

A FAVOR DE LAS DIFERENCIAS, EN CONTRA DE LAS DESIGUALDADES Y DE LA ARBITRARIEDAD^(*)

M^a Isabel Garrido Gómez ^(**)

Fecha de publicación: 01/10/2013

RESUMEN:

En este trabajo se aborda primero la cuestión de la igualdad en relación con sus raíces históricas. En este sentido, se advierte que, en la actualidad, existe una necesidad de superar la mera igualdad formal y tener en cuenta las diferencias de las personas y de los grupos en los que se integran. Así, igualdad y diferencias se han de hacer complementarias entre sí.

Ahora bien, es necesario distinguir los términos *diferencias* y *desigualdades*, observándose que son estas últimas las que se han de eliminar por los poderes públicos ya que poseen un carácter nítidamente perjudicial. La conclusión a la que se llega, no obstante, es que debe haber unas reglas que impidan que el tratamiento de las diferencias sea arbitrario y unas reglas de justicia que hagan que la remoción de las desigualdades se lleve a cabo conforme a estándares de justicia, siendo la Constitución de España de 1978 la norma que ha servido como modelo.

PALABRAS CLAVE: Diferencias, desigualdades, arbitrariedad.

1. ¿CUÁLES SON LAS RAÍCES HISTÓRICAS DE LA IGUALDAD MODERNA?

En relación a las raíces históricas que sirven para centrar el marco moderno de la igualdad, el liberalismo de esta época era el clásico, propugnado por Locke en el siglo XVII y desenvuelto durante los dos siglos posteriores. Para este autor, el individuo es el que tiene la primacía sin que se admitan

^(*) Este trabajo ha sido realizado dentro del Proyecto Consolider-Ingenio 2010 “El tiempo de los derechos” (CSD2008-00007), y del Proyecto del Plan Nacional I+D+i “Derechos humanos, sociedades multiculturales y conflictos” (DER 2012-31771), ambos del Ministerio de Economía y Competitividad de España.

^(**) Profesora Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alcalá (España). E-mail: misabel.garrido@uah.es

actuaciones de los poderes públicos que limiten su autonomía. La justificación de la igualdad se hace desde los presupuestos de la igualdad formal, que es muestra de un individualismo normativo por el que el individuo es el sujeto al que van destinadas las normas jurídicas que se redactan, y el ético, explicativo de que es, en alguna medida, racional y capaz de poseer planes de vida. La cuestión del papel que ha de desempeñar el Estado responde a la neutralidad ante las preferencias individuales¹.

El concepto contemporáneo de igualdad tiene su origen, por tanto, en la creación de un orden jurídico y social en el que la independencia del individuo solamente puede obtenerse posicionando por encima al Estado-norma, conectada la concepción de la independencia con el nivel formal y la autonomía económica². El fundamento de que los liberales requieran un trato igual para todos los sujetos (hombres y mujeres) descansa en el concepto de *autonomía*. De acuerdo con Rousseau, la igualdad se alcanzaría con la igual participación, bajo la forma de ciudadanía, dentro del espacio público. Desde el punto de vista del espacio público, los seres humanos deberían ser tratados sin la adscripción a ninguna cualidad. Junto a este enfoque, hallamos la política que establece que la identidad está vinculada al reconocimiento que los demás hacen de la forma en la que cada uno se percibe. Abundando más, Mill dijo que “el único fin en aras del cual es justificable que la humanidad, individual o colectivamente, interfiera con la libertad de acción de cualquiera de sus miembros es la autoprotección”, y el único propósito por el cual “el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre cualquier miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás [...]”. Nadie puede ser obligado justificadamente a realizar o no determinados actos, porque eso sea mejor para él, porque le haga feliz, porque, en opinión de los demás, hacerlo sea más acertado o más justo”³.

¹ FERNÁNDEZ GARCÍA, E., *La obediencia al Derecho*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 229 y ss.; RIVERA LÓPEZ, E., *Presupuestos morales del liberalismo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 26 y 27; VARIOS AUTORES, “L’Égalité”, *Cahiers de philosophie politique et juridique*, n.º 8, *Actes du Colloque de Mai 1985*, Centre de Publications de l’Université de Caen, Caen, 1985.

² BARCELONA, P., *El individualismo propietario*, presentación de M. Maresca, trad. de J. E. García Rodríguez, Trotta, Madrid, 1996, pp. 55 y ss.; WILLIAMS, A. T., *The Concept of Equality in the Writings of Rousseau, Bentham, and Kant*, Columbia University Press, Nueva York, 1907.

³ BURGIO, A., *Eguaglianza, interesse, unanimità. La política de Rousseau*, Bibliopolis, Nápoles, 1989, pp. 30 y ss.; MILL, J. S., *Sobre la libertad*, prólogo de I. Berlin, trad. de P. de Azcárate, Alianza, Madrid, 1992, p. 65; ROUSSEAU, J. J., *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*, estudio preliminar, trad. y notas de A. Pintor Ramos, Tecnos, Madrid, 2005, pp. 95 y ss.

2. DIFERENCIACIÓN, DESIGUALDAD Y ARBITRARIEDAD, TRES CONCEPTOS DIVERSOS

Por último, conviene afianzar las fronteras entre lo que supone la *diferenciación*, la *desigualdad* y la *arbitrariedad*. Pues bien, las diferencias se definen como los rasgos específicos que individualizan a las personas estableciéndose derechos fundamentales en base a las mismas. Y las desigualdades se producen a causa de las disparidades económicas o sociales que inciden en los sujetos, y en virtud de las cuales existen los derechos patrimoniales al igual que sus posiciones de poder y de sujeción⁴. Las diferencias han de apreciarse por un examen de razonabilidad y objetividad de la relación de proporcionalidad, que es demandada como lógica entre los medios que se emplean y los fines y efectos que se persiguen en la diferenciación normativa de trato, según criterios y juicios de valor que son generalmente aceptados. Y las desigualdades suponen una condición social y cultural distinta, nacida de una condición histórica de discriminación social y jurídica que perpetúa sus efectos⁵.

En este lugar hay que recalcar el papel de la razonabilidad de la diferenciación legislativa según los fines que quiere perseguir la ley, los cuales han de ser legítimos, por lo que se deben determinar los criterios de valoración de la legitimidad que se persigue. Desde tal perspectiva, lo primero es encontrar su vinculación con la Constitución como sistema⁶, razón por la que son trascendentales la interpretación sistemática, la consecuencialista y la teleológica, sin dejar en un segundo plano la extensiva. La vinculación a la Constitución que se ha indicado se puede entender positivamente porque asegura que la legitimación que introduce diferenciaciones recae en una habilitación explícita de la Constitución; y, negativamente, porque deduce la legitimidad de que la finalidad de la

⁴ Sobre la diferencia entre la igualdad en la ley y en la aplicación de la ley, cfr. la Sentencia del Tribunal Constitucional español 49/1982, de 14 de julio, f.j. 2.

⁵ Con este modo de operar, se logra superar el dilema entre los planteamientos universalistas de los derechos humanos y el relativismo extremo. La diferencia ha de ser un valor jurídico-político que tenga la utilidad de identificar a los seres humanos en contextos distintos, pero que, para compatibilizarla con la igualdad en la sociedad que vivimos, son menesteres unos principios y valores comunes que aúnen las diferencias, mostrándose los problemas en la conciliación entre la integración y la diferenciación en Estados con crecientes minorías diferenciales.

El artículo 14 de la Constitución Española se refiere solo al derecho a la igualdad, no a la desigualdad (BILBAO UBILLOS, J. M. y REY MARTÍNEZ, F., “El principio constitucional de igualdad en la jurisprudencia española”, en CARBONELL, M., (comp.), *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, D. F., 2003, pp. 123 y 124).

⁶ RODRÍGUEZ PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 62 y 63.

medida, el factor diferencial y el instrumento diferenciador sean incompatibles con tal norma⁷. Por tanto, las diferencias han de ser respetadas y garantizadas, ya que es una consecuencia de la aplicación de la igualdad y, de no seguirse, se infringiría la norma que la requiere. De este modo, hablaríamos de tal igualdad como un principio y de la diferencia como un hecho, actuando ese principio como criterio de valoración que está orientado a reconocer y criticar la ineficacia de las normas en lo que respecta al tratamiento de hecho de las diferencias⁸.

Como la exigencia de diferenciación que intenta superar el tratamiento uniformador y las desigualdades reales, la idea diferenciadora supone una complementariedad y un fortalecimiento de la igualdad como generalización y como equiparación. El tratamiento legal diferenciador puede derivarse de la comparación o la interpretación de diversos órdenes normativos para obtener de esa comparación la aparición de una desigualdad censurable desde la perspectiva constitucional, y puede derivarse de una situación de hecho que no es imputable directamente a la norma, aunque sí lo es en relación con la actuación de la aplicación e interpretación normativas. Por otro lado, la procedencia de este tratamiento debe ser la de la normatividad vigente, lo cual impide la inclusión en el área prohibida de los tratamientos que divergen y que derivan de la sucesión de las normas y del cambio en el trato de situaciones comparables⁹.

Con el fin de puntualizar estas tesis, los elementos que se han tenido en cuenta por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español y del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos han sido: a) Los supuestos de hecho comparables; b) la valoración de la razón de ser de la diferencia de tratamiento; y c) la razonabilidad de la causa que se alega y que pretende justificar las diferencias de trato se ha de indagar en “la no incompatibilidad con el ordenamiento jurídico de la razón de ser de la diferencia, buscando también la razonable adecuación de la medida tomada en relación con los fines que se persiguen a través de ella”. Si nos centramos en un ordenamiento, la idea de racionalidad/razonabilidad examinado, y que, en un principio, se acaba en el artículo 14 de la Constitución de España, es extraíble de él y se puede extender al resto de

⁷ RODRÍGUEZ PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., *Igualdad y discriminación*, cit., p. 63.

⁸ AÑÓN ROIG, M. J., *Igualdad, diferencias y desigualdades*, Fontamara, México, D.F., 2001, pp. 24 y 26; y FERRAJOLI, L., “La differenza sessuale e le garanzie dell’uguaglianza”, *Democrazia e diritto*, n.º 2, 1993, p. 58.

⁹ RODRÍGUEZ PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., *Igualdad y discriminación*, cit., pp. 41 y ss.

los preceptos de la Norma fundamental concerniendo a todos los enunciados normativos¹⁰.

3. CONCLUSIÓN

Por consiguiente, una diferenciación es arbitraria en el caso de que no sea posible encontrar una razón suficiente para la justificación, siendo la cualificación de la razón suficiente un problema de valoración. *Sensu contrario*, “si no la hay para la permisión de un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento igual”. Ilustrativamente, para Alexy, el mandato de trato desigual a los desiguales tiene que tener la forma de “si hay una razón suficiente para ordenar un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento desigual”. La asimetría entre la norma de igualdad y de desigualdad de tratamiento tiene como resultado que la máxima general de igualdad se interprete en el sentido de “un principio de igualdad que, *prima facie*, exige un tratamiento igual y sólo permite un tratamiento desigual si puede ser justificado con razones opuestas”¹¹. Según el artículo 9.2 de la Constitución Española, se puede admitir “el trato distinto que recaiga sobre supuestos de hecho que fueran desiguales en su propia naturaleza, cuando su función contribuya al restablecimiento de la igualdad real a través de su diferente régimen jurídico” (STC 14/1983, de 28 de febrero).

REFERENCIAS:

ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón Valdés, revisión de R. Zimmerling, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.

AÑÓN ROIG, M. J., *Igualdad, diferencias y desigualdades*, Fontamara, México, D. F., 2001.

BARCELONA, P., *El individualismo propietario*, presentación de M. Maresca, trad. de J. E. García Rodríguez, Trotta, Madrid, 1996.

BILBAO UBILLOS, J. M. y REY MARTÍNEZ, F., “El principio constitucional de igualdad en la jurisprudencia española”, en

¹⁰ GARRIGA DOMÍNGUEZ, A., “Igualdad, discriminación y diferencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Derechos y Libertades*, n.º 10, 2001, p. 76; RODRÍGUEZ PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., *Igualdad y discriminación*, cit., p. 54; PACE, A., “Igualdad y libertad”, trad. de L. Jimena Quesada, en CARBONELL, M., (comp.), *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, cit., p. 206, refiriéndose a la Constitución italiana.

¹¹ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón Valdés, revisión de R. Zimmerling, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, pp. 395-398; GARRIGA DOMÍNGUEZ, A., “Igualdad, discriminación y diferencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, cit., p. 72.

- CARBONELL, M., (comp.), *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, D. F., 2003.
- BURGIO, A., *Eguaglianza, interesse, unanimità. La política de Rousseau*, Bibliopolis, Nápoles, 1989.
- CARBONELL, M., (comp.), *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, D. F., 2003.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, E., *La obediencia al Derecho*, Civitas, Madrid, 1998.
- FERRAJOLI, L., “La differenza sessuale e le garanzie dell’uguaglianza”, *Democrazia e diritto*, n.º 2, 1993.
- GARRIGA DOMÍNGUEZ, A., “Igualdad, discriminación y diferencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Derechos y Libertades*, n.º 10, 2001.
- MILL, J. S., *Sobre la libertad*, prólogo de I. Berlin, trad. de P. de Azcárate, Alianza, Madrid, 1992.
- PACE, A., “Igualdad y libertad”, trad. de L. Jimena Quesada, en CARBONELL, M., (comp.), *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, D. F., 2003.
- RIVERA LÓPEZ, E., *Presupuestos morales del liberalismo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.
- RODRÍGUEZ PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986.
- ROUSSEAU, J. J., *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*, estudio preliminar, trad. y notas de A. Pintor Ramos, Tecnos, Madrid, 2005.
- VARIOS AUTORES, “L’Égalité”, *Cahiers de philosophie politique et juridique*, n.º 8, *Actes du Colloque de Mai 1985*, Centre de Publications de l’Université de Caen, Caen, 1985.
- WILLIAMS, A. T., *The Concept of Equality in the Writings of Rousseau, Bentham, and Kant*, Columbia University Press, Nueva York, 1907.