto y en cuanto la persona nada ha hecho para obtenerlas), hay que compensarlas prestando mayor atención a quienes tienen menos dotes naturales y a quienes han nacido en posiciones sociales menos favorecidas.<sup>70</sup>

#### f) *Carencia de datos empíricos*

Las tres críticas, de naturaleza descriptiva y sociológica (las acciones positivas producen mayor hostilidad, disminuyen la autoestima, provocan una catarata de reclamantes, etcétera), no tienen base empírica; son expresiones no constatadas en los hechos. Por el contrario, la realidad argentina prueba que la ley de cupos ha favorecido el acceso de las mujeres a los cargos electivos en la política; de hecho, en las elecciones más recientes, en muchos distritos electorales las mujeres accedieron a los cargos sin necesidad de aplicar la ley de cupos.

### 9. *Requisitos para la validez de las acciones positivas*

En opinión de algunos autores, para que la técnica de las acciones positivas sea constitucional y pase el test de razonabilidad deben cumplirse los siguientes requisitos:

---

<sup>69</sup> F. Rey Martínez, *El derecho fundamental a no ser discriminado...*, op. cit., p. 99.

<sup>70</sup> Germán Bidart Campos, *La re-creación del liberalismo*. Buenos Aires, Ediar, 1982, p. 70.



a) *Existencia de un obstáculo de hecho que se opone a la realización de la igualdad de oportunidad*

La discriminación debe procurar compensar y equilibrar la marginación, el relegamiento desigualitario que recae sobre aquellas personas beneficiadas con la acción positiva<sup>71</sup> o favorecer la modificación de los estereotipos sociales injustos o inconvenientes. Por ejemplo, el Estatuto del Docente de la provincia de Mendoza dispone que de cada tres docentes seleccionados por puntaje y orden de mérito, deberá acceder a un cargo, como titular, un hombre, sin importar su puntaje. El legislador, al sancionar esta norma, tuvo en mira la importancia de la figura masculina al frente del grado y la realidad que demuestra, desde hace muchos años atrás, la deserción masiva de los docentes hombres y la inexistencia de vocaciones.<sup>72</sup>

Por estas razones, son constitucionales las normas dictadas en Irlanda para llegar a la justa representación del colectivo católico y protestante en la fuerza de trabajo: todas las empresas públicas y privadas que cumplen ciertos requisitos están obligadas a monitorear la composición religiosa de su fuerza de trabajo y a remitir informes anuales de los resultados a la Fair Employment Commission; además, deben presentar, una vez cada tres años, una revisión de la composición de su fuerza de trabajo, que sirve para comprobar si los miembros de cada comunidad disponen de justa participación; deben informar sobre el reclutamiento, la formación profesional y la promoción; cuando con motivo de estas revisiones se detecte un desequilibrio manifiesto, el empleador está obligado a un plan de acción positiva que, de no cumplirse, desemboca en la retirada de todo tipo de subvenciones o, incluso, en la imposición de sanciones económicas.<sup>73</sup>

---

<sup>71</sup> Dice Bidart Campos: “Resulta constitucional favorecer a determinadas personas de ciertos grupos sociales en mayor proporción que a otras si mediante esa discriminación se procura compensar y equilibrar la marginación o el relegamiento desigualitarios que recaen sobre aquellas personas que con la discriminación inversa se benefician” (G. Bidart Campos, *Manual de la Constitución reformada*, t. 1. Buenos Aires, Ediar, 1996, p. 535).

<sup>72</sup> Planteado por Jonathan M. Miller, María A. Gelli y Susana Cayuso, *Constitución y derechos humanos*, t. 2. Buenos Aires, Astrea, 1991, p. 1669.

<sup>73</sup> Citado por M. A. Ballester Pastor, *Diferencia y discriminación normativa...*, op. cit., p. 90.

b) *Motivación suficiente y prueba sobre el obstáculo de hecho que se intenta sobrepasar*

Bien se ha dicho que “toda ley que se proponga realizar la igualdad sustancial es, de por sí, una ley ambiciosa”.<sup>74</sup> Pero más allá de la ambición, la decisión que establece una medida de acción positiva debe estar suficientemente motivada, lo que supone que el obstáculo de hecho debe estar adecuadamente probado. Normalmente, la desigualdad fáctica existente se prueba, de manera objetiva, mediante estadísticas. Los siguientes ejemplos, extraídos de la realidad norteamericana, pueden servir para comprender este aserto:

Se acreditó que la policía de Alabama no había designado a ningún negro durante 40 años; frente a esta realidad, se dispuso que las promociones debían ser hechas dando a los negros un 50 % (si estaban suficientemente calificados). Cuando se impuso el programa Davis en la Facultad de Medicina de California, la cantidad de personas negras con título de médico era muy escasa (sólo 2.1 % del total de los médicos).

De cualquier modo, es bueno advertir que “encontrar razonabilidad en la decisión que el legislador toma para la acción positiva resulta especialmente difícil, tanto para el legislador como para el juez, si sólo se apela a la conciencia jurídica de la comunidad, pues situaciones de este género sólo pueden producirse cuando la conciencia social está escindida de manera que, en tanto una parte de la sociedad actúa de modo discriminatorio, otra parte intenta corregir, mediante el uso del poder, los efectos de tal discriminación”.<sup>75</sup>

c) *Proporcionalidad: la búsqueda del medio menos agresivo*

Las medidas de acción positiva sólo pueden implementarse cuando el fin buscado no puede lograrse mediante otro medio menos controvertido. Dicho de otro modo, debe respetarse el principio de la proporcionalidad. Este argumento ha servido para declarar inconstitucional la existencia de cuotas fijas, cuando son innecesariamente gravosas.

---

<sup>74</sup> O. Mazzotta, *Diritto del lavoro e diritto civile...*, op. cit., p. 225.

<sup>75</sup> Francisco Rubio Llorente, “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *XI Jornadas de Estudio. El principio de igualdad en la Constitución española*, vol. 1. Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, p. 708.

#### d) *Transitoriedad y reversibilidad*

Las acciones positivas son paliativos temporales contra la discriminación;<sup>76</sup> tienen carácter transitorio y deben durar sólo el tiempo necesario para alcanzar la igualdad pretendida.

Con igual criterio, en el derecho norteamericano se habla de la temporalidad, flexibilidad y subsistencia de los presupuestos de hechos;<sup>77</sup> Paolo Comanducci dice que se trata de medidas provisionales e instrumentales<sup>78</sup> y Mazzotta insiste en que la “legitimidad de una estrategia de acciones positivas debe, necesariamente, pasar por su carácter temporal y, por ello, es reversible, voluntario y suficientemente elástico”.<sup>79</sup>

El recaudo aparece en el articulado de todas las convenciones internacionales que recogen la idea de acción positiva (ver *supra* I).

#### e) *¿Regulación por ley?*

Un autor español ha sostenido que sólo el procedimiento legislativo (dadas las garantías que ofrece) puede legitimar la adopción de este tipo de medidas.<sup>80</sup>

No coincido con esta posición; muchas veces las empresas instrumentan políticas para igualar en el punto de partida. Por ejemplo, si muchas mujeres trabajan en las tareas menos remuneradas y muy pocas en los cargos jerárquicos mejor remunerados, sería lícito que el empresario dictara cursos de perfeccionamiento sólo para el personal femenino de su empresa.

<sup>76</sup> J. C. Vega y M. A. Graham, *Jerarquía constitucional de los tratados...*, *op. cit.*, p. 77.

<sup>77</sup> Alessandra Grassi, “La sentenza Kalanke: un’inversione di rotta nelle politiche comunitarie sulla pari opportunità?”, en *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, núm. 3/4, 1996, p. 687. Este carácter no parece ser advertido por Natale cuando dice que la disposición transitoria, al regular el artículo 37 borra con el codo lo que escribió con la mano al establecer que las medidas durarán lo que la ley determine (Alberto Natale, *Comentarios sobre la constitución. La reforma de 1994*. Buenos Aires, Depalma, 1995, p. 38).

<sup>78</sup> Paolo Comanducci, “La imposibilidad de un comunitarismo liberal”, en *Tolerancia y minorías*, obra colectiva coordinada por Luis Prieto Sanchís. Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha, 1996, pp. 18 y ss.; cfr. N. Dassen y P. Nattero, “Ley de cupos...”, en *op. cit.*, p. 180.

<sup>79</sup> O. Mazzotta, *Diritto del lavoro e diritto civile...*, *op. cit.*, p. 228.

<sup>80</sup> F. Rey Martínez, *El derecho fundamental a no ser discriminado...*, *op. cit.*, p. 87.

f) *Incidir en las causas y no en los resultados*

El derecho laboral conoce mecanismos para evitar que se produzcan tratos discriminatorios incidiendo en las *causas* que generan en el empleo tratos discriminatorios. Se insiste, entonces, que el acento debe ponerse en la igualdad de *oportunidades*, pues es ésta la que luego llevará a la igualdad *de trato*.<sup>81</sup> El derecho privado moderno se caracteriza no por la existencia de la protección de los derechos que ya se tienen adquiridos, sino por la necesidad de tener acceso a ellos; así se habla del acceso al trabajo, a la justicia, a la reparación, a la propiedad privada, a los bienes, al mercado, al discurso público, al consumo, a la salud, etcétera.<sup>82</sup> La acción positiva, entonces, es lícita en tanto y en cuanto iguala en el punto de partida, pero no cuando produce —automáticamente— una prioridad en el punto de llegada, con base exclusiva en una categoría sensible como es la raza, el género, la etnia, etcétera.

Este argumento —sobre el que volveré más tarde— ha sido usado tanto por la Corte Constitucional Italiana como por el Abogado General Tessauro del Tribunal de Justicia Europeo: una acción positiva que no se propone remover los obstáculos que impiden a la mujer alcanzar determinados resultados, sino que consiste, directamente, en atribuir esos resultados, viola el principio de igualdad y no es coherente con la finalidad perseguida a través de las acciones positivas.<sup>83</sup>

En cambio, respecto de los minusválidos, el Tribunal Constitucional Español consideró constitucional un sistema de cuotas. Los hechos fueron los siguientes: se convocaron concursos para administradores generales de la Comunidad de Canarias, reservándose seis plazas para las personas afectadas por un 33 % de minusvalía física, psíquica o sensorial, siempre que superasen las pruebas selectivas en igualdad de condiciones con los demás aspirantes. La recurrente había obtenido 6.34 puntos y llegó a tomar posición del cargo; pero un minusválido sensorial (afectado de sordera en más

---

<sup>81</sup> Rodríguez Piñero y Miguel Bravo Ferrer, “Principio de igualdad y derecho del trabajo”, en *El principio de igualdad en la Constitución española*, t. II. Madrid, Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, 1991, p. 1095.

<sup>82</sup> Para esta cuestión véase Ricardo Luis Lorenzetti, “Nuevos paradigmas en el derecho privado: el acceso a los bienes”, en *La Ley*, 1994, E-990 y ss.

<sup>83</sup> Compulsar fallos citados por Marzia Barbera, “In difesa delle azioni positive”, en *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, año XV, núm. 1, 1996, p. 20.

del 33 % exigido) que había obtenido 6.07, recurrió ante el órgano administrativo y exigió una de las seis plazas reservadas. La administración estimó su pretensión y los jueces (el Tribunal Superior de Justicia de Canarias el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional) confirmaron esta decisión.<sup>84</sup>

g) *Un recaudo procesal*

La aplicación judicial de las medidas de acción positiva puede acarrear problemas procesales. Así, por ejemplo, cuando la ley de cupo se aplica por los tribunales electorales, ¿es necesario citar al desplazado? Así lo ha entendido la jurisprudencia norteamericana, la cual, después de algunas vacilaciones, parece inclinarse por la tesis de que al perjudicado hay que darle oportunidad de ser oído de algún modo. Sin embargo, la oportunidad del contradictorio debe ser medida conforme al tipo de intereses en la causa. La disminución de la plena garantía del contradictorio es posible sólo cuando la privación del interés tiene naturaleza temporaria. Para satisfacer la garantía del *due process*, esta privación temporaria (*temporary deprivation*) debe ser seguida de una audiencia en contradictorio pleno para que el sujeto pueda usar todos los instrumentos de defensa procesal. La posición de los terceros (el *amicus curiae*, incluso) es distinta; para esos terceros basta su participación en la última fase del proceso.<sup>85</sup>

10. *Orígenes de la figura. Algunos casos del derecho norteamericano*

Las acciones positivas se desarrollaron en el derecho internacional y en la legislación norteamericana a través de dos ejes: la lucha por la eliminación de la discriminación racial, en especial el fenómeno del *apartheid* y la lucha de las mujeres frente a la discriminación. Con relación al primero, recuérdese que el principio de igualdad fue incorporado a la Constitución

<sup>84</sup> F. Rey Martínez, *El derecho fundamental a no ser discriminado...*, *op. cit.*, p. 89.

<sup>85</sup> Compulsar el completo trabajo de F. C. Ulloa, "Evoluzione o involuzione dell' 'affirmative action' ...", en *op. cit.*, p. 203. Para otras cuestiones procesales, referidas esencialmente a la inversión de la carga de la prueba, véase Bruno Sassani, "Note in margine alle leggi processuali. Aspetti processuali della legge núm. 125/1991, en "Azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro", en *Rivista di Diritto Processuale*, año XLVII, núm. 3, julio-septiembre, 1992, p. 862.

norteamericana en 1868, tres años después de la guerra civil; es la enmienda XIV que dice: “Ningún Estado podrá negar a persona alguna que se encuentre dentro de su jurisdicción la protección igual de las leyes”. Por eso, con mucha ironía se ha dicho que “en los EE. UU. todos los hombres parecen haber nacido iguales a partir de 1776; todos los hombres son libres, pero sin contar a los esclavos ni a las mujeres”.<sup>86</sup>

Pero la igualdad declarada no bastó y comenzaron a desarrollarse medidas de acción positiva en favor de los grupos étnicos menos favorecidos socialmente. El primer decreto norteamericano de acción positiva en el acceso al trabajo en favor de mujeres y ciertas minorías (normalmente personas afroamericanas) que estaban subrepresentadas o no representadas en determinados empleos y en puestos altos de las empresas y establecimientos públicos fue firmado por el presidente John Kennedy en 1961.<sup>87</sup> Otros programas incluyeron contratación del Estado con proveedores pertenecientes a esas minorías.

Los gobiernos republicanos se opusieron a este tipo de programas y hoy están seriamente cuestionados; puede afirmarse que la acción positiva está en franco retroceso en Estados Unidos;<sup>88</sup> tuvo una pequeña mejoría durante el gobierno de Bill Clinton, quien dijo su célebre frase “mend, not end” (corregir, no terminar), pero existe incertidumbre sobre lo que acontecerá durante el mandato de Bush. Una de sus ministros —Linda Chávez—, a pesar de ser mujer de origen latino, se ha pronunciado en contra de este tipo de medidas;<sup>89</sup> otro, Colin Powell, en cambio, es mirado con sospecha por

---

<sup>86</sup> Paul Freund, “Igualdad, raza y trato preferente”, en *Los humanistas y la política. Alicientes en tiempos difíciles*, obra colectiva compilada por Money y Stuber. México, Fondo de Cultura Económica, 1984, p. 42.

<sup>87</sup> A. Peters, *Women, Quotas and...*, *op. cit.*, p. 3. Amplias referencias a los programas del Presidente Kennedy se encuentran en Angela Harris, “Equality Trouble: Sameness and difference in Twentieth-Century Race Law”, en *California Law Review*, vol. 88, núm. 6, diciembre, 2000, pp. 1926 y 1995 y ss.

<sup>88</sup> En las páginas de internet pueden encontrarse diversos trabajos que relatan historias, críticas, estadísticas y alternativas para las acciones positivas en Estados Unidos. Según Anne Peters, en 1995 existían, establecidas en normas federales (estatutos, regulaciones, reglamentos, etcétera), 160 programas de acción positiva. En 1964, el gobierno federal imputó aproximadamente 6.4 billones a contrataciones en favor de minorías en varias industrias. Véase A. Peters, *Women, Quotas and...*, *op. cit.*, p. 4.

<sup>89</sup> Linda Chávez, “Racial preferences are dangerous”, en <http://www.dailynews.yahoo.com/h/iplc/20010403>.

algunos conservadores, debido, justamente, a que se ha pronunciado en favor de las “affirmative action”.

En pro de la mejor comprensión de la cuestión en América del norte vale la pena relatar las vicisitudes de algunos casos vinculados al acceso a la universidad y a otros puestos de trabajo y contratación en favor de las personas de color. La selección tiene mucho de arbitrario; recuerdo que de 1974 a 1995 la Corte Federal dictó 13 sentencias en las que las acciones positivas han estado implicadas.<sup>90</sup>

#### a) *Caso De Funis*

En la Facultad de Derecho de Washington había dos procedimientos de selección: uno para los estudiantes de la mayoría racial, más exigente y riguroso, y otro para la de postulantes pertenecientes a los grupos sociales minoritarios, menos exigente; en este segundo grupo las solicitudes pasaban directamente a una comisión especial, sin selección previa, integrada por un profesor negro y uno blanco. En 1971 un judío se presentó a la Facultad de Derecho de la Universidad de Washington; fue rechazado porque la puntuación de sus pruebas y sus calificaciones universitarias eran tales que habría sido admitido de haberse tratado de un negro, un filipino, un indio norteamericano, pero no un blanco. El caso no se resolvió judicialmente, pero dio lugar a un interesante debate doctrinal.

Dworkin<sup>91</sup> justificó el reglamento de la Universidad de Washington con estos argumentos, entre otros:

Si el estudiante excluido invoca que el sistema favorece la entrada de candidatos menos inteligentes, a los que se pone en ventaja respecto de los más inteligentes, cabe contestar que cualquier estándar pondrá a ciertos candidatos en desventaja frente a otros, pero una política de admisión puede justificarse si parece razonable esperar que el beneficio global para la comunidad exceda a la pérdida global y si ninguna otra política produce, incluso aproximadamente, el mismo beneficio sin traer aparejada una desventaja comparable. Puede presumirse que esta política racial beneficiará a la comunidad; así, por ejemplo, si hay más abogados negros, éstos ayudarán a que la comunidad

---

<sup>90</sup> A. Peters, *Women, Quotas and...*, *op. cit.*, p. 43.

<sup>91</sup> Dworkin es considerado un liberal progresista (compulsar A. Valle Acevedo, “Discriminación inversa o desfiguración de la igualdad...”, en *op. cit.*, p. 460).

negra cuenta con mejores servicios jurídicos, con lo que se reducirán las tensiones sociales. Al haber más número de negros en las clases, se podrá discutir en las aulas los problemas existentes, etcétera.

Hay que tener bien claros los hechos: a De Funis no se le negó la entrada a la universidad por pertenecer a una minoría (los judíos), sino porque no pertenecía a la minoría desfavorecida (en el caso, los negros). La condición de judío era indiferente, y pudo ser rechazado de igual modo por ser irlandés blanco. La medida de la universidad no contemplaba a los judíos porque no era sentido como necesidad y, empíricamente, no lo era; más aún, según un autor, el Presidente de la Universidad de Harvard llegó a estar en favor de una cuota que limitase el número de judíos que podían ser aceptados por la universidad; la razón que esgrimió era que si se aceptaba a todos los judíos, serían ellos quienes entrarían si las únicas pruebas de admisión fuesen de inteligencia; o sea, algún miembro de la autoridad universitaria tendría la preocupación de limitar la numerosa cantidad de judíos, pero ni la limitación ni la prohibición pasaron al reglamento.<sup>92</sup>

*b) Caso University of California Regents c/Bakke (438 US 265 de 1978)*

En la Facultad de Medicina de Davis, asociada a la Universidad Pública de California, se reservaban 16<sup>93</sup> de cada 100 asientos para personas pertenecientes a aspirantes en situación económica y/o educación desaventajada o perteneciente a un grupo étnico minoritario (negros, asiáticos, indios, etcétera, minorías desfavorecidas desde el punto de vista económico y cultural). Ese plan se instrumentó porque cuando la facultad se creó, en 1968, no ingresó ningún estudiante negro ni hispano; al año siguiente, sólo entraron dos negros y un hispano; consecuentemente, en 1970, el Consejo de la Universidad decidió implementar un plan para estudiantes “economically or educationally disadvantages”. Allan Bakke, de raza blanca, ingeniero de la Nasa, de 33 años, después de haber trabajado con físicos analizando los efectos de la radiación en animales y seres humanos, quiso estudiar medicina; no pudo ingresar a la Facultad. El año anterior también se había pre-

---

<sup>92</sup> Dato proporcionado por A. Valle Acevedo, “Discriminación inversa o desfiguración de la igualdad...”, en *op. cit.*, p. 479.

<sup>93</sup> No se sabe por qué se eligió ese número (16), porque en la población esos grupos representaban aproximadamente 22 % (S. Welch y John Gruhl, *Affirmative action and minority enrollments...*, *op. cit.*, p. 18).



sentado, pero fue rechazado, no obstante la existencia de cuatro vacantes, porque obtuvo un puntaje de 468 puntos (sobre un máximo de 500) y el mínimo se había fijado en 470 puntos. Ese año obtuvo 549 puntos sobre un máximo de 600; su puntaje era insuficiente frente a otros sujetos del grupo ordinario, pero estaba muy por encima de las notas de los 16 que integraban el cupo. Además, no podía ingresar en otras universidades cuyo criterio de selección era la edad, porque había superado los 30 años; o sea, también en esos otros institutos de enseñanza había sido juzgado según sus pertenecía a un grupo (el de los mayores de 30 años), pero no se quejó de la pauta establecida no obstante que implicó su exclusión automática.<sup>94</sup>

El programa de la facultad (bautizado “fuerza de intervención rápida”) tenía por fin:

- \* Reducir el déficit histórico de las minorías tradicionalmente perjudicadas en la carrera de medicina.
- \* Contrarrestar los efectos de la discriminación social.
- \* Incrementar el número de médicos que ejercerán en comunidades con insuficiente asistencia médica.
- \* Recibir los beneficios educativos de un alumnado étnicamente variado.

La universidad sostenía que el programa no implementaba un sistema de cupos cerrado, porque los 16 puestos no se llenaban si no había 16 candidatos que reunieran los requisitos. El litigante, en cambio, sostenía que eran cuotas, porque los blancos no podían competir por estos puestos.

El caso produjo distintos resultados en las tres instancias:

El Juez de Primera Instancia prohibió a la universidad tener en cuenta la raza (declaró la nulidad del programa), pero rechazó la petición de Bakke de que se le incorporara porque no probó cuál hubiese sido el puntaje que le hubiese pedido la universidad de no reservar el cupo y si él hubiese alcanzado el mínimo fijado para su categoría.<sup>95</sup> Ambas partes apelaron.

La Corte de California declaró nulos los programas que utilizaban criterios raciales de selección y obligó a la universidad a admitir al postulante. Dijo que los programas serían válidos si aceptaran criterios flexibles de admisión para alumnos desventajados de todas las razas pero no del modo

<sup>94</sup> R. Dworkin, “La discrimination positive”, en *op. cit.*, p. 375.

<sup>95</sup> Miguel A. Ekmedjian y Pedro Siegler, *Discriminación inversa: un fallo trascendente de la Corte Suprema de los EE. UU.*, ED 93-878.

como estaban previstos. Uno de los argumentos era que dado que la universidad era joven (había sido creada en 1968), no tenía un pasado de discriminación y no había prueba alguna de que fuese culpable de la disgregación; como no había prueba alguna de la discriminación en esa universidad, la mayoría entendió que no había justificación para usar la raza como criterio de admisión. Además, puso sobre la universidad la carga de probar que Bakke no hubiese entrado aunque no existiera el programa que beneficiaba a las minorías. Como no rindió esa prueba, entendió que el alumno estaba en condiciones de ingresar. O sea, invirtió la regla sobre la carga probatoria que había utilizado el juez de primera instancia.

Al principio, la Universidad dudaba si recurrir o no a la Corte Federal, pero cuando el consejo decidió hacerlo, comenzó una verdadera batalla periodística, no obstante que hasta ese momento los medios no habían prestado ninguna atención a las acciones positivas.

Desde varias universidades se reclamaba a la Corte Federal que revocara el decisorio; las autoridades argumentaban que si la universidad no podía aplicar criterios raciales, serían incapaces de cumplir lo que llamaban su “responsabilidad hacia la nación”; por lo demás, la cuestión tenía mucha importancia desde la perspectiva de la autonomía universitaria; se pedía que se respetaran las libertades propias de este tipo de instituciones para determinar, mediante criterios universitarios, quiénes son los que pueden enseñar, los que pueden estudiar, la manera en que estudiarán,<sup>96</sup> etcétera.

El 28 de junio de 1978 la Corte Federal resolvió del siguiente modo:

- \* Confirmó la sentencia (cinco a cuatro) en cuanto ordenaba a la universidad incorporar a Bakke.
- \* Anuló la sentencia (también por cinco a cuatro) en cuanto prohibía, en general, utilizar criterios raciales para el ingreso a la universidad.

Ambas cuestiones se decidieron por cinco votos contra cuatro, pero los que fueron minoría en una, fueron mayoría en la otra.<sup>97</sup> Por eso, el juez Powell, que en definitiva había inclinado la balanza en uno y otro sentidos, dijo que habían hablado con una notable ausencia de unanimidad (*We speak*

---

<sup>96</sup> R. Dworkin, “La discrimination positive”, en *op. cit.*, p. 392.

<sup>97</sup> Bernard Schwartz, *A history of the Supreme Court*. Oxford, Oxford University Press, 1993, p. 324.

*today with a notable lack of unanimity*).<sup>98</sup> En suma: cuatro (Stevens, Rehnquist, Burger y Stewart) sostenían que tanto la cuota como el uso de la raza eran inválidos; los otros cuatro (Brennan, Blackmun, Marshall y White) que tanto la cuota como el uso de la raza eran criterios válidos; Powell, en cambio, entendió que no era válido el uso de la cuota, pero sí el criterio de la raza.

La primera decisión es: el tipo de programa instrumentado por la facultad de medicina es inválido y, por eso, Bakke debe ser admitido en la escuela de medicina.

El argumento central es: el sistema de cuotas viola el principio de igualdad, porque mientras los blancos tienen 84 puestos para competir, los negros tienen 100.

La réplica de Brennan a este argumento era: sin un pasado de discriminación contra las minorías, Bakke y otros blancos no hubiesen entrado porque más grupos minoritarios tendrían notas más altas y estarían desplazados. Pero este argumento era un escalón, aún más, un salto que Powell no estuvo dispuesto a dar. Powell sostenía que Estados Unidos era un pueblo de minorías y que cada grupo étnico había tenido que luchar a su manera para vencer las discriminaciones. En otros términos, la experiencia de esclavitud, segregación y discriminación de los negros africanos era sólo una de las muchas experiencias por las que habían pasado los inmigrantes.

La segunda es: en abstracto, la raza puede ser un factor a tener en cuenta en las políticas de admisión sin violar la Constitución. En suma, la raza puede ser un plus, pero no puede encapsular a un candidato en comparación con los otros. El programa, entonces, debe ser lo suficientemente flexible como para permitir considerar otros elementos.

En otras palabras, para la mayoría de la Corte Federal norteamericana, una universidad pública puede dar mayor peso a la solicitud de ingreso de un miembro de alguna minoría racial como parte de un programa para incrementar un registro de grupos minoritarios, pero es inconstitucional un sistema de cupos rígidos en el cual cierto número de lugares se reservan

---

<sup>98</sup> Al parecer, la opinión de Powell mantuvo una posición ambivalente; condenó el programa de la Davis, pero aceptó el de la Harvard University, aunque también tenía en consideración la raza (S. Welch y John Gruhl, *Affirmative action and minority enrollments...*, *op. cit.*, p. 24).

explícitamente a las minorías raciales;<sup>99</sup> la minoría, en cambio, aceptó que la raza puede marcar una prioridad *automática* cuando no es pauta para desmerecer o agraviar a un grupo, sino para poner remedio a situaciones desventajosas de ciertas minorías causadas por prejuicios raciales pasados; los blancos, como grupo humano, no han sufrido estigma, ni incapacidad política, ni perjuicios internacionales que justifiquen una protección extraordinaria, por lo que el programa de la universidad es válido.

Los autores que están en contra de la acción positiva dicen que la Corte Federal les ha dado la razón, en el sentido que estos programas van demasiado lejos. Los que están en favor, en cambio, sostienen que la sentencia Bakke no implica la muerte de los programas de acción positiva, sino que es menester buscar elementos más complejos y sutiles, pues el sistema de cuotas automáticas es inválido. El *New York Times* concluyó: “Nadie perdió” (*No one lost*) y el *Wall Street Journal* declaró: “Cada uno ganó” (*Everyone won*).

En suma, como dijo un profesor “This is a landmark case, but we don’t know what is mark”, y otro dijo: “It was a landmark occasion, but the Court failed to produce a landmark decision”.<sup>100</sup> Pero la decisión no debe sorprender. Bakke fue el primer paso de la justicia en el ámbito de las acciones positivas y los primeros pasos de la justicia, en cualquier área, son siempre tentativos. Por eso, la decisión de Powell fue casi salomónica; a ambas partes dijo algo; pero lo cierto es que la decisión no incentivó a las autoridades públicas a llevar adelante programas de acción positiva; cada una los instrumenta si quiere. La sentencia prueba, además, que la Corte es un órgano político y actúa como tal.

---

<sup>99</sup> Cfr. Fernando Barramcs y Vedia, “Las acciones positivas en la reforma constitucional de 1994”, en la obra colectiva de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, *Comentarios a la reforma constitucional*. Buenos Aires, 1995, p. 186; N. P. Sagüés, *Elementos de derecho...*, *op. cit.* Kiper afirma que, en forma encubierta, la decisión de la Corte se basó también en la influencia de la opinión pública, que alegaba la decadencia de los niveles de calidad de la instrucción superior americana. En su opinión, la resolución de la mayoría del tribunal es poco satisfactoria e implica un retroceso hacia posiciones más conservadoras, emparentadas con la idea de la indiferencia liberal, que deja librado todo al mercado y a la competencia individual, sin tener en cuenta la historia que revela la existencia de una desigualdad como punto de partida. Comparte, en cambio, las palabras del juez Marshall, que, en minoría, dijo: “No es posible garantizar una igualdad que todavía no fue construida ni es posible confiar en mecanismos naturales para atenuar situaciones de desigualdad que no se formaron naturalmente” (C. M. Kiper, *Derecho de las minorías...*, *op. cit.*, p. 162).

<sup>100</sup> Citado por S. Welch y John Gruhl, *Affirmative action and minority enrollments...*, *op. cit.*, p. 28.

Después de haber sido resuelto, vieron la luz otras circunstancias del programa que no se conocían; así, por ejemplo, también habían sitios “reservados” para los “amigos especiales” de la universidad; cinco sitios eran elegidos directamente por el decano de la Facultad de Medicina, aunque hubiesen sido rechazados por el comité de selección; en fin, que no todas las admisiones eran estrictamente seleccionadas por los méritos.<sup>101</sup>

c) *Otros casos resueltos por la Corte Federal norteamericana:*

La Corte Federal norteamericana rechazó el pedido del señor Weber, un empleado blanco, analista de laboratorio, de 32 años, que se quejaba de haber sido excluido de un programa de capacitación para cargos jerárquicos más altos que el suyo; los negros, en cambio, habían hecho estos cursos. Por cinco votos contra dos, la Corte Federal revocó la decisión del inferior y dijo que los empleadores pueden favorecer a los negros para que accedan a cargos que tradicionalmente han estado en poder de los blancos.<sup>102</sup>

En 1980, con tres votos disidentes, la Corte declaró la constitucionalidad de una ley que reservaba 10 % de los fondos federales destinados a los proyectos locales de carácter público para las empresas cuyos titulares eran negros, hispanohablantes, orientales, indígenas o esquimales; conforme el voto mayoritario, aún una cuota numérica es permisible en los casos en que el Congreso ha encontrado una historia de discriminación racial.<sup>103</sup>

En cambio, en 1989, en *City of Richmond c/J. A. Croson*, declaró inconstitucional un programa municipal, llamado “Plan Richmond”, que obligaba a las empresas contratistas del Estado a subcontratar, por lo menos, 30 % de cada contrato con empresas comerciales que pertenecían a ciertas minorías, es decir a determinados grupos raciales o étnicos.<sup>104</sup>

En 1995, en *Adarand Constructors Inc. c/Peña*, decidió que cualquier programa federal de acción afirmativa debe ser examinado bajo el método del llamado “examen exigente” que supone que si la clasificación se hace

---

<sup>101</sup> *Ibid*, p. 25.

<sup>102</sup> Citado y comentado por Christian Lerat, *La Cour Suprême des États Unis; pouvoirs et évolution historique*, 5a. ed. Burdeos, Presses Universitaires de Bordeaux, 1991, p. 169.

<sup>103</sup> Citado por D. Currie, *Introducción a la Constitución...*, *op. cit.*, p. 94.

<sup>104</sup> R. Dworkin, *Los derechos en serio*, *op. cit.*, p. 327 y ss. Compulsar, igualmente, B. Schwartz, *El derecho y los problemas contemporáneos*. Córdoba, Libro del Cincuentenario de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1991, p. 34.

según un criterio “sospechoso” (por ejemplo, la raza), la clasificación es constitucional sólo si está estrechamente diseñada para promover un interés gubernamental prioritario.<sup>105</sup> En ese caso, recuérdese, Adarand era el titular de una empresa constructora de Colorado Spring, que perdió la subcontratación, no obstante ofrecer el precio más bajo, por aplicación de una ley federal (*Small Business Act and Department of Transportation Regulation*), que establecía que los contratistas del Estado que subcontrataban con pequeñas empresas cuyos dueños o administradores eran social y económicamente individuos desventajados, recibían una compensación del gobierno. El Estado federal decía que esta normativa no beneficiaba a un grupo por la raza sino a las pequeñas empresas, normalmente en desventaja en la contratación de este tipo de obras. El actor, por el contrario, afirmaba que el programa, en los hechos, tenía en cuenta la raza.

En marzo del año 2001 la Corte Federal decidió aceptar el caso planteado por la *U. S. Transportation Department's* para analizar nuevamente la cuestión relativa a si los programas que favorecen la adjudicación en las licitaciones para construir autopistas en favor de las pequeñas empresas dirigidas por grupos minoritarios (especialmente negros y mujeres) responde o no al examen exigente; es decir, si el programa es suficientemente “narrowly tailored”.<sup>106</sup>

En cambio, en abril de 2002, el Procurador General de Texas solicitó a la Corte Federal que revea la doctrina del caso Hopwood, que permitió a las universidades públicas de Texas utilizar la raza como factor de determinación de admisión, becas y ayudas financieras. En su petición, Cornyn, un republicano, dijo que la Facultad de Derecho de la Universidad de Texas y otros institutos públicos necesitan ser guiados en sus esfuerzos para corregir antiguas discriminaciones contra minorías raciales y que el largo silencio impuesto desde 1992 ha provocado dudas interpretativas. Sin embargo, la Corte rechazó el pedido.<sup>107</sup>

---

<sup>105</sup> Citado por Barker, Robert, “El control de constitucionalidad...”, en *op. cit.*, p. 313. El caso está excelentemente analizado por A. Harris, “Equality Trouble: Sameness...”, en *op. cit.*, pp. 2004-2007.

<sup>106</sup> James Vicini, “Supreme Court to decide Affirmative Action Case”, en <http://www.britannica.com/news/reuters/>; Laurie Asseo, “High Court to Review Affirmative Action”, en <http://dailynews.yahoo.com/h/abc/2001326>. Los grupos protectores de las minorías no se muestran muy optimistas respecto del resultado (véase Theresa Forsman, “Affirmative Action’s Latest, Greatest Challenge”, en <http://biz.yahoo.com.bizwk/010409/k>).

<sup>107</sup> John Moritz, “Coryn asked that hig court review college admission case”, en <http://www.star-telegram.com/news/doc/1047/1>.

Otros tribunales inferiores continúan estrechando cada vez más el ámbito de aplicación de estas medidas. Así, por ejemplo, el Juez de Distrito con sede en Detroit acogió la demanda interpuesta por una mujer blanca que había sido rechazada por la universidad en 1997 en virtud de un sistema que se asemejaba al cupo.<sup>108</sup>

#### d) *La especial situación del estado de California*

En California, por *referéndum* de noviembre de 1996, se introdujo una cláusula constitucional (llamada Proposición 209) que prohíbe a los órganos públicos otorgar tratos preferenciales basados en la raza, sexo, color u origen nacional. Esta enmienda, que pone un valladar fuertísimo a la acción positiva, produjo que la Universidad de California aboliera la acción positiva en nueve facultades.<sup>109</sup> La supresión produjo que en 1997, en *Boalt Hall*, Facultad de Derecho ubicada en Berkeley Campus, de 243 estudiantes ingresados ninguno fuese negro, siete eran latinos, ninguno era “Native American” (indígena) y 32 eran asiáticos-americanos.<sup>110</sup> El cambio no pasó desapercibido para los estudiantes, quienes siguen realizando numerosos actos de protesta.<sup>111</sup>

### *11. La acción positiva en el derecho comunitario.*

#### *Remisión*

He abordado la cuestión de las acciones positivas ante el tribunal de Luxemburgo antes de ahora.<sup>112</sup> En esta oportunidad, me resta señalar dos puntos:

a) El criterio adoptado en el difundido caso *Kalanke*, de 1995, que tanta tinta hizo correr, fue sometido a revisión en el caso *Marschall*, del 11 de noviembre de 1997. En el considerando 24 el tribunal señala la diferencia entre la cláusula discutida en *Kalanke* y la sometida esa vez a su decisión,

<sup>108</sup> Michael Ellis, “Court nixes Law Schools Affirmative Action Policy”, en <http://dailynews.yahoo.com/h/nm/20010327>.

<sup>109</sup> A. Peters, *Women, Quotas and...*, *op. cit.*, p. 5.

<sup>110</sup> Rachel F. Moran, “Diversity and its discontents: The end of affirmative action at Boalt Hall”, en *California Law Review*, vol. 88, núm. 6, diciembre, 2000, pp. 1926 y 2245.

<sup>111</sup> Cynthia Gouw, “Affirmative Action Rally Turns Ugly”, en <http://dailynews.yahoo.com/h/kpix/20010418>.

<sup>112</sup> Compulsar, de mi autoría, “El principio de igualdad...”, en *op. cit.*

perteneciente a una regulación del Land de Nordrhein Westfalen; dijo que en este caso “las mujeres no gozan de preferencia en la promoción si concurren en la persona de un candidato masculino motivos que inclinen la balanza en su favor”; el tribunal llama “cláusula de apertura” a esta variante. En definitiva, se resolvió que

Los apartados 1 y 4 del artículo 2 de la directiva 76/207 CEE del Consejo del 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso, al empleo a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, no se oponen a una norma nacional que, en el caso de que candidatos de ambos sexos presenten igual capacidad desde el punto de vista de su aptitud, competencia y prestaciones profesionales, obliga a conceder preferencia en la promoción a las candidatas femeninas en aquellos sectores de actividad de la administración que, en el nivel del puesto de que se trate, tengan un menor número de mujeres que de hombres, salvo que concurren en la persona de un candidato masculino motivos que inclinen la balanza en su favor, siempre que dicha norma garantice, en cada caso particular, a los candidatos masculinos con igual capacitación que las candidatas femeninas, que las candidaturas serán objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta todos los criterios relativos a la persona de los candidatos de ambos sexos e ignore la preferencia concedida a las candidatas femeninas cuando uno o varios criterios hagan que la balanza se incline en favor del candidato masculino, y que tales criterios no sean discriminatorios en perjuicio de las candidatas femeninas.<sup>113</sup>

Posteriormente, la Corte Europea ha vuelto a decidir en los casos *Badeck y otros*, del 28 de marzo de 2000, y *Abrahamsson y Anderson c/Fogelqvist*, del 6 de julio de 2000.

---

<sup>113</sup> Compulsar la sentencia del caso Marschall del 11 de noviembre de 1997, en *Foro Italiano*, 1998-IV-295. Varios estados alemanes han dictado este tipo de leyes; véase, por ejemplo, la de Hamburgo del 19 de mayo de 1991, que reserva a las mujeres 50 % de los cargos, bajo las condiciones allí previstas y dispone que en todos los puestos donde existen consejos del personal debe haber un programa de acción positiva para las mujeres, para su capacitación y calificación (la ley está transcrita bajo el título “Le quote riservate in favore delle laboratrice in una legge tedesca”, en *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, año XII, núm. 4, octubre-diciembre, 1993, p. 238, segunda parte).



En el primero estaba en consideración una ley del Land de Assia, que establecía, por el término de 13 años a partir de su entrada en vigor, medidas en favor de las mujeres, tales como: asignación preferencial de puestos de formación profesional; medidas adecuadas para llamar la atención sobre la existencia de estos puestos; prohibición de computar el estado familiar de los candidatos; mitad de mujeres son requeridas en comisiones, consejos, organismos de administración y control, etcétera. Estas medidas fueron consideradas conforme al derecho comunitario, desde que no suponen el acceso o preferencia automática al puesto de trabajo en favor de la mujer.

En “Abrahamsson” declaró contrario al principio de igualdad un reglamento sueco que reservaba un cupo (30 puestos) para candidatas mujeres en el sector de la enseñanza superior y universitaria.<sup>114</sup> Los hechos que motivaron la causa son los siguientes: en junio de 1996, la Universidad de Göteborg anunció el llamado a concurso de la cátedra de Ciencia de la Hidroesfera. Se presentaron ocho candidatos. Después de la primera puntuación, que tuvo en consideración exclusivamente los méritos científicos, se ubicó primero el señor Anderson; sin embargo, en la segunda puntuación, en la que se tuvo en cuenta el reglamento mencionado, el primer puesto lo ocupó la señora Destouni, el segundo Anderson y el tercero la señora Fogelqvist. La señora Destouni desistió de su candidatura; el rector llamó nuevamente a la comisión asesora y pidió que otorgara nuevamente el puntaje y tuviera en cuenta el reglamento; la comisión dijo que ese dato ya había sido considerado al hacer la calificación de todos los participantes, y que las diferencias entre Anderson y la señora Fogelqvist eran considerables. Sin embargo, el Rector adjudicó el cargo a la señora Fogelqvist, fundado en el reglamento. La decisión fue recurrida por Anderson y otra candidata, la señora Abrahamsson. Anderson afirmaba que la decisión contrariaba la jurisprudencia del caso Kalanke. La señora Abrahamsson decía que había sido mal evaluada, que sus antecedentes eran superiores a Fogelqvist, pero reconocía que eran inferiores a los de Anderson. La comisión que entendía en la apelación consideró que la señora Abrahamsson había sido bien calificada, por lo que su recurso fue rechazado. También evaluó que:

---

<sup>114</sup> No deja de extrañar la infrarrepresentación señalada en el texto. En Argentina, salvo algunos sectores, aun en el ámbito universitario y de enseñanza superior prevalecen las mujeres sobre los hombres. No tengo dudas de que en esta diferencia inciden, fundamentalmente, las remuneraciones.

los antecedentes científicos de Anderson eran muy superiores a los de la señora Fogelqvist; desde el punto de vista pedagógico no existían diferencias sustanciales entre ambos; en el ámbito administrativo, había una ventaja en favor de la señora Fogelqvist. La comisión entendió que debía hacer prevalecer los mejores méritos científicos de Anderson, por ser éste el criterio generalmente aceptado en los concursos; sin embargo, consideró que los límites a la acción positiva estaban vinculados al riesgo de disminuir el nivel de eficiencia en el servicio de la enseñanza pública universitaria, peligro que no se corría si se designaba a la señora Fogeslqvist. Frente a estas dificultades, la Comisión concurrió a la Corte de Justicia de la Unión Europea.<sup>115</sup> En la sentencia bajo comentario el Tribunal comenzó por recordar su jurisprudencia anterior y afirmó que las medidas de acciones positivas son conformes al D. Comunitario sólo si reúnen dos requisitos: la preferencia no se acuerda en forma automática e incondicionada, y las candidaturas son objeto de un examen objetivo que tiene en cuenta la situación personal de todos los postulantes. En el caso, estimó no cumplidos estos recaudos pues el reglamento en discusión establecía un cupo automático.<sup>116</sup>

b) Las acciones positivas están expresamente mencionadas en nuevos documentos comunitarios. Así, por ejemplo, el artículo 6 del Protocolo sobre Política Social al Tratado de Maastricht establece que

[...] no será obstáculo (al principio de igualdad) el mantenimiento o la adopción por los Estados miembros de medidas que prevean ventajas específicas destinadas a facilitar el ejercicio de una actividad profesional a las mujeres o a prevenir o compensar las desventajas de su carrera profesional.<sup>117</sup>

Concretamente, el artículo 6 del Tratado de Amsterdam dispone:

Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad, el Consejo, por unani-

---

<sup>115</sup> El primer problema que se planteó el Tribunal fue si esa Comisión (la Överklagandenämnden för Högskolan) debe ser considerada un “juez” en el sentido del artículo 177 del Tratado. Contestó afirmativamente, por ser un órgano permanente, que resuelve de modo autónomo.

<sup>116</sup> Véase *II Foro Italiano*, núm. 9, 2000, p. 362. Un resumen de la decisión, en lengua española, puede verse en el *Boletín de Actividades del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas*, núm. 21/2000, pp. 24-27.

<sup>117</sup> Citado por M. A. Ballester Pastor, *Diferencia y discriminación normativa...*, *op. cit.*, p. 87.

midad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar medidas adecuadas para luchar contra toda discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o creencias, minusvalía, edad o tendencias sexuales.

Creo que las autoridades de la Unión Europea han querido apuntalar las acciones positivas incorporándolas al llamado “derecho constitucional comunitario”; mas, dadas las profundas críticas a las que están sujetas, se exige que el Consejo tome la decisión por unanimidad y, para mayor control, se requiere que la medida haya sido propuesta por la comisión y se haya consultado al Parlamento. En suma, que todos los órganos comunitarios participen de la decisión.

El propósito se reitera con la modificación del artículo 3 del Tratado al que adiciona la siguiente frase: “En todas las actividades contempladas en el presente artículo, la Comunidad se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades y de promover la igualdad entre el hombre y la mujer”.

Finalmente, señalo que el artículo 23, segundo párrafo, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en el Consejo Europeo de Niza los días 7 y 8 de diciembre del año 2000, dispone: “El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas en favor del sexo menos representado”.

## 12. Breves referencias a algunas experiencias normativas<sup>118</sup>

### a) Italia

El artículo 3 de la Constitución de Italia dispone:

Incumbe a la República remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impidan el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país.

---

<sup>118</sup> Se afirma que, en general, por el momento, la jurisprudencia europea se muestra hostil al reconocimiento de un eventual derecho a la discriminación positiva (Jean Francois Flauss, “Discrimination positive et Convention Européenne des Droits de l’Homme”, en *Pouvoir et Liberté. Études offertes á Jacques Mourgeon*. Bruselas, Bruylant. 1998, p. 422).

En cumplimiento de ese mandato, la ley 121, del 10 de abril de 1991, reguló la acción positiva para la realización de igualdad hombre-mujer en el trabajo. Me limitaré a informar sobre parte de su contenido.

El artículo 5 crea, dentro del ámbito del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, el Comité Nacional para la actuación de los principios de igualdad de tratamiento y de igualdad de oportunidad entre trabajadores y trabajadoras. Ese comité, formado por el Ministro del Trabajo o su delegado, cinco personas designadas por la confederación sindical de trabajadores más representativa en el orden nacional; cinco integrantes designados por la confederación sindical de los trabajadores de diversos sectores económicos; uno que representa al movimiento cooperativo y 11 representantes de los movimientos feministas. Prevé la participación sin voto de seis expertos en materia jurídica, económica o sociológica con competencia en materia laboral; cinco representantes de los ministerios de educación, justicia, asuntos exteriores, industria, comercio y artesanado y de la función pública.<sup>119</sup>

El artículo 9 dispone que las empresas públicas y privadas que ocupan más de 100 dependientes están obligadas a pasar un informe, al menos cada dos años, sobre la situación del personal masculino y femenino relativo al estado, la formación, la promoción profesional, el nivel de promoción de categorías o de calificación y otros fenómenos de movilidad. El artículo se inspira en una solución similar de la ley francesa número 635/1983, sobre la igualdad profesional de hombres y mujeres.<sup>120</sup>

La doctrina italiana destaca la escasa aplicación de estas disposiciones y señala, como una de las causas, pero no la única, el aumento global de la desocupación.<sup>121</sup>

---

<sup>119</sup> Para un análisis del artículo 5 véase Lorenzo Gaeta y Iolanda Jannelli, “Il comitato nazionale per la parità”, en *Il diritto diseguale. La legge sulle azioni positive*, obra colectiva dirigida por Lorenzo Gaeta y Lorenzo Zoppoli. Turín, Giappichelli, 1992, p. 27.

<sup>120</sup> R. Santucci, “Il rapporto informativo sul personale”, en *Il diritto diseguale. La legge sulle azioni positive*, obra colectiva dirigida por L. Gaeta y L. Zoppoli. Turín, Giappichelli, 1992, pp. 177 y ss.

<sup>121</sup> Maria V. Ballestrero y Tiziano Treu, “Note introduttive”, en *Le Nuovi Leggi Civili Commentate*, núm. 1, año XVII, Cedam, 1994, p. 9.

b) *España*<sup>122</sup>

El artículo 9 de la Constitución española dice:

Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.<sup>123</sup>

En varias sentencias (por ejemplo la número 16/1995) el Tribunal Constitucional español recuerda que “no se puede olvidar que poner fin a la histórica situación de inferioridad de la mujer es un objetivo constitucionalmente planteado en la actualidad por los poderes públicos en orden a la consecución de las condiciones de igualdad que propugna el artículo 9.2 de la Constitución Española”.<sup>124</sup> Consagra en alguna de estas decisiones lo que un sector de la doctrina española llama “la jurisprudencia de la desigualdad justificada”.<sup>125</sup>

c) *Francia*<sup>126</sup>

La ley 83/635 de modificación al Código del Trabajo establece la licitud de las medidas temporales, en exclusivo beneficio de las mujeres, que ten-

---

<sup>122</sup> Un amplio panorama del derecho español del trabajo y las acciones positivas en favor de la mujer se encuentra en E. Sierra Hernaiz, *Acción positiva y empleo...*, *op. cit.* Un sector de la doctrina española se queja de que en ese país el tema sea abordado, casi con exclusividad, desde la posición jurídica de la mujer en las relaciones laborales, debilitándose el estudio de la dogmática constitucional (véase D. Giménez Gluck, “Caracteres constitucionales...”, en *op. cit.*, p. 331).

<sup>123</sup> Algunas constituciones provinciales argentinas siguen de cerca el texto transcrito. Así, por ejemplo, el artículo 16, segunda parte, de la Constitución de San Luis dice: “Deben removerse los obstáculos de orden económico y social, que limitando de hecho la libertad y la igualdad de los habitantes, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los habitantes en la organización política, económica y social de la provincia”.

<sup>124</sup> Citado por Pérez del Río, “La discriminación positiva”, en *Mujer, derecho y sociedad*. Sevilla, 1996, p. 332.

<sup>125</sup> Compulsar Teresa Freixes Sanjuán, “Constitución, Tratado de Amsterdam e igualdad entre hombres y mujeres”, en *Consolidación de derechos y garantías: los grandes retos de los derechos humanos en el siglo XXI*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999, p. 197.

<sup>126</sup> La legitimidad constitucional de la acción positiva es sumamente discutida en Francia. Pruebas de las discrepancias se encuentran en la obra de la Commission Nationale Consultative

gan por objeto establecer la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. Del contexto general de su articulado surge que la educación de la mujer ha sido la prioridad uno del legislador.

Entre las medidas autorizadas se enumeran:

- Adoptar planes para la igualdad profesional, que deben ser consensuados o negociados y si no fuera posible, tomados unilateralmente por el empresario.
- Hacer llegar al comité de empresa un informe sobre las condiciones generales de empleo y formación de hombres y mujeres y de su respectiva situación en materia de contratación, formación, promoción profesional, clasificación profesional, cualificación, coordinaciones de trabajo, remuneración efectiva.

#### d) *Suecia*

En este país nórdico se aprobó por ley una medida de discriminación positiva a aplicar durante los años 1995-1996, que afecta a los sectores de profesorado e investigación; en el presupuesto del Estado se ha previsto la asignación de fondos especiales destinados a promover la igualdad en el trabajo, estableciéndose una regla de preferencia de contratación de candidatos cuyo sexo se encuentre infrarrepresentado, independientemente de las cualificaciones de los mismos.

#### e) *Austria*

En Austria, los sistemas de cuotas pueden afectar indistintamente a hombres y mujeres en cuanto uno de los géneros se encuentra por debajo de 40 %; estas disposiciones han sido declaradas compatibles con la Constitución

---

des Droit de l'Homme, bajo el título "1999. La lutte contre le racisme et la xenophobie. Discriminations et Droit de l'Homme", en *La documentation française*. París, 2000, pp. 138-147. Los autores franceses también discrepan en torno a si la obra *A theory of justice*, de John Rawls (1971) es o no una tentativa de definir los fundamentos filosóficos del Estado providencia y justificar, en el marco de la teoría liberal, las políticas redistributivas tendentes a la reducción de las desigualdades sociales, efecto pretendido por las acciones positivas (véase Daniel Sabbagh, "Les politiques de discrimination positive et la théorie de la justice de John Rawls", en *Revue Droits*, núm. 29, 1999, pp. 177 y ss.). Para esta cuestión véase también Will Kymlicka, *Les théories de la justice*. París, La Découverte, 1999, pp. 61 y ss.

austriaca. Además, todas las administraciones tienen la obligación de vigilar la existencia de una relación numérica equilibrada entre hombres y mujeres en todos los niveles.<sup>127</sup>

#### f) *Argentina*

El artículo 75, inciso 23, de la Constitución Argentina, después de la reforma de 1994 enumera, entre las atribuciones del Congreso:

Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

#### 13. *Destinatario del mandato: ¿legislador o juez?*

Coincido con Bidart Campos en que aunque la acción positiva es un mandato dirigido al Congreso, “no sería la primera vez que la Corte, frente a normas dirigidas al legislador, las ha tomado en cuenta como pautas que también deben influir y orientar en la interpretación judicial de las causas sometidas a decisión de los tribunales”.<sup>128</sup>

Algunos autores llevan este razonamiento a sus máximas consecuencias; entienden que la norma es operativa; por eso, si el legislador no legisla para promover la igualdad real, la jurisdicción ordinaria está facultada a fin de asegurar un real ejercicio de los derechos individuales.<sup>129</sup>

En mi opinión, el juez puede interpretar las normas existentes a la luz del principio de acción positiva para resolver un conflicto particular, pero no se me ocurre de qué modo puede, en general, cubrir la omisión legislativa frente a la carencia de toda norma.

<sup>127</sup> Datos aportados por Pérez del Río, “La discriminación positiva”, en *op. cit.*, p. 338.

<sup>128</sup> G. Bidart Campos, “¿Una cita omitida de la Constitución reformada en dos sentencias de la Corte Suprema?”, en *El Derecho*, 166-36. El autor destaca que el comentario no debe ser tomado como una crítica no valiosa al fallo, sino que, tratándose de una cláusula tan nueva en la Constitución reformada, la Corte podría haber incluido en alguno de los dos fallos a un somero reenvío al sentido que surge de la parte pertinente del artículo 75, inciso 23.

<sup>129</sup> E. Barbarosch, “La igualdad real...”, en *op. cit.*, p. 92.

La cuestión se vincula a dos problemas graves que exceden los límites de este trabajo; por un lado, al carácter obligatorio o facultativo de las acciones positivas, y, por el otro, de aceptar la naturaleza obligatoria, al tema de la inconstitucionalidad por omisión, ampliamente discutido en la doctrina.<sup>130</sup>

### III. ESPECIAL SITUACIÓN DE LOS DISCAPACITADOS

En Estados Unidos la *Rehabilitation Act*, de 1973, en su sección 504 prohíbe todo tipo de discriminación contra el discapacitado “handicaped”.<sup>131</sup> Otras leyes (la *Civil Rights Restoration Act* de 1987) definen al discapacitado como el “individuo que sufre una disminución física o mental limitativa, de modo sustancial, de una o más actividades vitales primarias y aquél que ha sido oficialmente reconocido o generalmente considerado como portador de tal disminución”. Otra normativa federal, la *American with Disabilities Act* (ADA) de 1990, teóricamente, completó la protección. Sin embargo, la reciente decisión de la Corte Federal de Estados Unidos, del 21 de febrero de 2001, recaída en *University of Alabama v/Garret* parece contradecir este aserto. Efectivamente, por cinco votos contra cuatro, la Corte Federal dijo que la normativa no autoriza al discapacitado a reclamar su cumplimiento a los gobiernos estatales.<sup>132</sup> El precedente es preocupan-

---

<sup>130</sup> Véase, entre otros, G. Bidart Campos, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. VI. Buenos Aires, Ediar, 1995, p. 315; N. P. Sagüés, *Elementos de derecho...*, *op. cit.*, p. 94; V. Bazán, “Inconstitucionalidad por omisión, la experiencia brasileña y un ejemplo a tener en cuenta por el derecho argentino”, en *Revista Entre Abogados*, núm. 8. San Juan, p. 18; del mismo autor, “Un sendero que merece ser transitado: el control de la inconstitucionalidad omisiva”, en la obra colectiva *Desafíos del control de constitucionalidad*. Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1996, p. 171; Jorge Moras Mom, “La inseguridad jurídica y una inconstitucionalidad por omisión”, en suplemento *La ley*, 21 de octubre de 1993, p. 3; Adhemar Ferreira Maciel, “Mandato de injunção e inconstitucionalidade por omissão”, en *Revista Ajuris*, núm. 45, 1989, p. 123.

<sup>131</sup> La extensión de la expresión fue objeto de numerosas resoluciones judiciales; en un caso, se negó su aplicación en favor de una persona zurda a quien la patronal (servicio postal) obligaba a trabajar con la mano derecha, lo que producía un menor rendimiento, razón por la que fue despedida. La decisión fue criticada por un sector de la doctrina (véase Sharlene McEvoy, “Left-handed complment: De la Torres v/“Bolger and the Rehabilitation Act of 1973”, en *Revista de Derecho Puertorriqueño*, núm. 103, julio-octubre, 1988, p. 37).

<sup>132</sup> John M. Williams, *The High Court's Low Blow to the Disabled*, en <http://www.infiniti.com>. El autor comienza la nota del siguiente modo: “Hace muchos años, cuando comencé a



te, porque afecta la eficacia de la cláusula “reasonable accommodation”, corazón del ADA, que impone al empleador “hacer razonables esfuerzos para crear un lugar de trabajo en el cual el discapacitado pueda funcionar”. En el caso, Patricia Garret era una enfermera que trabajaba en el centro médico de la Universidad de Alabama; se descubrió que tenía cáncer de pecho y se le dio una licencia mientras se recuperaba de la operación que se le practicó; cuando regresó al trabajo fue colocada en otro puesto, en el que se le degradaba de categoría; la empleadora decía que su discapacidad, seguramente, le impediría desarrollar sus tareas satisfactoriamente. El caso de Patricia Garret fue tratado conjuntamente con el de Milton Ash, un oficial estadual que sufría de asma y que demandó a su empleadora por no proveerle de un lugar de trabajo donde no se fumara. Los tribunales de primera instancia rechazaron la demanda, en razón de la normativa que impide demandar directamente al Estado local sin consentimiento previo de éste (doctrina de la inmunidad soberana). El tribunal de apelaciones revocó esa decisión; se fundó en la enmienda 14 (igualdad ante la ley) que abre la acción aún contra el Estado local. Sin embargo, la Suprema Corte revocó la decisión del Tribunal de Apelaciones y falló en favor del gobierno del Estado, de tal modo que “la inmunidad del gobierno local prevaleció sobre los derechos civiles de los discapacitados”. Por la mayoría votaron los jueces conservadores Rhenquist, Thomas, Sandra Day O’Connor, Kennedy y Scalia. El voto del preopinante se funda en que la discriminación en contra de los discapacitados por el Estado empleador es un evento extremadamente raro que no justifica la modificación a la regla de inmunidad; agregó que la enmienda constitucional 14 no obliga a los Estados a dar especiales ubicaciones a los discapacitados sino en la medida en que sea racional, por lo que, al organizar los servicios, no están obligados a tener en cuenta la existencia de discapacitados. La decisión ha sido criticada, pues priva de todo peso al concepto de “reasonable accommodation”, al parecer, la única “justificación” a este paso atrás en la protección de los discapacitados se encuentra en *el costo suplementario* que supone tener este tipo de empleados (los ciegos usan impresión Braille, los cuadriplégicos un software especial, etcétera).

---

buscar trabajo, visité muchos departamentos del gobierno estadual. En más de una docena de ocasiones me dijeron: ‘Aun cuando usted está calificado para el trabajo, no podemos ofrecerle porque usted es tartamudo’”.

#### IV. LA EFECTIVIDAD DE LAS NORMAS QUE ESTABLECEN ACCIONES POSITIVAS

Aunque la jurisprudencia estadounidense muestra un franco retroceso en su aceptación, al parecer, en ese país este tipo de normas han producido modificaciones importantes en las pautas culturales. En Europa, el equilibrio jurisprudencial también parece haber incidido en los comportamientos sociales. En cambio, no se advierten transformaciones trascendentes en la sociedad latinoamericana: aunque las constituciones señalen como categorías especiales proteger “los niños, los ancianos y los discapacitados”, los niños de la calle aumentan,<sup>133</sup> las leyes de emergencia dilatan las pretensiones procesales de los ancianos y los discapacitados no consiguen trabajo. En fin, una vez más, las normas prometen medidas que luego no se ven reflejadas en la realidad.<sup>134</sup>

---

<sup>133</sup> Según algunos autores, el niño no parece tutelado ni siquiera en el contrato de aprendizaje (artículo 4 de la Ley 24465) generándose una discriminación desprotectora por edad de ribetes inconstitucionales (Walter Carnota, “Las medidas constitucionales de acción positiva y su incidencia en el derecho del trabajo”, en *Doctrina Laboral*, núm. 134, Errepar, octubre, 1996, p. 877).

<sup>134</sup> *Idem*.

# LA REPRESENTACIÓN DEMOCRÁTICA DE LAS MUJERES\*

*Alfonso Ruiz Miguel\*\**

Un día escribí 1+1+1: ésta es la fórmula de mi socialismo. Uno más uno, más otro... No quiero cientos, no quiero miles, no quiero millones, ¡no quiero ceros! Los ceros a la derecha o a la izquierda no sirven para nada en las agrupaciones humanas. Uno más uno, más uno, más uno. Un individuo, más otro, más otro. Y cuanto más individuo mejor. Completo, distinto, perfecto si es posible.

María Lejárraga

## INTRODUCCIÓN: ALGUNOS DATOS

Es un hecho que las mujeres tienen una participación en la política estatal bastante menor que los hombres, incluso en muchos de los países con sistemas democráticos más asentados. Tal vez no sea ocioso recordar que el primer paso para el ejercicio de esa participación, el reconocimiento legal del sufragio femenino, ocurrió entre hace poco más de un siglo y algo menos de 50 años, según indica el siguiente cuadro, que resulta suficientemente representativo:

---

\* En una versión anterior, ponencia presentada en las Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, celebradas en Granada los días 5 y 6 de abril de 2001. Además de a quienes tan vivamente intervinieron en el debate, agradezco a Juan-Carlos Bayón, Purificación Gutiérrez, Liborio Hierro, Francisco Laporta y Luis Rodríguez Abascal sus útiles comentarios a este trabajo, que forma parte del proyecto de investigación PB97-1434, del Programa Sectorial de Promoción General del Conocimiento, convocado por la Secretaría de Estado Universidades, Investigación y Desarrollo.

\*\* Universidad Autónoma de Madrid.

*Sufragio universal femenino*

Nueva Zelanda	1893	España	1931
Australia	1902	Brasil	1932
Finlandia	1906	Francia	1945
Noruega	1913	Italia	1945
Dinamarca	1915	Argentina	1947
Islandia	1915	Chile	1949
Gran Bretaña	1918	México	1953
Austria	1918	Perú	1955
URSS	1918	Egipto	1956
Suecia	1919	Paraguay	1961
Estados Unidos	1920	Suiza	1971

Hoy, tras ese tiempo en el ejercicio del voto —mucho o poco, según se mire—, la participación *activa* de las mujeres en la política estatal, esto es, en los parlamentos y gobiernos, sigue siendo en general notoriamente baja en comparación con la masculina. Por proporcionar algunos datos ilustrativos, actualmente la media mundial de mujeres parlamentarias es del 14.1 %.<sup>1</sup> La media europea, que es de 15.8 %, es un poco superior a la anterior, pero se queda en una cifra casi idéntica —de 14 %— en cuanto se descuentan los países escandinavos, cuyo 38.8 % de parlamentarias hace de ellos el grupo de países más cercanos a la igualdad en esta área. Si desglosamos las cifras de los 43 Estados del Consejo de Europa, podemos distinguir cuatro franjas de participación femenina en los parlamentos nacionales, que pueden verse en el siguiente cuadro:<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Éste y los datos que siguen, así como el cuadro de esta página, proceden de la Unión Interparlamentaria, 8 de marzo de 2001 (véase <http://www.ipu.org/wmn-e/classif.htm>).

<sup>2</sup> En este cuadro son de elaboración mía tanto la selección de los países como el promedio conjunto cuando el Estado en cuestión cuenta con dos cámaras (señalado en el cuadro entre paréntesis); en la fecha indicada en la nota anterior no están disponibles los datos de las últimas elecciones de Andorra y Liechtenstein, de marzo y febrero de 2001, respectivamente, por lo que se incluyen los de las precedentes.

*Mujeres en parlamentos nacionales europeos*

50-30 %		20-10 %		10-0 %	
Suecia	42.7	Estonia	17.8	Rumania (2)	9.3
Dinamarca	37.4	Portugal	17.4	Malta	9.2
Finlandia	36.5	Letonia	17.0	Francia (2)	9.1
Noruega	36.4	Reino Unido (2)	17.0	Rep. Moldava	8.7
Islandia	34.9	Luxemburgo	16.7	Grecia	8.7
Holanda (2)	32.9	Croacia (2)	16.1	Hungría	8.3
Alemania (2)	30.4	Rep. Checa (2)	14.2	Ucrania	7.8
		Eslovaquia	14.0	Georgia	7.2
		Irlanda (2)	13.7	Chipre	7.1
		San Marino	13.3	Andorra	7.1
		Polonia (2)	12.7	Macedonia	6.7
		Eslovenia	12.2	Fed. Rusa (2)	5.7
		Bulgaria	10.8	Albania	5.2
		Lituania	10.6	Turquía	4.2
		Azerbaiján	10.5	Liechtenstein	4.0
		Italia (2)	10.0	Armenia	3.1
30-20 %					
España (2)	25.9				
Austria (2)	25.0				
Bélgica (2)	24.9				
Suiza (2)	22.4				

Como se puede ver, en las dos primeras franjas, donde hay entre 43 y 20 % de mujeres, se hallan 11 países, de los cuales los cinco países nórdicos concentran los porcentajes más cercanos a la igualdad. España, con 26 % (28.3 en el Congreso de los Diputados) se encuentra en la segunda franja. En la tercera franja, que tiene entre 20 y 10 % de parlamentarias, se sitúan 16 países, y en la última franja, con menos de 10 % de mujeres, se hallan los restantes 16. Si comparamos las dos primeras franjas con las dos últimas, resulta que la participación femenina en los parlamentos es inferior a 20 % en las tres cuartas partes de los países europeos.

La dominante desproporción entre parlamentarias y parlamentarios se ve más claramente si se destaca que en la tercera y en la cuarta franjas el número de hombres en los parlamentos oscila entre 82 y 96 %, si bien en España ese porcentaje desciende hasta algo menos de 75 %. Ahora bien, las anteriores cifras seguramente son las más presentables, tanto en el ámbito político como, sobre todo, en el social. En lo que respecta a Espa-

ña, al menos, la desproporción entre hombres y mujeres es bastante mayor en órganos políticos distintos del parlamento, como el gobierno del Estado o los de las Comunidades Autónomas, donde, con alguna excepción, el porcentaje de mujeres se sitúa más bien en la tercera franja, esto es, entre el 20 y el 10 % (algunas cifras suficientemente indicativas se pueden ver en los siguientes cuadros).

*Mujeres en gobiernos autonómicos en España (1988)<sup>3</sup>*

	<i>Total</i>	<i>Consejeras</i>	<i>%</i>
Andalucía	14	3	21.4
Aragón	8	0	0.0
Asturias	6	1	16.7
Baleares	11	2	18.2
Canarias	11	1	9.1
Cantabria	9	1	11.1
Castilla y León	8	2	25.1
Castilla-La Mancha	10	2	20.0
Cataluña	14	1	7.1
Extremadura	8	0	0.0
Galicia	12	1	8.3
Madrid	7	1	14.3
Murcia	7	1	14.3
Navarra	10	1	10.0
La Rioja	6	1	16.7
C. Valenciana	10	3	30.0
País Vasco	11	2	18.2
Total	162	23	14.2

<sup>3</sup> Extraído de *La situación de la mujer en la toma de decisiones*, p. 85 (no he recogido la columna sobre “Presidentas”, que lleva 0 % en todas las filas).

*Ministras en los Gobiernos españoles*

1936		1	
1981-1982	UCD	1	
1982-1989	PSOE	0	
1989-1993	”	2	11.1%
1993-1996	”	3	20.0%
1996-1998	PP	4	28.6%
Enero-abril 1999	”	3	21.4%
Abril 1999-marzo 2000	”	2	14.3%
Mayo 2000...	”	3	17.6%
Número total de mujeres ministras (1936-2001) <sup>4</sup>			14

*Altos cargos en el Estado (1988)*

	<i>Total</i>	<i>Mujeres</i>	<i>%</i>
Ministros(as)	17	3	17.6
Secretarios(as) de Estado	24	1	4.0
Subsecretarios(as)	61	4	6.7
Directores(as) Generales	206	27	13.1
Total	308	35	11.4

Siempre en el caso español, la proporción de mujeres en órganos políticos no sólo es en conjunto baja en comparación, obviamente, con la población femenina, sino también con el porcentaje de mujeres con estudios superiores, que ya en 1995 alcanzaba 60 % de mujeres licenciadas, frente a 40 % de licenciados, y en 1996 56 % de matriculadas en licenciaturas, frente a 44 % de matriculados.<sup>5</sup> Con todo, los porcentajes de participación

<sup>4</sup> La cifra de 14 no es la suma de la tercera columna porque algunas ministras han formado parte de más de un gobierno (hasta 1998 cfr. *ibid.*, p. 81).

<sup>5</sup> Los datos proceden del Instituto Nacional de Estadística, *Anuario estadístico 1998*; si bien ha de tenerse en cuenta que, para el año de 1995, el porcentaje de mujeres tituladas en ingenierías o arquitectura fue de 23 %.

de las mujeres en órganos de relevancia política pueden dar una imagen distorsionada del grado de actividad femenina en los puestos de relevancia social, en los que se encuentran todavía en gran medida ausentes, especialmente, aunque no sólo, en el sector privado. En efecto, en la llamada sociedad civil, se pueden contar con los dedos de una mano las presidentas y consejeras de bancos y grandes empresas, incluidos los medios de comunicación, y las directoras de periódicos, televisiones y radios, sin que sea necesario insistir en órganos como la conferencia episcopal y similares. Pero también en el ámbito propiamente estatal, las mujeres brillan por su ausencia o por su escasísima presencia en centros importantes de poder como el Tribunal Supremo, donde no hay ninguna, o en el Tribunal Constitucional o la Conferencia de Rectores de las Universidades Españolas, que cuentan cada uno con una. Como es sobradamente sabido, el origen último de todas estas desigualdades, y la dificultad de su erradicación, está en las enraizadas pautas culturales que tienden a asignar a hombres y mujeres papeles diferentes y desiguales en la esfera pública y en la privada o familiar.

#### DE LOS DATOS A LA PROPUESTA DE LAS CUOTAS ELECTORALES

He ampliado deliberadamente el enfoque desde la esfera más directamente política a la social para poner de manifiesto la situación general de las mujeres, que se ha descrito gráficamente como un invisible pero duro “techo de cristal” que les impide o les dificulta llegar a los puestos de mayor responsabilidad social. Y lo he hecho porque fijarse sólo en los datos de participación femenina en órganos políticos podría sugerir implícitamente dos conclusiones distorsionadoras: en primer lugar, que de tales datos, todavía lejanos de la división al 50 % entre hombres y mujeres, se puede deducir mecánica y sencillamente la exigencia de una participación paritaria en órganos democráticos como parlamentos y gobiernos, sin que haya mucho más que argumentar, y, en segundo lugar, que bastaría una participación más igualitaria de las mujeres en tales órganos para conseguir su igualdad social.

La primera conclusión distorsionadora —que los datos de una todavía insuficiente participación política *activa* de las mujeres en órganos parlamentarios y de gobierno nos permiten deducir el criterio de estricta pari-



dad en parlamentos y gobiernos sin que debamos preocuparnos de argumentar más sobre ello— no es meramente el resultado de un prurito analítico que me obligue a recordar de nuevo la falacia naturalista. Procede, sobre todo, de la importancia de dar razones sobre una cuestión que no es tan sencilla como puede parecer a simple vista y, en particular, de la cautela—sin duda, también analítica— de no dar por supuesto sin el debido examen la noción de representación que merece respaldarse en la defensa de la ambigua propuesta de la democracia paritaria. En efecto, por “democracia paritaria” se puede entender, en un sentido estricto, la mera participación igual de las mujeres en los órganos políticos democráticos, pero también—según una preferencia que me inclino a dejar manifiesta por adelantado— el más amplio modelo de una sociedad en la que no sólo el poder político, sino los poderes sociales en general se hallen igualitariamente repartidos con independencia del sexo. El caso es que, detrás de esta diferencia—que no deja de remitir a dos usos tradicionales muy diferentes del término “democracia”, uno asociado a los procedimientos políticos y el otro a la noción de democracia social— se puede encontrar también la ya secular disputa sobre la representación política como mandato y como reflejo, junto a las diversas justificaciones de las distintas variantes de cada una de esas dos formas básicas de considerar la representación. Y se trata de una disputa en la que se engarzan diversas objeciones y réplicas que todavía resulta pertinente revisar ante la actual discusión sobre algunos procedimientos destinados a favorecer, o incluso imponer, una participación política activa más equilibrada de las mujeres. Como es claro, el procedimiento que mayor debate viene suscitando, sobre el que en esta intervención también pretendo reflexionar, es el mecanismo de las cuotas electorales, por el que en Bélgica, Francia o en 10 países de Latinoamérica se impone mediante ley la reserva o cuota de un porcentaje entre el 20 y el 50 % de mujeres en todas las candidaturas a las elecciones parlamentarias.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> La ley francesa del 6 de junio de 2000 es la única que llega a imponer prácticamente 50 % de candidatos de cada sexo en todas las listas electorales, ya que no permite una diferencia superior a uno en el número de candidatos de cada sexo (se excepcionan las elecciones a municipios de menos de 3,500 habitantes, las cantonales y las senatoriales de escrutinio uninominal). En las primeras elecciones en las que se aplicó dicha ley, el 11 y el 18 de marzo de 2001, el porcentaje de mujeres en los municipios mayores de 3,500 habitantes fue del 47.5, ascendiendo desde el 21.7 obtenido en las elecciones de 1995 (Cfr. *El País*, 27 de marzo de 2001, p. 4).

Junto a lo anterior, en segundo lugar, centrarse en los datos sobre desigualdad política para pasar seguidamente a analizar la justicia o la conveniencia de establecer mecanismos como las cuotas electorales con el objetivo de conseguir una democracia paritaria, podría inducir a la mencionada conclusión implícita de que la igualdad en el parlamento y el gobierno agota los objetivos de igualdad social de las mujeres. Pero esa conclusión sería precipitada porque, en realidad, la mejora en la participación política activa de las mujeres a través de un procedimiento como el de las cuotas electorales puede tener dos objetivos conceptualmente bien distinguibles: por un lado, alcanzar una representación política que refleje fielmente el porcentaje real de las mujeres en la sociedad, esto es, la democracia paritaria en el sentido procedimental, y, por otro lado, servir de indicador y estímulo para conseguir que las mujeres sean consideradas iguales en todos los ámbitos, esto es, una democracia paritaria en el sentido social, lo que no implica necesariamente mantener una representatividad política que refleje matemáticamente su número en la sociedad, pues una fluctuación entre 40 y 60 % parecería bastante razonable como realización de aquel objetivo.

Es cierto que uno y otro aspectos, el político y el social, seguramente se encuentran empíricamente conectados, pues es sensato predecir que una adecuada participación femenina en la política estatal es muy probable que sirva para alcanzar una mayor igualdad social entre mujeres y hombres. Y ello tanto por la eficacia directa que la legislación y el gobierno pueden ejercer sobre las relaciones sociales —no obstante, tal vez menor de lo que se supone a veces, en especial en lo que concierne al reparto de los papeles familiares, decisivo para la desigualdad femenina— como también por la influencia indirecta que el desempeño por parte de las mujeres de los puestos de mayor relevancia política puede tener en la transmisión de modelos de rol más igualitarios y en la superación de los estereotipos que dificultan su acceso a los demás puestos de especial relevancia social. Sin embargo, pretender el objetivo de una representación política de carácter reflejo, que permitiría hacer de las cuotas electorales un mecanismo ordinario y permanente con independencia de su repercusión en la igualdad social de las mujeres, es algo muy diferente que tomar esta última igualdad como objetivo y servirse para ello de la obtención de una mayor igualdad en la representación política, para lo que las cuotas se presentan como un medio posible pero no necesario y, sobre todo, extraordinario y, por tanto, temporal.

Como ya he sugerido antes, mi punto de vista es este último, pero para argumentar en su favor discutiré los principales problemas ético-políticos que presenta la propuesta de las cuotas electorales ordenando su análisis en tres apartados. En el primero comentaré las objeciones que se alegan en torno a los derechos asociados a la libertad electoral, tanto por parte de los electores como de los partidos y grupos que proponen las candidaturas parlamentarias, donde defenderé que la mayoría de las limitaciones que las cuotas imponen a esos derechos pueden estimarse, al menos temporalmente, como un sacrificio justificado para alcanzar el objetivo de una sociedad más igualitaria. En el segundo apartado trataré las objeciones que al sistema de cuotas se presentan en nombre del carácter individual y, a la vez, no vinculado de la representación, donde intentaré mostrar que las formas de representación por grupos, que ciertamente tienden a afirmar una representación de intereses parciales, no sólo tienen una larga tradición en los sistemas democráticos realmente existentes, siendo mucho más comunes de lo que suele darse a entender por este tipo de objeciones, sino que pueden ser un precio necesario, de nuevo temporal, para ir acercándose al ideal de una representación de individuos diferentes pero iguales y más desvinculada de intereses parciales. Y en el tercer apartado consideraré las objeciones que impugnan las cuotas electorales alegando razones relativas a la idea de igualdad, donde trataré de mostrar que, en general, se trata de objeciones que proceden de un malentendido a propósito del significado ética y políticamente defendible de la idea de igualdad.

Soy consciente de que la estrategia argumentativa que sigo puede dar la impresión de que se sitúa a la defensiva. En parte, se trata de una forma de presentación del tema, pero también tiene su componente de fondo, porque no creo que las cuotas sean ni el bálsamo de Fierabrás ni una medicina moderna sumamente eficaz y exenta de molestias, contraindicaciones ni efectos secundarios, sino, todo lo más, por concluir la metáfora médica, como el aceite de ricino, una receta de sabor desagradable porque de momento no parece haber un remedio más satisfactorio.

Añadiré, en fin, que el enfoque que adopto en lo que sigue es más filosófico-político que jurídico, de modo que no me detendré de manera especial —pues ya lo he hecho en otra ocasión (véase Ruiz Miguel, 1999)— en la discusión a propósito de la constitucionalidad o inconstitucionalidad en España de una legislación que introdujera las cuotas electorales.

## LAS LIBERTADES ELECTORALES

El primer tipo de objeciones que suelen presentarse frente a las cuotas electorales gira en torno a la idea de libertad, en particular a la de libertad electoral, y tanto de los electores como de las candidaturas electorales, cuyos protagonistas últimos suelen ser los partidos políticos. Analizar este tipo de objeciones permitirá, de paso, aclarar la relación de las cuotas electorales con los conceptos de representación en juego, así como con algunas variables significativas del diseño de los sistemas electorales.

En general, debe reconocerse que toda utilización de cuotas electorales presupone atribuir *alguna* relevancia a la representación como reflejo, esto es, a la idea de que un órgano como el parlamento ha de estar compuesto de personas *representativas* de las distintas categorías y grupos sociales. Sin embargo, en cuanto modelo puro y excluyente, la idea de la representación como reflejo se encuentra en tensión con la idea de la representación como mandato, pues privilegia tanto la necesidad de que las personas con función política sean *representativas* que pueden llegar a desdeñar u olvidar su función de *representantes*. Y, así, llevado al límite, un énfasis exclusivo o excesivo en la idea de representación como reflejo conduciría a tres conclusiones hoy difícilmente aceptables, y las dos últimas incluso absurdas. En primer lugar, haría preferible el sorteo (un sorteo basado en categorías “representativas”) sobre las elecciones como forma de organización democrática, lo que contrastaría con la posibilidad de que, mediante las elecciones, los ciudadanos deliberen y elijan entre distintas opciones políticas y, exigiendo la responsabilidad política a los representantes, cambien de opción política si así lo creen oportuno.<sup>7</sup> En segundo lugar, resulta imposible representar fidedignamente a los distintos conjuntos sociales que combinan los complejos y variables intereses y opiniones de todos los ciudadanos,

---

<sup>7</sup> La sustancia de la anterior alternativa no cambia aunque se prefiera presentar como contraste entre gobierno democrático propiamente dicho —al modo de la Grecia clásica o de las repúblicas italianas medievales— y gobierno representativo, que es el hilo conductor de un interesante libro de Bernard Manin (1995).

Por lo demás, sin ser una fórmula política irracional, el sorteo me parece hoy, aparte de improbable implantación, poco argumentable en términos de responsabilidad (en el sentido de *accountability*, al que me refiero en el texto) de los políticos ante la opinión pública, que, junto a la discontinuidad endémica entre los representantes, es una de las obvias razones en contra del uso en política de este procedimiento (para una inteligente exposición de sus ventajas y desventajas, cfr. Elster 1989, § 2.6; agradezco a uno de los participantes en las Jornadas de Granada en que expuse este papel que me recordara el estudio de Elster).

muchas veces superpuestos y entrecruzados, de forma que resulta imposible articular una representación que recoja de forma proporcional las diversas formas de superposición de sexo, etnia, religión, clase social, edad, situación laboral, ideología política, tal o cual discapacidad, etcétera. En tercer lugar, en fin, si el ideal del reflejo perfecto fuera posible, sería contradictorio con la idea de representación, pues el único reflejo exacto es la copia idéntica de lo que se representa; pero en política el órgano representativo nunca puede ser idéntico al *demos* representado, esto es, nunca puede ser una copia propiamente dicha y absolutamente fiel, salvo que aquel órgano sea efectivamente idéntico pero a costa de dejar de ser “representativo”, es decir, de dejar de ser en absoluto una copia porque el *demos* pasa a ser, sin más, el que decide, en cuyo caso ya no existe propiamente representación política.

Ahora bien, si todo lo anterior es cierto, lo es sólo cuando se mantiene como válido de manera exclusiva el concepto de representación como reflejo, con exclusión de la idea de representación como mandato, da igual ahora que tal mandato se conciba como imperativo o como no vinculado, es decir, bajo el principio de vinculación del representante a sus electores o bajo el principio de libertad. Sin embargo, ambos conceptos de representación, como reflejo y como mandato, no son necesariamente excluyentes entre sí. En particular, se puede aceptar como criterio general la aceptabilidad de la idea de representación como mandato electivo y, a la vez, propugnar como ideal valioso la mayor proximidad posible y razonable a la representación como reflejo, bajo el presupuesto de que el sistema democrático-liberal se basa, desde luego y en primer término, en la decisiva capacidad de elección de los ciudadanos, quienes mediante sus votos pueden cambiar a sus gobernantes, pero también, además, en la conveniencia de que los representantes no sean una clase aparte que apenas tiene que ver con los intereses, preocupaciones y opiniones de sus electores. Así planteada la relación entre ambos conceptos de representación, no sería aceptable dar tal prioridad a la representación como reflejo que se llegaran a suprimir las elecciones o a menguar las libertades esenciales de sufragio, pero el mantenimiento y la vitalidad de unas y otras tampoco tiene por qué excluir toda búsqueda del ideal de que los representantes reflejen lo más fielmente que sea razonable la variedad y complejidad de la sociedad en cuyo nombre actúan.

Francisco Laporta ha escrito que la representación por grupos quiebra la libertad electoral en cuanto que “uno ya no es *elegido* porque los votantes

lo deciden, sino que puede que *salga* automáticamente porque pertenece a una minoría que hay que escuchar, diga lo que diga el votante” (2001, p. 26). Si esta objeción se refiere a la eventual asignación directa de puestos en el parlamento para una o varias minorías, al modo de los senadores de designación real o presidencial, esto es, al margen de todo proceso electoral popular, sin duda que Laporta tiene toda la razón. Ahora bien, las cuotas electorales que de hecho se vienen estableciendo y propugnando para aumentar la representación femenina en los parlamentos no tienen nada que ver con este modelo, pues no reservan directamente un cupo en el órgano parlamentario con independencia de la elección, sino un cupo en las candidaturas electorales, de modo que salen las personas elegidas por los votantes (las más de las veces tras su previa selección por un partido, claro, pero volveré enseguida sobre esto).

Y por cierto que, según el sistema que se emplee, dicho cupo tanto puede garantizar como no garantizar un cierto mínimo de escaños como resultado. En efecto, como muestra la reciente experiencia de los países latinoamericanos, la máxima eficacia en los resultados de las cuotas en las candidaturas electorales sólo se puede conseguir mediante un sistema electoral en el que, aparte del porcentaje de mujeres obligatorio por candidatura, se den al menos las cuatro siguientes condiciones simultáneas: a) listas cerradas o por candidaturas, puesto que en las listas abiertas —como en la elección de nuestro Senado— el elector no sólo es libre de elegir candidatos de distintos partidos sino también de votar a hombres o a mujeres; b) listas bloqueadas, o con un orden inalterable por el elector, ya que las candidaturas con posibilidad de establecer preferencias, aun limitadas a cada lista, también permiten votar a hombres o a mujeres; c) con mandato de posición, esto es, con alguna obligación de intercalar hombres y mujeres o de situar mujeres en la primera parte de la lista, pues mediante listas bloqueadas los partidos pueden cumplir formalmente la cuota relegando a las mujeres a lugares de improbable éxito,<sup>8</sup> y, en fin, d) distritos electorales con un número amplio de elegibles, ya que, por ejemplo, en un sistema con distritos en los que se atribuyen muy pocos escaños, incluso mediante listas

---

<sup>8</sup> La citada ley francesa del 6 de junio de 2000 contiene dos sistemas diferentes a este respecto: en las elecciones al Senado con escrutinio proporcional y europeas establece el sistema de cremallera, o alternancia de un hombre y una mujer del principio al fin de la lista, mientras que en las elecciones municipales y regionales obliga a la paridad en cualquier orden en cada franja de seis candidatos.

cerradas, bloqueadas y con mandato de posición, el número de mujeres globalmente elegidas podría ser mínimo.<sup>9</sup>

Pues bien, aunque supongamos un sistema de cuotas electorales en el que se cumplen las cuatro condiciones anteriores, la limitación a la libertad de los electores es casi prácticamente la misma que en un sistema sin cuotas pero de listas cerradas y bloqueadas. Es verdad que si uno se pone purista, las cuotas añaden una limitación más a las que ya establecen los partidos o agrupaciones que elaboran las candidaturas, pero no comportan, ni mucho menos, un salto cualitativo que permita afirmar la existencia de una diferencia entre *ser elegido* y *salir automáticamente*. Con todo, siempre desde el punto de vista de la libertad del elector, podría replicarse que el problema reside ya en el propio sistema de listas cerradas y bloqueadas, que las cuotas no harían más que agravar todavía más, de modo que, según esta réplica, sería tal sistema electoral, al que las cuotas deben adosarse si quieren tener eficacia, el que colocaría a los candidatos más cerca de salir automáticamente que de ser propiamente elegidos. Ahora bien, creo que esta réplica va demasiado lejos, pues no sólo condenaría un tipo de sistema electoral, como el de listas bloqueadas y cerradas, con rendimientos democráticos positivos (cfr. Montero, 2000, p. 36), sino que en realidad podría extenderse también a un sistema tan acreditado como el británico, del que al fin y al cabo también se podría decir que en cada distrito sale automáticamente sólo uno de los dos o tres candidatos presentados por los partidos principales, o, si se quiere, que cada elector se ve obligado a votar, si es que desea votar, a uno entre los pocos candidatos que se presentan en su distrito.

El que la objeción anterior vaya demasiado lejos, sin embargo, no elimina la parte de razón que hay detrás de ella, que no es otra que el hecho de que el mecanismo de la cuota electoral en un sistema con listas cerradas y bloqueadas limita en alguna medida la libertad de los electores. Pero, por decirlo rápida y sencillamente —aun dejando pendiente una salvedad que enseguida recogeré—, este tipo de limitaciones no comprometen, a mi

---

<sup>9</sup> Cfr. Jones, 2000, pp. 38 y ss. En su interesante estudio, este autor introduce un requisito más, la buena fe de los partidos, pero me parece superfluo en el contexto discutido, pues con tal buena fe no haría falta ningún otro de los requisitos del texto (y ni siquiera la obligatoriedad de las cuotas, en realidad) y con los requisitos del texto no parece necesaria la buena fe.

Sobre el escaso resultado de las cuotas en Bélgica, donde una ley de 1994 estableció el mínimo de una cuarta parte de candidatos del mismo sexo (y de un tercio a partir de 1999) pero sin mandato de posición, véase Meier, 1999; Freixes, 1999, pp. 93-94 y 98-99, y Vogel-Polsky, 1999, pp. 151-154.

modo de ver, el contenido esencial de la libertad de sufragio activo. Cabe admitir, incluso, que el modelo ideal es el que garantiza la mayor libertad posible para el elector, pero eso no implica que un sistema que se aparte de ese ideal sea necesariamente incorrecto o injusto, especialmente cuando el modelo ideal, en situaciones reales complejas, no puede realizarse sin sacrificar o posponer otros bienes que también merecen protección, como la gobernabilidad —que es el clásico valor que tradicionalmente se coloca en relación de contrapeso con los de representatividad y de libertad electoral— o, en el caso de las cuotas, la igualdad entre mujeres y hombres.

Junto a la libertad del elector, las cuotas limitan también, y seguramente de manera más directa, la libertad de sufragio pasivo, es decir, la libertad de los partidos políticos y las agrupaciones electorales para proponer a sus candidatos en el número y orden que deseen. Además, lo que puede ser objeto de mayor discusión, si las cuotas son formalmente bidireccionales y no sólo femeninas, en el límite tienen el efecto lateral de excluir la posibilidad de presentar candidaturas deliberadamente compuestas sólo por hombres o por mujeres.

Frente a las objeciones anteriores, conviene recordar que, sin que nadie lo ponga en cuestión, la libertad de configuración de las listas no suele ser de hecho absoluta, pues la mayoría de los sistemas, aparte de limitaciones técnicas como la exigencia de que las listas sean completas o de no repetir candidato en más de un distrito, excluyen del derecho al sufragio pasivo a ciudadanos condenados por determinados delitos a quienes a veces su partido estaría muy interesado en presentar a las elecciones. En ese marco, también para el sufragio pasivo, la limitación que en general las cuotas imponen a la libertad de propuesta de los partidos puede ser, en mi opinión, un sacrificio justificado por el fin de la igualdad entre hombres y mujeres, especialmente si se establecen como medidas temporales que han de cesar no sólo en el caso de que hayan cumplido sus objetivos en un plazo razonable, sino también en el caso de que no los hayan cumplido en ese plazo, una eventualidad que mostraría su falta de idoneidad como instrumentos, que al fin y al cabo es lo que son, y, por tanto, la necesidad de refinarlos más o de buscar el objetivo mediante mecanismos alternativos.

Sin embargo, este criterio general favorable a las cuotas —y aquí viene la salvedad que antes dejé pendiente— tal vez sea excesivo en lo que afecta a la exclusión de candidaturas deliberadamente compuestas sólo por hombres o sólo por mujeres. La razón de mi duda es que este tipo de candidaturas tendrían como elemento central de su propuesta precisamente su



carácter unisexuado y prohibir legalmente tal tipo de propuestas constituiría no sólo una limitación a la libertad de sufragio, tanto activo como pasivo, sino también una grave restricción a la libertad de expresión, especialmente grave por producirse en el importante momento de la contienda electoral. Si tal restricción no se considera justificada, como tiendo a pensar, hay una solución que, aunque de improbable articulación, resuelve la aparente aporía de defender en general las cuotas electorales sin aceptar la consecuencia de la exclusión de las candidaturas de un solo sexo, y es que la ley permita a los partidos optar, sin posibilidades intermedias, entre adoptar el mecanismo de la cuota o presentar una candidatura unisexuada, en tal caso quizá con la exigencia de indicarlo expresamente en la propia candidatura.

#### EL IDEAL DE LA REPRESENTACIÓN INDIVIDUAL Y NO VINCULADA

La objeción que discutiré a continuación sostiene que las cuotas electorales, al garantizar un mínimo de representación a un determinado colectivo social previamente significado por la propia cuota, desnaturalizan el sistema democrático al segmentar la representación política en la dirección inadecuada de la defensa de intereses sectoriales. La objeción puede tener dos presentaciones algo diferentes, por más que ambas partan del modelo ideal de la representación política como expresión de una voluntad o un interés global o general por parte de los representantes en nombre de los distintos individuos representados. La primera es la que, defendiendo directamente el principio de la voluntad —o el interés— general como fin de la representación política, considera que las cuotas femeninas propugnan una representación de intereses parciales. La segunda es la que, aun aceptando que la garantía legal de un cierto mínimo de representación femenina podría ser una forma aceptable de organización democrática, siquiera sea temporalmente, teme que cunda el ejemplo y, a modo de pendiente resbaladiza, termine por generalizarse para dar lugar a la representación de muy variados grupos (étnicos, económicos, de discapacitados, etcétera) que podrían llegar a fragmentar —o “balcanizar”, como gusta decirse con una palabra otra vez de la más rabiosa actualidad— la representación parlamentaria, impidiendo la gobernabilidad y la básica consideración global de los intereses colectivos. Creo que la primera objeción admite, además de una mala, otra respuesta buena y que la segunda objeción, aunque plantea dificultades muy

serias, quizá no sea tan decisiva como parece a primera vista. Veámoslo por partes.

La primera objeción no es más que una aplicación al caso de las cuotas electorales de la vieja polémica entre la representación como mandato libre y como mandato vinculado. Según la clásica formulación de Edmund Burke, la independencia de juicio de los representantes respecto de la opinión y los intereses de los representados es esencial para un adecuado funcionamiento del parlamento como sede de una deliberación en la que cada diputado se deba sólo al interés del conjunto de la nación y no al del distrito que le ha elegido o a cualquier otro interés parcial. Frente a este modelo —que en nuestros días ha vuelto a defender Sartori (1990, p. 235)—, las cuotas electorales, al garantizar la elección de un grupo determinado como el de las mujeres, fomentarían una representación de intereses parciales en detrimento del interés general.

Básicamente, hay dos formas de replicar a esta objeción. La primera, que adelanto que no me resulta nada convincente, acepta que, en efecto, las mujeres son un grupo con intereses propios y distintos confronta el modelo ideal burkeano de la representación desvinculada con la realidad de los sistemas democráticos existentes, en muchos de los cuales vienen produciéndose formas de representación de grupos definidos por sus intereses sectoriales, especialmente por la usual distribución electoral conforme a distritos territoriales con intereses propios suficientemente diferenciados, sea sólo por su distinto carácter económico, más agrícola o más industrial, o sea incluso por su distinto carácter político, como en el caso de las regiones con conciencia nacionalista.<sup>10</sup> Pues bien —continúa esta primera forma de

---

<sup>10</sup> Como ha señalado Kymlicka, la representación por grupos es una realidad en numerosos países, donde la distribución de distritos electorales tiende a adaptarse a comunidades de intereses diferenciados (cfr. 1995, pp. 135-136). En el sistema electoral español, basado en la división provincial, aunque de forma algo gruesa, se verifican las dos grandes líneas indicadas en el texto: por un lado, la distinción entre población rural y urbana, que prima considerablemente en número de escaños a las provincias más agrícolas, menos pobladas y, en general, políticamente más conservadoras sobre las más industrializadas, urbanas y políticamente más de izquierda, y, por otro lado, la regional, que en algunas partes del territorio permite obtener más escaños gracias a la concentración de los votos nacionalistas.

Por cierto, viene aquí al caso recordar que la sobrerrepresentación de algún grupo o distrito, tan común en los sistemas electorales, implica necesariamente un cierto apartamiento del criterio “un hombre, un voto”: en España, por ejemplo, mientras que los aproximadamente 75,000 electores de Soria eligen tres diputados, los cuatro millones largos de Madrid eligen 34 diputados, de modo que, en promedio, el voto del elector soriano vale casi cinco veces más que

replicar a la objeción—, dado el modelo realmente existente, aun admitiendo que la representación específicamente femenina sirva de amparo a intereses sectoriales, no parece que pueda resultar menos justificada que la de los grupos territoriales.<sup>11</sup> Y, al fin y al cabo, si fuera cierto que las mujeres elegidas van a representar esencialmente los intereses de las mujeres, los intereses de la mitad de la población no son algo que se pueda soslayar más fácil y justificadamente que los de un grupo territorial con diferencias lingüísticas o culturales significadas. O, dicho de otro modo, si admitimos que algunos grupos diferenciados deben tener ciertas facilidades para contar con una representación propia, en buena parte porque el modo de representación tradicional no cumple la función de defender los intereses generales tanto como prometía la doctrina ideal, las mismas razones parecen avalar el facilitar la representación de las mujeres, que son nada menos que la mitad de la población.

Ahora bien, desde mi punto de vista, una réplica como la anterior no deja de ser insatisfactoria en su equiparación de los intereses de las mujeres con los de los grupos con identidad específica, como si las diferencias entre hombres y mujeres fueran tan esenciales como pretenden ser las de estos últimos, para los que se demanda una representación separada permanentemente. Quizá ésta sea la conclusión a la que conduce el llamado feminismo de la diferencia, pero no resulta defendible desde un enfoque más

---

el del madrileño. Digo esto porque, frente a lo que ha objetado Francisco Laporta, no hay ninguna conexión necesaria —ni lógica ni empírica— según la cual la representación de grupos deba producir este tipo de desigualdad y, desde luego, las cuotas electorales femeninas se han diseñado siempre para garantizar un mínimo de mujeres representantes por debajo del porcentaje total de mujeres (cfr. Laporta, 2001, pp. 25-26, donde, por lo demás, no resulta claro si la noción de voto “con mayor fuerza decisional”, o que “rinde más en términos de representación”, alude al problema anterior, de la desigualdad en el valor del voto mismo, o al de la desigualdad en el impacto del voto, en la que en realidad incurren necesariamente todos los sistemas electorales, aunque otorguen igual valor a todos los votos, en cuanto que admiten la existencia de votos que no se traducen en escaños: por poner un ejemplo extremo pero claro, en un sistema mayoritario como el británico, si en todos los distritos vencieran los candidatos del mismo partido, el impacto del voto de casi la mitad de los votantes sería nulo, aunque el valor de su voto fuera exactamente igual que el de los votantes del partido vencedor, y lo mismo ocurre en cualquier sistema proporcional con los votos destinados-otorgados a candidaturas que no obtienen representación).

<sup>11</sup> Sartori ha afirmado que el territorial es el “criterio menos arriesgado de todos” en lo que se refiere a desanimar al elector a votar por sus intereses particulares (cfr. 1990, p. 239), pero el evidente olvido de los nacionalismos en Estados plurinacionales exime de argumentar más contra esta idea.

universalista o ilustrado, tan bien representado en nuestro país por Celia Amorós y Amelia Valcárcel, para el que no es digna de compartir la idea de que las mujeres tengan intereses esencialmente distintos a los de los hombres.<sup>12</sup> Y tal es, aun dentro de su relativa heterogeneidad, el enfoque del feminismo de la diferencia, para el que existen rasgos que separan esencialmente a hombres y mujeres en tanto que categorías colectivas, se cifren luego tales rasgos en la feminidad como atención y cuidado familiar, como especial valoración de la paz, la vida y la solidaridad, como oposición a la supuesta uniformidad masculinizadora de la Ilustración, como complicidad en el lesbianismo, o como una u otra mezcla de los anteriores.<sup>13</sup>

Pues bien, según tal modelo, un mundo de hombres y mujeres iguales tendría una proporción similar de representantes políticos, pero no por razón de su igualdad básica, sino, precisamente, por suponerse que hombres y mujeres son tan diferentes entre sí que necesitan una representación separada. Este tipo de justificación, sin embargo, no conduce a una política de

---

<sup>12</sup> Sobre la argumentación en favor de la representación por grupo de las mujeres, basada en la idea de que sólo ellas pueden entender y defender bien sus propios intereses, remito a tres de las cuatro objeciones de Kymlicka contra la representación como reflejo aquí relevantes: a) que la idea de la incomunicabilidad intergrupal puede convertirse en una excusa para que los hombres se abstengan de entender o representar las necesidades de las mujeres; b) que comporta también el punto de vista recíproco, y profundamente aislacionista, de que las mujeres no pueden entender a los hombres, y c) que socava la propia idea de representación por grupos en cuanto que el grupo de las mujeres puede subdividirse en grupos con diferentes intereses no inteligibles para los demás grupos (cfr. 1995, pp. 139-140).

<sup>13</sup> Ana Rubio ha hecho un uso de la idea del feminismo de la diferencia, como opuesto al que considera igualitarismo formalista y falsamente universalista de la Ilustración, que me produce perplejidad porque junto a la entificación del colectivo femenino coherente con aquel tipo de feminismo —así, habla de que “*la mujer* no está ni se reconoce” en ciertas formas de entender la subjetividad (1997, p. 21; cursiva mía), propone “que *las mujeres* se reconozcan diferentes” (p. 23; cursiva mía) o caracteriza a dicho feminismo por “el esfuerzo por construir la *subjetividad de la mujer*, así como [por] el intento de elaborar una *nueva cultura* y unos nuevos valores que oponer a los existentes” (p. 131)—, también mantiene la tesis ilustrada de que “[n]o existe nada que pueda ser llamado ‘mujer’ u ‘hombre’, existen mujeres y hombres, en los que confluyen diferencias de todo tipo” (p. 18), de que “ser mujer” es “no aceptar, sin más, lo que los demás digan que es, construir el ‘yo’ con independencia mental” (p. 22), o de que se trata de “construir un orden social donde la persona humana pueda desenvolverse plenamente” (p. 25). En lo personal, suscribo esta segunda línea, para la que el feminismo de la diferencia no parece, desde luego, un modelo, pero tampoco, siquiera, un medio. Las bellas palabras de María Lejárraga con las que Ana Rubio concluye su libro, y que también encabezan este escrito mío, tal vez sugieren una sustancial y última coincidencia entre nuestros dos puntos de vista por encima de diferencias.

cuotas electorales dentro de todas las candidaturas, esto es, transversal a los partidos, sino más bien a una reserva de puestos obtenibles por candidaturas exclusivamente femeninas y, en el límite incluso, con los propios electores constituidos en distritos personales diferenciados por el sexo. Por lo demás, bajo este punto de vista, la garantía de una representación femenina debería tender a ser permanente y lo más próxima posible al 52 %, esto es, al porcentaje de mujeres existente en el conjunto de la sociedad.

Una forma muy distinta, y a mi modo de ver mucho más atractiva, de afrontar la objeción de que las cuotas electorales femeninas fomentan una representación de intereses parciales consiste en destacar cómo un aumento de la representación femenina puede servir para enriquecer la deliberación política y, con ello, conseguir decisiones políticas más ilustradas y justas para todos, contribuyendo así en mayor medida al interés general. Según este segundo enfoque, más universalista que el anterior, en los hechos, las diferencias importantes entre los sexos no sólo han sido y son básicamente culturales —teniendo siempre también mucho de meros arquetipos simplificadores de diferencias más ricas y complejas que no pasan necesariamente por la diferencia sexual—, sino que el ideal regulativo es que las diferencias pasen por los individuos con independencia de los sexos en tanto que categorías. Y en la tensión entre las diferencias de hecho y el ideal regulativo la participación de un mayor número de mujeres en los parlamentos parece preferible que se manifieste dentro del marco de las diferencias ideológicas, que se estructuran básicamente a través de los partidos políticos. Y así como los partidos pueden ser vistos como instrumentos para la defensa en el parlamento y ante la opinión pública de diferentes interpretaciones del interés general, una mayor participación de mujeres en todos los partidos también debería servir para enriquecer la calidad de la deliberación política con nuevas interpretaciones o insistencias que de otro modo podrían haber resultado silenciadas o mal comprendidas pero que no tienen por qué agotar lo que esas mujeres tienen que decir en la política.

Desde este punto de vista universalista, la reserva de cuotas femeninas, que obliga a todas las candidaturas y, por tanto, opera en el interior de la primera y más decisiva diferencia entre partidos, no sólo resulta ajena a los mecanismos electorales que tienden a garantizar representaciones de grupos diferenciados, sino que se justifica sobre todo con carácter temporal. Asimismo, en cuanto que tal reserva tiene una función no sólo de búsqueda de una estricta igualdad política, sino también, y sobre todo, de símbolo de denuncia y de estímulo para la superación de la desigualdad general

de las mujeres —incluida la desigualdad política, pero sólo como una manifestación más—, tampoco necesita manifestarse en una estricta representatividad de 50 %. Esta fundamentación, por lo demás, concuerda con la política de proponer cuotas tendentes a la consecución de alrededor de 30 % de mujeres en los parlamentos, que, al parecer, es el umbral estimado de suficiente “masa crítica” para comenzar a tener influencia política efectiva.<sup>14</sup> Tal influencia, de forma paulatina pero sensible y sin pausa, debería servir no sólo, desde luego, para situar los márgenes de participación femenina en la política entre 40 y 60 %, sino también para aumentar apreciablemente esa presencia en todos los ámbitos, así como para propiciar modelos más igualitarios en las relaciones privadas.

Argumentos como los anteriores, sin embargo, parecen dar alas a la segunda objeción antes anunciada frente a la representación femenina garantizada, incluso a través de los partidos políticos. Si admitimos que las mujeres tienen que estar representadas en mayor medida por las propias mujeres en los parlamentos por su situación de desigualdad general en la sociedad, reza esta segunda objeción, esa misma razón es aplicable a numerosos grupos socialmente desaventajados, los cuales, sea por razones étnicas, físicas (como en el caso de los discapacitados) o incluso económicas, también deberían tener una representación propia proporcional a su número en la sociedad. Pero entonces, concluye la objeción, por el conocido mecanismo de la pendiente resbaladiza las cuotas femeninas se pueden convertir en una especie de caballo de Troya por el que la representación política cae en el riesgo de fragmentarse en relaciones limitadas a la negociación de intereses parciales, dificultando y, en el límite, impidiendo una adecuada gobernabilidad en función de los intereses colectivos.

Mientras la anterior objeción destacaba sobre todo el contraste entre la representación como mandato desvinculado de intereses y como mandato imperativo, esta otra cambia el acento hacia el contraste entre la representación como mandato —especialmente como mandato no vinculado— y la representación como reflejo. Como ya argumenté antes, la necesidad de que

---

<sup>14</sup> Tal es el criterio en el que, al parecer, se insistió en la Conferencia de Nueva Delhi de la Unión Interparlamentaria, celebrada en febrero de 1997 sobre el tema “Towards Partnership Between Men and Women in Politics”, con la participación de 78 delegaciones nacionales compuestas por 121 hombres y 119 mujeres, así como de Organizaciones No Gubernamentales (cfr. Anastassopoulos, 2000, p. 101, y el “Concluding statement by the President on the outcome of the Conference”, que puede leerse en “<http://www.ipu.org/splz-e/Ndelhi97.htm>”).

los representantes sean, además de políticamente responsables y dotados de su propio criterio, también representativos de los ciudadanos está detrás de la ideología democrático-liberal, para la que no parece que pueda resultar aceptable que importantes categorías de ciudadanos, sean las mujeres, sean etnias o razas minoritarias u otras minorías relevantes, permanezcan sin voz en un espacio público como el parlamento. Sin embargo, aunque en principio resulte aceptable la extensión sensata y responsable del mismo modelo de representación a los grupos que, por razones similares a la desigualdad de las mujeres, necesiten una mayor representatividad en la esfera política oficial, la analogía entre mujeres y grupos minoritarios y su consiguiente equiparación no están libres de problemas que podrían respaldar la consideración del caso de las mujeres como un caso aparte.

El primer problema que presenta la analogía entre mujeres y grupos minoritarios procede del supuesto contraste entre el carácter transitorio de la diferenciación entre hombres y mujeres y el carácter tendencialmente permanente de las diversidades étnicas y culturales.<sup>15</sup> En realidad, ese contraste presupone una distinta justificación de la representación diferenciada en uno y otro casos, aunque nada impide que un grupo étnico haya sufrido también discriminación. Ciertamente, cuando pensamos en comunidades minoritarias, como los lapones o los indígenas americanos, étnica y territorialmente bastante bien determinables, las razones para organizar la representación política de modo que garantice su participación parecen similares a las que respaldan ciertas especiales competencias políticas de las regiones en las que existe una mayoría con un idioma y unas tradiciones propias. Ahora bien, la determinabilidad territorial y étnica de un grupo es un hecho sin contenido ético propio, mientras que el criterio de la especial protección política a las diversidades culturales adolece del potencial peligro de expandirse casi al infinito, devolviéndonos de nuevo a la pesadilla de una representación fragmentada en distritos personales en la que, además de la dificultad de situar a las personas con identidades complejas, termine por desaparecer todo rastro de interés general y de unidad política.

---

<sup>15</sup> Para una argumentación en esta línea, véase Kymlicka, 1995, especialmente los capítulos 2, 6, 7 y 9. Además de la anterior distinción, Kymlicka distingue también entre naciones minoritarias y grupos étnicos, dependiendo del hecho de su asentamiento histórico en el territorio o de su carácter inmigratorio, pero con independencia de los problemas de esta distinción defiende que ambos tipos de grupos tienen derechos de representación especiales en las instituciones políticas centrales del Estado que los integra.

Junto a lo anterior, se alegan también razones independientes para considerar la desigualdad de las mujeres como un caso único y, por tanto, sin posibles equivalentes. Si puedo aludir a mi experiencia, éste es un punto de vista muy firme y común entre mujeres feministas, a quienes, a propósito de las cuotas, desde hace tiempo vengo percibiendo que parece incomodar sobremedida la mera comparación entre la discriminación de las mujeres y la de las minorías étnicas. Excluyendo que detrás de esta actitud haya una motivación racista, incluso larvada, el argumento central parece residir en que las mujeres no son un grupo como los demás (a veces se insiste en que no son propiamente un grupo en absoluto, como si, en el sentido fuerte del término, como agrupación con conciencia de sí e ideología común, lo fueran todos los grupos étnicos, religiosos o económicos). Sin embargo, la razón de esta aseveración no puede depender de que aceptemos aplicar o no al caso el nombre de “grupo”, sino de los rasgos que caracterizan a las mujeres y a su discriminación. En esa caracterización, su presunta singularidad tampoco puede ser meramente cuantitativa, como si el hecho de ser la mitad de la humanidad y no una minoría implicara una diferencia esencial: más bien al contrario, el problema de las mujeres es que, como se ha dicho, son tratadas discriminatoriamente, como si fueran una minoría. En este punto, si el argumento no reside en una, para mí, inescrutable diferencia radical y esencial entre hombres y mujeres que no se podría dar en ninguna otra posible clasificación humana, la diferencia debe estar en la especial naturaleza de la discriminación contra las mujeres, que haría de ella algo incomparablemente peor que cualquier otra discriminación.

Ahora bien, por decirlo tajantemente, creo que esta opinión es errónea como tesis universal, aunque puede ser atinada en situaciones históricas concretas. La tesis universal, usualmente fundamentada en una categoría tan abstracta como la del patriarcado y la radical perversidad de su dominación, seguramente se apoya en que las mujeres han tendido a ocupar una posición subordinada, incluso dentro de los grupos más oprimidos, pero ese hecho indiscutible no autoriza a considerarlas como un universal que transmita místicamente a todas las mujeres, incluidas las occidentales cultas y ricas, un padecimiento discriminatorio esencialmente distinto y mayor, por ejemplo, al de los africanos y africanas esclavizados durante la Edad Moderna. Ahora bien, en la actualidad, y en un país como el nuestro, la manifestación de la discriminación de las mujeres no sólo en forma de patente desigualdad política y social, sino también a través de la violencia doméstica y sexual en un importante número de casos, es un fuerte argumento para



considerar que, de hecho, no existe hoy ningún grupo o colectivo social en situación de tan grave desigualdad. Y si esto es así, el argumento de la pendiente resbaladiza puede ser superado mediante un corte tajante que muestra a la desigualdad de las mujeres, hoy y en un país como el nuestro, como un caso único.

## LOS DERECHOS A LA IGUALDAD

La habitual apelación a la igualdad como justificación de las cuotas electorales puede resultar paradójica si se tiene en cuenta que seguramente la más socorrida objeción que las cuotas suelen suscitar se presenta también en nombre de la igualdad. Naturalmente, nadie impugna abiertamente como tal que el objetivo final de las cuotas electorales sea la igualdad entre hombres y mujeres, cuya deseabilidad no se discute, pero se alega que, a pesar de todo, comprometen el derecho a la igualdad de las personas. Son comunes dos argumentos distintos en esta línea: uno que apela directamente al principio de no discriminación y otro que relaciona el principio de igualdad con el criterio del mérito en la selección de los representantes políticos. Veámoslos por ese mismo orden.

La acusación de violación del principio de no discriminación es familiar, al menos frente a cierto tipo de acciones positivas: en particular, frente a aquellas medidas desiguales en favor de la igualdad de un colectivo previamente discriminado, en las que una cuota o reserva permite conseguir un puesto a una o varias personas en lugar de otras. Como es sabido, tales medidas se han caracterizado también —en un primer momento por sus detractores— como “*discriminación positiva*” o “*inversa*”, dando a entender así que la preferencia actual por el grupo previamente discriminado comporta una acción de carácter esencialmente similar a la que se pretende corregir, aunque con un propósito distinto. Lo que estaría en cuestión con las políticas de cuotas, así pues, sería el tradicional principio de la igualdad ante la ley, según el cual se debe tratar a las personas igualmente, al menos en el sentido de excluir toda diferenciación por causas no relevantes, como lo son, típicamente, los motivos explícitamente prohibidos de discriminar por razón de raza, sexo, religión y similares. En el caso de la discriminación positiva, además, la violación del principio de igualdad parece a simple vista palmaria por la utilización de rasgos como los anteriores, que son “*sospechosos*”, y suelen venir explícitamente prohibidos en los textos

legales, precisamente porque tradicionalmente han sido el sustrato de las odiosas discriminaciones tradicionales que ahora se pretenden superar. Para los detractores de la discriminación positiva, así pues, su efecto sobre la sociedad sería equivalente a querer curar a un alcohólico a base de whisky.

Sin embargo, en general, la objeción de que las cuotas violan el principio de no discriminación es errónea. Su aparente fuerza procede únicamente de una utilización del término “discriminación”, que da un valor moral automático e injustificado a su significado facial o descriptivo, es decir, a la suposición de que cualquier diferenciación que tome al sexo como razón es discriminatoria en el sentido moral (y jurídico) ordinario de esta palabra, que supone la provocación de una desigualdad injusta que perjudica a alguien en beneficio de otro. Ahora bien, que el daño producido por una cuota que garantiza algunos puestos a las mujeres o a los miembros de una determinada minoría sea además un daño injusto, no puede depender del mero hecho de que se establezca una diferencia en favor de las mujeres o de la minoría, sino de la naturaleza, propósito y alcance de la diferencia, pues puede haber diferencias, e incluso desigualdades, por razón de sexo dirigidas a promover una forma de igualdad justa, como es claro al menos desde Aristóteles y su noción de justicia como desigualdad para los desiguales. En esa línea, las cuotas electorales podrían ser no como el alcohol para el alcohólico, sino como el antídoto que cura la acción de un veneno.

Así, en principio, parece perfectamente justificado tener diferentes habitaciones en los hospitales para hombres y mujeres, diferentes tipos de aseos en los edificios públicos, prisiones diferentes, o prever campañas de salud diferenciadas para enfermedades que afectan sólo a mujeres o sólo a hombres, como el cáncer de mama y el de próstata. En tales casos, ni la motivación está basada en el prejuicio, ni la finalidad es dar mejor o peor trato a nadie, ni los resultados tienen por qué generar desigualdades moralmente relevantes en el trato a unas y otros. Y lo mismo ocurre con las cuotas electorales, donde, además, la norma legal no tiene por qué imponer una reserva en las candidaturas sólo para las mujeres, puesto que la puede extender a ambos sexos. Cuando se hace esto último, como ocurrió en la legislación italiana anulada por la *Corte Costituzionale*, la reserva puede aparecer como favorable a las mujeres, pero sólo como cuestión de hecho y no porque la norma así lo disponga, esto es, sólo porque de hecho existe una tendencia previa muy arraigada a situar mayor número de hombres en las candidaturas, que es precisamente la desigualdad que la norma preten-

de combatir. Por lo demás, incluso si la reserva se hiciera en exclusiva para las mujeres, viniéndose a admitir *formalmente* la posibilidad de que el número de hombres bajara por debajo del mínimo no autorizado para aquéllas, no se trataría de una diferencia injusta dada la desigualdad *realmente* existente. Es cierto que si tal norma no tuviera una cierta vocación temporal podría estar justificado considerarla inadecuada en función de hipotéticas desigualdades futuras en detrimento de los hombres, similares a las que hoy afectan a las mujeres. Pero en tal caso el defecto de la norma residiría no en la reserva como tal, sino sólo en el hecho de no establecerla para cualquiera de los dos sexos.

Frente a la argumentación anterior, el político que resulta pospuesto o excluido de una candidatura en la que el partido está obligado a proponer a una mujer puede decir que su exclusión o posposición se ha producido sólo por razón de su sexo. Ahora bien, si este reproche no es un mero subterfugio que sólo tiende a ocultar que, de no existir la reserva, la preferencia del partido habría sido para un hombre por el mero hecho de serlo, es decir, también por razón de su sexo, consagrando así la desigualdad tradicional en este ámbito, quizá el político postergado está diciendo algo diferente: que se ha preferido a una mujer por razón de su sexo *cuando en realidad él tenía mayores méritos*. El reproche aquí, así pues, no es tanto que se discrimina a algunos hombres simplemente por serlo, sino más bien que se les discrimina, en el sentido de que se les trata injustamente, por no tener en cuenta sus méritos.

La objeción de que las cuotas prescinden de los méritos, o de que en el mejor de los casos los cercenan, parece difícilmente discutible, al menos descriptivamente, en los casos en los que aquel mecanismo se utiliza para reservar plazas o puestos cuyo criterio relevante de asignación es la competencia (siempre, claro está, que la reserva o preferencia no se limite a la igualdad de méritos, como prevenía la legislación de Bremen que suscitó el caso Kalanke).<sup>16</sup> Hasta tal punto esta objeción es descriptivamente ajustada en tales casos que las dos réplicas comunes de los valedores de la discriminación positiva han sido o bien que en la selección de ciertos puestos no sólo deben tenerse en cuenta las cualificaciones o méritos, sino también otros objetivos importantes, como la integración o la paz sociales, o bien argu-

---

<sup>16</sup> En efecto, la sentencia Kalanke, dictada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas el 17 de octubre de 1995, consideró contraria a una directiva la norma del Estado de Bremen que concedía “preferencia a las mujeres frente a los candidatos masculinos con la misma capacitación sí, en el sector de que se trata, están infrarrepresentadas”.

mentar que la raza o el sexo pueden operar en ciertos contextos a modo de méritos (así como ser un buen deportista o una persona sociable se considera mérito para ser estudiante o profesor en algunas universidades americanas, también integrar a personas de determinada raza puede servir como cualificación para conseguir un ambiente más pluralista).

Ahora bien, nada de lo anterior parece propiamente aplicable, al menos de manera sencilla, al caso de las cuotas electorales. En general, en el éxito de los políticos siempre cuenta en mayor o menor grado la fortuna, y en lo que deba atribuirse a su virtud, esto es, a sus méritos, los métodos usuales para su selección intrapartidaria —especialmente para la decisiva selección de los candidatos electorales— no se caracterizan precisamente por su imparcialidad y objetividad en aras de la búsqueda de la mejor capacitación. Las rivalidades personales y los favores debidos, el mercado de apoyos y votos entre “familias” distintas, la influencia de las camarillas y sus lealtades y otros factores similares pueden ser decisivos en la preferencia por un candidato u otro. Pero dejemos a un lado el aspecto oscuro de la política y supongamos, bajo un punto de vista más idealista, que bien la cooptación por los dirigentes o bien la elección por los propios correligionarios permiten valorar con suficiente acierto las cualidades más positivas que parecen preferibles para el ejercicio de la política, como la facilidad de presentación de problemas y soluciones, la destreza verbal, la capacidad de generar confianza y captar adhesiones, la flexibilidad ante los cambios, la capacidad para entender al electorado, la prudencia en la acción y la gestión, la generación de nuevas ideas, la fidelidad a un ideario, etcétera. Pues bien, no parece que cualidades como las anteriores, por lo demás difícilmente objetivables o cuantificables por separado y no necesariamente compatibles y jerarquizables entre sí, se hallen más y mejor distribuidas entre los hombres que entre las mujeres. Y si eso es así, una política de cuotas difícilmente puede afectar de manera sensible a la igualdad de mérito, salvo, naturalmente, que no exista un número suficiente de mujeres con actividad en los partidos, en cuyo caso la propia política de cuotas, gradualmente aplicada, debería servir para llegar a él con rapidez. Por lo demás, creo que la diversidad y la amplitud de condiciones positivas, como las citadas, permiten corroborar que, frente a supuestas diferencias esenciales, las cualidades más apropiadas para la política no pasan limpiamente por las categorías de lo masculino y lo femenino. En el peor de los casos, como se ha ironizado alguna vez, las mujeres tienen derecho a actuar en política tan mal como cualquier hombre.

## CONCLUSIÓN: EL PAPEL DE LA POLÍTICA

El anterior análisis permite concluir que las principales objeciones de principio que se pueden y suelen presentar contra las cuotas electorales son superables, especialmente si tales cuotas se consideran como un mecanismo temporal para conseguir una mayor representatividad política de las mujeres como medio para una mayor igualdad con los hombres en todos los ámbitos, incluido el privado y familiar. Sin embargo, los argumentos de principio no son los únicos que se esgrimen contra las cuotas, a las que se suele tildar también de empíricamente ineficaces cuando no, incluso, contraproducentes para los intereses de los propios grupos a los que se pretende beneficiar con ellas, como los efectos estigmatizadores en las personas favorecidas o la impopularidad y hostilidad general. Experiencias como las de los países nórdicos o la propia española, basadas en meras cuotas voluntariamente establecidas por algunos partidos, parecen mostrar que sus efectos han sido netamente más positivos que negativos.

Entre los principios y los hechos está el terreno intermedio de la conveniencia o inconveniencia de las cuotas, que adquiere su mayor interés cuando los argumentos sobre los dos primeros no son concluyentes en la práctica, esto es, en un país y en un momento concretos. Y aunque este tipo de discusión sobre la conveniencia o no de las cuotas es más propio de la argumentación política que asunto de gran sustancia filosófica, no me gustaría soslayar un debate que, en parte al menos, viene sugerido por algunas observaciones hechas aquí y allá a lo largo de mi propia argumentación anterior.

En lo que se refiere a España, recordaré que la representación parlamentaria de las mujeres se encuentra hoy prácticamente en 26 %, bastante cerca de ese 30 % en el que, al parecer, se sitúa el nivel de “masa crítica” para una efectiva influencia de las mujeres en la política y, es de suponer, para un más decidido progreso de la igualdad entre hombres y mujeres en todos los ámbitos. A ese dato se podría añadir ahora que la progresión en la representación de las mujeres en el parlamento español ha sido espectacular durante los últimos años, precisamente desde que los partidos de izquierda comenzaron a establecer cuotas femeninas para sus órganos de dirección y para las listas electorales: frente a un punto de partida de 6 % de mujeres durante los primeros 10 años del sistema democrático, de 1977 a 1986, el porcentaje subió a 18 % en 1996 y llegó al mencionado 26 % en las últimas elecciones, de modo que el porcentaje inicial se ha multiplicado por

tres en 10 años y por cuatro en los últimos 15. No es improbable que en las próximas elecciones el porcentaje alcance o supere 30 %, multiplicando por cinco el 6 % inicial hasta llegar enseguida a los niveles de los países escandinavos. Es verdad que la continuidad de tal progresión tampoco está garantizada y, sobre todo, que están por ver sus efectos en el resto de la esfera política, desde el gobierno y los órganos constitucionales hasta los gobiernos y parlamentos autonómicos.

Con todo, y es aquí a donde quería llegar, la pretensión inicial y básica de las cuotas electorales, que gira en torno a la obtención de 30 % de parlamentarias, está cerca de ser un hecho en el caso español. Si a ello se une la desconfianza y, a veces, la hostilidad que, con independencia de su justificación, incluso entre algunas mujeres, quizá puede parecer innecesario afrontar una reforma de la ley electoral para establecer aquel mecanismo. Claro que un estancamiento o, incluso, un retroceso en las próximas elecciones sobre lo hoy conseguido sería una buena razón para invertir ese argumento y hacer muy conveniente la reforma. Y, ciertamente, una cuota entre 30 y 40 % desde hoy mismo sería el modo más seguro de cubrirse frente a tales eventualidades en el futuro, al menos hasta tanto no se considere suficientemente estable y seguro el nivel de participación alcanzado. No obstante, además de las cuotas voluntariamente establecidas por los partidos, una medida más sencilla de emprender y menos costosa en sus efectos que las cuotas legalmente obligatorias es la de la incentivación a los partidos mediante subvenciones especiales por establecer cuotas en sus listas o en proporción al número de parlamentarias elegidas.<sup>17</sup> Este es el tipo de discusiones —donde personalmente albergo más dudas que certezas— que corresponde afrontar y resolver en el campo de la política, a la que compete componer cuando hay opiniones e intereses distintos. Desde un punto de vista más filosófico, la única “certeza” personal que sustento en esta materia es que el interés por la igualdad de hombres y mujeres es común a ambos como uno de los fines de una sociedad mejor.

---

<sup>17</sup> Una opción similar a esta última, eventualmente más gravosa, dependiendo del grado de financiación pública de los partidos, es la penalización en las subvenciones a las candidaturas en función de su alejamiento de la paridad electoral, que es el criterio adoptado por la ley francesa del 6 de junio de 2000 para las elecciones legislativas (no, curiosamente, para los demás tipos de elecciones en las que esta ley impone la paridad, en las que excluye, sin más, el registro de las candidaturas que no la respetan).

## BIBLIOGRAFÍA

- ÁGUILA, Rafael del, comp., 2000: *Manual de ciencia política*, 2a. ed. Madrid, Trotta.
- AMORÓS, Celia. 1991: *Hacia una crítica de la razón patriarcal*, 2a. ed. Barcelona, Anthropos.
- . 1987: “Espacio de los iguales, espacio de las idénticas. Notas sobre poder y principio de individuación”, en *Arbor*, núms. 503-504, CXXVIII, noviembre-diciembre, pp. 113-127.
- . 1994: “Igualdad e identidad”, en Amelia Valcárcel, comp., *El concepto de igualdad*. Madrid, Editorial Pablo Iglesias, 1994, pp. 29-48.
- , comp., 2000: *Feminismo y filosofía*. Madrid, Síntesis.
- ANASTASSOPOULOS, Georgios. 2000: “Procedimiento electoral uniforme o principios comunes para las elecciones al Parlamento Europeo”, en Paloma Saavedra Ruiz, comp., *La democracia paritaria en la construcción europea*. Madrid, Coordinadora Española para el Lobby Europeo de Mujeres (CELEM), 2000, pp. 99-104.
- Anuario estadístico 1998*. 1999: Madrid, Instituto Nacional de Estadística.
- ATIENZA, Manuel. 1996: “Un comentario al caso Kalanke”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 19, pp. 111-122.
- AUBET, María José. 2000: *Ciudadanía y representatividad. Los sistemas electorales en Europa*. Barcelona, Ediciones Bellaterra.
- BALLESTRERO, María Vittoria. 1996: “Acciones positivas. Punto y aparte”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 19, pp. 91-109.
- BARRÈRE UNZUETA, Ma. Ángeles. 1997: *Discriminación, derecho anti-discriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*. Madrid, Civitas.
- BOBBIO, Norberto. 1988: “Rappresentanza e interessi”, en *Teoria generale della politica*, ed. de Michelangelo Bovero. Turín, Einaudi, pp. 410-428.
- COBO, Rosa. 2000: “Política feminista y democracia paritaria”, en *Leviatán. Revista de Hechos e Ideas*, núm. 80, verano, pp. 85-99.
- BELTRÁN, Elena y Cristina Sánchez, comps., 1996: *Las ciudadanas y lo político*. Madrid, Instituto Universitario de Estudios de la Mujer de la Universidad Autónoma de Madrid.
- DWORKIN, Ronald. 1976: “The DeFunis Case: The Right to Go to Law School”, ahora, como “Reverse Discrimination”, en *Taking Rights Seriously*, 2a. ed. revisada y ampliada. Oxford, Clarendon Press, 1978, pp. 223-239 (trad. al castellano de Marta Gustavino, *Los derechos en serio*. Barcelona, Ariel, 1984, pp. 327-348).

- . 1977: “Bakke’s Case: Are Quotas Unfair?”, ahora en *A Matter of Principle*. Oxford, Clarendon Press, 1985, pp. 293-303.
- ELSTER, Jon. 1989: *Salomonic Judgements*; se cita por la trad. al castellano de Carlos Gardini, *Juicios salomónicos. Las limitaciones de la racionalidad como principio de decisión*. Barcelona, Gedisa, 1991.
- FERRAJOLI, Luigi. 1993: “La differenza sessuale e le garanzie dell’uguaglianza”, en *Democrazia e diritto*, núm. 2, pp. 49-73; también en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, introducción de Perfecto Andrés Ibáñez, trad. al castellano de P. Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. Madrid, Trotta, 1999, cap. 3.
- FREIXES SANJUÁN, Teresa. 1999: “El impacto diferencial de los sistemas electorales en la representación política de las mujeres”, en Paloma Saavedra Ruiz, comp., *Hacia una democracia paritaria. Análisis y revisión de las leyes electorales vigentes*. Madrid, Coordinadora Española para el Lobby Europeo de Mujeres (CELEM), 1999, pp. 83-115.
- GARGARELLA, Roberto, y Félix Ovejero. 2000: “Democracia representativa y virtud cívica”, en *Claves de Razón Práctica*, núm. 105, septiembre, pp. 69-75.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto. 1989: “Representación y democracia”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 6; ahora también en *Derecho, ética y política*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 631-650.
- JONES, Mark P., 1998: “Gender Quotas, Electoral Laws and the Election of Women. Lessons from the Argentine Provinces”, en *Comparative Political Studies*, vol. 31, núm. 1, febrero, pp. 3-21.
- . 2000: “El sistema de cuotas y la elección de las mujeres en América Latina: el papel fundamental del sistema electoral”, en Paloma Saavedra Ruiz, comp., *La democracia paritaria en la construcción europea*. Madrid, Coordinadora Española para el Lobby Europeo de Mujeres (CELEM), 2000, pp. 35-47.
- KYMLICKA, Will. 1995: *Multicultural Citizenship. A Liberal Theory of Minority Rights*. Oxford, Clarendon Press.
- LAPORTA, Francisco J. 1996: “Sobre la teoría de la democracia y el concepto de representación política: algunas propuestas para debate”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 6, pp. 121-141.
- . 2000: “El cansancio de la democracia”, en *Claves de Razón Práctica*, núm. 99, enero-febrero, pp. 20-25.



- . 2001: “Los problemas de la democracia deliberativa”, en *Claves de Razón Práctica*, núm. 109, enero-febrero, pp. 22-28.
- La situación de la mujer en la toma de decisiones*. Madrid, Instituto de la Mujer, 1999.
- MANIN, Bernard. 1995: *Principes du gouvernement représentatif*. París. Calmann-Lévy.
- MEIER, Petra. 1999: “Experiencias de reformas electorales en algunos países de la Unión Europea: iniciativas en Bélgica y Portugal”, en Paloma Saavedra Ruiz, comp., *Hacia una democracia paritaria. Análisis y revisión de las leyes electorales vigentes*. Madrid, Coordinadora Española para el Lobby Europeo de Mujeres (CELEM), 1999, pp. 201-223.
- MONTERO, José Ramón. 2000: “Reformas y panaceas del sistema electoral”, en *Claves de Razón Práctica*, núm. 99, enero-febrero, pp. 32-38.
- OLLERO TASSARA, Andrés. 1999: *Discriminación por razón de sexo. Valores, principios y normas en la jurisprudencia constitucional española*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ORTEGA, Margarita; Cristina Sánchez y Celia Valiente, comps. 1999: *Género y ciudadanía. Revisiones desde el ámbito privado*. Madrid, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid.
- PECES-BARBA, Gregorio. 2000: “De la igualdad normativa a la igualdad de hecho. Las cuotas femeninas en las elecciones”, en López García, J. A., y J. A. del Real: *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho*. Madrid, Dykinson, pp. 149 y ss.
- RUBIO CARRACEDO, José. 2000: “¿Cansancio de la democracia o acomodo de los políticos?”, en *Claves de Razón Práctica*, núm. 105, septiembre, pp. 76-82.
- RUBIO CASTRO, Ana. 1997: *Feminismo y ciudadanía*. Sevilla-Málaga, Instituto Andaluz de la Mujer.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso. 1994: “Discriminación inversa e igualdad”, en Amelia Valcárcel, comp., *El concepto de igualdad*. Madrid, Editorial Pablo Iglesias, 1994, pp. 77-93.
- . 1996: “La discriminación inversa y el caso Kalanke”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 19, pp. 123-140.
- . 1999: “Paridad electoral y cuotas femeninas”, en *Claves de Razón Práctica*, núm. 94, julio-agosto, pp. 48-53.
- SAAVEDRA RUIZ, Paloma, comp. 1999: *Hacia una democracia paritaria. Análisis y revisión de las leyes electorales vigentes*. Madrid, Coordinadora Española para el Lobby Europeo de Mujeres (CELEM).

- , comp. 2000: *La democracia paritaria en la construcción europea*. Madrid, Coordinadora Española para el Lobby Europeo de Mujeres (CELEM).
- SÁNCHEZ MUÑOZ, Cristina. 2000: “La difícil alianza entre ciudadanía y género”, en Pilar Pérez Cantó, comp., *También somos ciudadanas*. Madrid, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, pp. 3-25.
- SARTORI, Giovanni. 1990: *Elementos de teoría política*, trad. al castellano de Ma. Luz Morán. Madrid, Alianza, 1992.
- URIARTE, Edurne y Arantxa Elizondo, comps. 1997: *Mujeres en política. Análisis y práctica*. Barcelona, Ariel.
- VALCÁRCEL, Amelia. 1991: *Sexo y filosofía. Sobre “mujer” y “poder”*. Barcelona, Anthropos, 1991.
- . 1993: *Del miedo a la igualdad*. Barcelona, Crítica.
- , comp., 1994a: *El concepto de igualdad*. Madrid, Editorial Pablo Iglesias, 1994.
- . 1994b: “Igualdad, idea regulativa”, en Amelia Valcárcel, comp., *El concepto de igualdad*. Madrid, Editorial Pablo Iglesias, 1994, pp. 1-15.
- . 1997: *La política de las mujeres*. Madrid, Cátedra-Universitat de València-Instituto de la Mujer.
- . 2000: *Rebeldes. Hacia la paridad*, pról. de Carlos Castilla del Pino. Barcelona, Plaza y Janés.
- VOGEL-POLSKY, Eliane. 1999: “El impacto diferencial de los sistemas electorales en la representación política de las mujeres”, en Paloma Saavedra Ruiz, comp., *Hacia una democracia paritaria. Análisis y revisión de las leyes electorales vigentes*. Madrid, Coordinadora Española para el Lobby Europeo de Mujeres (CELEM), 1999, pp. 139-157.
- YOUNG, Iris Marion. 1990: *Justice and the Politics of Difference*; trad. al castellano de Silvina Álvarez, *La justicia y la política de la diferencia*. Madrid, Cátedra-Universitat de València-Instituto de la Mujer, 2000.





*El principio constitucional de igualdad*, editado por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, se terminó de imprimir en agosto de 2003 en los talleres de OFFSET UNIVERSAL, S. A., Calle 2, núm. 113, Col. Granjas San Antonio, C. P. 09070, México, D. F. El cuidado de la edición estuvo a cargo de la Dirección de Publicaciones de esta Comisión Nacional. El tiraje consta de 2,000 ejemplares.





