

EL PRIN

El principio de igualdad

ANÁLISIS CRÍTICO DESDE
EL REALISMO JURÍDICO
IUSNATURALISTA

FERNANDO SIMÓN YARZA



EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

Análisis crítico desde el realismo jurídico iusnaturalista

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Serie DOCTRINA JURÍDICA, núm. 1074

DIRECTORIO

Dra. Mónica González Contró

Directora

Dr. Mauricio Padrón Innamorato

Secretario Académico

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho

Secretaria Técnica

CRÉDITOS EDITORIALES

Wendy Vanesa Rocha Cacho

Coordinación editorial

Norma Alfaro Aguilar

Cuidado de la edición

Alma Itzel López Vázquez

Formación en computadora

Edith Aguilar Gálvez

Diseño y elaboración de portada

FERNANDO SIMÓN YARZA

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

*Análisis crítico desde
el realismo jurídico
iusnaturalista*



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
UNIVERSIDAD PANAMERICANA

México, 2026

Catalogación en la publicación UNAM. Dirección General de Bibliotecas y Servicios Digitales de Información.

Nombres: Simón Yarza, Fernando, autor.

Título: El principio de igualdad : análisis crítico desde el realismo jurídico iusnaturalista / Fernando Simón Yarza.

Descripción: Primera edición. | México : Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas : Universidad Panamericana, 2026. | Serie: Doctrina jurídica ; núm. 1074.

Identificadores: LIBRUNAM 2300443 (impreso). | LIBRUNAM 2300446 (libro electrónico). | ISBN 9786076470213 (UNAM : impreso). | ISBN 9786076470220 (UNAM : libro electrónico). | ISBN 9789709620214 (UP : impreso). | ISBN 9789709620221 (UP : libro electrónico).

Temas: Igualdad ante la ley. | Derecho natural. | Derecho -- Filosofía.

Clasificación: LCC K3250.S55 2026 (impreso). | LCC K3250 (libro electrónico). | DDC 342.085—dc23

Esta edición y sus características son propiedad de la Universidad Nacional Autónoma de México. Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio sin la autorización escrita del titular de los derechos patrimoniales.

La presente obra ha sido sometida a un proceso de dictaminación basado en el sistema de revisión por pares doble ciego, llevado a cabo por personas académicas independientes a la institución de afiliación de la persona autora, conforme a las Disposiciones Generales para la Actividad Editorial y de Distribución de la UNAM y los Criterios Específicos de Evaluación de la Secihti.

Primera edición: 27 de julio de 2026

DR © 2026. UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Mario de la Cueva s/n

Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México

ISBN (libro impreso): 978-607-647-021-3

ISBN (libro electrónico): 978-607-647-022-0

DR © Universidad Panamericana

Augusto Rodin 498, Insurgentes Mixcoac,

Benito Juárez, 03920 Ciudad de México

ISBN (libro impreso): 978-970-96202-1-4

ISBN (libro electrónico): 978-970-96202-2-1

Impreso y hecho en México

*Le principe de la démocratie se corrompt,
non-seulement lorsqu'on perd l'esprit d'égalité;
mais encore quand on prend l'esprit d'égalité extrême.*

Montesquieu
De l'esprit des lois, l. VIII, ch. 2.

CONTENIDO

Presentación	XIII
Introducción	1
CAPÍTULO 1	
EL PRINCIPIO DE IGUALDAD JURÍDICA	5
1. Consideraciones preliminares sobre lo jurídico	6
1.1. Justicia e <i>ius</i>	7
1.2. El <i>ius naturale</i> y la naturaleza de las cosas	10
1.3. El “orden concreto” (<i>nomos</i>) como fundamento del <i>ius</i>	16
1.4. Normas morales y normas jurídicas	19
1.5. Fundamentos políticos del <i>ius</i> y de la igualdad jurídica	22
a) El <i>ius</i> como participación en el bien común.	22
b) La participación en lo común como presupuesto de la igualdad jurídica	26
2. ¿Qué es la igualdad jurídica?	29
2.1. El juicio de igualdad como juicio relacional	29
2.2. La igualdad jurídica como igualdad respecto al <i>ius</i>	31
3. Las dos formas básicas de igualdad jurídica en Platón y Aristóteles	37
3.1. Platón	37
3.2. Aristóteles	38
3.3. Reflexiones generales	40
a) La igualdad aritmética de la justicia correctiva	40
b) La igualdad proporcional de la justicia distributiva.	46
4. El agravio comparativo	49
5. La igualdad de la justicia legal.	51

CAPÍTULO 2

EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE IGUALDAD	55
1. Formación y significado originario de la igualdad ante la ley	56
1.1. Europa.	56
a) Supresión de privilegios y generalidad de la ley.	57
b) Igualdad en la aplicación de la ley.	62
c) Acceso a la función pública y democratización progresiva . .	63
1.2. Estados Unidos de América	64
2. De la igualdad <i>ante</i> la ley a la igualdad <i>en</i> la ley	65
2.1. Estados Unidos de América	65
2.2. Europa.	68
a) Los debates de Weimar sobre el “cambio de significado” (<i>Be-</i> <i>deutungswandel</i>)	69
b) La consolidación del cambio tras la Segunda Guerra Mun- dial	73
3. Reflexiones críticas.	75
4. La igualdad de trato entre particulares y la igualdad ante la ley. .	78
4.1. Igualdad de trato entre particulares y mediación legal.	79
4.2. La llamada “discriminación odiosa” y el orden del bien co- mún	84
a) El “ejercicio antisocial” del derecho a disponer de lo propio . .	85
b) La distribución de bienes públicos por entidades privadas . .	88
5. El llamado “principio de igualdad real”	91

CAPÍTULO 3

SIMPLIFICACIÓN DEL DISCURSO Y COMPLEJIDAD DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO	95
1. La insuficiencia de lo humano como criterio de igualdad de trato . .	96
1.1. La dignidad de la persona y la capacidad jurídica	96
1.2. La insuficiencia de la dignidad de la persona en la determina- ción material del <i>ius</i>	98
a) Consideraciones preliminares	98
b) La escasa utilidad del valor supremo	100

c) La relevancia de las diferencias	102
1.3. La semántica de Ronald Dworkin.	104
a) “Consideración y respeto” e “igual consideración y respeto” . .	104
b) “Trato igual” y “trato como un igual”	106
2. “Igualdad real”: concepto y métrica	109
2.1. ¿Valor intrínseco o relativo?	109
a) El destino universal de los bienes y el fracaso en su distribu- ción	110
b) “ <i>Levelling down</i> ”, “prioritarismo” y “ <i>ordo amoris</i> ”	111
c) La igualdad y la desigualdad como condiciones constitutivas de otros bienes	113
d) La incidencia relativa de la igualdad material	114
e) Conclusión: ¿igualdad o suficiencia?	116
2.2. Métricas de igualdad real	117
a) Bienestar.	118
b) Recursos.	119
c) Capacidades	122
2.3. Reflexiones críticas finales.	123
3. Pluralidad de bienes distribuidos	125
4. Pluralidad de criterios de igualdad proporcional.	128
4.1. Algunos criterios fundamentales	129
a) La pertenencia	129
b) A todos lo mismo	131
c) A cada cual según sus necesidades	131
d) La igualdad de oportunidades	133
e) De cada cual según sus capacidades.	134
f) A cada cual según sus capacidades	135
g) A cada cual según su función	138
h) La esfera de la gratuidad	138
4.2. Conclusión: igualdad compleja y <i>esprit de finesse</i>	140
5. Pluralidad de agencias de distribución	143
5.1. El mercado	143
5.2. La familia y el matrimonio	145

5.3. Las asociaciones privadas	146
5.4. La comunidad religiosa	147
5.5. La autoridad política como instancia arquitectónica	148
CAPÍTULO 4	
EL DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO Y LA IGUALDAD ANTE LA LEY . .	151
1. Intentos de fundamentación del derecho antidiscriminatorio	152
1.1. Fundamentación igualitaria (igualitarismo relacional)	152
1.2. Fundamentación sustantiva	155
2. El derecho antidiscriminatorio como derecho de grupos	156
3. Técnicas principales del derecho antidiscriminatorio	158
3.1. Escrutinio estricto	158
3.2. Principio de no-discriminación indirecta	160
3.3. Ajuste razonable	161
3.4. Tutela especial frente al acoso discriminatorio y discurso del odio	163
3.5. Acción positiva	165
3.6. Inversión de las cargas probatorias y presunción de inocencia. .	166
4. Observaciones críticas generales	169
4.1. Tensión con la igualdad ante la ley	169
4.2. Corrección de estereotipos	173
4.3. Eliminación de desequilibrios de poder	175
4.4. Tensionamiento de las diferencias.	177
5. Reflexión prospectiva.	180
Epílogo	181
Bibliografía	183

PRESENTACIÓN

En la primavera de 2022, se me brindó la oportunidad de hacer una estancia de investigación como *Academic Visitor en el Programme for the Foundations of Law and Constitutional Government*, de la Universidad de Oxford. Por entonces, llevaba ya casi una década impartiendo una asignatura sobre el principio de igualdad en el Máster de Derechos Humanos de la Universidad de Navarra, y pensé que sería un buen momento para empezar una monografía sobre esta materia. Me movió a ello constatar la falta de estudios comprehensivos de este principio desde la perspectiva del realismo jurídico clásico. Pese a la abundante bibliografía moderna, la puesta a disposición del público de un estudio que abordase las controversias contemporáneas desde ese punto de vista podría cubrir una carencia y, aunque fuese modestamente, contribuir al diálogo. El resultado de aquel proyecto es el libro que el lector tiene entre manos.

Entre el elenco de autores que me han servido de inspiración, no puedo ocultar el influjo de Michel Villey. Aunque la obra del filósofo francés adolece de un *pathos* antilegalista tal vez excesivo, su distinción entre el *ius* y la *lex*, y entre el orden jurídico distributivo y la ley moral prescriptiva, arroja una luz extraordinaria para comprender la realidad jurídica. La aplicación de dicha distinción al análisis de la igualdad jurídica ha sido uno de los empeños principales que me han movido en mi investigación. Entre los autores españoles, merecen un puesto especial Javier Hervada y Alfredo Cruz. Guardan también conexiones notables con el pensamiento jurídico clásico los grandes maestros institucionalistas de los siglos XIX y XX, Maurice Hauriou, Santi Romano o —cercano a ellos en muchos aspectos— Carl Schmitt. Por su parte, John Finnis ha dedicado un brillante ensayo al principio de igualdad, e incluye apreciaciones muy valiosas sobre la igualdad jurídica en un amplio estudio monográfico sobre la obra del Aquinate. Juntamente con estos autores, me han servido también de apoyo estudios modernos sobre el principio de igualdad que, pese a enmarcarse en tradiciones filosóficas distintas, considero muy valiosos. Debo mencionar aquí, sobre todo, a Michael Walzer, cuya aproximación al problema de la igualdad guarda sorprendentes similitudes con la del pensamiento clásico. En aspectos más restringi-

dos, tengo que expresar también mi deuda con las críticas al igualitarismo formuladas por H. L. A. Hart, Joseph Raz, Derek Parfit, Harry Frankfurt y Peter Westen. Y, finalmente, aunque estoy alejado de sus planteamientos centrales, quiero dar las gracias a Tarunabh Khaitan y a Michael P. Foran, de la Universidad de Oxford, por las amables discusiones mantenidas con ellos sobre la moderna legislación antidiscriminatoria.

Esta presentación quedaría incompleta si no expresase mi gratitud hacia las personas que, con su discusión intelectual, han contribuido a mejorar mi trabajo. Aunque la responsabilidad por sus deficiencias es exclusivamente mía, estoy convencido de que los aciertos que pueda tener se deben, entre otras razones, a haber estado cerca de excelentes académicos. No pudiendo citar a todos los que me gustaría, no me resisto a mencionar a Richard Ekins, Paul Yowell, Conor Casey, Clemente Recabarren, Mariana Canales, Fernando Contreras, Dominic Burbidge, Stephanie Barclay, Samira Mathias, Francisco Urbina, Pierre-Hughes Barré, Piero Ríos y Jonathan Tjandra, así como a los miembros del Fortescue Seminar del Canterbury Institute, de Oxford. Tampoco puedo dejar de referirme a otros amigos y colegas como Adrian Vermeule, Josep Maria Castellà, Josep Joan Moreso, Pablo Nuevo, Roger Boada, Asunción de la Iglesia, Andrea Acosta, Cristóbal Aguilera y Jorge Machín. De manera especial, quiero expresar mi gratitud a José María Soberanes, por la generosidad con que ha acogido la obra en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Tampoco puedo obviar una mención singular a Manuel Aragón Reyes y a mi maestro, Ángel J. Gómez Montoro, que fue quien primero me inclinó a centrar la atención en las dificultades del principio de igualdad, cuando apenas era un incipiente doctorando. Y como siempre y, ante todo, quiero terminar dando las gracias a mis padres, y dando las gracias a Dios.

INTRODUCCIÓN

Refiriéndose a la igualdad, un prestigioso historiador del derecho afirmó que ningún principio constitucional ha sido interpretado y reinterpretado tantas veces, para fundar las más variadas y, en ocasiones, ingenuas esperanzas.¹ Stephan Gosepath lo describe como “el ideal más controvertido, probablemente, de todos los grandes ideales sociales”,² y el jurista norteamericano Peter Westen llegó a afirmar, en un difundido trabajo, que se trata de una “idea vacía”.³ En un estudio posterior, el propio Westen matizó su primer juicio y, de manera más atinada, calificó la igualdad como un principio formal, dependiente por entero de criterios materiales de justicia que le doten de contenido. Al mismo tiempo, no dejaría de advertir que la fuerza retórica intrínseca de la igualdad favorece su empleo abusivo.⁴ En una línea similar, Harry Frankfurt achacó al igualitarismo “distraer la aten-

¹ Stolleis, Michael, “Historische und ideengeschichtliche Entwicklung des Gleichheitssatzes”, en Wolfrum, R. (ed.), *Gleichheit und Nichtdiskriminierung im nationalen und internationalen Menschenrechtsschutz*, Heidelberg, Springer, 2003, p. 8.

² Gosepath, Stephan, “Equality”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Rev. 2021, disponible en: <https://plato.stanford.edu/entries/equality/>: “probably the most controversial of the great social ideals”. A esta carga política del principio se refiere también, v. gr., d'Aloia, Antonio, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale*, Padova, CEDAM, 2002, p. 6.

³ Westen, Peter, “The Empty Idea of Equality”, *Harvard Law Review*, vol. 95, núm. 3, 1982, pp. 537-596.

⁴ Westen, Peter, *Speaking of Equality. An Analysis of the Rhetorical Force of Equality in Moral and Legal Discourse*, Princeton, Princeton University Press, 1990, pp. 268-269. En este libro, Westen parece abandonar la tesis de la idea “vacía”, hasta el punto de que —como ha advertido atinadamente Michael P. Foran (*Equality Before the Law*, Oxford, Hart Publishing, 2023, p. 16)— ni tan siquiera cita el polémico trabajo de 1982. La contención de Westen se explica, en parte, por la gran cantidad de críticas que suscitó su tesis inicial. *Vid.*, en este sentido, Chemerinsky, Erwin, “In Defense of Equality. A Reply to Professor Westen”, *Michigan Law Review*, vol. 81, 1983, p. 578; Greenawalt, Kent, “How Empty Is the Idea of Equality?”, *Columbia Law Review*, vol. 83, 1983, pp. 1167-1185; Karst, Kenneth L., “Why Equality Matters”, *Georgia Law Review*, vol. 17, 1983, pp. 245-289; Burton, Steven J., “Comment on ‘Empty Ideas’: Logical Positivist Analyses of Equality and Rules”, *The Yale Law Journal*, vol. 91, 1982, pp. 1136-1152. De la fuerza retórica del argumento de la igualdad de trato se hacen cargo, en su célebre tratado de retórica, Perelman, Chaïm y Olbrechts-Tytec, Lucie, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, 6a. ed., Bruselas, Université de Bruxelles, 2008, § 52, pp. 293-297.

ción de consideraciones de importancia moral mayor que la igualdad”,⁵ y John R. Lucas aseveró que “el igualitario está condenado a vivir una vida” de “inevitable e interminable decepción”.⁶ Las controversias que rodean a la igualdad son, en definitiva, numerosas y aceradas; y en gran medida traen causa en la falta de claridad que reina sobre su propia estructura formal. Como afirmó H. L. A. Hart, “aunque la fórmula, ‘trata igual los casos iguales y distinto los casos distintos’, es un elemento central de la idea de justicia, por sí misma es incompleta y, hasta que no es complementada, no puede proporcionar ninguna guía determinada de conducta”. Juntamente con el principio de igualdad, opera “un criterio cambiante o variable, empleado para determinar cuándo, para un propósito dado, los casos son iguales o diferentes”.⁷

Que nos hallamos ante un principio estrechamente ligado a la justicia es indiscutible desde los inicios de la filosofía occidental. Según afirmó el eminente filósofo y helenista, Gregory Vlastos, el término griego para la igualdad, *ison* u *osotes*, está más cerca del concepto de “justicia” que el propio término *dikaíosyne*.⁸ No obstante, dado el carácter formal del concepto de igualdad, el dato indicado no permite concluir el carácter “igualitario” de la sociedad griega, al menos en el sentido específico que cobra este calificativo en nuestra época. En la Modernidad, “los pueblos democráticos” tienen por la igualdad “una pasión ardiente, insaciable, eterna e invencible”, como afirmó Alexis de Tocqueville; y ello hasta el punto de que “quieren la igualdad en la libertad, y si no pueden obtenerla, la quieren incluso en la esclavitud”.⁹ Al igual que tantas intuiciones del genio francés, el transcurso del tiempo no ha hecho sino confirmarla.

⁵ Frankfurt, Harry, “Equality as a Moral Ideal”, *Ethics*, vol. 98, núm. 1, 1987, p. 23.

⁶ Lucas, John R., “Against Equality”, *Philosophy*, vol. 40, núm. 154, 1965, p. 306.

⁷ Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, 2a. ed., Oxford, Oxford University Press, 1994, p. 160.

⁸ Vlastos, Gregory, “Justice and Equality”, en Waldron, Jeremy (ed.), *Theories of Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1984, p. 41. Sobre la “justicia” como sinónimo de “igualdad”, *vid.* Aristóteles, *Ética a Nicómaco (EN)*, 1131a13 (ed. bilingüe de Julián Marías y María Araujo, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999). No en vano, Perelman y Olbrechts-Tyteca encabezan el epígrafe dedicado a la argumentación basada en el principio de igualdad con la rúbrica genérica: “la regla de la justicia” (*Traité de l’argumentation*, cit., § 52, p. 293).

⁹ Tocqueville, Alexis de, *De la démocratie en Amérique*, II, 2, Cap. 1 (París, Gallimard, 1961, p. 104): “Je pense que les peuples démocratiques ont un goût naturel pour la liberté; livrés à eux-mêmes, ils la cherchent, ils l’aiment, et ils ne voient qu’avec douleur qu’on les en écarte. Mais ils ont pour l’égalité une passion ardente, insatiable, éternelle, invincible; ils veulent l’égalité dans la liberté, et, s’ils ne peuvent l’obtenir, ils la veulent encore dans l’esclavage. Ils souffriront la pauvreté, l’asservissement, la barbarie, mais ils ne souffriront pas l’aristocratie”.

Un examen realista del principio de igualdad, en cualquiera de sus manifestaciones, debería estar atento a los riesgos sociales que entraña un empeño igualitario excesivo o fanático, por su potencial de negar relevancia a diferencias indispensables para el bien común de la sociedad. Las páginas que siguen quisieran contribuir, aunque sea modestamente, a desarrollar un entendimiento cabal del principio de igualdad desde el realismo jurídico clásico, cuya centralidad he defendido profusamente en otros trabajos.¹⁰

Iniciaré la monografía con un análisis de la estructura de la igualdad jurídica *stricto sensu*, esto es, del principio general de igualdad como principio de justicia (capítulo 1). A continuación, me centraré en el principio constitucional de igualdad, tal y como se ha ido desarrollando en la literatura y la jurisprudencia a partir de las revoluciones liberales (capítulo 2). En el capítulo siguiente, trataré de contrastar la simplificación habitual del discurso igualitario con la complejidad de la aplicación del principio jurídico de igualdad (capítulo 3). El último capítulo estará destinado, en fin, al examen crítico de algunos de los elementos en que se pretende sustentar, en nuestros días, el llamado derecho antidiscriminatorio (capítulo 4).

Antes de concluir esta Introducción, es preciso aclarar algunos extremos para evitar malentendidos en la lectura. En primer lugar, quiero recalcar que el libro no pretende ofrecer una descripción de la jurisprudencia sobre el principio de igualdad, sino un análisis eminentemente teórico. Como es lógico, la aplicación jurisprudencial de un principio tan abstracto y formal es inabarcable, al tiempo que reiterativa en su estructura. Cualquier recopilación ha de quedar desactualizada, por fuerza, en apenas unos días o unas semanas, sin que los cambios afecten a la estructura del principio. Es esta última, en realidad, el objeto de la presente investigación; y es por eso por lo que los ejemplos utilizados están tomados de fuentes históricas y doctrinales diversas, así como de la jurisprudencia y la legislación comparada.

La segunda aclaración tiene que ver con el contraste y el diálogo crítico que, en diversas partes del libro, mantengo con autores contemporáneos. A este respecto, el lector no debe esperar una crítica o una deconstrucción exhaustiva de carácter interno, sino observaciones y críticas formuladas desde las premisas conceptuales del realismo jurídico clásico. El criterio desde el que la crítica se pretende válida y pertinente es el de la misma solidez intelectual del edificio conceptual realista, esto es, el de su asentamiento en categorías que permiten una comprensión más profunda y una explicación más cabal del fenómeno jurídico.

¹⁰ Simón Yarza, Fernando, *Entre el deseo y la razón. Los derechos humanos en la encrucijada*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2017; véase también *Ley natural y realismo clásico. Una defensa*, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2022.

Finalmente, una última aclaración tiene que ver con la pluralidad de teorías que en nuestro tiempo se consideran depositarias del iusnaturalismo clásico. A este respecto, debo advertir que el texto desarrolla una postura concreta y renuncia a adentrarse en disputas con otras escuelas usualmente encuadradas en el iusnaturalismo. En conjunto, mi objetivo es clarificar algunos conceptos básicos en torno al principio de igualdad desde el realismo jurídico clásico, centrado en el *ius*; una corriente filosófica que desplegó su influjo, según creo, en lo más granado de la tradición jurídica occidental, desde la época áurea de la jurisprudencia romana hasta los glosadores y comentaristas bajomedievales; y que ha seguido informando, de manera muchas veces inadvertida, el *common sense* de los juristas modernos.

Aunque la situación actual del discurso impida presagiar una pronta rehabilitación académica general del pensamiento clásico, la fidelidad al oficio intelectual nos exige buscar siempre la verdad de las cosas. Precisamente en el ámbito de la igualdad, pienso que los imperativos de la corrección política y el alejamiento de la tradición clásica han empobrecido los debates. Me daría por satisfecho, por tanto, si estas páginas llegasen a resultar de provecho en algún lector benevolente.

CAPÍTULO 1

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD JURÍDICA

Entre los teóricos del principio de igualdad, es un lugar común distinguir entre una igualdad *descriptiva*, expresada en proposiciones sobre el “ser” de las cosas, y una igualdad *prescriptiva*, expresada en proposiciones sobre el “deber ser”.¹¹ Tomando esto como base, el punto de partida de los análisis del principio de igualdad suele ser calificarlo, primariamente, como prescriptivo. Hay quienes han advertido, sin embargo, que resulta problemático entablar una separación estricta entre la igualdad prescriptiva y la igualdad descriptiva. Bernard Williams, por ejemplo, insiste con razón en que, si afirmamos el *deber* de tratar igual a dos personas, es porque *son* iguales en los aspectos relevantes para dispensarles un determinado trato.¹² Objeciones de este cariz cuestionan el hecho de que, entendida como principio jurídico o de justicia, la igualdad sea simplemente prescriptiva, y no también, de alguna manera, descriptiva. Como trataré de explicar a lo largo de este capítulo, en el fondo de estas discusiones late una obscuridad respecto a la justicia y lo jurídico que es necesario despejar con antelación. Apenas podremos hablar con tino sobre la igualdad jurídica, si no disponemos de una comprensión cabal de qué es “lo jurídico”, así como de la relación que una prescripción de justicia guarda con el ser de las cosas.

Así pues, aun a costa de abusar un poco de la paciencia del lector, me permitiré dedicar un epígrafe introductorio del capítulo y del libro, de cierta extensión, a reflexionar sobre la naturaleza del derecho y de lo jurídico (1). Sólo a continuación, y partiendo de esas reflexiones, entraré de lleno en el concepto de la igualdad jurídica o igualdad respecto a lo jurídico. Me emplearé en desgranar su significado en los cuatro epígrafes siguientes, dedicados, respectivamente, a la definición del principio (2); a explicar las dos formas básicas de entender la igualdad jurídica en Platón y Aristóteles (3); a exponer las peculiaridades que caracterizan al agravio comparativo (4); y a definir brevemente la igualdad de la llamada justicia general o legal (5).

¹¹ Vid., p. ej., Westen, Peter, *Speaking of Equality*, cit., pp. 11-92; y Mortimer Adler, *Six Great Ideas*, Nueva York, Collier MacMillan, 1981, pp. 159-161.

¹² Williams, Bernard, “The idea of equality”, en Laslett, Peter y Runciman, Walter G. (eds.), *Philosophy, Politics and Society*, Oxford, Blackwell, 1964, pp. 111 y 112.

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES SOBRE LO JURÍDICO

Resulta habitual definir el derecho y lo jurídico como un sistema de leyes, normas o deberes de conducta. Según Manuel Atienza, “el normativismo, la idea de que el Derecho consiste esencialmente en normas, es, de una u otra forma, la concepción del Derecho dominante entre los juristas”.¹³ El propio concepto de norma es, sin embargo, ambivalente, lo que ha dado lugar a confusiones de índole diversa. Que existan normas específicamente jurídicas nos exige explicar, precisamente, en qué consiste lo jurídico de dichas normas. Semejante cualificación no puede identificarse, obviamente, con lo normativo, ya que se toma como una cualificación suya. En realidad, la noción por referencia a la cual se especifica todo lo jurídico es la de *ius*,¹⁴ un concepto que, en su significado nuclear, difiere del de “norma” o “ley”. El concepto de *ius* —equivalente latino del griego *to dikaion*,¹⁵ y vocablo que solemos traducir por “derecho”—¹⁶ se encuentra en la raíz del término “justicia” (*iustitia*).¹⁷ Nos encontramos ante un adjetivo sustantivado con el que

¹³ Atienza, Manuel, *El sentido del Derecho*, 6a. ed., Barcelona, Ariel, 2010, p. 59. Por su influencia, *vid.*, paradigmáticamente, Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre*, 2a. ed., Viena, Österreichische Staatsdruckerei, 1960, p. 4: “el derecho... es un orden normativo de la conducta humana y un sistema de normas que regulan la conducta humana”.

¹⁴ Entre los autores contemporáneos que han reivindicado una comprensión de lo jurídico centrada en el *ius*, merece un puesto destacado, sin duda, el nombre de Villey, Michel (*vid.*, v. gr., *Philosophie du droit*, I: *Définitions et fins du droit*, París, Dalloz, 1975). En el ámbito de habla hispana, su principal representante en nuestro tiempo ha sido, probablemente, Hervada, Javier, *Lecciones propedéuticas de filosofía del Derecho*, Pamplona, Eunsa, 2000, pp. 165 y ss. Resulta también de gran interés la obra de Vallet de Goytisolo, Juan, “Perfiles jurídicos del derecho natural en Santo Tomás de Aquino”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro*, II, Madrid, Tecnos, 1976, pp. 703-804; y, más recientemente, la de Errázuriz, Carlos José, *El derecho como bien jurídico*, Pamplona, Eunsa, 2023. En los últimos años, ha tenido buena acogida en el mundo anglosajón el estudio de Popović, Petar, *Natural Law and Thomistical Juridical Realism*, Washington, CUA Press, 2022 (pról. de Russell Hittinger). Con singular penetración especulativa, el realismo clásico ha encontrado un brillante expositor en Cruz Prados, Alfredo, *Sobre la realidad del Derecho. Filosofía Jurídica*, Pamplona, Eunsa, 2021. Me remito también, en fin, a mi trabajo, *Ley natural y realismo clásico...*, *cit.*

¹⁵ *EN*, 1129a5.

¹⁶ El vocablo “derecho” (*droit*, *diritto*, *direito*) y otros equivalentes extranjeros (*right*, *Recht*) constituyen la traducción más próxima a la de *ius*, si bien provienen del latín *directum* o *rectum*, que se opone a “torcido”. El uso de *directum* en lugar de *ius* es fruto de un vulgarismo tardío, y hubo de generalizarse antes del fin del Imperio romano (*vid.* García-Gallo, Alfonso, “Ius y derecho”, *Anuario de Historia del Derecho*, 1960, p. 12).

¹⁷ Según Ulpiano, el término *ius* procede de *iustitia* (*D.* 1.1.1: “Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. Est autem a iustitia appellatum”). La realidad, sin embargo, parece ser la contraria: *iustitia* deriva de *ius*. La raíz arcaica es *iou-*, aunque *ius*

se designaba originariamente “lo justo”, la “cosa justa” o “o suyo” de cada uno. Como a continuación trataré de explicar, es esta acepción de *ius* la que especifica cualquier otra realidad —ley, norma, deber, sanción, obligación, título, etcétera— adjetivada como jurídica.

1.1. *Justicia e ius*

1. A fin de identificar con claridad este significado nuclear de lo jurídico, resulta conveniente partir de la experiencia de la obligación de justicia. Desde la perspectiva moral interna de un agente, el orden de lo justo se presenta como un deber de justicia. Así, por ejemplo, allí donde el orden de lo justo requiere que Cayo dé a Ticio cien euros, Cayo experimenta un deber moral de justicia de dar cien euros a Ticio. Desde una perspectiva formal, Cayo tiene un *deber moral* (a); y, materialmente, ese deber moral de Cayo tiene como objeto un acto de *justicia* (b):

a) Comencemos, en primer lugar, por el concepto de *deber moral*:

(1o.) Decir que algo “*debe ser*” o que algo tiene razón de “débito”, expresa una cierta necesidad. Como explica Tomás de Aquino, sin embargo, “lo que se hace voluntariamente no puede incluir necesidad sino bajo la suposición del fin”, esto es, bajo la suposición “según la cual la existencia de los medios para llegar al fin es algo que *se debe* al fin mismo”.¹⁸ Así, la proposición “*debo hacer x*” constituye, en realidad, una proposición incompleta. En rigor, habría de decir: “*debo hacer x para alcanzar el fin y*”. Habida cuenta de que el deber implica relación de necesidad respecto a un fin, uno sólo asume el deber bajo la condición de que la propia voluntad esté orientada al fin. Si quiero sacarme el carnet de conducir, *debo* estudiar el temario correspondiente; y si quiero ver el partido de fútbol de esta noche, *debo* dejar de estudiar.

(2o.) Cuando hablamos de deberes *morales*, solemos hablar de “deber-ser” a secas, sin mayor cualificación. Ello trae causa en que, cuando hablamos de deberes morales, no nos referimos a lo que es necesario para un fin contingente —sacarse el carnet de conducir, ver el partido de fútbol de esta noche—, sino a lo que es necesario para el fin o el bien de la persona en su

aparece ya en la Ley de las XII Tablas, en el siglo V a. C. Es probable que la raíz arcaica provenga de *Iovis* (Júpiter), y que esté asociada al juramento religioso (*vid.*, con cierto detalle, d’Ors, Álvaro, *Derecho privado romano*, 10a. ed., Pamplona, Eunsa, 2004, pp. 47 y ss.; y Hervada, Javier, *Lecciones propedéuticas de filosofía del Derecho*, *cit.*, pp. 170 y ss.).

¹⁸ Tomás de Aquino, *Contra Gentiles*, lib. 2, cap. 28, n. 16: “ea vero quae voluntate fiunt, necessitatem habere non possunt nisi ex sola finis suppositione, secundum quam debitum est fini ut ea sint per quae pervenitur ad finem”.

integridad, al “bien del hombre en cuanto que hombre”.¹⁹ En estos casos, el término “deber” se emplea sin cualificación debido a la indispensabilidad misma del fin, esto es, del bien “integral” del hombre. No solemos decir: “no debes asesinar *para* ser bueno” o “no debes asesinar *en caso de que* quieras ser bueno”, porque presumimos que “ser bueno” es deseable. Ser bueno es justamente lo que no puedo dejar de ser sin convertirme en malo; y convertirme en malo es pervertirme a mí mismo, atentar contra mí mismo. El *bonum* moral tiene razón de fin de la persona en cuanto que persona. La condición finalista a la que obedece el deber moral es, pues, indisponible. Este rasgo del bien moral se halla correctamente expresado en un pasaje de Papiniano recogido en el *Digesto*: “los hechos... que se hacen contra las buenas costumbres [*contra bonos mores*, contra la moral], se ha de creer que no podemos hacerlos”.²⁰ Fracasas como persona no es fracasar en un aspecto de la vida o en un propósito contingente, sino fracasar en sentido absoluto. Por eso, los deberes que atañen al *fin* o al *bien* de la persona en su integridad, los que hacen de la persona una “buena persona” —los deberes morales— son imperativos irrenunciables. Apartarse de ellos es desviarse del camino que conduce a un *fin* indisponible para la persona, es frustrar el propio sentido o *logos*.

b) Volviendo sobre el ejemplo que nos ocupa, el deber que Cayo experimenta respecto a Ticio es, como hemos señalado, un deber moral que tiene como objeto el *acto de justicia*. Habida cuenta de que el deber tiene por objeto la “cosa justa”, podemos hablar, ciertamente, de un deber “jurídico”; lo cual no le quita un ápice de su carácter moral. En cuanto que tiene por objeto lo justo (*iustus*), tiene un carácter materialmente jurídico; y en cuanto que es un deber de conducta (*mos*), tiene un carácter formalmente moral. El acto de justicia produce la virtud moral de la justicia, que constituye una rectitud de la voluntad que integra el *bonum* del agente, en este caso de Cayo. Dicho de otra manera, dar a Ticio esos cien euros se le presenta a Cayo como una “razón de conveniencia” o “razón conducente” a su misma bondad, en cuanto que al orden de lo justo se ordena el acto y la virtud de la justicia.

2. Señalado lo anterior, la ley moral que prescribe a alguien dispensar a otro el trato que le corresponde según el orden de lo justo —esto es, otor-

¹⁹ Tomás de Aquino, *De virtutibus*, q. 2 a. 2 co.: “Nam proprium bonum hominis in quantum homo, est bonum rationis, eo quod homini esse est rationale esse”.

²⁰ D. 28.7.15: “quae facta... contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est” (Papiniano) (Justiniano, *Digestum Vetus Pandectarum Iuris Civilis*, ed. Hugo a Porta, Lyon, 1558-1560). Aunque formulada en relación con un supuesto concreto del derecho civil —la necesidad de tener por imposibles las condiciones testamentarias contrarias a la moral—, esta máxima de Papiniano manifiesta, de manera más general, la indisponibilidad de los deberes morales.

garle la “misma cosa justa” (*ipsa res iusta*), su *ius*— no puede ser, obviamente, el fundamento del *ius* que presupone. En cuanto que objeto suyo, el *ius* tiene que ser, por definición, anterior a los deberes de la justicia.

a) La “correspondencia” o “justeza” que caracteriza al *ius*, en cuanto que *ius*, constituye una cualidad de las cosas, entendiendo por cosas todo tipo de realidades. Pienso que es muy importante retener esta idea: considerado como “cosa justa”, el *ius* puede significar cualesquiera realidades susceptibles de pertenencia o atribución. Puede ser una acción o una omisión, un bien material o inmaterial, una relación simple (facultad, pretensión, libertad, inmunidad, competencia, carga, etcétera) o un haz de relaciones (la pertenencia o el acceso a una institución, la titularidad de una persona jurídica afectada por numerosas relaciones, etcétera), por poner algunos ejemplos. Cualquier realidad —material e inmaterial, con sustancialidad propia o construida socialmente—²¹ susceptible de atribución, pertenencia y débito puede ser calificada como “cosa justa” o *ius*.

b) En la medida en que las cosas están atribuidas y son objeto de pertenencia y de débito, puede decirse que tienen la cualidad de “suidad” o “juridicidad”. El *ius*, “lo suyo” o “la cosa justa” son sinónimos con los que designamos un aspecto de la realidad, a saber, su carácter de pertenencia y débito. El *ius* constituye, en definitiva, una cualidad, carácter o razón formal de las cosas; en las categorías aristotélicas, un accidente que denota “relatividad”.²²

Así como una casa en el campo puede ser de colores blanco y rojo, grande o pequeña, frágil o robusta, también puede ser *mía* o *tuya* o *de alguien*: esto es, objeto de *pertenencia*. Esa relatividad de “suidad” o pertenencia es, estrictamente hablando, la juridicidad de la realidad, ora de una realidad o cosa material, ora inmaterial. Desde la libertad para expresarse, un castigo o un premio, el dinero o el trabajo de alguien, el uso temporal de una casa, una franquicia o una patente, el acto de dictar sentencia, los frutos de un huerto ajeno o las vistas desde una ventana; cualquier realidad susceptible de atribución o pertenencia puede gozar de la cualidad formal, estrictamente real, de *ius* o “suidad”.

c) La experiencia del *ius* o de la “cosa justa” es la experiencia jurídica primordial e inmediata, de la que emanan los propios deberes de justicia. Quien da algo en préstamo, es inmediatamente consciente de que su *ius* consiste en la restitución de lo prestado. Si el prestatario le niega la restitución

²¹ Sobre los hechos institucionales, contruidos socialmente, *vid.* Searle, John R., *The Construction of Social Reality*, Nueva York, Penguin, 1995; y *Making the Social World. The Structure of Human Civilization*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

²² Aristóteles, *Metafísica*, V, 1025a14-34; y *Categorías*, 6a36-37 [“relatividad” (*ta pros ti*)].

ción, el prestamista percibe nítidamente que se le está negando su derecho (*ius*); y acaso perciba, igualmente, que ha emergido un nuevo derecho o *ius*, a saber, la reclamación judicial de la cosa prestada y, quizás, de algún tipo de compensación económica adicional. Su *ius*, pues, es exigible ante los tribunales, los cuales tienen atribuida como *ius*, precisamente, la *iurisdictio* o facultad de decir el *ius*.

1.2. *El ius naturale y la naturaleza de las cosas*

1. La cualidad formal del *ius* sólo puede fundarse en la existencia de una ordenación en la realidad en virtud de la cual las cosas —insisto en la importancia de no ceñir el término cosa o *res* a las cosas materiales— están distribuidas y corresponden a unos o a otros. La “suidad” o juridicidad se funda en una *ordenación inteligible* de la realidad, la cual puede tener un origen convencional o existir con anterioridad e independencia de las convenciones humanas:

a) El orden del *ius* puede ser fruto, en primer lugar, de una convención sin la que no existiría. Así ocurre con las cosas justas que surgen a partir de disposiciones legales contingentes. En España, el plazo de un mes para la interposición del recurso de alzada frente a un acto administrativo expreso es “cosa justa” en virtud, sencillamente, de la legislación aplicable.²³

b) En segundo lugar, el orden del *ius* puede ser independiente de las convenciones humanas. Así ocurre, por ejemplo, con la ordenación natural familiar en que se funda la alimentación y educación de los hijos como “cosa justa” (*ius*) que sus padres les deben. El último título del *Digesto* justiniano (*De diversis regulis iuris antiqui*) recoge numerosas máximas formuladas por los jurisprudentes romanos que tienen este carácter: “es conforme a la naturaleza que las comodidades de cualquier cosa correspondan a quien correspondieren las incomodidades”;²⁴ “nadie puede transferir a otro más derecho que el que él mismo tenga”;²⁵ “no se considera que obra con dolo nadie que usa de su derecho”;²⁶ “los reos son considerados más favorablemente que los actores”;²⁷ “en causa igual debe ser considerado preferente el

²³ Cfr. artículo 122.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

²⁴ D. 50.17.10: “Secundum naturam est, commodum cuiusque rei eum aequi, quem sequentur incommoda” (Paulo).

²⁵ D. 50.17.54: “Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet” (Ulpiano).

²⁶ D. 50.17.55: “Nullus videtur dolo facere, qui suo iure utitur” (Gayo).

²⁷ D. 50.17.125: “Favorabiliores rei potius, quam actores habentur” (Gayo).

posesor”;²⁸ “no se entiende que el que sufre daño por su culpa sufre daño”;²⁹ “es justo, por derecho natural, que nadie se haga más rico con detrimento o injuria de otro”;³⁰ etcétera. En todos estos casos hemos de hablar de *ius naturale*, no porque lo referido como justo sea una abstracción ajena al modo de vivir histórico —que no lo es—, sino porque emana de la naturaleza de las relaciones vitales implicadas, y no de la convención positiva. En el pensamiento aristotélico, lo “justo natural” recibe este nombre por contraposición a lo justo “legal” o “convencional”, y no porque sea una medida inmutable o ahistórica de justicia. Así lo explicaba Aristóteles en la *Ética a Nicómaco*:

Para nosotros, hay una justicia natural (*physeí*), y, sin embargo, toda justicia es variable (*kinēton*); con todo, hay una justicia natural y otra no natural. Pero es claro cuál de entre las cosas que pueden ser de otra manera es natural y cuál no es natural sino legal o convencional (*alla nomikon kai synthēkē*), aunque ambas sean igualmente mudables (*kinēta homoiōs*).³¹

La mutabilidad de lo justo natural aparece ligada en Aristóteles a la mutabilidad de lo humano (“para nosotros”), que el estagirita contrapone a la naturaleza inmutable de los dioses. Así, un análisis detenido de las máximas jurisprudenciales romanas arriba enunciadas nos permitiría detectar excepciones que manifiestan esa mutabilidad, lo cual no les priva de su validez normal. Inspirado en Aristóteles, Tomás de Aquino se refirió a “lo justo natural” reconociendo esa misma mutabilidad y poniendo un ejemplo muy atinado al respecto:

[L]o que es natural al hombre puede fallar a veces. Por ejemplo, tiene igualdad natural el hecho de que se devuelva lo depositado al depositante; y, por tanto, si la naturaleza humana fuera siempre recta, esto debería observarse siempre. Pero, dado que la voluntad del hombre se pervierte a veces, hay algunos casos en los que lo depositado no debe ser devuelto, a fin de que un hombre con voluntad perversa no lo utilice mal; como sucedería, por ejemplo, si un loco o un enemigo de la república exige las armas depositadas.³²

²⁸ D. 50.17.128: “In pari causa possessor potior haberi debet” (Paulo).

²⁹ D. 50.17.203: “Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire” (Pomponio).

³⁰ D. 50.17.205: “Iure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiores” (Pomponio).

³¹ *EN*, 1134b27-34. Acerca de la mutabilidad de “lo justo natural”, *vid.* Villey, Michel, *La formation de la pensée juridique moderne*, 2a. ed., París, Presses Universitaires de France, 2013, pp. 91 y ss.

³² *S. T. II^a-IIae* q. 57 a. 2 ad 1: “Ad primum ergo dicendum quod illud quod est naturale habenti naturam immutabilem, oportet quod sit semper et ubique tale. Natura autem hominis

El ejemplo que esgrime el Aquinate refleja a la perfección el significado que, tanto él como Aristóteles, confieren al “derecho natural”. Restituir el depósito es algo que forma parte del orden normal de las relaciones humanas, *i. e.*, que es conforme a la naturaleza de las cosas. Puede no ocurrir lo mismo, sin embargo, cuando el depositante es un loco y lo depositado es un arma peligrosa. La contingencia y mutabilidad misma de la naturaleza de las cosas —en este caso, de la naturaleza humana— hace que lo justo natural varíe —en este caso, según la cordura o la locura del depositante—. Con todo, en los dos supuestos puede hablarse de una medida de justicia objetiva, aunque no exista una ley positiva previa. Lo característico de lo justo natural es su origen no convencional, mas no su carácter inmutable.

2. Conviene no confundir el concepto de *ius naturale* empleado por la jurisprudencia romana con la *lex naturale* de los estoicos, de Cicerón, o de la tradición teológica medieval:

a) La ley (moral) natural (*lex naturale*) constituye, según Cicerón, “una recta razón” que “impulsa con sus preceptos a cumplir el deber, y aparta del mal con sus prohibiciones”. Se trata de un principio de los actos humanos de carácter universal e inmutable: no puede ser “distinta en Roma y en Atenas”, sino que “habrá siempre una misma ley para todos los pueblos y momentos, perdurable e inmutable”.³³ En este mismo ámbito moral se enmarca la idea de una *lex aeterna* que ordena respetar el orden natural,³⁴ referida por San Agustín; e igualmente la teoría de la *lex naturalis* de Santo Tomás de Aquino. El gran doctor escolástico ha ofrecido la exposición clásica

est mutabilis. Et ideo id quod naturale est homini potest aliquando deficere. Sicut naturalem aequalitatem habet ut deponenti depositum reddatur, et si ita esset quod natura humana semper esset recta, hoc esset semper servandum. Sed quia quandoque contingit quod voluntas hominis depravatur, est aliquis casus in quo depositum non est reddendum, ne homo perversam voluntatem habens male eo utatur, ut puta si furiosus vel hostis reipublicae arma deposita reposcat”.

³³ “Est quidem vera lex recta ratio naturae congruens, diffusa in omnes, constans, sempiterna, quae vocet ad officium iubendo, vetando a fraude deterreat; quae tamen neque probos frustra iubet aut vetat nec improbos iubendo aut vetando movet. Huic legi nec obrogari fas est neque derogari ex hac aliquid licet neque tota abrogari potest, nec vero aut per senatum aut per populum solvi hac lege possumus, neque est quaerendus explanator aut interpres eius alius, nec erit alia lex Romae, alia Athenis, alia nunc, alia posthac, sed et omnes gentes et omni tempore una lex et sempiterna et immutabilis continebit, unusque erit communis quasi magister et imperator omnium deus, ille legis huius inventor, disceptator, lator; cui qui non parebit, ipse se fugiet ac naturam hominis aspernatus hoc ipso luet maximas poenas, etiamsi cetera supplicia, quae putantur, effugerit” (Cicerón, *De re publica*, Libro III, 22, 33).

³⁴ “Lex vero aeterna est, ratio divina vel voluntas Dei, ordinem naturalem conservari iubens, perturbari vetans” (San Agustín, *Contra Faustum*, XXII, 27).

sica más acabada de la *lex naturalis*, en el contexto de su explicación de los principios que mueven los actos humanos.³⁵ Esta ley natural (*lex naturalis*) es, por definición, jerárquicamente superior a la ley positiva (*lex positiva*), la cual emana en cierto modo de ella.³⁶

b) Es importante subrayar que, en su significado central o nuclear, el concepto de “derecho natural” (*ius naturale*) no es en absoluto sinónimo del de “ley natural” (*lex naturalis*):

(1o.) Conviene destacar que los jurisperitos romanos no se interesaron primariamente por cuestiones filosóficas, y que la noción estoica o ciceroniana de *lex naturalis* no tuvo ninguna influencia relevante en la jurisprudencia clásica.³⁷ Por el contrario, sí hablaron de lo justo natural o del *ius naturale* como una parte principal del derecho.

(2o.) Lo justo natural de los juristas romanos apela al sentido común, a lo que es justo al margen de que exista o no una convención que lo explicita. Por ello, el *ius naturale* constituye una parte del derecho, y no un derecho superior. Tan injusto es no dar a alguien lo que le pertenece por convención como no darle lo que le pertenece por la naturaleza misma de las cosas, sin que lo segundo guarde relación de superioridad jerárquica alguna respecto a lo primero.

(3o.) En el concepto romano de *ius naturale*, por “natural” se entendía, en palabras de Ernst Levy, “no sólo lo que se sigue de las cualidades físicas de los hombres o cosas, sino también de aquello que, en el marco de aquel sistema [institucional], parecía cuadrar con el orden normal o razonable de los intereses humanos; y, por ello, no precisaba de ulterior evidencia”.³⁸ Dicho de otro modo, “la naturaleza” aludía aquí al “orden inherente en las condiciones de vida tal y como los romanos las veían”.³⁹ Por esta razón, la idea de lo justo natural (*ius naturale*) no sólo se refiere a entidades naturales preinstitucionales (físicas, biológicas, espirituales), sino también a la naturaleza de los pactos (*natura contractus*), a la naturaleza de las obligaciones (*natura obligationis*) y a otras realidades construidas socialmente. En este sentido, “los postulados de la naturaleza no emanaban de la especulación metafísica,

³⁵ S. T. I^a-II^ae q. 94.

³⁶ Sobre los modos en que la ley positiva se dice que emana de la ley natural, me remito a mi trabajo, *Ley natural y realismo clásico. Una defensa*, Cap. III: “La doctrina del Derecho natural ante el Tribunal de la Ciencia: Informe *Amicus Curiae*” (pp. 81-97).

³⁷ *Vid.*, con varias referencias, Mousourakis, George, *A Legal History of Rome*, Oxford-Londres, Routledge, 2007.

³⁸ Levy, Ernst, “Natural Law in Roman Thought”, *Studia et documenta historiae et iuris*, vol. 15, 1949, p. 9.

³⁹ *Ibidem*, p. 7.

sino de los juicios del *common sense* y de la necesidad de orden en las relaciones humanas”.⁴⁰

3. La existencia y vigencia de lo justo natural, tal y como lo entendieron los jurisprudentes romanos, resulta manifiesta en el uso que hicieron del concepto de *aequitas*, que ha pervivido hasta nuestros días en la interpretación de las reglas positivas:

a) Sin perjuicio de su carácter vinculante, las convenciones o leyes positivas terminan resultando, tarde o temprano, insuficientes. No es inusual que sea preciso proceder a una reducción teleológica de la regla debido a su redacción deficiente, o a una extensión analógica debido a la aparición de circunstancias desconocidas hasta entonces. La jurisprudencia romana se desplegó, precisamente, como un desarrollo interpretativo y corrector del rígido *ius civile* —inicialmente, y en especial, de la Ley de las XII Tablas— a través del edicto del pretor (*ius honorarium* o *ius praetorium*), así como de su constante interpretación y reinterpretación. De esta forma maduró la convicción, expresada en el célebre aforismo de Celso, de que el derecho (*ius*) es *ars aequi*, arte de lo equitativo.⁴¹ Propiamente, la “equidad” (*aequitas*) no constituye una categoría distinta de lo justo, sino la expresión de una justicia y una igualdad más perfecta, capaz de flexibilizar —e incluso dejar de lado, excepcionalmente— la letra de la ley cuando no hacerlo conduciría a una injusticia. En este sentido, el *ius aequum* se opondría al *ius strictum*, de carácter imperfecto por prescindir de circunstancias relevantes que no se tuvieron en cuenta al dictar la regla.

b) El concepto jurisprudencial romano de *aequitas* se corresponde con el aristotélico de “epiqueya” (*epieikeia*), que consiste en la virtud de amoldar la norma al caso concreto. El estagirita compara la ley a “la regla (*kanōn*) de plomo de los arquitectos lesbios, que se adapta a la forma de la piedra y no es rígida”.⁴² El razonamiento basado en reglas generales cobraría así el carácter de un “generalismo moderado”,⁴³ no absoluto o inflexible.

⁴⁰ Mousourakis, George, *op. cit.*, p. 124.

⁴¹ D. 1.1.1.pr.: “Ius est ars boni et aequi” (Celso).

⁴² EN, 1137b29-33. Los albañiles de la isla de Lesbos empleaban una regla hecha de *plomo*, flexible, que podían *doblar* para adaptarla a las *formas irregulares de las piedras*. De esta manera, copiaban su contorno para dar forma a otra piedra que podrían encajar con la primera.

⁴³ Tomo la expresión de Moreso, José Juan, “Con la plomada de Lesbos. Celano sobre el *Rule of law* y particularismo”, *Revista Iberoamericana de Argumentación*, núm. 13, 2016, pp. 13 y 14. No se nos oculta, en todo caso, que la sujeción a reglas escritas claras obedece a serias razones de justicia (*cfr.*, en este sentido, Aristóteles, *Retórica*, 1354a-b) sobre las que volveremos más adelante (*vid. infra* 1.3, n. 3). Es por ello que, allí donde es necesaria, la flexibilidad ha de evitar proceder por la vía de la corrección textual cuando puede hacerlo por la vía de la interpretación.

c) Aristóteles hace explícito que sería absurdo pensar que “lo equitativo” (*tou epieikous*)⁴⁴ se opone, en sentido propio, a “lo justo” (*to dikaion*), puesto que entonces no sería algo bueno. En cuanto que “corrección de lo justo legal” (*epanōrthoma nomikon dikaion*),⁴⁵ declara el estagirita que “lo equitativo, si bien es mejor que una especie de justicia, es justo (*esti dikaion*), y no es mejor que lo justo como si se tratara de otro género”.⁴⁶ Es lo justo en su sentido más acabado, por más adecuado al caso concreto.

d) Pues bien, la posibilidad misma de la existencia de algo tan necesario como la *epieikeia* o *aequitas* descansa en el reconocimiento del “derecho natural” (*ius naturale*), tal y como lo aplicaron los juristas romanos y lo conceptualizó el realismo clásico. Sería contradictorio concebir la posibilidad de flexibilizar o corregir la ley en atención a una justicia más perfecta sin admitir la existencia de lo justo en sentido no legal, esto es, de lo justo natural.

4. Existe, en definitiva, una identidad clara entre el *ius naturale* de la jurisprudencia clásica romana, el *physikon dikaion* aristotélico y el *ius naturale* al que se refiere Tomás de Aquino en su tratado sobre la justicia y lo justo. Los dos rasgos que distinguen de la *lex naturalis* (S. T. I^a-II^ae q. 94) al *ius naturale* en su sentido más propio⁴⁷ (S. T. II^a-II^ae q. 57) son los siguientes: (1o.) que el término *ius* no significa aquí una “ley” (*lex*), sino una “cosa justa” (*res iusta*); y (2o.) que el adjetivo “natural” (*naturale*) no se opone aquí a “mudable”, sino a “convencional”. Lo justo natural es lo justo, sencillamente, en cuanto que está enraizado en una normalidad de las cosas. Ello quiere decir que, en las cosas mismas, sean o no artificiales, cabe “leer” o “inteligir” una estructura u ordenación de lo justo. Si, pese a cuanto se ha señalado, quisiéramos denominar “ley” a ese orden no convencional que origina el *ius naturale*, habríamos de ser conscientes de que no estamos empleando el término “ley” como mandato o prescripción de un deber. La ordenación inteligible ínsita en la naturaleza de las cosas puede categorizarse como ley en cuanto que “regla de lo justo y de lo injusto”,⁴⁸ esto es, en cuanto que “medida”⁴⁹ o *ratio* de la distribución de las cosas en orden al bien de la comunidad.⁵⁰

⁴⁴ EN, 1137a31.

⁴⁵ EN, 1137a13.

⁴⁶ EN, 1137a8-10.

⁴⁷ Quiero recalcar la expresión “en su sentido más propio”, dado que, en ocasiones, el Aquinate emplea el concepto de *ius* como sinónimo de orden jurídico o de *lex*.

⁴⁸ Cicerón, *De legibus*, Lib. I, VI, n. 19: “iuris atque iniuriarum regulae”.

⁴⁹ S. T. I^a-II^ae q. 90 a. 1 ad: “lex sit regula quaedam et mensura”.

⁵⁰ S. T. I^a-II^ae q. 90 a. 3 co.: “lex proprie, primo et principaliter respicit ordinem ad bonum commune”.

1.3. El “orden concreto” (nomos) como fundamento del ius

1. Como orden concreto estructurante de lo justo, más apropiado que el vocablo latino *lex* —que tiene su raíz en el verbo *legere* o “leer”— es el término equivalente griego, *nomos* (νόμος). Este término tiene su raíz en el verbo *nemein* (νέμειν), cuyo significado es, justamente, “distribuir” o “repartir”. Etimológicamente, el *nomos* expresa distribución antes que mandato.

El término *nomos* tiene sus orígenes en el ámbito ritual y pastoril. En una exhaustiva investigación, Thanos Zartaloudis ha explicado que “el significado más antiguo y persistente del verbo *nemein* (νέμω, *nemō*) y νομάω (*nōmāō*), juntamente con una amplia familia de palabras, es el de un cierto tipo de ‘distribución’; esto es, el acto concreto de ‘distribuir’, en el sentido de ‘asignar’ partes o ‘repartir’. Como resulta evidente en los usos homéricos..., el empleo más frecuente de *nemein* (en el modo activo) es la acción concreta de una distribución ‘ritual’: compartir la comida con los invitados a un banquete después de un ‘sacrificio’... Hallamos también una variedad de usos ‘pastoriles’ de νέμω (*nemō*)... Que de hecho sean no una, sino dos ramas semánticas separadas (*nem-* y *nom-*), permanece disputado, pero las conexiones son lo suficientemente cercanas para indicar un desarrollo relativo (aunque distinto hasta cierto punto) de los usos”.⁵¹

Esta raíz del término *nomos* ha sido enfatizada por destacados pensadores jurídicos y políticos. Carl Schmitt, por ejemplo, entendió su propia penetración en el sentido y la importancia jurídica del *nomos* como una de las mayores realizaciones intelectuales de su vida, tal y como dejó consignado en su epitafio.⁵² El jurista alemán exploró los orígenes y el significado del *nomos* como “ordenación y asentamiento concreto” en una de sus mayores obras,⁵³ y en un ensayo que encabezó con el sugerente título: “Tomar, partir,

⁵¹ Zartaloudis, Thanos, *The Birth of Nomos*, Edimburgo, Edinburgh University Press, 2019, pp. xxiii y xxiv (anticipando y sintetizando su conclusión).

⁵² En él se reproducen unas palabras de la primera frase de la *Odisea* (vers. 3) referidas a Ulises, según la reconstrucción, poco habitual, que Schmitt defendió con vehemencia en su obra, *καὶ νόμον ἔγνω* (*kai nomon egno*): “y conoció el *nomos*”.

⁵³ Schmitt, Carl, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum* (1950), 2a. ed., Berlín, Duncker & Humblot, 1974, pp. 11-51. Atraído desde joven por el “pensamiento institucional”, Schmitt esbozó su clasificación tripartita de modos de pensar la ciencia jurídica refiriéndose, inicialmente, al “pensamiento institucional” [cfr. *Politische Theologie*, 10a. ed., Berlín, Duncker & Humblot, 2015, p. 8 (prólogo a la 2a. ed., de noviembre de 1933)]. Sin embargo, en *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, libro publicado en 1934 —el mismo año que la primera edición de la *Reine Rechtslehre* de Kelsen—, habló en su lugar, por

apacentar” (*Nehmen, Teilen, Weiden*).⁵⁴ Hannah Arendt, por su parte, incidió también en lo sugerente de la etimología de la palabra *nomos*, derivada de *nemein* (“distribuir”), así como de su significado primitivo de valla o muro separador o distributivo.⁵⁵ En fin, aunque el término latino *lex* no se corresponde estrictamente con el griego *nomos*, la idea de un orden de reparto que precede y estructura al *ius* se refleja también en rituales romanos como el arado divisorio del *sulcus primigenius*, símbolo fundacional de la ciudad; o en las *terminalia* en honor al dios de las fronteras, *Terminus*.

2. Así pues, es preciso poner de relieve el siguiente *orden de prelación*:

- (1o.) En el origen del derecho se encuentra siempre el orden jurídico concreto, el *nomos*, el cual consiste en un orden de atribución (“convencional” o “natural”) que precede, constituye y estructura
- (2o.) el *ius* o la cosa justa, cualidad que indica pertenencia a alguien; la cual, a su vez, sirve de base a
- (3o.) la ley moral de la *justicia*, que prescribe el otorgamiento de la cosa justa o *ius*.

En este orden de prelación, la primacía del *nomos* u orden concreto como fuente última del derecho constituye, a mi juicio, un postulado fundamental del pensamiento jurídico clásico. La misma validez de las leyes escritas —con sus estructuras piramidales o del tipo que sean— es fruto de un reconocimiento implícito de la autoridad de la ley, y ese reconocimiento se inserta cabalmente en el orden concreto, no escrito, de la sociedad. De no ser así, ¿cómo se explica el poder de la costumbre de convertir en letra muerta la ley escrita? Reflexionando sobre los efectos de la *desuetudo*, Juliano se formuló un interrogante que ha quedado consignado en el *Digesto*: “¿qué

vez primera, del “pensamiento del orden concreto” (*konkretes Ordnungsdenken*) (vid. la 3a. ed., Berlín, Duncker & Humblot, 2006, pp. 10 y ss.).

⁵⁴ Schmitt, Carl, “Nehmen, Teilen, Weiden: ein Versuch der Grundfragen jeder Sozial- und Wirtschaftsordnung vom Nomos her richtig zu stellen”, *Gemeinschaft und Politik*, vol. 1, núm. 3, 1953, pp. 18-27.

⁵⁵ Arendt, Hannah, *The Human Condition*, 2a. ed., Chicago, University of Chicago Press, 1998, p. 63: “The Greek word for law, *nomos*, derives from *nemein*, which means to distribute, to possess (what has been distributed), and to dwell. The combination of law and hedge in the word *nomos* is quite manifest in a fragment of Heraclitus: *machesthai chre ton demon hyper tou nomou hokosper teicheos* (‘the people should fight for the law as for a wall’). The Roman word for law, *lex*, has an entirely different meaning; it indicates a formal relationship between people rather than the wall that separates them from others. But the boundary and its god, *Terminus*, who separated the *agrum publicum a privato* (Livius) was more highly revered than the corresponding *theoi horoi* in Greece”.

más da que el pueblo declare su voluntad por medio del sufragio, a que lo haga por las cosas mismas y los hechos (*rebus ipsis et factis*)?”.⁵⁶ Cabría introducir muchos matices a este interrogante, mas permanece inalterada la verdad que el jurista romano pretendía evidenciar: la de la fuerza distributiva, generadora de derecho, de la normalidad de las cosas. El mismo derecho positivo adquiere su validez también, en última instancia, *rebus ipsis et factis*, o sea, por la normalidad del orden concreto.

No es ésta una solución simplemente conservadora o mistificadora de cualquier hecho o estado de cosas, como subrayaba Villey. No cualquier *factum* bruto constituye un *nomos* u orden concreto de justicia, y compete a la labor hermenéutica del jurista, proyectada siempre sobre la realidad concreta, distinguir aquellos hechos sociales cabalmente insertos en una estructura que opera, más o menos imperfectamente, como distribución idónea para el mejor aprovechamiento de lo común; de las malas costumbres y usos que pervierten la sociedad: “el ‘orden social’ no es cualquier relación de hechos o de fuerza bruta”.⁵⁷ Es por ello que el *Digesto* unía la comprensión de las cosas (*rerum notitia*) al discernimiento de lo justo y de lo injusto (*iusti atque iniusti scientia*).⁵⁸ En la posibilidad de discernir hechos sociales generadores de derecho (*ex facto ius oritur*),⁵⁹ constitutivos de un orden de reparto al servicio del bien común, descansa la posibilidad del derecho como algo distinto de la fuerza bruta.

3. Pese a distanciarse de todo reduccionismo legalista, la postura que aquí se defiende no pretende validar ningún *pathos* antilegalista, como acaso podrían traslucir algunas expresiones exageradas de Villey. Las consideraciones llevadas a cabo acerca de la naturaleza de las cosas y de la epiqueya no constituyen, como tales, ningún cuestionamiento de la trascendencia jurídica de las leyes. Cualquier jurista con experiencia práctica sabe que las normas emanadas de la autoridad legítima ocupan un lugar preeminente en la determinación del *ius*, máxime en una sociedad fuertemente tecnificada y compleja. El interés filosófico de la *desuetudo* reside en que, al producirse la disociación entre la ley y el orden social concreto, se revela con toda nitidez la dependencia de la primera respecto al segundo.

⁵⁶ D. 1.3.32: “... nam quid interest, sufragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis et factis?” (Juliano).

⁵⁷ Villey, Michel, *Filosofía del derecho*, 2a. ed., Madrid, Respublica, 2020, p. 304.

⁵⁸ D. 1.1.1.52: “Iurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia” (Ulpiano).

⁵⁹ Bártolo de Sassoferrato, *Commentaria cum additionibus Thomae Diplovatati aliorumque excellentissimorum doctorum, una cum amplissimo Repertorio noviter elucubrato per dictum clarissimum doctorem Thomam Diplovatatum*, Ed. Giovanni Polara, vol. VII, Roma, 1996, 3.9.1, n. 4.

Dicho esto, las normas no ocupan un lugar cualquiera entre las razones del *ius*, sino que gozan de una preeminencia singular. Proporcionan a su destinatario, como indica Raz, una “razón excluyente” (*exclusionary reason*), esto es, “una razón para no actuar por razones” sustantivas distintas de la misma norma.⁶⁰ Ahora bien, justamente por ello las normas no se sostienen por sí mismas, sino que dependen de un bien sustantivo superior que se frustraría si cada cual siguiese en cada caso su propio criterio. Dicho bien superior se cifra en la coordinación que la autoridad garantiza, condición necesaria para la prosperidad colectiva. La necesidad de llevar a cabo una distribución autoritativa de las cosas al servicio del bien común confiere a la ley una posición sobresaliente como instancia de asignación del *ius*.

1.4. *Normas morales y normas jurídicas*

1. En los apartados anteriores, he tratado de explicar que el orden jurídico es primariamente un orden de distribución o de asignación de “lo justo”, más que un sistema de mandatos o normas de conducta. Esto es predicable tanto del orden jurídico no escrito como del que trae causa en las mismas leyes escritas. A fin de hacernos cargo de la diferencia entre el carácter moral y jurídico de la ley escrita, pensemos, por ejemplo, en sendas leyes que dispusiesen, respectivamente, que “el que matare a otro, será condenado a la pena de diez años de prisión” y “el que condujere a una velocidad superior a ciento veinte kilómetros por hora, habrá de pagar una multa de cien euros”. En su dimensión *moral* —*i. e.*, en cuanto que normas ordenadoras de la conducta (*mos*)— estas leyes intiman, respectivamente, a no matar y a no conducir a una velocidad superior a ciento veinte kilómetros por hora. Sin embargo, en su dimensión jurídica —*i. e.*, en cuanto que *ratio iuris*— constituyen, como cosas justas, la pena de prisión y la sanción económica que corresponden, respectivamente, al asesino y al conductor que excede la velocidad permitida. Su estructura propiamente *jurídica* no es la de un mandato, sino la de una declaración hipotética en la que a un supuesto de hecho *x* se imputa —como sostiene atinadamente Hans Kelsen—⁶¹ una consecuencia jurídica *y*.

2. Esto choca no sólo con la visión de John Austin —pienso que superada— de las normas jurídicas como mandatos generales asegurados por me-

⁶⁰ Raz, Joseph, *Practical Reason and Norms*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 76.

⁶¹ Kelsen, Hans, *Teoría general de las normas*, Madrid, Marcial Pons, 2018, pp. 54 y 55.

dio de amenazas.⁶² Contrasta también con la visión de Hart, que se distanciaba de Austin advirtiéndole que, juntamente con las órdenes, existen otro tipo de normas, como las que atribuyen potestades (*power-conferring laws*).⁶³ En una línea similar a la de Hart, Raz distingue entre *mandatory norms* y *non-mandatory norms*, categoría bajo la que incluye las normas permisivas (*permissive norms*) y las normas que atribuyen potestades (*power-conferring norms*).⁶⁴ Sin embargo, lo cierto es que *toda* norma —no sólo las que confieren potestades— es, en cuanto que *ratio iuris*, atributiva.⁶⁵ La norma que dispone la sanción del infractor es tan atributiva como la que confiere una potestad o una permisión. En la tipología de “actos del habla” (*speech acts*) de John R. Searle, tiene el carácter de una “declaración” (*declaration*) que configura el *ius*; mas no es, en cuanto que *ratio iuris*, un acto directivo (orden, mandato).⁶⁶

3. Lo que las *mandatory norms* de Raz y Hart tienen de peculiar es que llevan consigo, aparejado a la norma *jurídica* atributiva, un mandato *moral* implícito, el cual es, además, fundamento de la atribución jurídica que contienen. En el caso de las normas penales y sancionadoras, vinculan el incumplimiento de un deber moral a la adscripción de un daño al transgresor (la pena) como cosa justa y debida. Con ello, el deber moral de no matar o de no conducir por encima de la velocidad permitida no sólo queda ligado al bien honesto de quien practica virtuosamente la justicia, sino también al bien útil de quien no es suficientemente movido por el bien honesto.

Para precisar este punto un poco más, vale la pena hacer una breve digresión acerca de la clasificación aristotélica de los tres tipos de bienes que mueven nuestras acciones:⁶⁷ el “bien honesto” (*bonum honestum*), esto es, aquello que la razón reconoce como bueno y digno de desearse por razón de sí mismo; el “bien placentero” (*bonum delectabile*), aquello que es bueno y digno de desearse por razón del bienestar de quien lo desea, porque lleva aparejado un placer o un gozo; y el “bien útil” (*bonum utile*), aquello que es bueno y digno de desearse

⁶² Austin, John, *The Province of Jurisprudence Determined*, Londres, John Murray, 1832, Lecture 1, pp. 6 y 7 y 18.

⁶³ Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, cit., p. 26.

⁶⁴ Raz, Joseph, *Practical Reason and Norms*, cit., caps. 2 y 3.

⁶⁵ Cruz Prados, Alfredo, *Sobre la realidad del Derecho*, cit., pp. 65 y 66.

⁶⁶ Cf. Searle, John R., *Making the Social World*, cit., p. 16.

⁶⁷ EN, II, 1104b31: lo “noble” (*kalon*); lo “deleitante” (*hēdu*), y lo “ventajoso” (*sympheron*); y Tomás de Aquino, *Sententia Ethic.*, lib. 1 l. 5 n. 4: “Bonum autem in tria dividitur, scilicet in utile, delectabile et honestum. Quorum duo, scilicet delectabile et honestum, habent rationem finis, quia utrumque est appetibile propter seipsum. Honestum autem dicitur, quod est bonum secundum rationem, quod quidem habet aliquam delectationem annexam. Unde delectabile, quod contra honestum dividitur, est delectabile secundum sensum”.

por razón de que trae consigo otro bien distinto —que, a su vez, puede ser útil, placentero y honesto—. Como hemos afirmado más arriba, los deberes de la conducta apuntan necesariamente a un fin, que tiene razón de bien. Lógicamente, pues, en la medida en que una persona no acoge en su voluntad el bien moral honesto imperado por la ley, el deber moral de justicia deviene en ella ineficaz. Es conveniente para la sociedad, entonces, que lo asuma como algo “debido” a otro bien o fin capaz de moverle, a lo cual contribuye la pena que se le asigna. Así, quien no asume el deber de no matar por mor de un “bien honesto”, lo asumirá por mor del “bien útil” de evitar la pena. Ésta, como se ha dicho, queda constituida como “cosa justa”, de manera que la sociedad se halla vinculada por el deber moral de justicia de otorgarla (el juez de imponerla, el ciudadano corriente de respetarla, el eventual delincuente de cumplirla, etcétera). Y nuevamente, este deber moral de justicia se asegurará, probablemente, con otra sanción que cree un incentivo de utilidad en quien no obra por mor de la virtud. Dicha sanción, como cosa justa, llevará consigo un nuevo deber de justicia para el conjunto de la ciudadanía, deber que, a buen seguro, será reforzado con otra sanción... y así sucesivamente.

4. De lo expuesto se infiere, por consiguiente, que la pena no es simplemente la consecuencia de una opción, indiferente moralmente, para quien se dirime entre realizar o no realizar el supuesto de hecho de la norma penal. La pena se asocia siempre a la infracción de un deber moral que, por estar ordenado al bien común, tiene razón de justicia. Como advirtió Raz, “si la razón es acompañada de una amenaza, no se está ofreciendo una opción al destinatario”, sino que la razón “se está reforzando... con una razón adicional”.⁶⁸ En todo caso, lo que importa advertir aquí es que, como *ratio iuris*, la ley no prescribe conductas, sino que atribuye cosas de las que emanan “deberes de justicia” (ligados al bien honesto) y “deberes de utilidad” (ligados al bien útil), recíprocamente asegurados.

5. Que las normas son jurídicas en cuanto constitutivas del *ius*, y no en cuanto que imperativas de una conducta, se aprecia claramente en la consideración puramente *moral* que nos merecen las leyes que se limitan a imperar conductas, sin atribuir nada. Una norma que carece de toda relevancia para el juicio —*i. e.*, el acto de determinar el *ius*— se presenta al jurista como una norma simplemente moral, carente de significado jurídico, con independencia de que haya sido dictada por la autoridad. Así ocurría, por ejemplo, con el artículo 6 de la Constitución de Cádiz de 1812, que calificaba el “amor a la patria”, y ser “justos y benéficos”, como “obligaciones principales” de los españoles; o con el “deber de trabajar” del artículo 35 de

⁶⁸ Raz, Joseph, *Practical Reason and Norms*, *cit.*, p. 84.

la Constitución de 1978. Piénsese también en las prescripciones legales del Decálogo bíblico, fundamento de la vida política de Israel: “honra a tu padre y a tu madre...”; “no cometerás adulterio”; etcétera.⁶⁹ Este tipo de leyes —y, en general, las leyes civiles que se limitan a enunciar imperativos de conducta— son normas morales. Su significado meramente moral reside en que se orientan a la ordenación de la conducta (*mos*) de sus destinatarios, y no a la distribución de lo justo (*ius*). Pueden, sin embargo, poseer una eficacia jurídica indirecta en la medida en que, de manera mediata, actúen como *ratio* o inspiración de la distribución y asignación de lo justo. En el caso del Decálogo, por ejemplo, encontró una plasmación jurídica acabada en el desarrollo que recibió en otras leyes de la propia *Torah*: “el que maldiga a su padre y a su madre, morirá irremisiblemente...”; “si un hombre come adulterio con la mujer de su prójimo, será castigado con la muerte...”; etcétera.⁷⁰ Expresadas mediante el binomio de supuesto de hecho y consecuencia jurídica, estas últimas leyes constituyen, de manera inmediata, un *nomos* estructurante del *ius*. Atinadamente, Tomás de Aquino los denomina preceptos “judiciales” (*judicialia*), para distinguirlos de los preceptos pura y estrictamente morales.⁷¹

1.5. *Fundamentos políticos del ius y de la igualdad jurídica*

La caracterización precedente del orden del *ius* como un orden de distribución nos da pie a añadir una referencia a sus fundamentos políticos, lo cual nos permitirá ir adentrándonos en el significado de la igualdad jurídica.

a) El ius como participación en el bien común

1. En la experiencia del *ius*, de “lo suyo” de cada uno, se nos hace patente que el mundo que habitamos se encuentra repartido o distribuido. Lo distribuido, sin embargo, no deja de ser por ello parte del mundo común, lo que nos obliga a reconocer en el *ius*, juntamente con una dimensión de “suidad” que lo remite a su titular, una dimensión de “comunidad” que lo remite al cuerpo político. El que las cosas estén repartidas o distribuidas supone que no pertenecen radical y absolutamente a su titular, sino que

⁶⁹ Cfr. Éxodo 20.

⁷⁰ Cfr. Levítico 20.

⁷¹ S. T. I^a-IIae q. 99. a. 4.

forman parte de un patrimonio que se comparte. Por eso, la experiencia jurídica de “lo suyo” de cada uno remite a un bien más amplio y fundamental, del que participan los distintos titulares de lo propio. En última instancia, remite al bien común en que consiste la *polis*, que no en vano recibe el nombre, en distintos idiomas y sin mayor cualificación, de “comunidad” (*koinonia*), “cosa pública” (*res publica*) o “bien común” (*common wealth*). Es este bien que se comparte el que, en aras de su aprovechamiento óptimo al servicio del florecimiento de todos, se reparte; y el derecho o *iūs* es el fruto de este reparto de lo compartido, “aquello en lo que se concreta y materializa la participación en lo común de cada uno”. En definitiva, “la parte que le corresponde —que se le ajusta o proporciona— a un sujeto en el reparto de bienes y cargas que comporta un grupo social”.⁷²

2. Todo derecho posee simultáneamente, por consiguiente, una dimensión individual de “suidad” y una dimensión política de “comunidad”. El derecho es ciertamente “lo suyo” de cada uno, y en cuanto tal apunta en dirección a su titular; mas no deja de ser también la participación de cada uno en lo común, y en cuanto tal apunta en dirección a la comunidad. Si el derecho ajeno fuese radical y exclusivamente individual nos sería completamente extraño; y, no pudiendo integrarlo en modo alguno en nuestro bien propio, la justicia carecería de razón de bondad para nosotros. Consiguientemente, ser justo, dar a cada uno lo suyo, no se nos presentaría como fin propio. Un fin tiene siempre razón de bondad para quien se mueve hacia él, motivo por el que Tomás de Aquino afirma, con implacable lógica, que “el bien de una única persona singular no es fin de otra”.⁷³ Para que dar a cada uno lo suyo tenga razón de bien o de fin deseable para el que obra justamente, “lo suyo” de cada uno tiene que hallarse integrado, de algún modo, en el bien de quien lo da. Esto ocurre, precisamente, en cuanto que dando al otro lo suyo, se realiza el bien del todo —del cual participa también quien lo da— en una de sus partes. El bien ajeno nos es propio en cuanto que constituye una participación en el bien común, dado que “el bien común es el fin de las personas que existen en la comunidad, como el bien del todo es el fin de cada una de las partes”.⁷⁴ La participación en un bien común, y en última instancia en el bien común englobante que es la comunidad política, constituye la base del reconocimiento de lo ajeno como asunto propio, *i. e.*, de la justicia.

⁷² Cruz Prados, Alfredo, *Sobre la realidad del derecho*, *cit.*, p. 74.

⁷³ S. T. II^a-IIae q. 58 a. 9 ad 3: “bonum autem unius personae singularis non est finis alterius”.

⁷⁴ S. T. II^a-IIae q. 58 a. 9 ad 3: “bonum commune est finis singularum personarum in communitate existentium, sicut bonum totius finis est cuiuslibet partium”.

3. Para ilustrar este carácter del *ius* como participación en el bien común, consideremos brevemente la triada lockeana clásica: propiedad, libertad y vida. El pensador inglés, como es conocido, radicaba jurídicamente estos bienes, en última instancia, en el individuo. Frente al planteamiento individualista lockeano, sin embargo, no es difícil notar que estos bienes poseen una referencia inequívocamente comunitaria:

a) Si pensamos, verbigracia, en el orden de la *propiedad*, advertimos que ésta se justifica, en rigor, en que los bienes materiales, dados en patrimonio común para satisfacer las necesidades de los hombres, sólo se pueden compartir adecuadamente repartiéndolos. Antes de pertenecer a un individuo concreto, los bienes materiales forman parte de un patrimonio común cuya función es servir a la prosperidad de todos. La “cosa común”, por consiguiente, goza de un carácter prioritario o subordinante respecto a la propiedad privada. Este orden puede articularse —y de hecho se articula— de diversos modos en función de circunstancias como las costumbres, el nivel de desarrollo o el tamaño de la *polis*. A lo largo de la historia, las sociedades han concebido diversos modos de ordenar la propiedad privada; y lo que nos permite comparar unos regímenes y otros no es el grado de opulencia alcanzado por un inexistente titular individual, originario y absoluto de los bienes. Lejos de ser así, un buen orden de la propiedad se caracteriza por el nivel general de prosperidad material y moral que procura al conjunto de la sociedad, de la cual forma parte, obviamente, cada individuo. En rigor, pues, el orden de la propiedad no se funda en una titularidad particular originaria, en un *radical title* de carácter individual e incuestionable, sino que constituye un *orden de reparto* cuya justificación reside, precisamente, en ser el modo de *compartir* las cosas más adecuado a la prosperidad común. Por eso, en fin, la Constitución española reconoce en su artículo 33.2 la llamada “función social” de la propiedad; y, de manera aún más taxativa, el artículo 14.2 de la Ley Fundamental de Bonn proclama que “la propiedad obliga” (*Eigentum verpflichtet*).

b) Esto mismo puede predicarse, de manera análoga, de la *libertad*. Como condición puramente fáctica, la libertad constituye una cualidad ontológica del individuo, pero sólo puede considerarse auténticamente jurídica en cuanto que participación legítima o justa medida de la vida en común.

(1o.) Ello explica, por ejemplo, la prohibición del abuso del derecho o del ejercicio antisocial de los derechos, a la que nos referiremos más profusamente en páginas posteriores. Estas categorías señalan un límite a partir del cual la libertad pierde su carácter de jurídica, precisamente, por oponerse a la vida común de la que el *ius* es justa medida propia. Que el ejercicio

de un derecho pueda considerarse abusivo implica, en efecto, reconocer que “no se otorga para consagrar absolutamente los intereses y planes de acción para los que el individuo pueda servirse de su derecho”, sino que se otorga “con una finalidad social”.⁷⁵

(2o.) Cabría añadir que las opciones valiosas de libertad disponibles para un individuo presuponen la existencia de la comunidad, con sus costumbres e instituciones.⁷⁶ Para no ser una mera abstracción, la libertad precisa de un contenido real que emana y se nutre de la vida en común, de la que el individuo participa. Son las instituciones orientadas al bien común las que permiten al individuo, en última instancia, disponer de opciones valiosas de libertad; y en la medida en que se degradan las instituciones, innumerables opciones valiosas de libertad van desapareciendo del horizonte de posibilidades del individuo. No existe, en este sentido, una libertad en la sociedad que no sea, en cuanto que jurídica o “cosa justa”, la medida de la participación propia en lo común.

c) En fin, y aunque pueda parecer sorprendente, esto mismo puede decirse de la *vida*, considerada como “derecho” o “cosa justa”. La vida es, en palabras de Aristóteles en *De Anima*, el propio ser del viviente.⁷⁷ Considerada jurídicamente, sin embargo, también la vida encierra una referencia a lo común.

(1o.) El “derecho a la vida” es tal en cuanto que cosa justa o justa participación en lo común, y no simplemente en cuanto que bien individual. Precisamente por ello, tampoco la vida es ajena al límite que supone el bien común, lo cual se pone de manifiesto, por ejemplo, en el deber de ponerla en riesgo, llegado el caso, en defensa de la supervivencia de la *polis*. Si, jurídicamente, la vida individual careciese de esa condición de justa participación en la vida común, las distintas excepciones admitidas al derecho a la vida (*v. gr.*, la legítima defensa, la detención conforme a derecho o freno a una evasión, o la represión de una insurrección contra la comunidad política)⁷⁸ serían ilegítimas.

(2o.) Al igual que ocurre con las opciones de libertad valiosas, ha de añadirse que también nuestra vida se nutre de la comunidad política, y no habría sido posible al margen de ella. De manera muy lúcida, Sócrates se hizo cargo de este hecho cuando, en el *Critón*, afirmó haber recibido todo de las leyes de Atenas.⁷⁹ Dejando al margen la retórica dramática del diálogo, ¿habría na-

⁷⁵ Cruz Prados, Alfredo, *Sobre la realidad del derecho*, cit., pp. 80 y 81.

⁷⁶ Cfr., en el mismo sentido, Raz, Joseph, *The Morality of Freedom*, Oxford, Oxford University Press, 1986, p. 205.

⁷⁷ *De Anima*, II, 4, 415b13-14.

⁷⁸ *Vid.*, art. 2.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

⁷⁹ *Critón*, 50d-e.

cido Sócrates sin la comunidad en la que se produjo el encuentro y el matrimonio del cantero Sofronisco y la partera Fenáreta? ¿Se habrían conocido fuera de Alopeco? Más aún: ¿habrían existido sin la *polis*, con sus costumbres, instituciones y leyes?

4. El bien común en que consiste la comunidad política posee, en palabras de Tomás de Aquino, una unidad “según el orden” (*secundum ordinem*).⁸⁰ Ser parte de una comunidad política significa pertenecer a un orden más amplio, del que depende la propia prosperidad. La vida de la comunidad es, como afirma Alasdair MacIntyre, el presupuesto que nos permite hablar de justicia, ya que ésta implica una conmensuración de merecimientos y cosas justas que no puede llevarse a cabo por relación a un único individuo, sino que precisa de una referencia al todo común.⁸¹ Dentro de la “unidad de orden” (*unitas ordinis*) que constituye la comunidad política misma, lo que a cada cual corresponde es, precisamente, aquello que llamamos *ius*. En este sentido, cabe afirmar que la *res publica* o “cosa común” consta de una pluralidad de cosas repartidas, que el bien común está distribuido o participado. Las participaciones que a los distintos individuos y grupos corresponden en el bien común son de muy diverso género y significado: tierras, viviendas, alimentos, ganados, empresas, clubes, juegos, deportes, universidades, facultades, competencias, obligaciones, castigos, deudas, matrimonios, familias, herencias, potestades, municipios, tiendas, negocios, etcétera. Con la expresión “comunidad política”, en definitiva, designamos la forma general integradora de una realidad compleja, repartida. La “cosa justa” (*res iusta*) que a cada uno corresponde en ese orden que constituye la “cosa común” (*res publica*) es, con todo rigor, el *ius* o el derecho de cada uno.

b) La participación en lo común como presupuesto de la igualdad jurídica

Si el *ius* o lo jurídico es, como se acaba de explicar, la participación en el bien común, la igualdad jurídica habrá de comprenderse, necesariamente, como una *participación igual* en ese bien. Ello presupone, como a continuación trataré de mostrar, que no tiene sentido hablar de igualdad jurídica entre individuos que no participan del mismo bien común.

⁸⁰ Tomás de Aquino, *Contra Gentiles*, lib. 4, cap. 35, n. 7; y lib 2, cap. 58, n. 5; *vid.* al respecto, también, Budziszewski, *Commentary on Thomas Aquinas's Treatise on Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, pp. 33 y ss.

⁸¹ MacIntyre, Alasdair, *Whose Justice? Which Rationality?*, Londres, Gerald Duckworth, 1988, pp. 33 y 34. *Vid.* también Cruz Prados, Alfredo, *Sobre la realidad del derecho*, *cit.*, p. 80.

1. En la *Política*, Aristóteles define la comunidad política como una “comunidad (*koinōnia*) entre semejantes (*homoion*)”.⁸² Se trata de una definición crucial para hacerse cargo de cuál es el significado y alcance que posee la llamada “igualdad jurídica”. La caracterización aludida de la *polis* nos proporciona un presupuesto esencial para poder identificar las diferencias sociales como conformes o contrarias al orden del *ius*. Y es que sólo en el seno de un orden de semejantes se puede predicar igualdad jurídica. Donde no se participa de algo común, carece de todo sentido hablar de igualdad en el reparto, o sea, de igualdad jurídica. Pensemos en la posesión de derechos distintos por parte de personas que habitan universos distintos. ¿Tendría sentido hablar, en esta comparación, de desigualdad o discriminación injusta? Es obvio que no. En este experimento mental, habríamos de afirmar —como hace Derek Parfit— que, por más que las desigualdades “no están justificadas”, ello no significa que “son injustificadas”.⁸³ El problema de la justificación no puede emerger allí donde la desemejanza llega hasta el punto de que no se participa de ninguna cosa común pendiente de distribución. Y a la inversa: cuanto más se participa de lo común y más semejante se es en esa participación, tanto más cabrá hablar de igualdad jurídica.

2. A la hora de juzgar acerca de las sociedades jurídicamente estratificadas, es muy importante evitar los anacronismos precipitados. Como afirmó Edmund Burke, “son las circunstancias las que hacen beneficioso o nocivo para la humanidad cualquier esquema civil o político”.⁸⁴ Extrapolar nuestro desdén hacia la diversidad de roles “simplemente basada en el nacimiento”,⁸⁵ por ejemplo, podría pasar por alto el peso que, en otras condiciones histórico-sociales, cabe haber atribuido razonablemente al hecho de nacer en un contexto u otro.

a) En una comunidad política muy estática y poco alfabetizada, en la que la interconexión entre las pequeñas sociedades es muy escasa y la posesión de bienes fundamentales como la educación o la tierra está concentrada en algunos grupos, el nacimiento en un determinado estrato social puede ser muy relevante para la adecuada organización de la *polis*. Bajo tales condiciones históricas, no parece difícil admitir la división de la sociedad en roles determinados a partir del nacimiento. No es correcta, en este sentido, la

⁸² *Política*, 1328a35.

⁸³ Parfit, Derek, *Equality or Priority?*, Lawrence, The University of Kansas Press, 1991, p. 12.

⁸⁴ Burke, Edmund, *Reflections on the Revolution in France*, J. Dodsley, Londres, 1790 (repr. Cambridge, Cambridge University Press, 2014), p. 8.

⁸⁵ La expresión es empleada, de manera peyorativa, en Thomas Scanlon, *Why Does Equality Matter?*, Oxford, Oxford University Press, 2018, p. 36.

correlación que algunos autores establecen entre la “dignidad moral igual” (*equal moral worth*) de todas las personas y la igualdad ante la ley moderna. Se ha afirmado, por ejemplo, que “una aristocracia establecida por ley, operativa dentro de un Estado monárquico” bajo la división entre “el común (*commoner*) y el señor (*Lord*)”, es “difícil de reconciliar con un compromiso profundo con la igualdad moral”⁸⁶ entre los seres humanos. En realidad, nos encontramos ante dos ideas —igualdad moral entre seres humanos e igualdad de *status* político entre ciudadanos— que no se implican recíprocamente. La igualdad ante la ley moderna —de la que nos ocuparemos en el próximo capítulo— no es una exigencia jurídica universal derivada de los atributos morales del individuo, sino que constituye un orden distributivo ligado a un bien común compartido bajo condiciones históricas, *i. e.*, las condiciones sociales de la Modernidad. Por lo demás, tampoco podemos ignorar que, incluso en nuestra época, preservamos algunas instituciones convenientes al bien común, como la monarquía parlamentaria, que hacen excepción, al menos en cierto modo, a los principios característicos del orden moderno.

b) Cuando, fruto de la evolución de las condiciones sociales, los grupos separados se igualan en su participación en el bien común, aparece un nuevo orden concreto que entra en contradicción con el orden constitucional-legal heredado. Al romperse la incomunicabilidad y la diversidad funcional de los grupos, éstos pasan a formar parte del mismo *nomos* u orden concreto y a contribuir al bien común de la misma manera. Es entonces cuando la desigualdad legal puede devenir genuinamente injusta, amén de caldo de cultivo idóneo para el resentimiento. Así se aprecia, *v. gr.*, en la Revolución francesa, tal y como subrayó Tocqueville, de manera magistral, en *El Antiguo Régimen y la Revolución*. Advirtió aquí el pensador francés de la pérdida de sentido del régimen feudal y de la igualación de las clases en Francia como presupuestos que permiten explicar el estallido de la Revolución.⁸⁷

⁸⁶ Foran, Michael P., *Equality Before the Law, cit.*, pp. 7 y 8. En una línea similar tienden a expresarse los defensores del llamado “igualitarismo relacional” (*relational egalitarianism*), una corriente muy influyente en la lucha del derecho antidiscriminatorio contemporáneo contra los “desequilibrios de poder” (*power imbalances*). *Vid.* más ampliamente *infra* capítulo 4, 4.1 y 4.3.

⁸⁷ *L'Ancien Régimen et la Révolution*, I, Lib. II, Cap. 1 (París, Gallimard, 1952, pp. 105 y 106); y I, Lib. II, Cap. VIII (*Que la France était le pays où les hommes étaient devenus le plus semblables entre eux*) (*Ibid.*, p. 143 y ss.). Que la igualación fáctica de las clases suele ser presupuesto de la igualación jurídica es una constante histórica. Por su valor ejemplar, cabe citar el caso de la antigua Roma, donde el estamento de los *patricii*, formado tempranamente en la Monarquía entre los descendientes de la clase senatorial, no fue cuestionado hasta que se produjo una asimilación social efectiva entre patricios y plebeyos, en los primeros siglos de la época republicana. La

2. ¿QUÉ ES LA IGUALDAD JURÍDICA?

Las consideraciones realizadas en el epígrafe anterior nos sitúan ya, finalmente, en condiciones de comprender con claridad en qué consiste la igualdad jurídica. La esencia de lo jurídico reside, como hemos visto, en la “cosa justa” o el *ius*; y el orden jurídico constituye, según se ha expuesto también, un orden real de distribución o reparto de lo común. Sobre esta base, la igualdad “jurídica” ha de comprenderse como una igualdad respecto a la “cosa justa” o *ius* estatuido. Es esta igualdad de carácter “real” —en el sentido de que se predica de la realidad o el ser de las cosas— la que, de manera derivada, tiene como consecuencia una prescripción moral de justicia, a saber, el trato igual. En este segundo epígrafe, nos detendremos brevemente en definir el juicio de igualdad (2.1); y, a continuación, examinaremos cuál es el *tertium comparationis* que caracteriza la igualdad jurídica (2.2).

2.1. *El juicio de igualdad como juicio relacional*

1. El juicio relacional de igualdad consiste en un juicio comparativo a partir de una pluralidad de (dos o más) cosas distintas⁸⁸ y un término o *tertium comparationis* con relación al cual se lleva a cabo la comparación. Ésta exige un parámetro común de medida y, por ende, la conmensurabilidad de los elementos comparados bajo ese parámetro. El estándar de medida de la comparación puede ser un estándar binario, esto es, puede consistir en un rasgo que simplemente se da o no se da (*sí/no*), el cual está en la base de la igualdad y la diferencia de clase; o un estándar no binario (*más/menos*), en el cual se basa la igualdad y las distinciones de grado.⁸⁹

(1o.) La proposición “los tartesos vivieron en la península ibérica” enuncia una igualdad de clase, a saber, la igualdad de los tartesos respecto al lugar en el que habitaron.

igualación fáctica detonó entonces las tensiones y reivindicaciones políticas que culminaron en una igualación de *iure* mediante reformas civiles y políticas a través de leyes sucesivas: autorización de matrimonios mixtos (*lex Canuleia*, 445 a. C.); acceso de los plebeyos al colegio de pontífices (*Lex Ogulnia de auguribus*, ca. 300 a. C.); al consulado (*leges Liciniae Sextiae*, 367 a. C.); a la magistratura de censor (*lex Publilia Philonis*, 339 a. C.); asimilación de los plebiscitos a las leyes (*Lex Hortensia*, 287 a. C.); etcétera.

⁸⁸ Si la igualdad se diese en todas las propiedades, hablaríamos de “identidad”. Sobre la “identidad de los indiscernibles” (*identitas indiscernibilium*), *vid.*, v. gr., Leibniz, Gottfried W., *Discourse of metaphysique* (1686), § 9 (París, Le Roy, G. (ed.), J. Vrin, 1993, p. 44).

⁸⁹ Adler, M., *Six Great Ideas*, *cit.*, pp. 161-163; y Peter Westen, *Speaking of Equality*, *cit.*, p. 16.

- (2o.) La proposición “la milla marina mide 242,656 metros más que la milla terrestre” enuncia una desigualdad de grado, a saber, la desigualdad entre la longitud de la milla marina y la milla terrestre.
- (3o.) La proposición “Pedro y Marta pertenecen a la misma familia y tienen distintos sexos” enuncia, respectivamente, una igualdad y una desigualdad de clase.
- (4o.) La proposición “Luis mide lo mismo que Gonzalo y pesa más que Joaquín” enuncia, respectivamente, una igualdad y una desigualdad de grado.

2. Por lo general, solemos decir que dos o más cosas son “iguales”, sin mayor especificación, cuando el término de comparación (*tertium comparationis*) respecto al que son iguales es el término que asumimos como *relevante* en un contexto dado.

Así, por ejemplo, partiendo de que en el examen oficial de conducir se admiten hasta tres fallos para aprobar, si un amigo nos dice, dubitativo, que no sabe si ha cometido dos o tres errores, es lógico que le tranquilicemos diciéndole que ambos escenarios *son iguales*. Ello se debe a que en ese contexto asumimos, como *tertium comparationis* relevante, la aptitud del resultado obtenido para aprobar y obtener la licencia. Si nuestro amigo nos dice esto después de contarnos que ha apostado una elevada suma de dinero con alguien a que obtendría menos de tres errores en el examen, probablemente le diríamos que entendemos su inquietud, ya que los escenarios *no son iguales* en lo que importa al caso.

El criterio de relevancia, que es la base sobre la que afirmamos, genéricamente, que los dos escenarios expuestos son o no son iguales, *no lo da el concepto de igualdad* en ningún caso, sino que, en el primer supuesto, lo determina el *fin* de aprobar el examen; y, en el segundo, el *fin* de ganar la apuesta.

3. En un contexto en el que *el criterio de relevancia es pacíficamente asumido*, proferir un juicio genérico de igualdad, sin mayores especificaciones, no plantea problemas. Las disputas surgen cuando se afirma la igualdad o la desigualdad sobre la base de un criterio de relevancia que no es asumido intersubjetivamente. En esos casos, afirmar genéricamente que las cosas son iguales o desiguales resulta equívoco. La confusión del discurso de la igualdad se produce al esgrimirla enfáticamente para impugnar una distinción sin entrar a discutir las razones en que se apoyan los criterios de relevancia que explican esa distinción. Así, por ejemplo, impugnar la superioridad del salario del director de una empresa afirmando, sin más, que todos somos iguales, puede ser un mero expediente para evitar tener que enfrentarse a

la cuestión de si la responsabilidad del director de la empresa constituye o no un criterio de relevancia para la diferenciación salarial. En palabras de John R. Lucas, “los eslóganes superficiales del igualitario no son de ayuda”, ya que, “si queremos tener discusiones fructíferas sobre asuntos políticos, hemos de reemplazar las controversias sobre la igualdad por argumentos detallados sobre criterios de relevancia”.⁹⁰

2.2. *La igualdad jurídica como igualdad respecto al ius*

1. Como se ha indicado al comienzo de este capítulo, el principio de igualdad jurídica suele encuadrarse en lo que, por contraposición a la igualdad descriptiva o igualdad en el *ser* de las cosas, se denomina igualdad prescriptiva o en el *deber ser*. Es éste el modo de concebir el principio por el normativismo moderno, corriente filosófica que difiere notablemente del realismo jurídico aristotélico. La concepción normativista de la igualdad ha sido bien caracterizada por las siguientes palabras de Peter Westen:

Así como la igualdad descriptiva es la relación que se da entre personas o cosas que han sido medidas, comparadas, y halladas indistinguibles de hecho por referencia a estándares especificados de descripción, la igualdad prescriptiva es la relación que se da entre personas que han sido conjuntamente medidas, comparadas, y halladas indistinguibles en sus derechos o deberes por referencia a prescripciones especificadas.⁹¹

Este modo de expresarse es, a mi juicio, equivocado. Al hablar de derechos “por referencia a prescripciones especificadas”, Westen remite la realidad jurídica a unas prescripciones anteriores que la constituyen, cuando, en realidad, son las prescripciones las que se derivan de “lo suyo” o “el derecho” de cada uno. Si, como venimos advirtiendo, los preceptos de justicia no pueden existir sin un *ius* previo y real, en pura lógica, la llamada igualdad jurídica no puede ser, primariamente, una igualdad fundada en prescripciones. Se trata, en rigor, de una forma de igualdad de hecho o en el ser de las cosas, a saber, la igualdad respecto al *ius* o “la cosa justa” que, seguidamente, debe darse o respetarse. No otra cosa se desprende de la fórmula aris-

⁹⁰ Lucas, John R., *Against Equality*, cit., p. 301. Vid. también Perelman, Chaïm y Olbrechts-Tyteca, Lucie, *Traité de l'argumentation*, cit., § 52, p. 295: “Estos objetos [los elementos equiparados en la argumentación] difieren siempre en algún aspecto y, el gran problema, el que suscita la mayoría de las controversias, reside en decidir si las diferencias advertidas son o no desdeñables”.

⁹¹ Westen, Peter, *Speaking of Equality*, cit., p. 69.

totélica “trata igual a los iguales”; en ella la prescripción igualitaria (*trata igual*) se refiere a una realidad igualitaria previa (*los que son iguales*): “(S)i no son iguales, no tendrán partes iguales; de lo contrario vienen las disputas y reclamaciones, cuando o los que *son* iguales no tienen o reciben partes iguales, o los que *no son* iguales tienen y reciben partes iguales”.⁹²

En definitiva, la igualdad jurídica es una igualdad plenamente real, perteneciente al orden del ser. Se trata de una forma de igualdad de hecho o respecto a un hecho. Ahora bien, ¿cuál es ese hecho que opera como *tertium comparationis* de toda igualdad jurídica? ¿Respecto a qué hecho o realidad son iguales quienes son iguales jurídicamente? La respuesta dice así: respecto al *ius*, esto es, respecto a la “cosa justa” de cuyo otorgamiento se trata. Éste es, en su sentido formal preciso, el principio jurídico de igualdad: la igualdad respecto a “lo justo”, *to dikaion*, de cada uno. Tal es el *tertium comparationis* de “los iguales” y “los desiguales” al que alude el principio de igualdad jurídica.

2. La cuestión que surge entonces es la siguiente: ¿qué es lo que explica que dos o más personas sean iguales en cuanto al *ius* o “cosa justa” que se les debe otorgar? ¿En qué se funda su igualdad respecto al *ius*? La igualdad jurídica de dos o más personas encuentra su fundamento en un orden concreto, estructurante de lo justo, en el que tales personas son igualmente partícipes de un determinado bien. La igualdad jurídica no es otra cosa, pues, que la participación igual, de la misma manera, en un determinado bien común. Veámoslo con más detenimiento recurriendo a algunos ejemplos:

Supongamos que un equipo de diez alumnos de un colegio recibe un premio de 1000 euros por un proyecto vencedor en un concurso artístico municipal, y la entidad organizadora del concurso otorga el dinero al centro educativo para que lo distribuya. Supongamos que los estudiantes del equipo han participado por igual en el trabajo. Esa participación igual en el trabajo parece conferirles —en ausencia de otros datos que alteren el caso— un derecho o *ius* igual sobre el reparto. Consiguientemente, si el colegio distribuyese desigualmente el premio entre ellos, parece que estaríamos ante una discriminación injusta. Habiendo participado por igual en el trabajo con el que se corresponde el premio, la participación que les corresponde en el premio parece que, en principio, es también la misma. Siendo idéntica su participación en el bien común distribuido, son jurídicamente iguales en el reparto de ese bien.

Si prestamos atención al caso expuesto, podemos apreciar que la discriminación ilegítima se basa en que existe un *ius* previo, constituido por

⁹² EN, 1131a21-24 (la cursiva es mía).

el orden concreto en el que se produce la distribución. Efectivamente, el contexto de las relaciones vitales implicadas genera de suyo una expectativa igual en su reparto que goza de la cualidad de “cosa justa”, y condiciona, por consiguiente, la distribución que llevan a cabo los responsables del colegio. La igualdad jurídica de los alumnos ganadores del premio es la igualdad en el *ius*, “lo suyo” o “lo que les corresponde” en el reparto, la cual se desprende del mismo orden de relaciones vitales que dio lugar al reparto. En este caso, la contribución igual al trabajo que dio lugar al premio parece ser el hecho determinante de su igualdad jurídica. Una alteración al respecto, por lo tanto, modificaría esa expectativa y permitiría distribuir el premio de manera desigual. Ilustremos el problema con otro ejemplo:

Supongamos que una ley regulase el concurso de acreedores atribuyendo un crédito preferente a las personas físicas que poseen un título universitario. En ausencia de algún dato adicional que otorgase a la tenencia del título universitario un significado relevante para el caso, consideraríamos que se trata de una regla que hace violencia al orden de lo justo. En efecto, la misma naturaleza de las relaciones implicadas confiere idéntico derecho respecto a los créditos a las personas que tienen un título universitario y al resto de acreedores. Ese derecho igual puede calificarse como *ius* o “cosa justa” a la que debe adecuarse cualquier reparto ulterior.

Este segundo asunto es análogo al anterior. Aquí, el orden concreto, previo a la regla escrita, sitúa a los acreedores con título universitario y a los acreedores sin título universitario en una posición igual respecto a la cosa distribuida, *i. e.*, la masa pasiva. La naturaleza de las cosas les confiere un derecho igual en el reparto y condiciona la justicia e injusticia de la distribución llevada a cabo por la ley concursal. Examinemos un último ejemplo:

Supongamos que un profesor dispone que todas las alumnas recibirán un punto más (o un punto menos, tanto da) en la calificación final de la asignatura. En ausencia de información añadida que cualifique el supuesto planteado de un modo susceptible de justificar esta regla, la distinción llevada a cabo parece, *prima facie*, injustamente discriminatoria. Ello se debe a que vulnera un orden distributivo anterior, del que participan por igual, que determina la asignación de notas. Bajo el orden concreto en el que vivimos, el sexo es irrelevante respecto a la asignación de calificaciones, lo cual supone una igualdad entre los sexos respecto a la asignación de notas que condiciona su justicia e injusticia.

Nuevamente, el ejemplo nos muestra un orden concreto que opera una distribución primera. En ese orden institucional concreto, del que depen-

den las calificaciones, hombres y mujeres participan de manera igual; esto hace que posean, como cosa que les pertenece, un derecho igual respecto al modo de calificar. Antes del acto de calificar, tal derecho igual existe simplemente, como es lógico, en calidad de expectativa. Llegado el momento de asignar las notas, sin embargo, la igualdad en el derecho a la nota cobra toda su eficacia. El acto de calificar se presenta como una distribución condicionada por lo ya distribuido, de antemano, por la naturaleza de las cosas. Como he explicado en un epígrafe anterior, esta “naturaleza de las cosas” no ha de entenderse de manera ahistórica o inmutable, sino que consiste en el *nomos* u orden histórico concreto. De hecho, existen quienes entienden que las mujeres deberían recibir una ventaja en la calificación en ciertos procesos competitivos, pero lo hacen bajo la suposición de que el orden histórico concreto las sitúa en una posición de inferioridad que justifica la ventaja. Dicho de otro modo, consideran a las mujeres como distintas respecto al *ius* o la cosa justa atribuida.

3. En los tres casos expuestos, hemos de hablar de un *orden concreto* no escrito que entraña, de suyo, un modo peculiar de participar de los bienes comunes configurado por la mentalidad y las costumbres sociales. Este modo de participar en los bienes comunes comporta un orden de expectativas que condiciona ulteriores repartos, y que nos permite calificarlos como justos o injustos, razonables o discriminatorios. Así, sobre la base de este orden afirmamos que es contraria al principio de igualdad aquella distribución que recurre a rasgos o criterios de distribución “irrelevantes”. En el fondo, la irrelevancia de un rasgo como criterio distributivo supone que, en la distribución llevada a cabo, el empleo de ese rasgo atenta contra un orden de lo justo en el que a las personas que difieren en ese rasgo *les pertenece* el mismo derecho en el reparto. Como se puede apreciar, pues, en el origen de la igualdad jurídica encontramos un *nomos* estructurante y distributivo de las cosas. Esta distribución condiciona la justicia de los repartos posteriores y determina que algunos de ellos puedan calificarse como injustos. Si no hay ninguna distribución voluntaria que pueda calificarse como justa o injusta sin un *ius* anterior que es respetado o lesionado, hemos de reconocer en el orden no escrito de la sociedad un cierto reparto inicial, incompleto o inacabado, que opera como marco de referencia que dirige y limita las distribuciones que llevamos a cabo voluntariamente. El empleo de un criterio de reparto “arbitrario”, “injustamente discriminatorio” o “irrelevante” supone, por consiguiente, contradecir una legalidad institucional u orden distributivo que opera como principio, directivo y limitativo, del reparto posterior. El orden aludido, valga la reiteración, no tiene por qué

proceder de una regla escrita, sino que puede tratarse, sin más, de la naturaleza de las cosas, esto es, de la estructura inherente a las relaciones sociales reales; estructura condicionada tanto por presupuestos fácticos o biológicos como por costumbres, instituciones, convenciones, etcétera. Aunque se refleja sobre las normas, la objetividad del ordenamiento “parte siempre de un momento lógica y materialmente anterior a las normas”,⁹³ a saber, del “orden social”, entendido éste como una fuerza ordenadora del bien común, distinta de la fuerza bruta.

4. Si *stricto sensu* la igualdad o la desigualdad jurídica es, como acabamos de explicar, la igualdad o la desigualdad respecto a la “cosa justa”, cabe decir que, *derivadamente*, redundan en una igualdad o desigualdad prescriptiva. Tal forma de igualdad o desigualdad es correctamente descrita como el deber de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. Esta regla impera que, allí donde a varias personas les corresponde lo mismo [*i. e.*, allí donde son iguales respecto al *ius*], entonces, se les dé lo mismo.

5. “*Trata igual a los iguales y desigual a los desiguales*”, reza la fórmula de la igualdad prescriptiva. Esta fórmula no es una tautología, en contra de lo sostenido por Westen. Desde premisas normativistas, el profesor norteamericano se expresa en los siguientes términos:

Así que ahí está: la igualdad es completamente ‘circular’. Nos dice que tratemos a las personas iguales de manera igual (*treat like people alike*); pero cuando preguntamos quiénes son las “personas iguales” (*like people*), se nos dice que son “personas que deben ser tratadas igual” (*people who should be treated alike*). La igualdad es un recipiente vacío sin contenido moral sustantivo propio. Sin normas morales, la igualdad carece de sentido, es una fórmula que no puede decir nada sobre cómo debemos actuar. Con tales normas, la igualdad se vuelve superflua, una fórmula que no puede hacer más que repetir lo que ya sabemos.⁹⁴

⁹³ Romano, Santi, *L'ordinamento giuridico*, 2a. ed., Florencia, Sansoni, 1946, § 7, p. 22: “La c. d. obbiettività dell'ordinamento giuridico... parte sempre da un momento anteriore, logicamente e materialmente alle norme”.

⁹⁴ Westen, Peter, “The Empty Idea of Equality”, *cit.*, p. 547: “So there it is: equality is entirely circular. It tells us to treat like people alike; but when we ask who ‘like people’ are, we are told they are ‘people who should be treated alike’. Equality is an empty vessel with no substantive moral content of its own. Without moral standards, equality remains meaningless, a formula that can have nothing to say about how we should act. With such standards, equality becomes superfluous, a formula that can do nothing but repeat what we already know”. *Vid.*, crítico, Chemerinsky, Erwin, “In Defense of Equality. A Reply to Professor Westen”, *cit.*, p. 578. Westen reitera la idea, con ciertos matices, en *Speaking of Equality*, *cit.*, p. 191.

En esta crítica, Westen cae en un error idéntico al que cometía Kelsen cuando atribuía un carácter tautológico a la fórmula de la justicia de Ulpiano. En efecto, la supuesta tautología de la fórmula “tratar igual a los iguales” se corresponde exactamente con la que el jurista austríaco achacaba a la fórmula “dar a cada uno lo suyo” (*ius suum quique tribuere*). En el caso de la fórmula de Ulpiano, es Kelsen quien creaba la tautología, dado que reducía el concepto de “lo suyo” —que, como hemos explicado, es fruto de una atribución previa a cualquier prescripción— a una norma: “lo que debe dársele”. Así, Kelsen transformaba la fórmula en los siguientes términos: “debe darse a cada uno lo que se le debe dar” (*jedem zugeteilt werden soll, was ihm zugeteilt werden soll*),⁹⁵ lo cual es tautológico. El error normativista kelseniano está en la reducción del *ius* a una prescripción y en hacer de la norma prescriptiva la realidad jurídica última, cuando, en rigor, se trata de una realidad derivada. Esta errónea comprensión de la realidad del derecho le lleva a definir lo suyo por relación a una norma de conducta cuando, en realidad, se trata de algo previo, que trae causa en una regla atributiva y que condiciona, *a posteriori*, el contenido del deber de justicia.

Lo mismo ocurre en el caso de Westen. En la fórmula de la igualdad jurídica, la expresión “los iguales” significa “aquellos a quienes corresponde lo mismo”, y se refiere al ser de las cosas. “Los iguales” no se identifican por referencia a ningún deber, en contra de lo que erróneamente supone Westen al caracterizarlos como las “personas que deben ser tratadas igual” (*people who should be treated alike*). Así pues, el presupuesto fáctico de la igualdad jurídica y su consecuencia prescriptiva no son simplemente intercambiables. La “suidad” de lo suyo no consiste, como tal, en ningún deber, sino en una cualidad de las cosas basada en una atribución. Por más que el *deber de justicia* sea una consecuencia normativa de la atribución, afirmarlo no es tautológico. La prescripción sigue al *ius*, pero el *ius* no viene determinado ni definido por la prescripción. Veámoslo con un último ejemplo:

En el caso *Craig v. Boren*, de 20 de diciembre de 1976, el Tribunal Supremo de Estados Unidos declaró contraria al principio de igualdad de la XIV Enmienda una ley de Oklahoma que prohibía la venta de bebidas alcohólicas de más de 3,2% a los varones menores de veintiún años; y, en el caso de las mujeres, a las menores de dieciocho. En este caso, la prohibición del trato desigual o, dicho de otro modo, la *igualdad prescriptiva* (3o.), se debe a que ambos grupos, mujeres y hombres, fueron considerados *iguales respecto a la cosa justa* otorgada o *ius* (2o.)

⁹⁵ Vid. Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit* (Studienausgabe der 2. Auflage 1960), Jestaedt, Matthias (ed.), Tübinga y Viena, Mohr Siebeck - Verlag Österreich, 2017, p. 629.

—en este caso, la facultad de adquirir bebidas alcohólicas—. Dicha igualdad jurídica trae causa, a su vez, en un *orden concreto de distribución* del *ius* del que participan por igual (1o.). Más exactamente, la asignación igual del derecho obedece a una consideración social equivalente de los sexos respecto a la edad suficiente para adquirir tales bebidas; y, por consiguiente, respecto al modo en que, en lo tocante a la adquisición de bebidas, participan del bien común. Siempre podrá discutirse hasta qué punto es verdadera o falsa esa consideración, de la que depende en última instancia la resolución judicial. Lo que es indiscutible es que se trata de una disposición real no prescriptiva y que constituye el *ius*, el cual, a su vez, da lugar a la prescripción de justicia.

3. LAS DOS FORMAS BÁSICAS DE IGUALDAD JURÍDICA EN PLATÓN Y ARISTÓTELES

En el epígrafe anterior, he procurado esclarecer el significado general de la igualdad jurídica partiendo del concepto originario del *ius*, común a la filosofía aristotélica y a la jurisprudencia romana clásica. Continuaremos la investigación examinando los *dos tipos fundamentales* en que aquella se divide, tal y como se nos han transmitido desde la filosofía clásica. La distinción fundamental al respecto la formuló Aristóteles, aunque también Platón llevó a cabo una sugerente diferenciación entre dos formas de igualdad. A las clasificaciones de uno y otro filósofo dedicaremos este epígrafe y de ambos extraeremos algunas enseñanzas importantes.

3.1. *Platón*

En *Las leyes*, Platón distingue dos formas de igualdad en las distribuciones:

Pues al ser las igualdades dos, aunque homónimas, en realidad son casi contrarias en muchas cosas. Una es capaz de utilizarla para los cargos toda ciudad y todo legislador, la igualdad en medida, peso y número, enderezándola por medio del sorteo en las distribuciones de cargos y honores. Pero la igualdad más auténtica y mejor ya no es tan fácil de ver para todo el mundo. Es una decisión de Zeus, y aunque siempre da poco a los hombres, todo aquello que provee a las ciudades y a los individuos produce todo tipo de bienes. En efecto, al mayor le atribuye más; al menor, cosas más pequeñas, otorgando a cada uno lo apropiado a su naturaleza y, en especial, siempre da mayores honras a los más virtuosos, mientras que otorga a los que tienen lo contrario de la virtud y la educación lo conveniente a cada uno de manera proporcional.⁹⁶

⁹⁶ *Las leyes*, 757b-c.

1. Según Platón, la igualdad más perfecta es, como puede apreciarse, aquella que consiste en dar “*a cada uno lo apropiado a su naturaleza*”, esto es, lo que le es proporcionado a su mismo ser, considerado como participación de un todo perfectamente universal. Este tipo de igualdad se correspondería con “lo justo en sí”, y es a lo que apunta la fundación de la ciudad perfecta.

2. La igualdad que consiste en dar “*a todos lo mismo*”, por el contrario, sería la característica del sorteo democrático, y no se ajusta necesariamente a lo que corresponde perfectamente a cada uno. Platón admite, no obstante, que “a causa del mal carácter de la plebe”, se recurra también, indistinta o indiscriminadamente, a “la igualdad del sorteo, invocando con plegarias a un dios y un buen golpe de suerte para que ellos corrijan el sorteo en dirección a lo más justo”.⁹⁷ Así, cierta indiferenciación o igualitarismo democrático habría de admitirse como un criterio prudencial para evitar la desafección de la plebe, aunque la igualdad perfecta, “lo justo en sí”, es siempre una proporción exacta entre el bien que se distribuye y la naturaleza del destinatario de la distribución.

3.2. *Aristóteles*

Aristóteles, por su parte, al ocuparse de la justicia y lo justo particular,⁹⁸ entabla una división entre lo justo “*correctivo*” (“lo justo de las transacciones”: *en tois synallagmasi dikaion*) y lo justo “*distributivo*” (“lo justo de las distribuciones”: *en dianomē dikaion*):

De la justicia parcial y lo justo de acuerdo con ella, una especie es la que se practica en las *distribuciones* de honores, o dinero o cualquier otra cosa que se reparta entre los que tienen parte en el régimen (pues en estas distribuciones uno puede tener una parte igual o no igual a la de otro), y otra especie es la que regula o *corrige* los modos de trato.⁹⁹

1. La justicia “*correctiva*” (*diorthōtikon*)¹⁰⁰ (o “conmutativa”, según la denominación prevalente desde la Edad Media)¹⁰¹ es la justicia “en los modos de trato, tanto voluntarios como involuntarios”, y consiste en una proporción

⁹⁷ *Las leyes*, 757e.

⁹⁸ La justicia más específica es denominada justicia particular, especial o parcial, por contraposición a la justicia total o absoluta, que es la virtud misma (*cf.* *EN*, 1129a).

⁹⁹ *EN*, 1130b30-1131a1 (la cursiva es mía).

¹⁰⁰ *EN*, 1131a1.

¹⁰¹ *Cf.* *S. T. II^a-IIae* q. 61.

“aritmética” (*arithmetikē*).¹⁰² Se trata, en efecto, de una corrección numérica exacta de la desigualdad entre lo que se da y lo que se recibe, sea en una transacción voluntaria (*v. gr.*, la compraventa) o en un trato involuntario (*v. gr.*, el delito):

De modo que es esta clase de injusticia, que es una desigualdad, que el juez procura igualar; y así, cuando uno recibe un golpe y otro lo da, o uno mata y otro muere, el sufrimiento y la acción se reparten desigualmente, pero el juez procura igualarlos con el castigo quitando del lado de la ganancia, pues en tales casos se usa en general el término ganancia aunque no es adecuado a algunos, por ejemplo, refiriéndose al que ha dado un golpe, y el de ‘pérdida’ refiriéndose a la víctima; en todo caso, cuando esta clase de daño se mide, decimos que uno sale ganando y otro sale perdiendo.¹⁰³

Así pues:

(L)o igual es un término medio entre lo más y lo menos, y la ganancia y la pérdida son más y menos de manera contraria, porque la ganancia consiste en más bien y menos mal, y la pérdida en lo contrario. El término medio de éstos será lo igual, que decimos que es lo justo; de modo que la justicia correctiva será el término medio entre la pérdida y la ganancia.¹⁰⁴

Dentro de la igualdad aritmética que caracteriza a la justicia conmutativa, es posible distinguir entre la *igualdad de identidad*, cuando lo restituido es la misma cosa recibida o tomada, y la *igualdad de equivalencia*, cuando se retribuye una cosa equivalente a lo recibido o tomado.¹⁰⁵

2. La llamada justicia “distributiva” (*dianemētikōn*)¹⁰⁶ consiste, según Aristóteles, en una proporción “geométrica” (*geōmetrikē*)¹⁰⁷ —así la denomina, empleando términos matemáticos— entre lo distribuido y el respectivo “mérito” (*axia*) de los destinatarios de la distribución. Si se distribuye un bien asignando una parte P_1 a un sujeto S_1 y una parte P_2 a un sujeto S_2 , la igualdad proporcional consiste en la igualdad de las *ratios* $P_1:S_1$ y $P_2:S_2$; esto implica, a su vez, una igualdad de las *ratios* $P_1:P_2$ y $S_1:S_2$.¹⁰⁸

a) Al decir de Aristóteles, la medida universal e indiscutida que se ha de asignar a cada sujeto en las distribuciones (*v. gr.*, S_1 y S_2) es el “mérito” (*axia*),

¹⁰² EN, 1132a1.

¹⁰³ EN, 1132a6-14.

¹⁰⁴ EN, 1132a14-19.

¹⁰⁵ Hervada, Javier, *Lecciones propedéuticas de filosofía del Derecho*, cit., p. 215.

¹⁰⁶ EN, 1131b28.

¹⁰⁷ EN, 1131b14.

¹⁰⁸ EN, 1131a29ss.

aunque advierte que existen disputas en torno al lugar en donde cifrarlo. Así lo afirma en la *Ética a Nicómaco*:

Todos están de acuerdo, en efecto, en que lo justo en las distribuciones debe consistir en la conformidad con determinados méritos (*kat'axian*), si bien no coinciden todos en cuanto al mérito mismo, sino que los democráticos lo ponen en la libertad, los oligárquicos en la riqueza o en la nobleza, y los aristocráticos en la virtud.¹⁰⁹

b) Y en la *Política* se expresa de manera similar:

Y aunque todos están de acuerdo en que lo absolutamente justo es la igualdad según el mérito, disienten, como se dijo antes, los unos porque, si son iguales en un aspecto, creen ser completamente iguales, y los otros porque, si son desiguales en algún aspecto, reclaman para sí la desigualdad en todo.¹¹⁰

Lo que cada uno merece es, en definitiva, lo que a cada uno corresponde en cada caso, algo que no puede determinarse sin un criterio de reparto establecido previamente. Igualdad “según el mérito” e igualdad “en proporción” son tratados por Aristóteles, pues, como simples sinónimos,¹¹¹ aunque el criterio del mérito —o criterio de relevancia— no lo da el principio de igualdad jurídica.¹¹²

3.3. Reflexiones generales

Es conveniente hacer algunas reflexiones adicionales en relación con las formas de igualdad distinguidas por Platón y Aristóteles. Comencemos por la *igualdad aritmética*, propia de la justicia correctiva o conmutativa.

a) *La igualdad aritmética de la justicia correctiva*

1. Respecto a la igualdad que caracteriza a los intercambios comerciales, adviértase que no se ve mermada por los márgenes de beneficio del vendedor. Éstos se corresponden, en efecto, con el servicio prestado, de manera

¹⁰⁹ EN, 1131a24-29.

¹¹⁰ *Política*, 1301b35-42.

¹¹¹ *Política*, 1301b31-32.

¹¹² Acerca del concepto *kat'axian* en Aristóteles, *vid.* Ulises Moreno Munguía, *Un estudio acerca del concepto de κατ'ἀξίαν con relación a la justicia distributiva de Aristóteles*, México, Tesis doctoral defendida en la Universidad Panamericana, septiembre de 2022.

que la equivalencia de prestaciones se mantiene. La igualdad de la justicia conmutativa tampoco se ve desmentida por el hecho de que la equivalencia dependa hasta cierto punto de valoraciones individuales y sociales subjetivas, como es el caso, *v. gr.*, del precio acordado por las partes o del sistema de precios que fija el mercado. También en estos casos, la justicia consiste en una medida objetiva de igualdad, por más que no sea posible, de ordinario, discernir esa medida con absoluta precisión. Estamos ante una dificultad habitual en la determinación del *ius*, que constituye una labor hermenéutica inexacta, condicionada por la complejidad misma de lo humano y de lo histórico. Aunque no sea posible asignar a la igualdad de la justicia una medida absolutamente precisa, dicha medida tiende a moverse dentro de márgenes identificables por el *sensus communis*. No suele ser difícil, por tanto, detectar los enriquecimientos injustificados o abusivos, contrarios a la igualdad y, por ende, lesivos del orden jurídico.

2. A fin de captar lo específico de la igualdad aritmética propia de la justicia correctiva, puede resultar útil glosar sucintamente la *parábola evangélica de los trabajadores de la viña*. Después de acordar y pagar un mismo salario por cantidades distintas de trabajo en la viña, los que habían trabajado más horas se quejaron de recibir el mismo trato. El dueño de la viña, sin embargo, les explica que él se mueve en el ámbito de la disposición de lo propio, en el que rige la igualdad correctiva entre las partes de una relación sinalagmática:

¡Mira, amigo! Yo no he sido injusto contigo. Recuerda que los dos acordamos que tú trabajarías por el salario de un día completo. Toma el dinero que te ganaste, y vete. No es problema tuyo que yo les pague lo mismo a los que vinieron a las cinco. Yo puedo hacer con mi dinero lo que me parezca. ¿Por qué te da envidia que yo sea bueno con los demás?¹¹³

La respuesta que da el señor de la viña: “Yo puedo hacer con mi dinero lo que me parezca” pone de manifiesto que no estamos ante una distribución de lo común, con sus exigencias específicas de igualdad proporcional. Es evidente que el señor de la viña está pagando a unos jornaleros más de lo que, estrictamente, exigiría la equivalencia de las prestaciones. No obstante, allí donde uno dispone de lo propio, la injusticia no reside en dar, *libremente*, más de lo que exige la justicia, sino en dar menos. Toda vez que el jornal pagado a los trabajadores de la primera hora no rompe injustamente con las exigencias de la igualdad aritmética, *viz.* con la equivalencia razonable de prestaciones, el hecho de acordar con alguien más de lo que habría exigido

¹¹³ Mateo 20, 13-15.

dicha equivalencia razonable no puede reputarse como injusto, sino como un simple acto de liberalidad. La situación sería distinta si estuviésemos ante la distribución de lo común, en cuyo caso la justicia distributiva exigiría tratar a los jornaleros conforme a criterios de igualdad proporcional. Son frecuentes las interpretaciones teológicas que prescinden de esta diferencia, y que recurren a ideas como la desproporción entre el don salvífico y los méritos personales;¹¹⁴ o el bien inestimable que, de suyo, supone trabajar en la viña.¹¹⁵ Sin perjuicio de que estas consideraciones conectan con el tema de la parábola, apuntan a elementos que no se hallan en la justificación esgrimida por el dueño de la viña, de por sí suficiente: la justicia correctiva no se rige por criterios de igualdad proporcional.

3. Un aspecto en el que conviene detenerse —y que es posible que haya llamado la atención de algún lector— es el hecho de que Aristóteles sitúe *el castigo penal* en el contexto de la justicia correctiva y la igualdad aritmética. Se trata de una posición que ha suscitado críticas razonables,¹¹⁶ si bien no deja de tener un hondo fundamento. En lugares distintos, Tomás de Aquino caracteriza la justicia penal, alternativamente, como justicia *commutativa*¹¹⁷ o como justicia *distributiva*.¹¹⁸ Y es que, como ha afirmado Finnis, “esta amplia distinción parece fracasar... en captar la sutil relación entre la ofensa que los criminales hacen a sus víctimas, la ofensa que hacen a la comunidad y a sus miembros como un todo, y la curación y la profilaxis que semejante ofensa reclama y hace justo”.¹¹⁹

a) No puede decirse, como he señalado, que la posición aristotélica sobre la pena carezca, sin más, de base. La pena es, ciertamente, una especie de “venganza” (*vindicatio*)¹²⁰ o “retribución” (*retributio*) justa, que constriñe la

¹¹⁴ Vid. Spaemann, Robert, “Bemerkungen zum Problem der Gleichheit”, *Zeitschrift für Politik*, N. F., 22, 3, 1975, pp. 233 y 234.

¹¹⁵ Vid. el discurso pronunciado en Catelgandolfo, el 21 de septiembre de 2008, por Benedicto XVI.

¹¹⁶ Vid., crítico con Aristóteles, Del Vecchio, Giorgio, *Justice. An Historical and Philosophical Essay*, Littleton, Fred B. Rothman, 1982, p. 53.

¹¹⁷ S. T. II^a-II^{ae} q. 80 ad 1: “Ad primum ergo dicendum quod vindicta quae fit auctoritate publicae potestatis secundum sententiam iudicis, pertinet ad iustitiam commutativam. Sed vindicta quam quis facit proprio motu, non tamen contra legem, vel quam quis a iudice requirit, pertinet ad virtutem iustitiae adiunctam”.

¹¹⁸ *Contra Gentiles*, lib. 3 cap. 142, n. 2: “Talis est aequalitas distributivae iustitiae, ut inaequalia inaequalibus reddantur. Non ergo esset iusta recompensatio per poenas et praemia, si omnia praemia et omnes poenae essent aequales”.

¹¹⁹ Finnis, John, *Aquinas. Moral, Political, and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 215.

¹²⁰ Advértase que el término “venganza” (*vindicatio*) se toma aquí en su sentido estricto de retribución penal, despejado de connotaciones afectivas odiosas.

voluntad del delincuente como compensación por haberse excedido en ella. En lo que tiene de *retributio*, se asemeja a la justicia correctiva y a la igualación aritmética. Es digno de notarse a este respecto que el máximo exponente filosófico del retribucionismo penal moderno, Immanuel Kant, veía en el *ius talionis*, formalmente, “la única idea determinante *a priori*” como “principio del derecho penal”.¹²¹

b) Sin perjuicio de su naturaleza retributiva, lo cierto es que el castigo constituye, ante todo, una exigencia del bien común frente a un grave quebrantamiento del orden jurídico. Más concretamente, entraña la actualización y reconfirmación del orden del derecho frente a su transgresión; en tanto que la impunidad lleva consigo la erosión de la vigencia de ese orden. Justamente por ello, la pena constituye primariamente una disposición *distributiva* de la autoridad, referida al orden de participación proporcionada [según los merecimientos (*kat'axian*) de cada cual] en el bien común (*koinon agathon*). Su naturaleza afflictiva tiene razón de mal (*i. e.*, de privación de un bien), indudablemente; pero, al integrar al penado en el orden del bien común, lo hace partícipe de este bien. Por ese motivo ha sido felizmente caracterizada, dentro del contexto distributivo de la *polis*, con la expresión paradójica de un “bien negativo”.¹²² Es un error concebir la pena como un simple mal para el reo, dado que, en cuanto que *ius* del criminal, constituye su participación en el bien común de la sociedad. Tal participación en el bien común comporta un auténtico bien para sus miembros, en cuanto que seres de naturaleza social y racional. Ésta es la razón por la que no puede decirse que las penas sean una instrumentalización del reo al servicio de un bien o un fin extrínseco a él. Tal cosa ocurriría, por el contrario, toda vez que dejásemos de considerar el *ius* como una participación en el bien común, y la pena como auténtico *ius* del delincuente.

4. El análisis de la peculiar naturaleza del derecho penal —un caso híbrido entre la justicia correctiva (igualdad aritmética) y la justicia distributiva (igualdad proporcional)— nos da pie a ir más lejos y advertir que, en rigor, toda justicia correctiva o conmutativa se inserta en un orden político que, tomado en su totalidad, tiene un carácter *distributivo*.

¹²¹ Kant, Immanuel, *Die Metaphysik der Sitten* (Akademie-Ausgabe VI), p. 363: “Rücksicht genommen werden müsse, und zwar aus bloßen Rechtsgründen, indem ich das *ius talionis* der Form nach noch immer für die einzige *a priori* bestimmende (nicht aus der Erfahrung, welche Heilmittel zu dieser Absicht die kräftigsten wären, hergenommene) Idee als Princip des Strafrechts halte”. Sobre el *ius talionis* en Kant, *vid.* más ampliamente Vigo, Alejandro, “Ética y Derecho según Kant”, *Tópicos*, núm. 41, 2011, pp. 105-158.

¹²² Walzer, Michael, *Spheres of Justice. A Defense of Pluralism and Equality*, Nueva York, Basic Books, 1983, p. 9.

A fin de captar el carácter distributivo que posee el conjunto del orden jurídico, es de utilidad reflexionar, *v. gr.*, sobre la llamada responsabilidad objetiva por daños (*strict liability torts*). En ciertos ámbitos jurídicos, en efecto, rige el principio de la responsabilidad sin culpa, esto es, el deber del causante de un daño de resarcir con independencia de la existencia o no de culpa o negligencia en su causación. Tal cosa sucede, típicamente, en supuestos de responsabilidad por productos defectuosos o por daños derivados de actividades de riesgo. Lo que la regla de la responsabilidad objetiva hace es fijar un orden en el que las personas que se dedican a determinadas actividades productivas asumen, de antemano, los riesgos inherentes a su ejercicio. Se trata de una distribución de cargas distinta de la responsabilidad subjetiva ordinaria, la cual requiere la intermediación de culpa o negligencia. Con todo, la responsabilidad objetiva se justifica en consideraciones sistémicas globales, basadas en el bien común —*v. gr.*, reforzar la diligencia profesional y la seguridad jurídica en la sociedad, redistribuir las pérdidas de una manera equitativa, etcétera—. A partir de estas consideraciones, se procede a fijar una regla distributiva que determina la manera en que, *a posteriori e in concreto*, habrá de operar la justicia correctiva. Se trata de un ejemplo particularmente ilustrativo del fenómeno al que nos estamos refiriendo aquí, a saber, que toda relación de justicia correctiva o conmutativa constituye una relación particular integrada en un contexto globalmente distributivo.¹²³

El ejemplo recién expuesto tiene la virtualidad de hacer visible un fenómeno que cabe predicar, en general, de las instituciones de la propiedad y el mercado. Éstas forman parte, como tales, del orden de distribución de los bienes de la comunidad política, regulado por la comunidad política y sujeto a los límites que impone el bienestar general de la comunidad política. De hecho, una de las mayores virtualidades del mercado es precisamente, como indican autores como Lon Fuller, la de hacer posible una auténtica igualdad proporcional en la distribución de los bienes.¹²⁴

¹²³ Los fundamentos distributivos de la responsabilidad objetiva son ampliamente tratados por Cappelletti, Marco, *Justifying Strict Liability. A Comparative Analysis in Legal Reasoning*, Nueva York, Oxford University Press, 2022, en especial las pp. 67 y ss.

¹²⁴ “En cuanto a la igualdad, es sólo con la ayuda de algo como el libre mercado que resulta posible desarrollar algo así como una medida exacta para el valor de bienes diversos. Sin esa medida, la noción de igualdad pierde sustancia y desciende al nivel de una especie de metáfora” (Fuller, Lon L., *The Morality of Law*, New Haven, Yale University Press, Rev. ed., 1963, p. 24). La virtualidad del mercado para producir la equivalencia de prestaciones se aprecia con claridad en la evolución del tratamiento jurídico de los intereses. En un contexto de mercados financieros poco desarrollados, sin inflación conocida ni tasas de riesgo objetivos, el “interés” (*usura*) derivaba fácilmente en ganancia injusta. No siendo posible distinguir el interés predatorio del interés legítimo, la prohibición del interés estaba justificada. Es con el desarrollo del mercado de capitales cuando se hace posible una medida verificable de

5. Del mismo modo que, bajo cierta perspectiva, las partes de la comunidad están ordenadas al bien del todo, y la propiedad privada que existe en el seno de la comunidad política está subordinada al bien de la propia comunidad, puede afirmarse, análogamente, que la justicia conmutativa entre individuos es parte del orden distributivo de la comunidad. Ello no supone cuestionamiento alguno del principio de la autonomía de la voluntad, esto es, de la primacía de la libertad personal en el goce y disposición de lo propio como principio elemental de justicia, ampliamente reconocido en nuestra cultura.¹²⁵ Al contrario, dicha primacía trae causa en que la unidad de la comunidad política no es una unidad homogénea o totalitaria, sino un orden de órdenes, de formaciones vitales particulares. En este sentido, puede afirmarse que, desde el punto de vista del conjunto de la comunidad política:

- (1o.) el goce pacífico de la propiedad privada es exigencia del *bien común*;
- (2o.) la persona privada es la *instancia* de distribución preferente de su propiedad;
- (3o.) la autonomía negocial es el *criterio distributivo* de lo propio; y
- (4o.) la libertad de disposición sobre lo propio no es absoluta, sino que encuentra su asiento en el *orden distributivo del bien común*, el cual no sólo la legitima, sino que también le pone límites (*v. gr.*, el orden público, el abuso del derecho, etcétera).

“lo igual” en el ámbito de los intereses. *Cfr.* Geisst, Charles R., *Beggar Thy Neighbor. A History of Usury and Debt*, Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 2013.

¹²⁵ Art. 1255 del Código Civil español: “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público”. En términos muy similares se expresa el artículo 1002 del *Code Civil* francés: “Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi. La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l’ordre public”. En Italia, el artículo 1322 del *Codice Civile* recoge, igualmente, el principio de autonomía contractual: “Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge e dalle norme corporative. Le parti possono anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l’ordinamento giuridico”. En Alemania, el principio de autonomía privada encuentra anclaje en el artículo 2.1 LFB (*freie Entfaltung der Persönlichkeit*), el cual suele emparentarse, a su vez, con diversos artículos del Código civil (*Bürgerliche Gesetzbuch*) alemán (*cfr.*, *v. gr.*, §§ 241 y 311 BGB). En Estados Unidos, aunque la inclusión jurisprudencial de la libertad contractual en la *Due Process Clause* de la V Enmienda [*vid. Lochner v. New York* (1905)] ha sido objeto de duras y atinadas críticas, lo cierto es que la autonomía contractual está recogida, inequívocamente, en el Título 42, § 1981, del *US Code*.

b) *La igualdad proporcional de la justicia distributiva*

Pasemos, a continuación, a formular algunas consideraciones en relación con el tratamiento dispensado por Platón y Aristóteles a la *igualdad proporcional* característica de la *justicia distributiva*.

1. Algunos pensadores —por ejemplo, Karl Popper— han criticado, como producto de una desdeñable concepción “antiigualitaria” del mundo, la defensa de la justicia distributiva proporcional (o geométrica) por parte de Platón y Aristóteles.¹²⁶ Se trata, en realidad, de una crítica errada. No tiene en cuenta que la noción de “criterio del mérito” se presenta en Aristóteles como sinónimo de “criterio de relevancia”, esto es, como un parámetro formal, pendiente de concretarse materialmente. Como explica Villey, Aristóteles “deja en el aire el problema de la elección del criterio de distribución”. Su “discurso teórico” no se ocupa de “las respuestas” a los problemas, sino “de la naturaleza de los problemas”.¹²⁷ El estagirita capta a la perfección el hecho, decisivo en último término, de que los distintos estándares de mérito responden a concepciones distintas de la justicia.

2. En sentido estricto, todo cuanto distribuyen las leyes de la *polis* son participaciones en el bien común. Como he explicado en el primer epígrafe del capítulo, la comunidad política o *res publica* constituye una unidad de orden, y la buena disposición de esa unidad de orden es lo que llamamos bien común. Consiguientemente, las distintas cosas, materiales e inmateriales, que a cada cual corresponden en el orden de la sociedad política, pueden calificarse, rigurosamente hablando, como participaciones en el bien común. También las atribuciones justas (*iura*) de naturaleza afflictiva u onerosa —como ocurre, según hemos visto, con las penas— tienen una razón de bien para el conjunto de la comunidad política y, como tales, pueden calificarse, siguiendo a Walzer, como “bienes negativos”.¹²⁸ Jesús María Silva Sánchez se refiere atinadamente a la doble naturaleza de las penas en los términos siguientes:

Ciertamente, desde la perspectiva unidimensional de quien advierte en la pena únicamente un sufrimiento que se suma al ya producido por el delito, la pena es sencillamente un mal, como mucho una ‘amarga necesidad’. Sin embargo, la pena tiene (asimismo) una importante dimensión positiva-

¹²⁶ Popper, Karl, *The Open Society and Its Enemies*, Princeton, Princeton University Press, 2013, pp. 88 y 89.

¹²⁷ Villey, Michel, *Filosofía del derecho*, cit., p. 71.

¹²⁸ Walzer, Michael, *Spheres of Justice*, cit., p. 9.

normativa, contrafáctica. En este plano, reafirma el Derecho y abre la vía para reintegrar a la comunidad, recuperar a la víctima real y al autor, y dar confianza a las víctimas potenciales. Vista así, la pena es algo que el Estado le ‘debe’ al sujeto delincente, a la víctima y a la comunidad política, en la medida en que expresa la ruptura del vínculo y prescribe la condición de su restauración.¹²⁹

Sin perjuicio del carácter afflictivo de la pena, que en un sentido restringido comporta razón de mal, se reconoce aquí, simultáneamente, su carácter de *res iusta* debida, integrada en el bien más amplio de la comunidad. Su distribución responde, por consiguiente, a criterios de merecimiento o mérito, de justa proporción entre el individuo y la comunidad política.

3. La igualdad indiferenciada que critica Platón, a saber, el igualitarismo democrático del sorteo, equivale a lo que Aristóteles califica como una igualdad proporcional a la “libertad” (*eleutheria*)¹³⁰ política, de la que los ciudadanos participan por igual. La distribución a tanto *per capita* no pasa de ser, en definitiva, una forma de distribución proporcionada a un rasgo que se da por igual en cualquiera de las personas que participan de lo distribuido.¹³¹

4. En su sentido más profundo, dar a cada uno lo que a su ser o a su naturaleza corresponde, sin mezcla de error ni de injusticia, es “una decisión de Zeus”, como afirma Platón en el texto arriba citado. Sólo un Dios omnisciente puede hacer justicia perfectamente, esto es, como atribución de una proporción exacta al bien común universal. En contraste, los criterios humanos de justicia adolecen siempre de cierta parcialidad, en cuanto que nunca son capaces de proporcionar exactamente a alguien a un bien completamente universal. Ni siquiera dentro un orden circunscrito, referido a una comunidad política limitada, es posible realizar la justicia perfecta. Distribuir dando a cada uno según sus necesidades, por ejemplo, supone desconocer la responsabilidad que uno tiene en producir esa necesidad; dar a cada uno según sus contribuciones supone pasar por alto, a su vez, la disparidad de posibilidades de contribuir; dar a todos lo mismo supone ignorar tanto lo uno como lo otro; etcétera. La inevitable deficiencia de la justicia

¹²⁹ Silva Sánchez, Jesús María, *Derecho Penal. Parte general*, Madrid, Thomson Civitas, p. 300.

¹³⁰ *EN*, 1131a28-29.

¹³¹ No es infrecuente considerar la distribución a tanto *per capita* como una forma de igualdad aritmética aristotélica. En la clasificación del estagirita, sin embargo, se trata de un caso límite de igualdad proporcional o geométrica, en tanto que la igualdad aritmética o numérica es la de las transacciones. *Vid.*, atinadamente, *v. gr.*, Westen, Peter, *Speaking of Equality*, *cit.*, p. 151; y Oppenheim, Felix E., “Egalitarianism as a Descriptive Concept”, *American Philosophical Quarterly*, vol. 7, núm. 2, 1970, pp. 144 y 145.

humana se debe, entre otras cosas, a la limitación de nuestras perspectivas sobre la realidad. Por esta razón, el filósofo Robert Spaemann afirmaba con cierta ironía, glosando este pasaje de Platón, que “la justicia terrena no pasa de ser una especie de compromiso entre diferentes formas de injusticia”.¹³² En el contexto de sus reflexiones sobre la justicia penal, Kant concluía algo similar al referirse a la imposibilidad del ser humano de retribuir con plena justicia:

Por lo tanto, la moralidad real de las acciones (mérito y culpa), incluso la de nuestro propio comportamiento, permanece completamente oculta para nosotros. Nuestras imputaciones (*Zurechnungen*) solo pueden referirse al carácter empírico. Pero nadie puede determinar cuánto de ello es atribuible al mero efecto de la libertad, cuánto a la mera naturaleza y al error involuntario del temperamento o a su afortunada disposición (*merito fortunae*) y, por lo tanto, no puede juzgarlo con total justicia (*nach völliger Gerechtigkeit richten*).¹³³

5. Es digno de notarse también que, al distinguir las formas perfecta e imperfecta de la justicia, Platón opera de manera opuesta a como lo hace John Rawls en su *Teoría de la Justicia*. La justicia perfecta sólo podría ser fruto, según Platón, de un *conocimiento perfecto* de la naturaleza de cada cual. La justicia del sorteo —bajo el “velo de ignorancia”, diríamos en términos rawlsianos— surge de la necesidad de calmar a la plebe, y Platón la abandona a la esperanza de que una intervención divina conduzca su ciega aleatoriedad hacia la verdadera justicia.

6. Quisiera referirme, finalmente, a la advertencia de Aristóteles frente al error, muy común a su parecer, de “creer que los que son iguales en un aspecto cualquiera son iguales en absoluto”.¹³⁴ Efectivamente, extrapolar acríticamente la igualdad proporcional específica de un ámbito a otro es injusto. El derecho de los destinatarios de la distribución constituye su participación en el bien repartido. Que tal derecho sea igual o desigual depende, por tanto, de que su modo de participación en el bien común repartido sea

¹³² Spaemann, Robert, *Meditationen eines Christen. Über die Psalmen 1-51*, Stuttgart, Klett-Cotta, 2014, pp. 359-371.

¹³³ *Kritik der reinen Vernunft*, Akademie-Ausgabe, III, p. 373, Nota*: “Die eigentliche Moralität der Handlungen (Verdienst und Schuld) bleibt uns daher, selbst die unseres eigenen Verhaltens, gänzlich verborgen. Unsere Zurechnungen können nur auf den empirischen Charakter bezogen werden. Wie viel aber davon reine Wirkung der Freiheit, wie viel der bloßen Natur und dem unverschuldeten Fehler des Temperaments oder dessen glücklicher Beschaffenheit (*merito fortunae*) zuzuschreiben sei, kann niemand ergründen und daher auch nicht nach völliger Gerechtigkeit richten”.

¹³⁴ *Politica*, 1301a.

calificable como igual o desigual. Dicho de otro modo, depende de *un marco de referencia particular y circunscrito*, o lo que es lo mismo, sólo puede comprenderse sobre la base de lo que Carl Schmitt denominó, traduciendo el vocablo griego *nomos*, como un “orden concreto”. La igualdad de la justicia opera siempre sobre la base de un *nomos* determinado por elementos materiales e inmateriales, por presupuestos fácticos y biológicos y por usos, costumbres e instituciones cuyos fines objetivos condicionan qué es lo proporcionado, ajustado o igual en cada momento y lugar. Prescindir de las especificidades de cada orden concreto es lo que conduce al error señalado, objeto de la crítica de Aristóteles, de “creer que los que son iguales en un aspecto cualquiera son iguales en absoluto”.¹³⁵

4. EL AGRAVIO COMPARATIVO

Es conveniente dedicar algunas líneas al análisis del agravio comparativo, dado que presenta peculiaridades muy sutiles que lo distinguen de otros tipos de agravios o injusticias. Como todo *iniustum*, la distribución injusta de un bien común supone no atribuir a una persona lo que le corresponde, y el respeto que merece toda persona es lo que hace que todo *iniustum* objetivo sea, además, una *iniuria* contra el perjudicado. El hecho de que el agravio sea comparativo, esto es, el hecho de que se produzca *per relationem*, se refiere al modo en que se origina. Como tal, el *iniustum* reside simplemente en recibir menos de lo que a uno le corresponde, pero ese *iniustum* no habría existido de haber sido igual la asignación. Se suelen mezclar en estos casos, por consiguiente, el mero sentimiento de agravio y la pasión de envidia.

1. Que “la desigualdad posee, en sí misma, una tendencia a producir envidia”,¹³⁶ apenas requiere demostración. La parábola de los trabajadores de la viña, arriba comentada, constituye un relato ejemplar al respecto. Estamos ante un problema ampliamente presente en los autores clásicos. Tocqueville, por ejemplo, sostenía que el igualitarismo democrático alimenta inexorablemente la envidia: “No debemos ocultar que las instituciones democráticas desarrollan en gran medida el sentimiento de *envidia* en el corazón humano”.¹³⁷ De manera más general, Jean-Jacques Rousseau aso-

¹³⁵ *Política*, 1301a.

¹³⁶ Hare, Richard M., “Justice and Equality”, *Essays on Political Morality*, Oxford, Oxford University Press, 1989, p. 195.

¹³⁷ Tocqueville, Alexis de, *De la démocratie en Amérique*, I, 2, 5, París, Gallimard, 1961, p. 204: “Il ne faut pas se dissimuler que les institutions démocratiques développent à un très haut degré le sentiment de l’envie dans le cœur humain”.

ciaba la envidia, directamente, a la desigualdad: “este fue el primer paso hacia la desigualdad y, al mismo tiempo, hacia el vicio: de estas primeras preferencias nacieron, por un lado, la vanidad y el desprecio, y por otro, la vergüenza y la *envidia*”.¹³⁸ En la conexión que existe entre desigualdad y envidia insisten, en fin, numerosos autores modernos.¹³⁹

2. La pasión de envidia que tiende a producirse en situaciones de desigualdad puede darse tanto en contextos legítimos, en que no hay propiamente injusticia —así ocurre en la parábola de los trabajadores de la viña—, como en otros de genuina injusticia. En estos últimos casos se producen, como he señalado arriba, dos hechos concomitantes:

- a) de un lado, que a alguien no se le asigna el bien que, como *ius suum*, le corresponde;
- b) de otro, que hay otra persona a la que se le atribuye más.

El hecho de no recibir lo propio (*a*) constituye el agravio propiamente dicho. El hecho de que dicho agravio se encuentre indisolublemente unido al hecho de que otra persona haya recibido más (*b*) es lo que tiende a producir el sentimiento concomitante de envidia.

3. Sin perjuicio de lo problemático que podría ser dar carta de naturaleza a la pasión de la envidia, ésta debe ser tenida en cuenta por el gobernante para poner cuidado en evitar los agravios comparativos, dado que las pasiones humanas deben ser consideradas, de manera general, a la hora de estimar lo conveniente al bien común. Una moderada actitud igualitaria puede resultar idónea, en este sentido, como medio de integración social. A ello apuntaba Platón, como hemos visto, al aludir a una medida de igualitarismo indiscriminado para aplacar “el mal carácter de la plebe”.¹⁴⁰

¹³⁸ Rousseau, Jean-Jacques, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, II, Amsterdam, Chez Marc Michel Rey, 1755, p. 112: “et ce fut là le premier pas vers l'inégalité, et vers le vice en même temps: de ces premières préférences naquirent d'un côté la vanité et le mépris, de l'autre la honte et l'envie”.

¹³⁹ Vid. Hayek, Friedrich A. von, *Law, Legislation and Liberty*, Londres, Routledge, 2013, p. 259; *The Constitution of Liberty*, Londres, Routledge, 2006, p. 82; Nozick, Robert, *Anarchy, State, and Utopia*, Nueva York, Basic Books, 1974, pp. 239-246; Lucas, John R., “Against Equality”, *cit.*, pp. 303-306; Parfit, Derek, *Equality or Priority?*, *cit.*, p. 5 (en forma de artículo, este trabajo se encuentra también recogido en *Ratio*, vol. 10, núm. 3, 1997, pp. 202-221); Walzer, Michael, *Spheres of Justice*, *cit.*, p. xiii; etcétera.

¹⁴⁰ Platón, *Las leyes*, 757e. Vid. también Aristóteles, *Política*, 1313a20-24. Cfr. Saxonhouse, Arlene W., “Aristotle on the corruption of regimes: Resentment and justice”, en Lockwood, Thornton y Samaras, Thanassis (eds.), *Aristotle's Politics. A Critical Guide*, Cam-

4. Señalado lo anterior, es importante indicar que la consideración que uno merece en la distribución de bienes comunes no se ve afectada cuando, razonablemente, se le ha tenido en cuenta en la distribución, sin privarle arbitrariamente de lo que le corresponde. Las limitaciones materiales de la condición terrena impiden, obviamente, distribuir los bienes de manera que rindan beneficios completamente iguales entre las personas a las que van destinados. Thomas Scanlon pone como ejemplo al respecto la construcción de una instalación pública de la que, inevitablemente, se benefician en mayor medida los vecinos más próximos.¹⁴¹ Dentro de los márgenes de la razonabilidad, la distribución desigual no sólo no puede reputarse como *iniuria*, sino que es consustancial a la finitud humana.¹⁴² En palabras de Georg Wilhelm Friedrich Hegel, “es la razón misma la que reconoce que la contingencia, la contradicción y la apariencia tienen —bien que limitados— su esfera y su derecho, y no se esfuerza en reducir semejantes contradicciones a la igualdad y a la justicia”.¹⁴³ Ya hemos visto, al estudiar a Platón, que sólo “una decisión de Zeus” podría llegar a la medida perfecta de “lo justo en sí”.

5. LA IGUALDAD DE LA JUSTICIA LEGAL

1. Juntamente con la justicia *particular*, que proporciona armónicamente a individuos y grupos en las distribuciones y las transacciones, existe también lo que Aristóteles llama una justicia *general*, o, como fue denominada más tarde, legal. Es ésta una justicia en sentido más vago e inespecífico, de mayor interés para los moralistas que para los juristas. Consiste en una adecuada proporción del individuo con el conjunto del cuerpo político, la cual se cifra en el cumplimiento de todas las leyes morales en la medida en que guardan relación con el bien del conjunto de la sociedad. Ya se ha explicado al comienzo del capítulo que la ley puede ser *ratio* que ordena una atribución de cosas (*lex distributiva*) o *ratio* que ordena la conducta humana hacia el bien (*lex*

bridge, Cambridge University Press, 2015, pp. 184-203; y Raz, Joseph, *The Morality of Freedom*, cit., pp. 233 y 234.

¹⁴¹ Scanlon, Thomas, *Why Does Equality Matter?*, cit., pp. 17 y 18.

¹⁴² Cfr. *v. gr.*, *Lindsey v. Natural Carbonic Gas Co.* [220 U.S. 61, 78 y 79 (1911)], donde se afirma expresamente que una clasificación que tenga alguna base razonable no vulnera el principio de igualdad meramente porque no se haya hecho con precisión matemática (*mathematical nicety*), o porque en la práctica dé lugar a algunas desigualdades.

¹⁴³ Hegel, G. W. F., *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, en *Gesammelte Werke*, 14-1, Hamburgo, Felix Meiner Verlag, 2009, § 214, p. 179: “Die Vernunft ist es selbst, welche anerkennt, daß die Zufälligkeit, der Widerspruch und Schein ihre, *aber beschränkte* Sphäre und Recht hat und sich nicht bemüht, dergleichen Widersprüche ins Gleiche und Gerechte zu bringen”.

praescriptiva), constituyendo esta última, en puridad, la ley moral (*lex moralis*). Pues bien, en la medida en que las leyes que regulan la conducta de los hombres producen el bien común de la sociedad, su cumplimiento se traduce en una proporción perfecta del individuo con la sociedad:

Como el transgresor de la ley era injusto y el que se conformaba a ella justo, es evidente que todo lo legal es en cierto modo justo, pues lo establecido por la legislación es legal y de cada una de esas disposiciones decimos que es justa. Las leyes se refieren a todas las cosas, proponiéndose lo que conviene en común a todos, o a los mejores, o a los que están en el poder, o alguna otra cosa semejante; de modo que, en un sentido, llamamos justo a lo que es de índole para producir y preservar la felicidad y sus elementos para la comunidad política. Ordena también la ley hacer lo que es propio del valiente, por ejemplo, no abandonar la formación, ni huir ni arrojar las armas; y lo que es propio del hombre morigerado, como no cometer adulterio, ni comportarse con insolencia; y lo que es propio del hombre de carácter apacible, como no dar golpes, ni hablar mal de otro; e igualmente lo que es propio de las demás virtudes y formas de maldad, mandando lo uno y prohibiendo lo otro, rectamente cuando la ley está bien establecida y peor cuando ha sido establecida arbitrariamente. Esta clase de justicia es la virtud perfecta, no absolutamente hablando, sino con relación a otro; y por eso muchas veces parece que la justicia es la más excelente de las virtudes, y que “ni el atardecer ni la aurora son tan maravillosos como ella”, y decimos con el proverbio que “en la justicia se dan, juntas, todas las virtudes”.¹⁴⁴

Como se desprende del texto citado, la justicia *legal* consiste en una armonía plena del hombre con la comunidad en su conjunto. Conformarse con las leyes que conducen a la virtud no redundaría, sin más, en el bien propio, sino que posee una utilidad social que mejora al conjunto político. En este sentido, el cumplimiento de la ley que regula la conducta, haciéndola conforme al bien común, tiene siempre una dimensión de justicia, es una “cosa justa” (*iūs*) debida a la sociedad. El cumplimiento de todas las leyes es, además, la justicia perfecta “en relación con la sociedad”, tal y como dice Aristóteles: “ni el atardecer ni la aurora son tan maravillosos como ella”, porque “en la justicia [legal] se dan, juntas, todas las virtudes”.

2. Esta justicia *general* o *legal* es, como se ha dicho, de interés inferior para los juristas, sin perjuicio de que constituye un modo tradicional de comprender la justicia. Se corresponde con la noción bíblica de “justicia” (*tzedaká*), y con la idea legalista y cosmopolita de justicia del estoicismo. También se halla presente en el derecho romano, el cual, juntamente con la influencia filosófica

¹⁴⁴ EN, 1129b.

principal del aristotelismo —especialmente en su época clásica—, recibió influjos moralizantes del estoicismo y de la tradición judeocristiana.¹⁴⁵ No obstante, constituye una comprensión de la justicia de menor importancia para el *ars iuris*, dada su misma generalidad. En la fórmula de Ulpiano constituye el “*honeste vivere*”, en tanto que la justicia particular se ocupa, más propiamente, del “*neminem laedere*” y, sobre todo, del “*suum quique tribuere*”.¹⁴⁶

3. Hablar de justicia legal sólo es posible por una cierta *alteridad* entre el individuo y la comunidad política, dado que la justicia, por definición, dice “relación a otro”. La justicia legal puede ser calificada como auténtica justicia porque la unidad de la comunidad política no es —como ya se ha explicado— una “unidad de naturaleza” (*unitas naturae*), sino una unidad “según el orden” (*secundum ordinem*). Los ciudadanos no son partes en un sentido sustancial o absoluto (*secundum naturae*), sino sólo relativamente, en cuanto que pertenecen a ese orden más amplio (*secundum ordinem*). La “unidad de orden” (*unitas ordinis*) de la sociedad es una unidad de coordinación de acciones en aras del bien del conjunto de la comunidad. A diferencia del hogar y de la ciudad, sin embargo, las personas poseen una substancialidad individual que no se deja reducir a la referencia al todo y que limita las propias exigencias del todo. A ello se refería Tomás de Aquino cuando afirmaba que “el hombre no está ordenado a la comunidad política con todo su ser y en todas sus cosas”,¹⁴⁷ y que “nadie debe dañar a otro injustamente para promover el bien común”.¹⁴⁸ En realidad, cabría decir que “obrar injustamente para promover el bien común” es un oxímoron.

4. La existencia de una justicia legal nos obliga a añadir, a modo de conclusión, otra forma de *igualdad*, usualmente ignorada en los tratados sobre la justicia. El cumplimiento fiel de las leyes, como señala Hervada, constituye una igualdad entre lo debido a la sociedad, en su sentido más amplio, y lo cumplido.¹⁴⁹ Esta igualdad general o legal tiene menos importancia para el *ars iuris* que la igualdad de la justicia particular, sea proporcional o correctiva, si bien resulta apropiado hacer esta breve alusión a ella como cierre de este primer capítulo, dedicado al significado de la igualdad jurídica y a sus distintas expresiones.

¹⁴⁵ Cfr. Villey, Michel, *Filosofía del derecho*, cit., pp. 83-85.

¹⁴⁶ D. 1.1.1.10: “Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum quique tribuere” (Ulpiano).

¹⁴⁷ S. T, I^a-II^ae q. 21 a. 4 ad 3: “homo non ordinatur ad communitatem politicam secundum se totum, et secundum omnia”.

¹⁴⁸ S. T. II^a-II^ae q. 68 a. 3 co.: “Nullus autem debet alicui nocere iniuste ut bonum commune promoveat”.

¹⁴⁹ Hervada, Javier, *Lecciones propedéuticas de filosofía del Derecho*, cit., p. 212.

CAPÍTULO 2

EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE IGUALDAD

En el capítulo anterior, he procurado explicar en qué consiste la igualdad jurídica y en qué sentido se dice que la justicia consiste en una especie de igualdad. Las consideraciones llevadas a cabo son independientes, previas y más universales que cualquier reflexión sobre el principio de igualdad ante la ley del constitucionalismo liberal. Este último principio no constituye, en su significado originario, un postulado universal de justicia, sino que presupone un marco de organización política contingente, con unos supuestos determinados. La igualdad constitucional ante la ley se basa en un modo histórico de participar en el bien común que hunde sus raíces en las revoluciones liberales del siglo XVIII. Básicamente, consiste en una distribución igual del *status* político; esto es, en que la comunidad política no se presenta dividida en clases rígidamente separadas. Lo propio de la igualdad del constitucionalismo moderno es la movilidad de los individuos y la permeabilidad de los estamentos, garantizada por la ausencia de regímenes legales especiales para unos y otros. Como he señalado, este principio marca radicalmente la organización política moderna, pero no se puede confundir con el principio de igualdad como fórmula universal de justicia, explicado en el capítulo anterior.

A continuación, dedicaré el epígrafe inicial (1) a trazar los orígenes del principio de igualdad ante la ley, tanto en Europa como en Estados Unidos. Posteriormente (2), me centraré en la conversión de la llamada igualdad *ante* la ley en un mecanismo para controlar la justicia comparativa de la ley, *i. e.*, la igualdad *en* la ley. En el siguiente epígrafe (3) procederé a realizar algunas observaciones críticas sobre esta transformación, a fin de mostrar cuán distintos son los principios subsumidos bajo un mismo precepto constitucional. El penúltimo apartado (4) irá dedicado a un fenómeno que ha ocupado la atención de diversos juristas en las últimas décadas, a saber, el de la posibilidad y el alcance de la aplicación del principio constitucional de igualdad en las relaciones entre particulares. Finalmente, dedicaré un último epígrafe (5) a la aparición del llamado principio de igualdad real o material, con el que la igualdad económica entre los ciudadanos parece haberse erigido en una auténtica tarea del Estado.

1. FORMACIÓN Y SIGNIFICADO ORIGINARIO DE LA IGUALDAD ANTE LA LEY

El entendimiento jurídico-constitucional de la igualdad del que somos directamente tributarios hace su aparición en las revoluciones liberales de finales del siglo XVIII, uno de cuyos objetivos principales fue el de abolir los privilegios y proclamar la igualdad de todos los ciudadanos *ante la ley*. Es importante, por lo tanto, que hagamos una breve alusión a su origen histórico, a fin de hacernos cargo del significado prístino de esa igualdad.

Empezaré refiriéndome a Europa, donde el principio de igualdad ante la ley encuentra un lugar más nítido en los textos constitucionales revolucionarios. Posteriormente, mostraré brevemente cómo en Estados Unidos, aunque el principio no fue inicialmente recogido en la Constitución federal, encuentra ecos importantes en ella.

1.1. *Europa*

La moderna igualdad ante la ley se halla en la génesis misma de la Revolución francesa. El supuesto histórico sobre el que opera es el Estado moderno, nacido de la mano del absolutismo. Aunque el régimen absolutista no parece jugar un papel digno en la historia de la igualdad constitucional, la realidad es que el nacimiento del Estado constituye en sí mismo un hito histórico ineludible en cuanto que destructor de la dispersión jurídica e igualador de los súbditos en un mismo estado o *status*. Precisamente por eso, Tocqueville llegó a afirmar que “son los reyes absolutos quienes han trabajado más por nivelar los rangos entre sus súbditos”.¹⁵⁰

En la misma línea, Hermann Heller señaló que “la concentración de los medios de dominación y, señaladamente, de la creación jurídica en manos del rey absoluto, la constitución del Estado como unidad jurídica, estuvieron necesariamente unidas, de hecho, a una mayor o menor igualdad legal”.¹⁵¹

¹⁵⁰ Tocqueville, Alexis de, *De la démocratie en Amérique*, II, 2, Cap. 1 (*Cit.*, p. 104): “Ce sont les rois absolus qui ont le plus travaillé à niveler les rangs parmi leur sujets”.

¹⁵¹ Heller, Hermann, *Staatslehre*, Leiden, A. W. Sijthoff's, 1934, p. 136: “In der Tat war die Konzentration der Herrschaftsmittel und namentlich der Rechtsetzung in der Hand des absoluten Königs, die Konstituierung des Staates als Rechtseinheit notwendig verbunden gewesen mit einer mehr oder minder grossen formalen Rechtsgleichheit”.

a) *Supresión de privilegios y generalidad de la ley*

1. En Francia, lo mismo que en otros países de tradición absolutista, la igualdad ante la ley consistió en primer lugar, después de la Revolución, en la *supresión de los privilegios* y el establecimiento de una *ley común* para todos los ciudadanos,¹⁵² así como en el *igual acceso a los cargos públicos* de acuerdo con el principio de capacidad y talento.¹⁵³

2. Durante el período revolucionario, la voz más representativa del estado llano en la defensa de la igualdad ante la ley fue la de Emmanuel-Joseph Sièyes. En su *Essai sur les privilèges*, de 1788, clamó por la abolición de privilegios y proclamó que “no hay más que Ciudadanos iguales ante la ley, todos dependientes, no los unos de los otros, lo que sería una servidumbre inútil, sino de la autoridad que les protege, que les juzga, que les defiende, etcétera”.¹⁵⁴ Con mayor contundencia todavía reivindicó la igualdad ante la ley en su célebre: *Qu'est-ce que le Tiers-État?*, ensayo escrito en marzo de 1789, en los albores de la Revolución:

Todo aquello que es privilegiado por la ley, de cualquier manera que lo sea, sale del orden común, hace excepción a la ley común y, en consecuencia, no pertenece al estado llano. Lo hemos dicho: una ley común y una representación común, he aquí lo que hace una nación.¹⁵⁵

¹⁵² “Il n’y a plus, pour aucune partie de la nation, ni pour aucun individu, aucun privilège, ni exception au droit commun de tous les Français” (*Preámbulo de la Constitución de 1791*).

¹⁵³ “Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l’utilité commune” (Art. 1 *Déclaration*); “Tous les citoyens étant égaux à ses yeux, sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et leurs talent” (Art. 6 *Déclaration*).

¹⁵⁴ Sièyes, Emmanuel-Joseph, *Essai sur les privilèges*, Bibliothèque Nationale de France, ref. Lb39-781, 1788, pp. 25-26: “Hors de là, il n’y a que des citoyens égaux devant la loi, tous dépendants, non les uns des autres, ce serait une servitude inutile, mais de l’autorité qui les protège, qui les juge, qui les défend, etc.”. Esta idea sería recogida por el *Preámbulo de la Constitución* de 3 de septiembre 1791: “Il n’y a plus ni noblesse, ni pairie, ni distinctions héréditaires, ni distinctions d’ordres, ni régime féodal, ni justices patrimoniales, ni aucun des titres, dénominations et prérogatives qui en dériveraient, ni aucun ordre de chevalerie, ni aucune des corporations ou décorations, pour lesquelles on exigeait des preuves de noblesse, ou qui supposaient des distinctions de naissance, ni aucune autre supériorité, que celle des fonctionnaires publics dans l’exercice de leurs fonctions”.

¹⁵⁵ Sièyes, *Qu'est-ce que le Tiers-État?*, Bibliothèque Nationale de France, ref. Lb39-1086, 1789, p. 11-12: “Tout ce qui est privilégié par la loi, de quelque manière qu’il le soit, sort de l’ordre commun, fait exception à la loi commune et par conséquent n’appartient point au Tiers état. Nous l’avons dit: une loi commune et une représentation commune, voilà ce qui fait une nation”.

Es difícil exagerar la importancia que Sieyès tuvo en la obra jurídica de la Revolución, y en particular su influencia en la consagración del principio de igualdad ante la ley. Secretario de la Asamblea Nacional en su constitución, el 17 de julio de 1789, y probable redactor del juramento del *Jeu de paume*, del 20 de ese mismo mes, participó muy intensamente en la elaboración de la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, de la que llegó a presentar ante la Asamblea un proyecto que fue rechazado.¹⁵⁶ Por encima de todo ello, sin embargo, a su paternidad se deben muchos de los preceptos de la Declaración, y en concreto el artículo 6o., que consagra la generalidad de las leyes y la igualdad ante la ley:

La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a contribuir a su elaboración, personalmente o por medio de sus representantes. Debe ser la misma para todos, ya sea que proteja o que sancione. Como todos los ciudadanos son iguales ante ella, todos son igualmente admisibles en toda dignidad, cargo o empleo públicos, según sus capacidades y sin otra distinción que la de sus virtudes y sus talentos.¹⁵⁷

La igualdad ante la ley será, desde este primer texto, un patrimonio común del constitucionalismo. La fuerza de la Revolución francesa se hizo sentir con vigor a ambos lados del Atlántico, y el principio no tardó demasiado en convertirse en una máxima constitucional generalizada.¹⁵⁸

3. Es preciso detenerse un poco en explicar esta fórmula —“igualdad ante la ley”—, a fin de evitar que una lectura anacrónica, movida exclusi-

¹⁵⁶ Sieyès presentó ante la Comisión de la Constitución de la Asamblea un proyecto de 42 artículos los días 20 y 21 julio de 1789, al mismo tiempo que se aprobó el juramento del *Jeu de paume*, y apenas un mes antes de la aprobación de la Declaración. El proyecto, que sería rechazado por la mayoría moderada, afirmaba en su artículo 16: “Tout citoyen est également soumis à la loi, e nul n'est obligé d'obéir à une autre autorité que celle de la loi” (*Préliminaire de la Constitution. Reconnaissance et Exposition Raisonnée des Droits de l'Homme et du Citoyen. Lu les 20 et 21 juillet 1789, au Comité de Constitution. Par M. L'abbé Sieyès, Chez Baudouin, impr. de l'Assemblée nationale, Versailles, 22 de julio de 1789*).

¹⁵⁷ “La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents” (Art. 6 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, de 26 de agosto de 1789).

¹⁵⁸ Cfr. art. 6 Constitución belga de 1831; art. 4 Constitución suiza de 1848; art. 137 Proyecto de Constitución alemana de 1849; art. 4 Constitución prusiana de 1850; art. 24 Estatuto Albertino de 1845. En el ámbito hispano, *vid.* Discurso Preliminar de la Constitución española de 1812; art. 154 Constitución de Venezuela de 1811; art. 23 Constitución del Perú de 1823; art. 7 Constitución de Chile de 1823; art. 110 Constitución de Argentina de 1829; art. 11 Constitución de Ecuador de 1830; art. 132 Constitución de Uruguay de 1830; etcétera.

vamente por la literalidad del texto, confunda su significado genuino. En el constitucionalismo liberal primigenio, la igualdad ante la ley consiste, en esencia, en *una ley común* o *un único régimen jurídico general* para todos los ciudadanos.

a) Esto no impide que la ley pueda hacer *clasificaciones justas* entre las personas, lo cual, tomado en sentido estricto, implica diversidad de derechos y obligaciones. Entender la igualdad ante la ley como una incapacidad de la ley para clasificar sería, como afirmó Giorgio del Vecchio, sencillamente “absurdo”. Su “significado real” consiste, más bien, en “que nadie en el Estado está por encima de la ley, nadie es *legibus solutus*; y en que los antiguos privilegios, como la nobleza hereditaria, han sido abolidos”, por lo que “todos los ciudadanos deben considerarse como estando en el mismo nivel”.¹⁵⁹

b) Ello encierra, obviamente, *exigencias vinculantes* para el propio legislador:

(1o.) La tarea del legislador es distribuir, en aras del bien común, participaciones diferenciadas en la “cosa pública”. Esta distribución legal constituye una fuente principal del orden jurídico, esto es, del orden proporcionado de “cosas justas” (*iura*). Se trata, además, de una distribución que no tiene como destinatarios a individuos particulares, sino a categorías de individuos o grupos: *iura non in singulas personas, sed generaliter constituuntur*.¹⁶⁰ En esto se cifra el acto legal de clasificar, el cual comporta, simultáneamente, una *igualación* (hacia adentro) y una *diferenciación* (hacia afuera).

(2o.) Ni la “generalidad” ni la “abstracción” formales de la ley son suficientes para impedir, de suyo, el establecimiento legal de un orden estamental o de privilegios. Sin el sometimiento del legislador a una regla de igualdad cívica fundamental, a una igualdad jurídica que tome como *tertium comparationis* de referencia el *status* cívico-constitucional básico de cualquier ciudadano, la ley podría reestablecer un régimen de privilegios, sean viejos o nuevos. Dicho de otro modo, la clase de igualdad que comporta la aplicación imparcial de la norma general y abstracta “no garantiza, por sí misma, que la ley sea igualitaria”.¹⁶¹

c) Debe llamarnos la atención, entonces, que el constitucionalismo revolucionario se contentase con invocar dicha generalidad y abstracción formales como garantía del *status* común de igualdad, esto es, que el principio

¹⁵⁹ Del Vecchio, Giorgio, “Equality and Inequality in Relation to Justice”, *Natural Law Forum*, vol. 36, 1966, p. 46.

¹⁶⁰ D. 1.3.8: “los *iura* no se instituyen para las personas particulares, sino en general” (Ulpiano).

¹⁶¹ Oppenheim, Felix E., “Egalitarianism as a Descriptive Concept”, *cit.*, p. 144.

de igualdad ante la ley quedase “subsumido en el principio de legalidad”.¹⁶² Ello contradice el hecho, a mi parecer incontestable, de que una genuina pretensión *igualitaria* en cuanto al *status* jurídico básico de la ciudadanía conlleva exigencias para el propio legislador. Tales exigencias parecen desprenderse, además, de algunas proclamas de los revolucionarios: “no compete al Legislador —afirma Sièyes— dar privilegios a unos, negárselos a los otros”.¹⁶³ La aparente contradicción puede explicarse a partir de dos ideas, como veremos, de índole bien distinto.

(1o.) En primer lugar, no podemos pasar por alto que la generalidad de las leyes parlamentarias sólo entró en crisis, estructuralmente, en la época industrial. Es entonces cuando se multiplican las medidas normativas concretas y se advierte, de manera expresa, que “no hay ninguna «igualdad ante la medida», como sí hay una «igualdad ante la ley»”.¹⁶⁴ Acuñado por Ernst Forsthoff, el concepto de “ley medida” (*Maßnahmegesetz*) responde a una transformación institucional del siglo XX que se aleja del entendimiento tradicional de la generalidad de la ley: “la ley medida nace de una situación concreta y guarda hacia ella una relación de implementación lógica”.¹⁶⁵ Esta concepción de la ley era ajena al horizonte de comprensión del constitucionalismo revolucionario, por lo que, hasta cierto punto, parecía natural contemplar la ley parlamentaria como garante de la igualdad ciudadana.

Para apreciarlo con más nitidez si cabe, puede resultar útil entablar una analogía con el modo en que la tradición constitucional inglesa, muy alejada del *pathos* radical francés, veía el *rule of law* en la época liberal. En el siglo XIX, Albert Dicey definía el *rule of law* como la “idea de igualdad legal” (*the idea of legal equality*), en virtud de la cual “todas las clases” están sujetas al “derecho ordinario de la tierra” (*the ordinary law of the land*) administrado por los tribunales del derecho ordinarios (*the ordinary Law Courts*); en este sentido, el *‘rule of law’* excluye la idea de una excepción de los oficiales u otros del deber de

¹⁶² Rubio Llorente, Francisco, “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 11, núm. 31, 1991, p. 25.

¹⁶³ Sièyes, *Qu’est-ce que le Tiers-État?*, cit., p. 116: “ce n’est pas au législateur à en créer de cette nature, à donner des privilèges aux uns, à les refuser aux autres”.

¹⁶⁴ Schmitt, Carl, *Legalität und Legitimität*, Múnich y Leipzig, Duncker & Humblot, 1932, pp. 15-16: “Es gibt keine ‘Gleichheit vor der Maßnahme’, wie es eine ‘Gleichheit vor dem Gesetz’ gibt”.

¹⁶⁵ Forsthoff, Ernst, “Über Maßnahmegesetze”, en Bachof, Otto; Draht, Martin; Gönnewein, Otto y Walz, Ernst (eds.), *Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht: Gedächtnisschrift für Walter Jellinek*, Múnich, Isar Verlag, 1955, p. 226: “Das Maßnahmegesetz entwächst deshalb einer bestimmten Situation und steht zu ihr in einem logisch vollziehbaren Verhältnis”.

obediencia a la ley que gobierna a otros ciudadanos o de la jurisdicción de los tribunales ordinarios”.¹⁶⁶

No se me ocultan las dificultades de comparar el *rule of law* anglosajón con la sujeción continental a la ley, dada la ausencia de una equivalencia perfecta entre “*law*” —que significa tanto “ley” como “derecho”— y “*loi*”. No obstante, la generalidad que caracteriza a la ley del Estado liberal hace que quepa atribuirle los rasgos de un derecho “ordinario”, opuesto al privilegio y la prerrogativa. En este punto, la tesis de los revolucionarios encuentra una explicación natural.

(2o.) Sin perjuicio de lo recién señalado, tampoco podemos pasar por alto la sacralización radical, verificable en los textos históricos, de la asamblea popular representativa. Cundía entre los revolucionarios la convicción ideológica, ampliamente desmentida por la historia, de que si la ley, “por definición, a todos los trata por igual”, ello se debe a que es “expresión de la voluntad general”.¹⁶⁷ Estamos ante un dogma de raíz rousseauiana, explicitado en el *Contrat social*: “el Soberano, por el mero hecho de ser lo que es, es siempre lo que tiene que ser”.¹⁶⁸ En la Revolución francesa, la fe en el legislador se traduce en expresiones que le presuponen una clarividencia mágica, rayana en la infalibilidad;¹⁶⁹ realidad que nos abre a perspectivas teológico-políticas sin las cuales no es posible comprender cabalmente la Revolución misma. Este mismo fervor parece entereverse, por lo demás, en el solemne postulado de que “los ciudadanos *son* iguales ante la ley”; una expresión que trasluce un paralelismo indisimulado con la igualdad ante Dios cristiana.¹⁷⁰

¹⁶⁶ Dicey, Albert V., *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8a. ed., Londres, MacMillan, 1915: “It [the rule of law] means, again, *equality before the law*, or the equal subjection of all classes to the ordinary law of the land administered by the ordinary Law Courts; the ‘rule of law’ in this sense excludes the idea of any exemption of officials or others from the duty of obedience to the law which governs other citizens or from the jurisdiction of the ordinary tribunals”.

¹⁶⁷ Rubio Llorente, Francisco, “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción”, *cit.*, p. 25.

¹⁶⁸ Rousseau, Jean-Jacques, *Contrat social*, Libro I, Cap. VII (en *Œuvres complètes III*, París, Gallimard, 1964, p. 363): “Le Souverain, par cela seul qu’il est, est toujours ce qu’il doit être”.

¹⁶⁹ “La Ley no otorga nada; *protege aquello que existe* hasta el momento en que comienza a perjudicar el interés común. Solamente ahí están situados los límites de la libertad individual... La Ley, al proteger los derechos comunes de todo Ciudadano, *protege a cada Ciudadano en todo lo que puede ser*, hasta el momento en que aquello que quiere ser comenzaría a perjudicar el interés común”. *Vid.* Sièyes, *Qu’est-ce que le Tiers-État?*, *cit.*, pp. 116 y 117; la cursiva es mía.

¹⁷⁰ En lo que atañe a la exaltación de la ley y al paralelismo teológico-político indicado, me remito a la coincidencia al respecto de dos autores tan distintos como Erich Kaufmann,

b) *Igualdad en la aplicación de la ley*

Para que las leyes sean efectivamente iguales, es preciso que sean aplicadas de manera igualitaria. Consiguientemente, un corolario de la igualdad ante la ley habría de ser, en adelante, la *igualdad en la aplicación de la ley*.

En su conocida crítica del principio de igualdad, Peter Westen ha sostenido que la “igualdad en la aplicación de la ley” carece de contenido,¹⁷¹ ya que no añade nada a la simple “aplicación de la ley”. En realidad, sin embargo, el planteamiento de Westen es confuso, dado que se basa en mezclar dos significados distintos, ambos literalmente plausibles, de la expresión: “igualdad en la aplicación de la ley”:

1o.- Si la fórmula significa: “aplicación de la ley *en todos los casos*”, hablar de igualdad en la aplicación de la ley, efectivamente, no añade nada porque, como señala Raz, “la generalidad implica la igualdad de aplicación a una clase”.¹⁷²

2o.- Si, por el contrario, la fórmula significa: “aplicación de la ley *de manera igual*”, hablar de igualdad no es para nada superfluo. En la medida en que la ley es una formulación lingüística abierta a la concreción en una pluralidad de aplicaciones distintas, no es redundante exigir que se aplique de la misma manera en casos semejantes. La tesis de Westen es confusa, precisamente, porque es ésta —y no la anterior— la lectura que se ha hecho siempre de la llamada igualdad en la aplicación de la ley.¹⁷³ Lo mismo sucede con el principio *stare decisis* de la tradición del *Common Law*, que ha sido interpretado siempre como fundado, al menos parcialmente, en “la equidad de tratar igual los casos iguales”.¹⁷⁴ No es lo mismo aplicar las leyes que aplicar las leyes de manera igual.

Consustancial a las reivindicaciones revolucionarias, la exigencia de *igualdad en la aplicación de la ley* apuntaba directamente a terminar con la *praxis* de aplicar la ley haciendo acepción de personas. En su obra más madura, Tocqueville dejó constancia de cuán extendida se hallaba la desigualdad en la aplicación de la ley en el absolutismo. “Ahí está por entero el Antiguo Régimen: una regla rígida, una práctica blanda; tal es su carácter”. Dicha

y Hans Nawiasky, (vid. “Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung”, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 3, De Gruyter, 1927, pp. 4 y 29).

¹⁷¹ Westen, Peter, “The Empty Idea of Equality”, *cit.*, pp. 548 y 549.

¹⁷² Raz, Joseph, “Equality”, en *The Morality of Freedom*, *cit.*, p. 221.

¹⁷³ *Vid. v. gr.*, Ollero, Andrés, *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

¹⁷⁴ Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Londres, Gerald Duckworth, 1977, p. 113.

práctica blanda consistía en que “aun cuando la ley no cambiara, la manera de aplicarla variaba todos los días”, hasta el punto de que “quien quisiera juzgar el gobierno de aquel tiempo por la colección de sus leyes caería en los errores más ridículos”.¹⁷⁵

c) Acceso a la función pública y democratización progresiva

Toda vez que la unidad de régimen jurídico había de alcanzar a gobernantes y gobernados, la igualdad ante la ley comportaba la sustitución de los oficios nobiliarios por una *función pública profesionalizada*, abierta a la ciudadanía. Así, la igualdad en el acceso a los cargos públicos constituye un correlato de la igualdad de *status* característica del constitucionalismo moderno. De manera análoga, la pretensión de igualdad entre gobernantes y gobernados supone el punto de partida del proceso moderno de *democratización* del poder. No en vano, ya las Constituciones y leyes electorales europeas de finales del siglo XVIII, y casi todas las del XIX, establecieron una primera apertura del poder a la ciudadanía mediante un sistema de sufragio censitario. Así, por ejemplo, la Constitución francesa de 1791 permitía que fuesen electores los “ciudadanos activos”, de los que se requería un nivel de propiedades y una contribución pública.¹⁷⁶ El proceso de democratización siguió avanzando hasta el reconocimiento del sufragio femenino, introducido inicialmente en Inglaterra y en Estados Unidos, en torno al final de la Primera Guerra Mundial, y progresivamente consolidado en otros países.¹⁷⁷

¹⁷⁵ Tocqueville, Alexis de, *L'Ancien Régime et la Révolution*, I, Lib. II, 1, París, Gallimard, 1952, p. 134: “L'ancien régime est là tout entier: une règle rigide, une pratique molle; tel est son caractère. Qui voudrait juger le gouvernement de ce temps-là par le recueil de ses lois, tomberait dans les erreurs les plus ridicules”.

¹⁷⁶ “Pour être *citoyen actif*, il faut:... *Payer*, dans un lieu quelconque du Royaume, une *contribution* directe au moins égale à la valeur de *trois journées de travail*, et en représenter la quittance; - N'être pas dans un état de domesticité, c'est-à-dire de serviteur à gages...” [*Constitución de 3 de septiembre de 1791*: Título III, Cap. 1, Sec. 2, Art. 2; la cursiva es mía]. “Sont *exclus de l'exercice des droits de citoyen actif*... - Ceux qui, après avoir été constitués en état de faillite ou d'*insolvabilité*, prouvé par pièces authentiques, ne rapportent pas un acquit général de leurs créanciers”. (Art. 5; la cursiva es mía) “Nul ne pourra être nommé *électeur*, s'il ne réunit aux conditions nécessaires pour être *citoyen actif*, savoir: - Dans les villes au-dessus de six mille âmes, celle d'être *propriétaire ou usufruitier* d'un bien évalué sur les rôles de contribution à un revenu égal à la valeur locale de deux cents journées de travail, ou d'être *locataire* d'une habitation évaluée sur les mêmes rôles, à un revenu égal à la valeur de cent cinquante journées de travail...” (Art. 7).

¹⁷⁷ *Vid.* XIX Enmienda a la Constitución de Estados Unidos, ratificada el 18 de agosto de 1920. Para Inglaterra, *vid.* *Parliament (Qualification of Women) Act 1918*, de 21 de noviem-

1.2. *Estados Unidos de América*

1. En contraste con lo sucedido en Europa, los *founding fathers* norteamericanos no incluyeron en la Constitución federal ningún principio de igualdad jurídica. Con un valor más retórico que jurídico, la Declaración de Independencia había proclamado como una verdad “autoevidente” (*self-evident*), en los albores de la Revolución, “que todos los hombres son creados iguales” (*that all men are created equal*). No podemos ignorar, sin embargo, que, apenas una década más tarde, la esclavitud encontraría una validación constitucional.

2. Sería también erróneo, no obstante, pensar que los valores latentes en la “igualdad ante la ley” no se hallaban presentes en el constitucionalismo norteamericano. La esclavitud excluía injustamente a un sector social de la condición de miembros del grupo político, e incluso de la plena condición humana. Ello es compatible, obviamente, con la supresión de privilegios de sangre en el seno del grupo. En las notas marginales a *La democracia en América*, rescatadas por la valiosa edición de Eduardo Nolla, Tocqueville sintetizó magistralmente lo característico de esta igualdad legal:

Un pueblo, una sociedad democrática, no significa un pueblo, una sociedad, un tiempo en el que todos los hombres son iguales, sino un pueblo, una sociedad, un tiempo en el que ya no hay castas, clases fijadas, privilegios, derechos particulares y exclusivos, riquezas permanentes, propiedades fijadas en las manos de familias; un pueblo en el que, constantemente, los hombres pueden ascender o descender, y mezclarse entre sí de todas las formas.¹⁷⁸

3. Esta supresión de privilegios fue expresamente recogida en el artículo 1o., sección 9, de la Constitución norteamericana: “ningún título nobiliario será otorgado por los Estados Unidos”.¹⁷⁹ Ciertamente, nos encontramos ante una prohibición concreta carente de la carga ideológica de la proclama francesa de “igualdad ante la ley”. Con todo, lo esencial del republicanismo fue mantenido en Estados Unidos no sólo mediante esta fórmula, sino, más generalmente, a través del sistema de gobierno emanado de la Constitución de 1787.

bre de 1918, y *Representation of the People (Equal Franchise) Act 1928*. Para Francia, *vid.* Art. 17 *Ordonnance du 21 avril 1944 portant organisation des pouvoirs publics en France après la Libération*. En España, el sufragio femenino fue reconocido en el artículo 36 de la Constitución de 1931.

¹⁷⁸ Tocqueville, Alexis de, *Democracy in America. Historical-Critical Edition of De la démocratie en Amérique*, en Nolla, Eduardo (ed.), Bilingual French-English Edition, vol. 3, Indianapolis, Liberty Fund, 2010, p. 700.

¹⁷⁹ “No Title of Nobility shall be granted by the United States”.

2. DE LA IGUALDAD *ANTE* LA LEY A LA IGUALDAD *EN* LA LEY

Desde finales del siglo XIX y, sobre todo, a lo largo del siglo XX, el principio jurídico-constitucional de igualdad ante la ley ha experimentado una transformación de enormes consecuencias políticas. Merced a un proceso que será objeto de análisis en este epígrafe, ha pasado a ser concebido no sólo como una unificación del *status* constitucional de los ciudadanos, sino, de manera muy general, como una garantía judicial frente a las clasificaciones arbitrarias del legislador. En Estados Unidos, dicho modo de entender el principio se abrió camino apenas unas décadas después del reconocimiento constitucional de la “igual protección de las leyes”, al término de la Guerra Civil. En Europa, la llamada “igualdad *en* la ley” fue fruto de una reinterpretación del principio constitucional de igualdad *ante* la ley, y estuvo precedida de una de las más apasionantes discusiones doctrinales del derecho constitucional moderno. En las páginas que siguen, me referiré a la evolución del principio en ambas culturas jurídicas. Comenzaré haciendo una alusión sucinta a la aprobación de la XIV Enmienda norteamericana y a su interpretación, desde muy temprano, como un principio de igualdad de trato invocable frente al legislador. Posteriormente, me referiré al cambio de significado del principio de igualdad ante la ley en Europa.

2.1. *Estados Unidos de América*

En Estados Unidos, el principio de igualdad *en* la ley se abrió camino al poco tiempo de aprobarse la XIV Enmienda, al término de la Guerra Civil. Originariamente, sin embargo, no era ése el sentido de la “cláusula de igual protección” (*Equal Protection Clause*) recogida en la enmienda, por más que fue un sentido incorporado a la cláusula apenas dos décadas después de su aprobación. No es propósito de estas páginas rememorar exhaustivamente el proceso de aprobación de la enmienda, sobre la que se han publicado numerosos estudios.¹⁸⁰ Basten algunas pinceladas para subrayar el significado originario del principio y su decurso posterior.

¹⁸⁰ Sobre la génesis de esta cláusula en el pensamiento de John Bingham, *vid.* Zuckert, Michael, “The Intent of the Framers: John Bingham’s Fourteenth Amendment”, *Notre Dame Law Review*, vol. 97, 2022, pp. 1411-1434. Sobre el significado originario de la XIV Enmienda, *vid.* más ampliamente Barnett, Randy E., Bernick, Evan D. y Oakes, James, *The Original Meaning of the Fourteenth Amendment: Its Letter and Spirit*, Cambridge MA, The Belknap Press of Harvard University Press, 2021.

1. De las tres enmiendas del período de Reconstrucción que siguió a la guerra civil norteamericana, la que ha desplegado una eficacia más extensa en el tiempo es, sin ningún género de dudas, la Decimocuarta. Ratificada en 1868, esta enmienda prohíbe a los estados, entre otras cosas, “negar a cualquier persona dentro de su jurisdicción la protección igual de las leyes”.¹⁸¹ El principal artífice de la cláusula fue el congresista de Ohio, John Bingham, de arraigadas convicciones unionistas y abolicionistas. Como se desprende de sus declaraciones públicas, e incluso del propio texto normativo, las pretensiones de la cláusula no eran propiamente crear derechos nuevos, ni tampoco someter al legislador a un principio general de igualdad de trato, sino habilitar al poder federal para garantizar, frente a los estados, derechos ya poseídos.

a) Como miembro de la Comisión Conjunta para la Reconstrucción (*Joint Committee for the Reconstruction*), Bingham comunicó a la Casa de Representantes la deliberación de la enmienda en unos términos que anunciaban su significado confirmatorio de derechos:

Debo decir que la Comisión tiene bajo consideración otra enmienda general a la Constitución que tiene que ver con la concesión de poder expreso al Congreso de Estados Unidos para hacer cumplir en nombre de cada ciudadano de cada estado y de cada territorio de la Unión los derechos que le fueron garantizados desde el principio, pero cuya garantía ha sido desafortunadamente ignorada por más de un estado de esta Unión, desafiadamente ignorada, simplemente, por la falta de poder en el Congreso para hacer cumplir esa garantía.¹⁸²

b) Los “derechos garantizados desde el principio” por la Constitución eran concebidos de manera amplia, en consonancia con los planteamientos de la filosofía de los derechos naturales de la época. El 13 de enero de 1857, Bingham pronunció un discurso sobre el poder de la Federación para restringir la esclavitud, en el contexto de la derogación del *Missouri Compromise*, expresándose así: “Un estado formado bajo la Constitución, y de acuerdo

¹⁸¹ “...No state shall... deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws” (XIV Enmienda, Primera Sección).

¹⁸² *Congressional Globe, 39th Cong., 1st Sess.* (1966), p. 429: “But I may say that the committee has under consideration another general amendment to the Constitution which looks to the grant of express power to the Congress of the United States to enforce in behalf of every citizen of every State and of every Territory in the Union the rights which were guaranteed to him from the beginning, but which guarantee has unhappily been disregarded by more than one State of this Union, defiantly disregarded, simply because of a want of power in Congress to enforce that guarantee”.

con su espíritu, debe basarse en este gran principio de igualdad. Su objetivo primordial debe ser proteger a cada ser humano dentro de su jurisdicción en el libre y pleno goce de sus derechos naturales”.¹⁸³

Sin solución de continuidad, Bingham sustentaba “la igual protección de cada uno” (*the equal protection of each*) en esa invocación genérica de los derechos naturales ya reconocidos, a su juicio, por la Constitución.¹⁸⁴ La expresa incorporación de la *Equal Protection Clause* se concebía, pues, como una garantía para vigorizar y reafirmar la tutela de los derechos naturales.

c) La naturaleza de la cláusula como garantía confirmatoria de derechos previos puede verificarse, en fin, en las propias palabras con las que Bingham la defendió ante la Cámara: “Esta enmienda no quita a ningún estado ningún derecho que alguna vez le haya pertenecido. Ningún estado ha tenido jamás el derecho, bajo las formas de la ley o de otra manera, de negar a ningún hombre libre la igual protección de las leyes”.¹⁸⁵

Como acaba de verse, si algo puede decirse de la *Equal Protection Clause* de la XIV Enmienda es que, con su aprobación, no se pretendió crear nuevos derechos, sino garantizar los ya poseídos. La defensa de un significado tan restrictivo por parte del propio redactor de la cláusula permite explicar, además, la ausencia de extravagancia en la tesis de Westen de que la igualdad opera como un concepto vacío. Aunque esa opinión no es predicable, de manera genérica, del principio de justicia que ordena tratar igual a los iguales —y el propio Westen se apartó de ella en escritos posteriores—, se compadece bien con el sentido meramente confirmatorio que se atribuyó originariamente a la *Equal Protection Clause*. Se verifica así, por tanto, la ambivalencia que poseen los discursos sobre la igualdad.

2. Apenas dos décadas después de su aprobación, sin embargo, el Tribunal Supremo norteamericano dio un impulso expansivo a la cláusula y la convirtió en un auténtico principio general de igualdad de trato, universal tanto en lo concerniente a los sujetos protegidos como a los poderes obligados. El punto de inflexión fue la Sentencia *Tick Wo v. Hopkins*, de 10 de mayo de 1886, dictada por unanimidad y redactada por el juez Stanley Mathews. Refiriéndose a las distintas cláusulas de la XIV Enmienda, el Alto Tribunal afirmó lo siguiente:

¹⁸³ *Congressional Globe*, 34th Cong., 3d Sess. (1857), pp. 139 y 140: “A State formed under the Constitution and pursuant to its spirit, must rest upon this great principle of equality. Its primal object must be to protect each human being within its jurisdiction in the free and full enjoyment of his natural rights”.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 140.

¹⁸⁵ *Congressional Globe*, 39th Cong., 1st Sess. (1866), pp. 2530-45.

Estas provisiones son universales en su aplicación a todas las personas dentro de la jurisdicción territorial, sin tener en cuenta ninguna diferencia de raza, color o nacionalidad, y la protección igual de las leyes es una promesa de la protección de leyes iguales (*the equal protection of the laws is a pledge of the protection of equal laws*).¹⁸⁶

El Tribunal Supremo norteamericano venía a equiparar explícitamente, por vez primera, la “protección igual de las leyes” con la “protección de leyes iguales”. Ello auguraba una aplicación futura del principio, de manera general, como medio de control de los criterios distributivos del legislador. Como subrayaron Joseph Tussman y Jacobus tenBroek en un conocido trabajo, la cláusula recibía así, “temprano en su carrera”, una formulación que “sugería fuertemente que iba a convertirse en algo más que una exigencia de aplicación equitativa e igual de las leyes”. El cambio operado era trascendental, sin perjuicio de que, al decir de estos autores, “se haya citado frecuentemente con aprobación y nunca haya sido cuestionado por la Corte”.¹⁸⁷

2.2. Europa

Dentro del continente europeo, la transformación de la igualdad *ante* la ley en una cláusula de igualdad *en* la ley fue precedida de discusiones académicas mucho más acendradas, razón por la que merece un comentario más detenido. El país pionero en Europa en llevar a cabo esta lectura de la igualdad ante la ley fue Suiza, donde, todo hay que decirlo, el cambio resultó poco controvertido. En 1880, una decisión del Tribunal Federal (*Bundesgericht*) del país helvético determinó que el principio de igualdad ante la ley “garantiza tanto la aplicación igualitaria de las leyes a todos los ciudadanos... como el trato igualitario de los ciudadanos por parte del legislador”.¹⁸⁸ La

¹⁸⁶ *Yick Wo v. Hopkins*, 118 U.S. 356, 369 (1886): “These provisions are universal in their application to all persons within the territorial jurisdiction, without regard to any differences of race, of color, or of nationality, and the equal protection of the laws is a pledge of the protection of equal laws”.

¹⁸⁷ Tussman, Joseph y tenBroek, Jacobus, “The Equal Protection of the Laws”, *California Law Review*, vol. 37, núm. 3, 1949, pp. 342.

¹⁸⁸ *Decisión del Tribunal Federal de 2 de abril de 1880 (BGE 6, 171: caso Jäggi)*, p. 173: “Das in Art. 4 der Bundesverfassung niedergelegte Prinzip der Gleichheit aller Schweizer vor dem Gesetze ist als grundgesetzliche Norm sowohl für die verwaltende und richterliche, als auch für die gesetzgeberische Thätigkeit der Staatsbehörden maßgebend; es wird dadurch sowohl gleiche Anwendung der Gesetze auf alle Bürger, wodurch denn die Befugniß der Bundesbehörden zum Einschreiten gegen Rechtsverweigerung und überhaupt gegen ungleichmäßige Handhabung der Gesetze durch kantonale Behörden begründet wird, als auch gleiche Behandlung der Bürger durch den Gesetzgeber gefordert”.

generalización de esta nueva interpretación del principio constitucional de igualdad en Europa no se produjo, con todo, hasta después de la Segunda Guerra Mundial. La adopción alemana de la igualdad en la ley posee un interés singular para nuestro estudio, dado que propició, con todo rigor, la primera “teorización con proyección europea” del “cambio de significado”.¹⁸⁹

a) *Los debates de Weimar sobre el “cambio de significado” (Bedeutungswandel)*

1. La discusión se inició durante la República de Weimar, a raíz de un escrito de Heinrich Triepel, publicado en 1924.¹⁹⁰ Su propuesta de aplicar el principio de igualdad del artículo 109 de la Constitución del *Reich*¹⁹¹ frente al legislador fue desarrollada un año más tarde por Gerhard Leibholz, discípulo suyo, en una tesis doctoral dedicada a la interpretación de este precepto.¹⁹²

a) Leibholz defendía que la fórmula constitucional, “igualdad *ante* la ley”, amparaba la vinculación del legislador.¹⁹³ La cuestión determinante era cómo habría de interpretarse el sentido de la preposición “ante” (*vor*) en el sintagma “ante la ley” (*vor dem Gesetz*). Según la mayoría de la doctrina, esta preposición suponía la preexistencia de la ley al principio, de suerte que el “ante” habría de ser interpretado como “a la vista de” (*angesichts*) la ley. Al parecer de Leibholz, sin embargo, la expresión “ante la ley” (*vor dem Gesetz*) había de comportar una genuina vinculación del legislador. Habida cuenta de que el

¹⁸⁹ Rubio Llorente, F., “Juez y ley desde el punto de vista del principio de igualdad”, *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, 3a. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, p. 1184. Sobre la importación del “cambio de significado” en Europa, *vid.* también Soberanes Díez, José María, *La igualdad y las desigualdades jurídicas*, Ciudad de México, Porrúa, 2011, p. 20 y ss.; y Simón Yarza, Fernando, “De la igualdad como límite a la igualdad como tarea del Estado. Evolución histórica de un principio”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 97, 2003.

¹⁹⁰ Triepel, Heinrich, *Goldbilanzen-Verordnung und Vorzugsaktien: Zur Frage der Rechtsgültigkeit der über sogenannte schuldverschreibungsähnliche Aktien in der Durchführungsbestimmung zur Goldbilanzen-Verordnung enthaltenen Vorschriften. Ein Rechtsgutachten*, Berlín, De Gruyter, 1924. Aunque existía una referencia anterior de Julius Hatschek en el primer volumen de su *Deutschen und preußischen Staatsrecht*, de 1922, la cuestión empieza a ser discutida seriamente por la doctrina, como subraya Leibholz, a partir de 1924/1925 [Cf. Leibholz, Gerhard, “Höchststrichterliche Rechtsprechung und Gleichheitsatz” (1930), en *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, 2a. ed., Múnich, C. H. Beck, 1959, pp. 214 y 215].

¹⁹¹ “Alle Deutschen sind vor dem Gesetze gleich” (todos los alemanes son iguales ante la ley).

¹⁹² Leibholz, Gerhard, *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, Berlín, O. Liebmann, 1925; se cita aquí, no obstante, la segunda edición, complementada con nuevos ensayos, publicada por C. H. Beck en Múnich, en 1959.

¹⁹³ *Ibidem.*, p. 35.

principio de igualdad está incluido en la Constitución, sostenía, habría de concebirse como una exigencia inmanente de cada ley.

b) En su esfuerzo por precisar el significado que el principio de igualdad ha de tener frente al legislador, Leibholz recurrió al concepto —asentado en el derecho administrativo— de “interdicción de la arbitrariedad” (*Willkürverbot*).¹⁹⁴ Así, la igualdad ante la ley del artículo 109 de la Constitución de Weimar (CW) quedaba definida por Leibholz como “el establecimiento no arbitrario, según la conciencia jurídica de cada momento, del Derecho dirigido a los sujetos jurídicos a través de la legislación y la ejecución”.¹⁹⁵

2. La discusión en torno a la interpretación que había de recibir el principio de igualdad se convirtió, de hecho, en uno de los debates de mayor trascendencia de la iuspublicística de Weimar, y aun del derecho constitucional moderno. El debate de la igualdad fue central en el desarrollo de los derechos fundamentales como límites al legislador; hasta el punto de que, en 1932, un jurista podía afirmar, en la obra canónica de derecho político, que “cuando hoy se habla entre nosotros de los límites del poder, se abre paso el pensamiento acerca de la igualdad (o desigualdad)”. Y añadía: “parece que [la igualdad] es el *leitmotiv* de la Constitución o, por lo menos, de buena parte de ella”.¹⁹⁶ Al decir de uno de los historiadores alemanes del derecho más eminentes del pasado siglo, Michael Stolleis, hito decisivo para apuntalar la comprensión moderna de los derechos fundamentales fue, precisamente, la III Reunión de la Asociación de Profesores Alemanes de Derecho Público, de marzo de 1926, en torno al principio de igualdad.¹⁹⁷ Presidida a la sazón por Triepel, la Asociación dedicó esta reunión, celebrada en Münster, a discutir sendas ponencias de Erich Kaufmann y Hans Nawiasky sobre el significado del principio de igualdad ante la ley del artículo 109 de la Constitución. Las posiciones a favor y en contra de la vinculación del legislador al principio quedaron fijadas en la discusión, que se convirtió además en una controversia filosófica entre iuspositivistas e iusnaturalistas:

¹⁹⁴ *Ibidem*, pp. 72-115.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 87.

¹⁹⁶ Jahrreiß, Hermann, “Die Staatsbürgerliche Gleichheit”, en Anschütz, G. y Thoma, R., *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, II, Tubinga, Mohr, 1932, p. 624. Subraya Jahrreiß cómo, desde que Julius Hatschek publicó el primer volumen de su *Deutschen und preußischen Staatsrecht*, en 1922, la literatura sobre la interpretación de la igualdad ante la ley del artículo 109.1 de la CW no había dejado de crecer: Triepel, Leibholz, Anschütz, Gieß, Thoma, Stier-Somlo, Nawiasky, Kaufmann, von Hippel, Rümelin, Schmitt, Jerusalem, Walter Jellinek, Heller, y un largo etcétera.

¹⁹⁷ Stolleis, Michael, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland 1914-1945*, vol. III, München, Beck, 1999, p. 110.

a) Kaufmann propuso una interpretación del artículo 109 de la Constitución semejante a la de Triepel y Leibholz. Entendía, en efecto, que el principio de igualdad había de dirigirse en primer término al legislador, pues de lo contrario sería superfluo. En su opinión, dicho entendimiento representaba un ejemplo de la superación del positivismo mediante la apelación a un principio suprapositivo.

El origen y sentido del precepto de la igualdad ante la ley —sostenía Kaufmann— muestra que en él debe contenerse un principio jurídico de validez suprapositiva. Por eso se dirige, ante todo y en primer término al legislador, que está llamado a crear el derecho escrito y que no puede con ello violar este principio jurídico. Sólo si no son vulnerados ciertos principios jurídicos más altos crea la ‘ley’ verdadero ‘derecho’.¹⁹⁸

b) Partiendo de premisas antagónicas a las de Kaufmann, Nawiasky llegó a conclusiones muy distintas. Al comienzo de su intervención expuso las distintas interpretaciones que, a lo largo de la historia, se habían hecho del artículo 109 CW y de sus precedentes constitucionales:

- (1o.) Desde su origen, a finales del siglo XVIII, y durante la primera mitad del siglo XIX, el principio de igualdad había sido interpretado como *abolición de los privilegios* de los grupos favorecidos en el Antiguo Régimen;
- (2o.) durante la segunda mitad del siglo XIX, había predominado su interpretación como *igualdad en la aplicación de la Ley*; y
- (3o.) por último, a comienzos del siglo XX, se venía abriendo camino la tendencia a interpretarlo como *igualdad de trato de supuestos de hecho objetivamente iguales*. Sobre esto versaba, precisamente, el objeto del debate.

Nawiasky subrayó la práctica ausencia de discusión sobre el precepto discutido durante el proceso de elaboración de la Constitución de Weimar, fruto del común entendimiento que todavía entonces existía sobre éste. Sólo después algunos sectores de la doctrina y de altas instancias judiciales habrían empezado a sugerir la tercera interpretación aludida.¹⁹⁹ Esta innovación era

¹⁹⁸ Kaufmann, Erich, “Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung”, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 3, Berlin, De Gruyter, 1927, pp. 5 y 6.

¹⁹⁹ Nawiasky, Hans, “Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung...”, *cit.*, pp. 26-28.

hermenéuticamente inadmisible según Nawiasky, dada la imposibilidad de derivar tal principio de la sistemática o del tenor literal del artículo 109 CW.²⁰⁰ A su parecer, constituía además un serio peligro, porque requería emitir un juicio de valor excesivamente subjetivo acerca de la justicia de las distinciones legales. Los pretendidos intentos de Triepel y Leibholz de formular objetivamente la cuestión daban como resultado una objetividad puramente formal: “en su contenido, las respuestas que se den según este esquema sólo se pueden determinar subjetivamente y, por ello, tienen que resultar distintas según sea el punto de vista de quien las presente”. El resultado de seguir por aquella línea era, lógicamente, el “gobierno de los jueces” (*Richterkönigtum*).²⁰¹

c) El debate que siguió a las ponencias quedó muy marcado por el planteamiento inicial que Kaufmann había hecho del problema. Kelsen, aunque compartía ampliamente la posición de Nawiasky, centró su intervención más en la crítica al iusnaturalismo. Richard Thoma y Gerhard Anschütz se opusieron también a la aplicabilidad de un principio general de igualdad frente al legislador, que supondría dejar las leyes al albur de lo que los jueces tuviesen por arbitrario y —según sostenían— haría superfluas otras prescripciones constitucionales igualitarias concretas.²⁰² Consideraban, en fin, que la postura de Triepel, Leibholz y Kaufmann era una tesis minoritaria en la doctrina alemana.

3. Aunque nunca llegó a ser una opinión mayoritaria, es oportuno hacer una referencia a la tesis de Carl Schmitt acerca del principio de igualdad. El interés de su postura —que discurría por un cauce distinto al marcado por la célebre reunión de Münster— reside en poner de manifiesto la conexión prístina entre legalidad e igualdad que surgió de la Revolución francesa, tal y como se ha expuesto en el epígrafe anterior. A juicio de Schmitt, quebrantaban el principio de igualdad ante la ley aquellas leyes “que no contienen nada más que decisiones individuales, concretas, dirigidas a personas individualmente determinadas”.²⁰³ Semejantes actos no serían leyes, sino “medidas”, puesto que estarían dominados por el *telos* de la situación concreta y no por consideraciones generales de justicia.²⁰⁴ Con la mayor claridad expresaría esta idea en 1928, en su *Teoría de la Constitución*: “la igualdad ante la ley es inmanente al concepto de ley del Estado de de-

²⁰⁰ Nawiasky, Hans, *cit.*, p. 33.

²⁰¹ *Ibidem*, pp. 40 y 41.

²⁰² “Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der...”, *cit.*, p. 49.

²⁰³ Schmitt, Carl, *Unabhängigkeit der Richter, Gleichheit vor dem Gesetz und Gewährleistung des Privateigentums nach der Weimarer Verfassung*, Berlín, De Gruyter, 1926, p. 22.

²⁰⁴ Schmitt, Carl, “Die Diktatur des Reichspräsidenten”, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, núm. 1, 1924, p. 97.

recho, es decir, ley es sólo la que en sí misma contiene la posibilidad de una igualdad, o sea la norma general”.²⁰⁵ Como se ha dicho, éste fue, de hecho, el significado originario de la igualdad ante la ley surgida con las revoluciones liberales. Era lógico, por tanto, que Schmitt apelase a él para criticar la tendencia, creciente en la sociedad industrial, a aprobar leyes medida: “el artículo 109 CW” prohíbe “la ley de excepción en sentido propio, es decir, la ley dirigida por motivos individuales a una persona determinada o una pluralidad de personas individuales determinadas”.²⁰⁶ El jurista de Plettenberg acertó, como pocos, en explicar el significado constitucional originario de la igualdad ante la ley, mientras que el resto de la doctrina discutía sobre la conveniencia de una reinterpretación.

b) La consolidación del cambio tras la Segunda Guerra Mundial

1. Tomando distancia de las disputas referidas, podemos comprobar que la nueva interpretación expansiva no llegó a generalizarse, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, durante la época de Weimar. Con todo, la tensión entre la nueva y la vieja interpretación se volvió a manifestar, ya desde sus comienzos, en el proceso de elaboración de la Ley Fundamental de Bonn. La Comisión que redactó el borrador de Herrenchiemsee trató de zanjar la antigua discusión con la dicción inequívoca del artículo 14.2 del proyecto: “el principio de igualdad vincula también al legislador”.²⁰⁷ Esta precisión, sin embargo, fue eliminada tempranamente por una Comisión parlamentaria (la *Grundsatzausschuss*). Tras muchas discusiones, para la redacción del primer epígrafe del artículo 3o. prevaleció inicialmente la siguiente propuesta de Mangoldt: “Todos los hombres son iguales ante la ley. La ley debe tratar igual lo igual, aunque puede tratar lo distinto según sus peculiaridades. En todo caso, los derechos fundamentales no pueden ser afectados”.²⁰⁸

Esta versión fue mantenida por la Comisión Principal (*Hauptausschuss*) y por la Comisión General de Redacción (*Allgemeine Redaktionsausschuss*). No obstante, de cara a la tercera lectura en la Comisión Principal, la segunda y terce-

²⁰⁵ Schmitt, Carl, *Verfassungslehre*, 8a. ed., Berlín, Duncker & Humblot, 1993, p. 154.

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 155.

²⁰⁷ La evolución histórica de los trabajos preparatorios de la Comisión Parlamentaria para la Ley Fundamental se encuentra recogida en el *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, vol. 1, Tubinga, Mohr Siebeck, 1951 (“Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes”). *Vid.* el texto citado en la p. 66.

²⁰⁸ *Vid. Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart...*, cit., p. 68. *Vid.* también Stern, Klaus, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. IV-2, Múnich, Beck, 2011, p. 1468.

ra frase del artículo fueron eliminadas sin mediar explicación.²⁰⁹ El texto permaneció invariable desde entonces, tanto en la Comisión como en el Pleno.

2. Pese a que la expresa vinculación del legislador —afirmada por el borrador de Herrenchiemsee— desapareció finalmente del texto, no tardó en ser asumida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, quedando con ello definitivamente zanjada la polémica. En la tercera decisión del Tribunal, de 23 de octubre de 1951, la Sala Segunda (*Zweites Senat*) se expresó del siguiente modo al respecto: “conforme a los artículos 1.3 y 20.3 LFB”, el principio de igualdad “vincula al legislador”. El Tribunal interpretaba el significado de este principio según la idea que llega hasta nuestros días: “el principio de igualdad... prohíbe que lo que es esencialmente igual sea tratado desigualmente”. En suma, interpretaba el principio constitucional de igualdad —siguiendo a Leibholz— como *interdicción de la arbitrariedad*:

El principio de igualdad es vulnerado cuando no puede hallarse un fundamento razonable para la diferenciación legal o la igualdad, derivado de la naturaleza de las cosas o de otro modo materialmente convincente, o dicho brevemente, cuando la disposición ha de ser caracterizada como arbitraria.²¹⁰

3. En fin, se terminaría imponiendo la tesis de que, en lo que respecta al control judicial, el legislador sólo está sujeto al mandato de tratar igualmente lo igual, y no al de tratar desigualmente lo desigual. Se trata de un modo de entender el principio muy extendido en la jurisprudencia comparada, que ha prevalecido también, desde muy temprano, en España.²¹¹

²⁰⁹ *Vid. Jahrbuch des öffentlichen Rechts, cit.*, pp. 72-72; y Stern, *cit.*, p. 1469.

²¹⁰ STCF 1, 14 (*Südweststaat*), p. 52: “Der Gleichheitssatz ist verletzt, wenn sich ein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender oder sonstwie sachlich einleuchtender Grund für die gesetzliche Differenzierung oder Gleichbehandlung nicht finden läßt, kurzum, wenn die Bestimmung als willkürlich bezeichnet werden muß”. Este cambio de significado del principio de igualdad llegaría a Italia a finales de los años cincuenta (*vid.* Sentencias n° 28 y 118 de 1957; n° 53 de 1958; y n° 46, de 15 de julio de 1959). En Francia, el *Conseil Constitutionnel* declaró por vez primera la inconstitucionalidad de una ley en la Decisión n° 73-51 DC, de 27 de diciembre de 1973. El Tribunal Constitucional español, por su parte, asumió desde sus inicios, unánimemente, que “la igualdad jurídica reconocida en el artículo 14 de la Constitución vincula y tiene como destinatario no sólo a la Administración y al Poder Judicial, sino también al Legislativo”; y que resulta violada “si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable” (STC 22/1981, de 2 de julio, FJ 3). Sobre la recepción comparada, *vid.* también Giménez Glück, David, *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Barcelona, Bosch, 2004, pp. 29 y ss. y 57 y ss.; y Rodrigues Canotilho, Mariana, *El principio de igualdad en el Derecho Constitucional europeo*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2017, pp. 118 y ss.

²¹¹ La primera Sentencia constitucional que así lo dispuso fue la STC 86/1985, de 10 de julio. Al decir de esta resolución, el impedimento de la “discriminación por indiferenciación”

3. REFLEXIONES CRÍTICAS

En los dos epígrafes anteriores, he procurado ofrecer una exposición clara sobre el entendimiento originario del principio de igualdad *ante* la ley, así como sobre su posterior relectura como un principio de igualdad *en* la ley. A partir de las consideraciones llevadas a cabo, pienso que es preciso hacer algunas reflexiones críticas sobre la evolución experimentada por este principio:

1. Quisiera advertir, en primer lugar, que tanto la subsunción de la igualdad *en* la ley en el principio de igualdad *ante* la ley como la subsunción —llevada a cabo en Estados Unidos— de la protección de *leyes iguales* en la *protección igual* de las leyes no han podido llevarse a cabo sin modificar sensiblemente el sentido original de las cláusulas; ni sin llevar al límite las posibilidades interpretativas que los textos ofrecen.

a) Respecto al *significado originario* de las cláusulas, basta señalar que tanto la igualdad ante la ley de la época revolucionaria como la igual protección de las leyes de la posguerra civil norteamericana poseían el sentido de unificar la ciudadanía bajo un único orden jurídico básico. En el primer caso, se trataba fundamentalmente de identificar al conjunto de la nación con el estado llano. En el segundo, de garantizar a todo ciudadano el respeto a sus derechos reconocidos por la Constitución. Ninguno de los dos principios implica, de suyo, el control jurisdiccional de la actividad del legislador basado en un principio general de interdicción de las clasificaciones arbitrarias.

b) La subsunción tampoco es completamente pacífica o natural desde el punto de vista de la *literalidad de los textos*, aunque ninguna de las dos expresiones parece excluirla radicalmente. No puede afirmarse que la interdicción de distinciones legales arbitrarias —esto es, la igualdad proporcional de las distribuciones legales— se deduzca espontáneamente de la idea de “igualdad de los ciudadanos ante la ley”, ni tampoco que la “protección de leyes iguales” se deduzca espontáneamente de la “protección igual de las leyes”. Desde luego, no estamos ante corolarios evidentes, como parece sugerir, para el caso norteamericano, la Sentencia *Yick Wo v. Hopkins*; o como postulaban los defensores del cambio de significado en Alemania. Si la ampliación semántica es, aunque forzada, literalmente posible, ello se debe a la propia equivocidad de las fórmulas originales.

no puede “situarse en el ámbito del art. 14 de la Constitución”, dado que “lo que el art. 14 de la C. E. impide es la distinción infundada o discriminación” (FJ 3). Sobre la asunción de esta forma de entender el principio constitucional de igualdad en la jurisprudencia y la doctrina española, *vid.* Jiménez Campos, Javier, “La igualdad jurídica como límite frente al legislador”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 9, 1983, pp. 71-114; y Rodríguez-Piñero, Miguel y Fernández López, María Fernanda, *Igualdad y discriminación*, Madrid, Tecnos, 1986, pp. 35 y ss.

2. La igualdad *ante* la ley de la época revolucionaria vino a instaurar un modelo de organización política basado en un régimen legal común, idéntico para la generalidad de los ciudadanos. La asignación a una persona o un grupo de un determinado *status* constitucional básico no tiene otra finalidad que la de adecuar el régimen jurídico que le es aplicable a su función básica en el seno de la sociedad. Justamente por ello, la igualdad de *status* se corresponde con una igualación funcional de todas las clases, en virtud de la cual ningún grupo social ostenta, por nacimiento, una misión constitucional específica o una participación específica en el bien común de la *polis*. Si el *status* constitucional de la persona depende de su función dentro de la comunidad política, a la igualación funcional de las clases corresponde la igualación legal o de *status* entre las clases. Como he reiterado, esta igualación funcional es fruto de la evolución histórica y no es universalizable ni emana, sin más, de la dignidad humana.

3. A diferencia del entendimiento originario de la igualdad ante la ley, recién expuesto, la interdicción de la arbitrariedad del legislador —o sea, la llamada “igualdad *en* la ley”— sí constituye un principio universal de justicia:

a) Cualquier ley o norma jurídico-positiva, sea cual sea la época y el lugar en que se dicte, debe basarse en un criterio razonable o adecuado de igualdad proporcional. En la medida en que atenta contra un orden concreto de lo justo que le precede, *i. e.*, contra la “naturaleza de las cosas”—por emplear la expresión de Leibholz, tan arraigada en el pensamiento clásico—, la arbitrariedad es —provenga del poder que provenga— injusta por definición. Llevaba razón el iusnaturalista Kaufmann, en este sentido, al sostener que las leyes están siempre sometidas al principio de igualdad jurídica. Se trata aquí del sometimiento al principio de igualdad de trato explicado en el capítulo primero, el cual constituye, valga la insistencia, una exigencia universal de justicia.

b) El significado verdaderamente novedoso de constitucionalizar la llamada igualdad en la ley como un derecho fundamental —que, como he dicho, no es más que la aplicación a las leyes de un principio elemental de justicia, válido en cualquier época y lugar— fue el de atribuir a la jurisdicción constitucional el poder de declarar la inconstitucionalidad de la ley por su simple arbitrariedad. A partir de entonces, los jueces constitucionales podrían apelar a un principio puramente formal de justicia —el genérico principio de igualdad proporcional distributiva, tal y como lo expuso Aristóteles— para invalidar la obra del legislador, lo cual les dotaba de una posición de gran relevancia jurídico-política. En este punto, la razón en el de-

bate suscitado en Weimar corresponde a autores como Nawiasky o Kelsen. Tanto el uno como el otro se percataron de que, en el fondo, la relevancia práctica de la discusión residía en el problema del *quis iudicabit*, y de que dicho problema no estaba decidido por ningún principio universal de justicia. Por más que el principio de igualdad de trato pertenezca al *ius naturalis* — como apuntó con toda razón Kaufmann, frente al escepticismo de los positivistas —, la fiscalización del legislador con base en tan formal principio no es ninguna exigencia *de iure naturali*.

c) Toda vez que se admite la fiscalización judicial del legislador con base en el principio de igualdad de trato, corresponde a la jurisdicción constitucional decidir, con carácter vinculante, si los criterios empleados por el legislador en sus distinciones son criterios verdaderamente relevantes. Dicho de otro modo, compete al juez determinar si las distribuciones legislativas resultan congruentes con el modo en que los ciudadanos participan en los bienes comunes distribuidos; o si, por el contrario, tales distribuciones vulneran un orden de igualdad proporcional anterior, impuesto por la naturaleza misma de la distribución, tal y como resulta del orden concreto de la sociedad. La estimación de si hay o no arbitrariedad en la distinción viene condicionada por lo que la tradición clásica ha denominado “la naturaleza de las cosas”, en contraposición al orden que depende exclusivamente de leyes escritas. La naturaleza de las cosas se refiere a un orden concreto que no tiene un carácter ahistórico ni constituye la emanación necesaria y universal de una naturaleza concebida de manera presocial. Al contrario, expresa el ser o la esencia del conjunto de determinaciones históricas concretas de una sociedad, con su tradición y con sus instituciones que dan forma al bien común. Atribuyendo a la jurisdicción constitucional el poder de determinar qué es y qué no es una distinción legislativa arbitraria, se le otorga la competencia para decir qué rasgos constituyen (o no constituyen) “mérito” (*axia*)²¹² al que, en una sociedad concreta, la distribución de un bien se proporciona razonablemente. La razonabilidad del criterio de relevancia, o sea, su carencia de arbitrariedad, constituye el parámetro judicial determinante de si el legislador se adecua o no a un orden distributivo de lo justo que, obviamente, le precede. Dado que el principio de igualdad de trato es un principio puramente formal, la razonabilidad de los criterios que le dan contenido permanece completamente abierta a la hermenéutica, al discernimiento prudencial. Para controlar al legislador, pues, el Tribunal tiene que recurrir a parámetros no escritos, fundados en una distribución más elemental que la propia Constitución formal. Su razonamiento debe

²¹² EN, 1131b14.

penetrar la estructura del bien común y el orden de lo justo en que aquél se cifra, un orden que está constituido, valga la insistencia, por factores que avanzan desde las convicciones y costumbres de la sociedad en un momento determinado, pasando por la forma de sus instituciones y órdenes históricos concretos, hasta, en última instancia, los presupuestos biológicos y naturales, en el sentido más estricto, que determinan el florecimiento de una sociedad. En la feliz expresión de Kaufmann, “las distinciones del legislador deben ajustarse a la naturaleza intrínseca del orden de las relaciones vitales afectadas”.²¹³

4. Otro aspecto importante del principio jurídico de igualdad de trato sobre el que conviene reflexionar es el hecho de que, como norma constitucional escrita, haya sido recogido sólo parcialmente. Tal y como es aplicado por la jurisprudencia constitucional, el derecho fundamental a la igualdad hace al legislador judicialmente responsable, en efecto, del deber de tratar igualmente lo igual; pero no le hace responsable, al menos judicialmente, del deber de tratar desigualmente lo desigual.

a) Ello no quiere decir, como es obvio, que el legislador no esté vinculado en justicia al deber de tratar desigualmente lo desigual. El principio que ordena dispensar un trato igual a los iguales y desigual a los desiguales constituye, en su formulación íntegra, un principio formal de justicia distributiva que no queda invalidado por el hecho de que no sea fiscalizable en su integridad.

b) Asumir la justiciabilidad de este principio parcialmente, sólo en lo que tiene de mandato de “tratar igual lo igual”, produce la apariencia de que se reconoce mayor gravedad al agravio comparativo que a la llamada discriminación por indiferenciación, la cual también es injusta. Se trata, de todos modos, de una simple apariencia, dado que la justiciabilidad parcial del principio encuentra una explicación razonable. Se debe, en efecto, a que un derecho fundamental a la singularidad justa, judicialmente exigible, podría coartar en exceso la discrecionalidad del legislador. La posibilidad de imputarle la lesión del derecho a la igualdad por no distinguir entre cosas que, en justicia, debería tratar desigualmente, podría conducir a los jueces a invadir en exceso el espacio de la prudencia política distributiva.

4. LA IGUALDAD DE TRATO ENTRE PARTICULARES Y LA IGUALDAD ANTE LA LEY

Para completar la explicación del principio de igualdad ante la ley, dedicaré un epígrafe a abordar una discusión que ha cobrado interés en las últimas

²¹³ Vid. Kaufmann, Erich, “Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung”, *cit.*, p. 23.

décadas. Me refiero a la interdicción de ciertas discriminaciones entre particulares, una prohibición de orden público que algunos constitucionalistas interpretan —pienso que equivocadamente— como la aplicación del principio de igualdad ante la ley a las relaciones privadas. Podemos introducir la controversia formulando un interrogante simple: ¿rige el principio de igualdad en las relaciones privadas? Como a continuación se verá, una respuesta cabal exige matizaciones.

4.1. *Igualdad de trato entre particulares y mediación legal*

1. En cuanto que *principio universal de justicia*, esto es, en los términos explicados en el primer capítulo del libro, el principio de igualdad de trato rige en las relaciones entre particulares en sus dos vertientes:

a) Es obvio que rige en cuanto que *igualdad “aritmética”* propia de la justicia “correctiva” o “conmutativa”, pues ésta se aplica, precisamente, en las relaciones sinalagmáticas. Se trata aquí de la igualación o compensación que caracteriza a las transacciones, la determinación de cuya medida constituye una *res iusta* que corresponde en principio, de acuerdo con un criterio de justicia distributiva de la *polis*, a las partes que disponen de lo propio. Ciertamente la autoridad puede, desde la posición distributiva superior que le confiere su propia responsabilidad respecto al bien común, prevenir los abusos de poder poniendo límites a la libertad negociadora. No faltaba razón a Benjamin Franklin al afirmar, con tono irónico, que “la necesidad nunca cerró un buen trato”.²¹⁴ La actuación correctora de la autoridad es importante, si bien debe ejercerse, a su vez, de manera no abusiva. No se trata de anular la libertad para disponer de lo propio, sino de evitar los abusos que pueden darse en el ejercicio de esa libertad.

b) En cuanto que *igualdad “proporcional”*, el principio también rige en las relaciones privadas. El ámbito de la justicia distributiva no es exclusivamente el estatal —como en ocasiones se ha pensado de manera equivocada—,²¹⁵ sino, más generalmente, el de la distribución de un bien común.

Piénsese, a guisa de ejemplo, en los bienes participados comunitariamente en la familia. En las distribuciones de lo común llevadas a cabo por los padres,

²¹⁴ Franklin, Benjamin, *Poor Richard's Almanack* (1735), Waterloo-Iowa, The U. S. C. Publishing Co., 1914, p. 38: “Necessity never made a good bargain”.

²¹⁵ En este sentido, *vid.* la crítica de Finnis a una tradición que arrancaría en la interpretación tomista del Cardenal Cayetano, *Natural Law and Natural Rights*, 2a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 185 y ss.

hay un amplio espacio para hacer distinciones basadas en rasgos relevantes, *v. gr.*, la necesidad o la aptitud para aprovechar el bien distribuido. Pueden darse también, no obstante, distinciones irrazonables entre los iguales, lo cual es injusto. Salvo excepciones particularmente graves, sin embargo, la decisión sobre la justicia o injusticia de las desigualdades de trato intrafamiliares debe permanecer en el ámbito de la autoridad paterna, dado que son los padres quienes están en mejor posición para valorar lo que conviene a los hijos. El reparto de esferas jurisdiccionales, en efecto, pertenece también a la justicia distributiva del bien común y responde, por lo tanto, al modo en que los destinatarios de la distribución participan en el bien común.²¹⁶ Es por ello que existe una “justicia intrafamiliar” en la que el Estado no debe, en principio, interferir. La intromisión estatal en la legítima discrecionalidad de los padres atenta contra un *bonum familiae* del que depende el bien común de la *polis*, y a cuya consecución se orienta la potestad privativa paterna sobre los hijos. Ello no implica, de todos modos, que no existan en absoluto relaciones de justicia distributiva e igualdad proporcional intrafamiliares, sino, más bien, que éstas son relaciones imperfectamente jurídicas, dada la menor alteridad que existe entre los miembros de la familia.

Lo propio de la justicia distributiva es, por consiguiente, la existencia de algo común, y de alguien a quien el orden de lo justo asigna la potestad de distribuir lo común, o de distribuir el modo en que lo común es participado. Este fenómeno puede darse tanto en el ámbito público o estatal como en el ámbito privado. De manera meramente ejemplificativa, la existencia de una igualdad distributiva en el ámbito privado se ha ilustrado recurriendo a los repartos intrafamiliares, aunque cabría enunciar muchos otros ejemplos. Tanto en el ámbito de lo público como en el ámbito de lo privado, el acto de dar a cada uno lo que le corresponde implica distribuir las cosas comunes tratando igual a los iguales y desigual a los desiguales.

2. A partir de lo explicado, es oportuno preguntarse si es controlable judicialmente el principio de igualdad de trato en las relaciones entre particulares. Cuando es el poder público quien vulnera el principio de igualdad de trato, los principios de igualdad *en la ley* y de igualdad *en la aplicación de la ley* pueden invocarse, en esa genérica formulación, apelando directamente a la Constitución. Ahora bien, ¿sucede lo mismo cuando la lesión proviene de un sujeto privado? Sin perjuicio de las matizaciones que a continuación se harán, la respuesta es negativa: no existe ningún principio constitucional general de igualdad, invocable sin intermediaciones legales, a partir del cual se puedan revisar judicialmente los negocios y relaciones *inter privados*. Basar dicha revisión en semejante principio constitucional sería tan problemático

²¹⁶ *Vid.* más ampliamente *infra*, capítulo 3, 5 (“Pluralidad de agencias de distribución”).

como basarla, genéricamente y sin intermediaciones, en el principio general de justicia (*ius suum quique tribuere*). Si ya fue problemática —como puso en evidencia la discusión doctrinal alemana de principios del siglo XX— la decisión de fiscalizar judicialmente la simple razonabilidad de las distinciones legales, más aún lo sería la de fiscalizar judicialmente la simple razonabilidad de las transacciones y distribuciones privadas. Allí donde la claridad cede su sitio a la vaguedad, el *rule of law* decae y se expande la arbitrariedad. El resultado de someter los tratos privados a cláusulas tan genéricas sin intermediación de concreciones legales válidas *erga omnes* es, paradójicamente, la instauración de un régimen de extrema desigualdad de trato, en el cual qué sea injustamente discriminatorio dependerá, en última instancia, del agente encargado de decidirlo. Con gran tino, Friedrich A. von Hayek se hizo cargo del enorme riesgo de que aquí se habla:

...cabría escribir la historia del declive del *rule of law*, de la desaparición del *Rechtsstaat*, en términos de la progresiva introducción de estas fórmulas vagas en la legislación y en la jurisdicción, y de la arbitrariedad e incertidumbre crecientes que generan en la ley y en la judicatura, unidas a la consiguiente falta de respeto hacia ellas.²¹⁷

3. Son, pues, las mismas leyes e instituciones jurídico-civiles las que, al regular y dotar de protección judicial a las concretas relaciones privadas de justicia, determinan el modo y la medida en que el principio de igualdad de trato entre particulares resulta fiscalizable. Al fijar posiciones jurídicas y determinar categorías aplicables a los distintos negocios, estas leyes son obra de la justicia distributiva del legislador y, como tales, están sujetas al principio de igualdad *en la ley*. No obstante, la fiscalización judicial de las relaciones privadas regidas por las categorías creadas por las leyes no se basa a su vez, sin intermediaciones concretas, en el abstracto principio de igualdad de trato —como tampoco se basa, sin intermediaciones, en la fórmula general de la justicia—, sino, valga la redundancia, en las mencionadas categorías normativas concretas:

a) En lo que respecta a la igualdad aritmética de la justicia correctiva —que caracteriza, por ejemplo, las relaciones sinalagmáticas en las que las partes disponen de lo que les es propio—, su justiciabilidad está mediada

²¹⁷ *Vid., v. gr.*, Hayek, Friedrich A. von, *The Road to Serfdom*, Chicago, The University of Chicago Press, ed. 1972, p. 78. De manera más general, sobre la problemática de la aplicación inmediata de las cláusulas abstractas de derechos fundamentales a las relaciones privadas, *vid.* el trabajo clásico de Canaris, Claus-Wilhelm, “Grundrechte und Privatrecht”, *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 184, núm. 3, 1984, pp. 201-246.

por multitud de normas. La legislación civil y laboral —piénsese, *v. gr.*, en el derecho de contratos o en el Estatuto de los Trabajadores— reconoce, condiciona y, en varios casos, determina la medida de lo justo en las transacciones privadas, y vincula al juez a la hora de dirimir los conflictos que puedan plantearse al respecto.

b) Respecto a la igualdad proporcional de la justicia distributiva, que caracteriza los repartos de bienes comunes, su fiscalización judicial se encuentra también mediada, en el ámbito privado, por la legislación. Allí donde compete a un sujeto particular repartir un bien común, los criterios de relevancia de la igualdad proporcional pueden estar condicionados o definidos por la legislación. Exactamente igual que sucede con la igualdad aritmética de lo justo conmutativo, la legislación reconoce, condiciona y —en ocasiones— determina la medida de la igualdad proporcional de lo justo distributivo.

El derecho concursal constituye un ejemplo paradigmático de la justicia distributiva y la igualdad proporcional en el ámbito privado. La ley civil reconoce y/o determina el sentido de lo geométrico o proporcionalmente igual en la distribución de la masa concursal entre los acreedores y vincula al juez a la hora de dirimir los conflictos que puedan plantearse al respecto. Una vez que el insolvente es declarado en concurso, la llamada masa concursal pasa a ser tratada como si fuese propiedad común de los acreedores y la ley establece un orden de prioridad de los créditos basado en criterios de justicia distributiva.

Los criterios de relevancia dispuestos por la ley son resultado de una distribución del legislador. Consiguientemente, están sujetos a la revisión de la jurisdicción constitucional con base en el principio de igualdad *en* la ley, esto es, en la igualdad proporcional que debe guardar toda justicia distributiva dispuesta por el legislador. No pueden ser arbitrarios, sino que la ley debe tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. Toda vez que la ley ha fijado criterios distributivos razonables, sin embargo, la competencia del juez consiste en aplicarla a las relaciones privadas que regula.

4. En las relaciones privadas, por tanto, la igualdad de trato como principio de justicia es parcialmente determinada, tanto en su vertiente de igualdad aritmética (justicia correctiva) como en su vertiente de igualdad proporcional (justicia distributiva), por las leyes y, en general, por el derecho objetivo. Los negocios privados, sin embargo, no pueden ser objeto de una revisión judicial basada simplemente en un principio de justicia o una igualdad de trato genéricos, esto es, carentes de concreción alguna. Cobra aquí su sentido la reivindicación, formulada por un conocido jurista austríaco, de

un “Estado de Derecho, no de Justicia”.²¹⁸ Obviamente, la *boutade* no puede pretender negar al Estado de Derecho su condición de garante de justicia. Se trata más bien de exigir una justicia formalizada en *topoi* jurídicos que ofrezcan seguridad, bajo el presupuesto de que un “imperialismo judicial” apoyado en criterios excesivamente vagos arroja, a la postre, resultados arbitrarios.²¹⁹ Estamos, en el fondo, ante un lugar clásico del pensamiento jurídico, presente ya en la *Retórica* aristotélica: “conviene que las leyes bien establecidas definan todo cuanto sea posible por sí mismas, y dejen a los jueces lo menos posible”. Esto sería así, “sobre todo, porque la decisión del legislador no se refiere a lo particular, sino a lo futuro y a lo general”.²²⁰

5. En ningún caso puede hablarse, por lo demás, de un principio constitucional de igualdad de los ciudadanos *ante sus conciudadanos* análogo al principio constitucional de igualdad de los ciudadanos *ante la ley*. Es este último el sentido originario y fundamental del principio constitucional de igualdad, y no cabe extrapolarlo al ámbito de las relaciones privadas. Es habitual en la filosofía utilitarista reivindicar que —en virtud de la igualdad humana— nadie cuente más que el resto de personas, también en el trato individual. Según Peter Singer, “es difícil ver una justificación moral razonable para el punto de vista de que la distancia, o la pertenencia a la propia comunidad, constituye una diferencia crucial en nuestras obligaciones”.²²¹ Este planteamiento es, a mi parecer, erróneo, y ha conducido a algunos autores a afirmar que un padre obraría injustamente anteponiendo la posibilidad de salvar a su hijo de un accidente a la posibilidad de salvar a otros. Como ha afirmado el filósofo Robert Spaemann, sin embargo, nuestras responsabilidades están condicionadas por “un orden jerárquico de preferencia dentro de la benevolencia universal”; orden por relación al cual “hablamos de justicia”.²²² Sostiene atinadamente el filósofo alemán, en la misma línea,

²¹⁸ “Rechtsstaat kein Gerechtigkeitsstaat” (Kägi, Werner, *Hundert Jahre Schweizerische Recht, en Demokratie und Rechtsstaat. Festgabe zum 60. Geburtstag von Zaccaria Giacometti*, Zürich, Polygraphischer Verlag A.G., 1953, p. 178).

²¹⁹ No en vano, el hecho de que “muchos supuestos de aplicación del derecho” sean “opacos a las razones morales subyacentes” se debe, precisamente, a razones de justicia (*vid.* Morero, José J., “Ethica more iuridico incorporata”, *Lo normativo: variedades y variaciones*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2020, p. 59). Ya nos hemos referido a ello, citando a Raz, al explicar la función de las leyes como *exclusionary reasons* (*vid. supra* capítulo 1, 1.3, parágrafo 3).

²²⁰ *Retórica*, 1354a-b.

²²¹ Singer, Peter, *Practical Ethics*, 3a. ed, Nueva York, Cambridge University Press, 2011, p. 203.

²²² Spaemann, Robert, *Glück und Wohlfühlen. Versuch über Ethik*, 5a. ed., Stuttgart, Klett-Cotta, 2009, p. 146. *Vid.* también, *v. gr.*, Finnis, John, “Equality and Differences”, *American*

que la finitud de nuestras perspectivas no es algo irracional que habría de superarse, ya que sólo desde la finitud accedemos a la realidad y a la perspectiva universal. El orden ontológico de cercanía y lejanía es, por consiguiente, jurídicamente relevante, ya que las personas no son puras entidades racionales transparentes las unas para las otras, sino individuos localizados en un contexto. Cabe, pues, afirmar en cierto sentido que, bajo nuestra perspectiva finita, lo lejano —no sólo en un sentido espacial, sino también de parentesco, nacionalidad, afinidad cultural, etcétera— no es tan real para nosotros como lo cercano, por lo que nuestra responsabilidad —nuestra “*res sponsio*” o vínculo con la realidad— tampoco puede ser igualitaria. Las responsabilidades de justicia no son ajenas a fenómenos como la cercanía física del otro,²²³ el parentesco, la amistad, la vecindad o la pertenencia al mismo país, y tienden a diluirse con la lejanía. El *ordo amoris* justifica preferencias en el trato privado que no resultarían admisibles en la relación de igualdad que se da entre los ciudadanos y el Estado. En conclusión, los ciudadanos no poseen un *status* de igualdad ante sus conciudadanos análogo al *status* común, *i. e.*, igual, que poseen ante la ley.

4.2. La llamada “discriminación odiosa” y el orden del bien común

1. El problema de la aplicabilidad del principio de igualdad entre particulares se ha planteado en nuestra época, sobre todo, a raíz de la interdicción de las llamadas *discriminaciones odiosas*. En rigor, nos encontramos ante casos en que las exigencias del bien común limitan o condicionan la actuación privada. Como trataré de mostrar a continuación, existen dos ámbitos diferenciables a este respecto:

a) de un lado, aquél en el que el bien común opera como *límite externo* a la disposición de lo propio, prohibiendo el ejercicio antisocial de los derechos; y

Journal of Jurisprudence, vol. 56, 2011, p. 21; y, de manera parcialmente similar, Dworkin, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, Cambridge MA, The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 281.

²²³ Así se muestra en los ordenamientos occidentales, por ejemplo, en el deber, sancionado penalmente, de socorrer al necesitado allí donde, accidentalmente, nos sale al paso. *Vid.*, *v. gr.*, art. 195 Código Penal: “El que no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiese hacerlo sin riesgo propio ni de terceros, será castigado con la pena de multa de tres a doce meses”. *Vid.*, en el mismo sentido, el § 323c Código Penal (*Strafgesetzbuch*) alemán (*unterlassene Hilfeleistung*); art. 223-6 Código Penal (*Code pénal*) francés (*non-assistance à personne en danger*); art. 593 Código Penale (*Codice penale*) italiano (*omissione di soccorso*); etcétera.

b) de otro, aquél en el que lo distribuido por entidades o personas privadas es, en rigor, un bien público que las trasciende, de manera que existen exigencias públicas de justicia distributiva que operan como *principio interno* de la distribución.

Como se podrá comprobar, los criterios elucidados por la doctrina jurídica como determinantes para apreciar una discriminación ilícita entre particulares (*v. gr.*, la repercusión social de la discriminación, la posición de la entidad discriminadora en el mercado o la ofensa a la dignidad del discriminado)²²⁴ son reconducibles, en última instancia, a uno de los dos supuestos aludidos.

2. Para comprender bien la distinción recién esbozada, es preciso añadir una observación adicional. Ha de advertirse, en efecto, que la distinción entre *lo público* y *lo privado* no contradice en absoluto el hecho de que, en sentido estricto, todo derecho o “cosa justa” es, como se ha explicado en el primer capítulo, una participación en el bien común.²²⁵ Sin perjuicio de que esto sea así, la distinción entre lo privado y lo público constituye la cesura o división política primaria, que condiciona toda ulterior distribución en el seno de una sociedad. Toda vez que, dentro de la sociedad política, un bien se califica como privado, su distribución ulterior se encomienda a la libertad y a la autonomía ciudadana, y los criterios públicos de reparto operan más como un límite *externo* que como un criterio *interno* de distribución de ese bien. En contraste, los bienes calificados como públicos son distribuidos con arreglo a criterios políticos de justicia distributiva distintos. Su posesión en común tiene, por así decirlo, un carácter más estricto, lo que impide que se distribuyan con arreglo a criterios de mera autonomía negocial.

a) *El “ejercicio antisocial” del derecho a disponer de lo propio*

Comencemos por el primero de los casos aludidos, referido al orden público como *límite externo* a la disposición de lo propio. Según ha explicado, con especial agudeza, Jesús Alfaro Águila-Real, las discriminaciones odiosas en los negocios privados resultan subsumibles en la interdicción del “ ejer-

²²⁴ Vid. Bilbao Ubillos, Juan María, “Prohibición de la discriminación y relaciones entre particulares”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 18, 2006, pp. 147-189; Díaz Revorio, Francisco Javier, *Discriminación en las relaciones entre particulares*, México, Tirant lo Blanch, 2015; y Birk, Rolf, “Der Aufnahmewang bei Vereinen und Verbänden”, *Juristenzeitung*, núm. 11/12, 1972, pp. 343-349.

²²⁵ Vid. *supra*, capítulo 1, 1.5, b.

cicio antisocial” de los derechos (art. 7.2 del Código Civil).²²⁶ Constituyen, por ende, una agresión injusta al “orden público”, bien común que limita —como expresamente afirma el art. 1255 CC— la autonomía contractual, por más que nos encontremos ante actos de disposición libre de lo propio.

1. En contra de una postura muy extendida, pienso que lo decisivo para que una discriminación privada sea calificada como “odiosa” no debería ser el hecho de distinguir con base en rasgos que, supuestamente, jamás podrían fundar una legítima distinción de trato. Poner el foco en una prohibición general de diferenciar con base en ciertas categorías o entre determinados grupos tiende a oscurecer, precisamente, el *tertium comparationis* que distingue una legítima diferencia de trato —con independencia del rasgo en que esté basada— de una genuina discriminación odiosa. Lo que convierte una distinción en odiosa y, por ende, en contraria a la justa distribución del bien común, es que sea calificable como “antisocial”.

El caso *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*²²⁷ constituye, a mi juicio, un supuesto de distinción cuyo fundamento se ve oscurecido por la errónea identificación de la *iniuria* con el simple hecho de diferenciar sobre la base de un determinado rasgo personal. En este conocido asunto, un pastelero de Denver, que prestaba servicios artesanales personalizados, se negó a hacer un pastel de bodas a dos personas del mismo sexo que deseaban contraer nupcias. El pastelero, Jack Phillips, aducía que preparar la tarta nupcial supondría involucrarse en una práctica gravemente contraria a sus creencias, lo cual atentaría contra su libertad religiosa. La pareja del mismo sexo, por su parte, se sentía discriminada respecto a las parejas de distinto sexo, y, en aplicación de la legislación antidiscriminatoria del Estado, denunció al pastelero ante la Comisión de Derechos Civiles de Colorado (*Colorado Civil Rights Commission*). Este órgano administrativo condenó al pastelero, que recurrió la decisión ante los tribunales. Finalmente, el Tribunal Supremo de Estados Unidos, mediante Sentencia de 4 de junio de 2018, falló en favor de la libertad religiosa de Phillips.

En este caso, la *ratio decidendi* ha de depender de si la pretendida exigencia de hacer el pastel para la pareja del mismo sexo constituye un límite de orden público frente a la libre disposición de lo propio. Para esclarecerlo, no basta con constatar que la distinción se basa en un rasgo determinado (*v. gr.*, la

²²⁶ Alfaro Águila-Real, Jesús, “Autonomía privada y derechos fundamentales”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 46, núm. 1, 1993, pp. 107 y ss.

²²⁷ *Vid.*, de gran interés, en relación con otros casos muy similares, el debate entre John Corvino, por un lado, y Sherif Girgis y Ryan T. Anderson, por otro, recogido en *Debating Religious Liberty and Discrimination*, Oxford, Oxford University Press, 2017, pp. 78-94, 118 y 119.

orientación sexual), sino que han de tenerse en cuenta todas las circunstancias que cualifican la distinción. El principio de libre disposición de lo propio es el principio de justicia que ha de aplicarse por defecto, de acuerdo con el orden concreto que rige en una sociedad de libre mercado. El carácter “propio” del servicio cobra una intensidad especial al tratarse de una obra de artesanía personalizada, con todo lo que comporta de implicación libre y de compromiso personal. Parece, pues, que el orden de lo justo exige permitir a Phillips disponer de lo propio conforme a sus creencias, siempre y cuando no medie algún tipo de injuria a las parejas del mismo sexo; de lo contrario, se le estaría prohibiendo disponer de lo propio, en el ámbito social, conforme a una creencia personal contraria a las prácticas homosexuales. El asunto queda lamentablemente oscurecido, como he afirmado, por la identificación inmediata de la *iniuria*, del injusto jurídico, con la distinción basada en ciertos criterios que, de antemano, se consideran odiosos *per se* como fuente de diferencias de trato, con independencia de cualquier otra circunstancia.

Para continuar ilustrando el papel central que desempeñan las circunstancias en la cualificación de una distinción como odiosa, imaginemos que, en lugar de ser un pastelero que presta servicios personalizados, el señor Phillips se limitase a regentar una panadería ordinaria. Imaginemos que entra una pareja del mismo sexo a comprar una tarta nupcial que se exhibe en el mostrador y que Phillips se niega a vendérsela porque entiende que, de esa forma, se está involucrando en una práctica inmoral, contraria a sus creencias. En este supuesto, la propia naturaleza del negocio, que oferta sus bienes a la generalidad del público, podría convertir la negativa en un acto formalmente ofensivo, contrario al orden público. En ese contexto, resultaría más plausible hablar de una verdadera *iniuria*, de un abuso del derecho o de un ejercicio antisocial del derecho. Como he señalado, no es necesario recurrir para ello a la cláusula constitucional de igualdad, sino que bastarían las cláusulas generales del derecho civil.

2. En el ejemplo anterior, el bien común encarnado en el orden público opera como límite que debe respetarse en un contexto distributivo de libre mercado. Dicho de otro modo, el orden público goza de *carácter externo* a la sustancia de la transacción, regida por el libre intercambio. El bien común hace acto de presencia como un orden de cosas justas en el que las partes se mueven y que les trasciende (moral, orden público, etcétera). Su autonomía negocial, sin embargo, no está vinculada positiva, interna y estrictamente, como ocurre con los funcionarios, por criterios públicos de justicia distributiva. Su relación con lo público es, más bien, una relación de respeto negativo.

b) *La distribución de bienes públicos por entidades privadas*

1. En contraste con el ejemplo recién enunciado, existen supuestos en que sujetos o entidades formalmente privadas no se limitan a disponer de lo propio, sino que tienen confiada la distribución de bienes comunes de carácter público. En estas situaciones, parece que el orden constitucional que rige la distribución de los bienes públicos impone criterios de justicia distributiva a los que deben acomodarse *internamente* los sujetos que llevan a cabo la distribución.

Un caso interesante en ese sentido fue el resuelto por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de España mediante Sentencia de 8 de febrero de 2001. En el trasfondo del asunto se encontraba la negativa de la Comunidad de pescadores de *El Palmar*, en la Albufera de Valencia, de admitir a mujeres en el seno de su asociación.²²⁸ La Comunidad constituye una corporación privada de honda tradición en el pueblo, que se remonta hasta el siglo XIII. Creada en 1238 para explotar la pesca en la localidad, y regida conforme a reglas consuetudinarias, la Comunidad venía vedando desde antiguo el acceso de mujeres. El conflicto se suscitó a raíz de la solicitud de un grupo de mujeres, en julio de 1997, de formar parte de ella para poder trabajar como pescadoras. La negativa de la asociación fue impugnada ante los tribunales y dio lugar a sucesivas resoluciones favorables al colectivo de mujeres. El asunto concluyó con la Sentencia del Tribunal Supremo que desestimaba los recursos de la asociación y con el Auto posterior de inadmisión del Tribunal Constitucional.

Una mirada atenta revela importantes diferencias entre este asunto y el caso *Masterpiece Cakeshop*, recién comentado. En efecto, por privada que formalmente sea la asociación *El Palmar*, protagonista de este supuesto, determinar las condiciones de acceso a una actividad mercantil por parte de la generalidad de la población constituye, de manera más nítida que en el caso anterior, un acto de disposición de lo público. El criterio de asignación de los bienes no es, pues, el de la libre disposición de lo propio. Ni siquiera se trata de la distribución de un bien común privado sujeto a la igualdad de trato según la intermediación de las leyes, sino de la distribución de un bien de carácter más estrictamente público, cual es el acceso de la población a una determinada profesión. En un contexto histórico en el que la posibilidad legal de acceder a las distintas profesiones constituye, presuntivamente, un

²²⁸ *Vid.*, acerca de este caso, Pérez Escalona, Susana, “Un caso de inadmisión de asociados por razón de sexo. Los límites a la libertad de contratar en la Comunidad de pescadores de «El Palmar»”, *Revista electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja*, núm. 3, 2005, pp. 149-162.

ius atribuido por igual a hombres y mujeres, hacer del sexo un criterio de distinción en el acceso a una profesión como la pesca —que pueden ejercer, en principio, tanto hombres como mujeres— parece antijurídico. Se opone, en efecto, a ese orden constitucional material que, constituido por las propias costumbres de nuestra época, establece el marco distributivo que condiciona *a priori* qué puede tomarse, *a posteriori*, como un *tertium comparationis* relevante en la distribución de lo público.

2. En el caso anterior, el criterio de relevancia que impide excluir a las mujeres de una profesión pertenece a un orden constitucional histórico distributivo, material y concreto, que es previo a la ley y a los contratos. No se trata, sin más, de que sea una distinción privada basada en el sexo. Poner toda la carga de la argumentación en ese simple hecho supone desconocer la naturaleza y magnitud del problema, y podría conducir, en otros contextos, a soluciones injustas. En efecto, la exclusión, apriorística y radical, de toda distinción basada en un determinado rasgo, conduce a sustituir la justicia concreta por una anticipación precipitada que introduce sesgos arbitrarios en la hermenéutica de lo justo y desemboca, en última instancia, en soluciones artificiosas.

Una artificiosa solución semejante se produjo, en España, en el conocido asunto del *Alarde de Fuenterrabía*, que dio lugar a diversas resoluciones judiciales de las que conviene ocuparse.²²⁹ El caso versa sobre la fiesta popular tradicional de la localidad fronteriza vasca de Fuenterrabía, en la que se conmemora la heroica victoria militar de la ciudad frente al asedio francés, entre junio y septiembre 1638, en el contexto de la Guerra de los Treinta Años. El acto central de la fiesta es la representación de un desfile militar, el *Alarde*, en el que, en cumplimiento de un voto a la Virgen de Guadalupe por su auxilio en la batalla, los varones procesionan vestidos de soldados y las mujeres de cantineras. El conflicto se suscitó a raíz de una solicitud formulada al Ayuntamiento por la asociación *Joana Mugarrietakoa Emakume Elkarte*. Esta entidad exigía que las mujeres pudiesen participar en el desfile ataviadas como los varones. Tras la desestimación presunta de su petición, la asociación interpuso un recurso para la tutela de sus derechos fundamentales, alegando discriminación por razón de sexo. Mediante Sentencia de 16 de enero de 1998 —confirmada por el Tribunal Supremo el 13 de septiembre de 2002—, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco estimó el recurso al apreciar una discriminación por razón de sexo operada por la autoridad pública. De esta

²²⁹ Sobre este conflicto, *vid.* diversas perspectivas en Marín López, Juan José (coord.), *Los alardes. Una perspectiva jurídica: Libertad e igualdad en las relaciones entre particulares*, Irún, Casino de Irún, 2000.

forma, se rechazaba el argumento que apelaba a la representación fiel de los hechos históricos, arraigada en la tradición popular y defendida a la sazón por el Ayuntamiento. La mayoría social del pueblo, sin embargo, apoyaba el *Alarde* tradicional y acogió con desagrado la sentencia. Con el respaldo de la corporación municipal, logró las modificaciones pertinentes de las ordenanzas municipales a fin de disponer una forma de organización enteramente privada de la celebración, que fue confiada a la entidad: *Alarde Fundazioa Hondarribia*. El acuerdo municipal que autorizó la organización tradicional del *Alarde* en 2001, sin embargo, fue recurrido de nuevo por la asociación más arriba mencionada por lesionar la igualdad entre sexos. En esta ocasión, sin embargo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, de 10 de septiembre de 2002, fue desestimatoria, y resultó confirmada por el Tribunal Supremo el 15 de enero de 2007. En la base de la argumentación se encontraba el carácter puramente privado de la diferencia de trato, toda vez que la organización del evento popular había dejado de estar en manos del Ayuntamiento.

Como en el caso de la Comunidad pesquera *El Palmar*, el caso del *Alarde* versa también sobre la distribución de bienes netamente públicos, que trascienden a la entidad encargada de distribuirlos. No puede hablarse, por consiguiente, de un acto de distribución de bienes comunes privados, ni tampoco de un acto de disposición libre de lo propio. En la ordenación distributiva de la forma de participar en la fiesta popular del municipio, la fundación está vinculada, obviamente, por los cánones históricos de razonabilidad que impone la distribución de lo público. Las distintas soluciones adoptadas por los tribunales, sin embargo, se basan en este caso en un formalismo, a mi juicio, artificioso y confuso:

a) Si el *Alarde* tradicional —acto central de las fiestas locales— fuese injustamente ofensivo para la mujer, no lo sería menos por el hecho de que lo organizase una fundación de naturaleza privada. Al igual que sucede con la comunidad pesquera valenciana, la fundación a la que se encomendó la organización del *Alarde* actuaba como instancia de distribución de un bien público de la población local, sujeta a criterios de justicia distributiva que trascienden su voluntad privada.

b) Lo cierto es, sin embargo, que el criterio de diferenciación empleado, el rasgo relevante para la distinción, es plenamente razonable como criterio de distinción. Cuesta pensar que la fidelidad histórica y el uso consuetudinario, arraigado en el afecto de la mayoría social de una población, no sea un rasgo públicamente relevante en la configuración del orden de justicia distributiva que rige, precisamente, las fiestas populares tradicionales. Por razonable que pudiera ser la eventual decisión de la corporación de alterar,

si así lo desease, su tradición, cuesta creer que ello justifique la pretensión de un grupo de disidentes de impedirle mantenerla intacta.

c) El error de perspectiva de los tribunales enjuiciadores se debió, en este caso, a una confusión muy generalizada, propiciada por la propia falta de claridad que existe en torno a la doctrina antidiscriminatoria. Me refiero a la identificación de la prohibición pública de las discriminaciones injustas por razón de sexo como una prohibición pública de cualesquiera distinciones por razón de sexo, anticipando una censura de injusticia, por consiguiente, a la hermenéutica del orden concreto. La prohibición absoluta fue artificiosamente aplicada por tratarse de una fiesta organizada por el Ayuntamiento y, tan pronto como la organización de la fiesta fue cedida a una fundación, se esclareció la verdadera cuestión y se reconoció cabalmente que el criterio de distinción era razonable.

3. Sin perjuicio del interés que poseen los casos expuestos, conviene añadir que, de ordinario, la libertad privada se cifra en actos de disposición de bienes privados y no en actos de distribución de bienes estrictamente públicos que trascienden a las entidades que deciden sobre su distribución. En rigor, pues, el “ejercicio antisocial” suele ser un límite a las transacciones y distribuciones de lo propio; límite cuya efectiva verificación dependerá de múltiples factores. Así, por ejemplo, en tanto que la creación de una pequeña sociedad gastronómica masculina difícilmente podría considerarse como “antisocial”, no sucedería lo mismo si la asamblea de socios de uno de los principales clubes de fútbol de una ciudad decidiese prohibir la incorporación de miembros de una determinada nacionalidad o de un determinado sexo como socios.

5. EL LLAMADO “PRINCIPIO DE IGUALDAD REAL”

En este capítulo estamos examinando las distintas variantes del principio constitucional de igualdad, tal y como es entendido por la jurisprudencia y la literatura académica en los Estados de nuestro espacio cultural. A fin de completar nuestro análisis, hemos de hacer una referencia al llamado “principio de igualdad *real*”. Se trata de una vertiente de la igualdad constitucional que se asocia a la tarea, asumida por el Estado tras el advenimiento de la sociedad industrial, de igualar las condiciones materiales de vida de sus ciudadanos.

1. El llamado principio de igualdad real se retrotrae, en efecto, a la aparición del “Estado social” (*Sozialstaat*) en Europa y, análogamente, del *Wel-*

fare State en el mundo anglosajón. Como explicó Ernst Forsthoff, la sociedad industrial trajo consigo, simultáneamente, la reducción del “espacio vital dominado” (*beherrschter Lebensraum*) y el aumento del “espacio vital efectivo” (*effektive Lebensraum*) del individuo. Esta transformación situaba a la persona en un estado de “menesterosidad social” (*soziale Bedürftigkeit*), puesto que ya no podía bastarse a sí misma para asegurarse la “procura de la existencia” (*Daseinsvorsorge*).²³⁰ Se explica así que, desde la segunda mitad del siglo XIX y, sobre todo, a lo largo del siglo XX, el Estado social fuese asumiendo el rol de garante del bienestar de los individuos: “dado que en la sociedad industrial las personas han devenido dependientes de circunstancias ajenas a su voluntad, la responsabilidad existencial no puede recaer sobre ellas, pues no se hallan en situación de poder asumirla”.²³¹

2. Al propósito de estas páginas, el interés que posee el advenimiento del Estado social moderno estriba en la constitucionalización, en varios países, de una nueva forma de igualdad, frecuentemente calificada como “igualdad material” o “igualdad real”. Bajo el influjo del artículo 3o., párrafo 2o., de la Constitución italiana, la española ha incluido este principio de igualdad “real” o “material” en su artículo 9.2: “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*”.

3. Tomado en su literalidad, el llamado principio de igualdad real parece convertir la igualdad fáctica de condiciones materiales de vida en un ideal social, en algo intrínsecamente valioso. Esta forma de igualitarismo

²³⁰ El concepto de “*Daseinsvorsorge*” fue acuñado por Forsthoff en *Die Verwaltung als Leistungsträger* (Stuttgart, W. Kohlhammer, 1938) y desarrollado en sucesivas obras. *Vid.*, v. gr., Forsthoff, Ernst, “Die Daseinsvorsorge als Aufgabe der modernen Verwaltung” (1938), en *Rechtsfragen der leistenden Verwaltung. Beiträge zum öffentlichen Recht herausgegeben von Prof. Dr. Ernst Forsthoff*, Heidelberg y Stuttgart, W. Kohlhammer Verlag 1959, pp. 22 y ss. El concepto forsthoffiano de procura de la existencia ha sido objeto de un excelente trabajo de Magaldi, Nuria, “El concepto de procura existencial (*Daseinsvorsorge*) en Ernst Forsthoff y las transformaciones de la Administración Pública”, *Teoría y Método*, vol. 1, 2020, pp. 147-174. Para el surgimiento del Estado social, me remito también al estudio clásico de Fernández-Miranda Campoamor, Alfonso, “El Estado social”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm.69, 2003, pp. 139-180.

²³¹ Magaldi, Nuria, “El concepto de procura existencial (*Daseinsvorsorge*) en Ernst Forsthoff y las transformaciones de la Administración Pública”, *cit.*, p. 161. Las amplias funciones ocupadas por el Estado social en campos como la educación, la sanidad o la seguridad social han permitido calificarlo, en palabras de García Pelayo, como “la forma histórica superior de la función distribuidora” (Manuel García Pelayo, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, en *Obras Completas*, II, 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, p. 1610).

fáctico se encuentra muy extendida en nuestro tiempo,²³² si bien ha sido objeto de críticas. Aunque parece incuestionable que la preocupación por los más necesitados constituye un deber de los más pudientes, la tesis de que la nivelación estricta de condiciones materiales de vida constituye, como tal, una exigencia de justicia y un título de intervención pública plantea algunos problemas. Se trata de una cuestión de cierta complejidad teórica, a la que nos referiremos en el próximo capítulo.

²³² El ascenso del igualitarismo a partir de la década de los setenta —al comienzo de la cual vio la luz la *Teoría de la Justicia* de Rawls (*A Theory of Justice*, 2a. ed., Cambridge MA, The Belknap Press of Harvard University Press, 1999), seguida de influyentes publicaciones de autores como Dworkin, Arneson, Cohen, Scanlon o Nagel— ha sido inmenso, aunque en absoluto pacífico o incontestado. Actualmente, un buen número de filósofos prácticos se cuentan entre los seguidores de una corriente que se ha ido sofisticando y ramificando en tipos diversos de igualitarismo. Para una panorámica de sus distintas variedades, *vid.*, *v. gr.*, Holtung, Nils y Lippert-Rasmussen, Kasper, *Egalitarianism. New Essays on the Nature and Value of Equality*, Oxford, Oxford University Press, 2007; y Temkin, Larry, “Illuminating Egalitarianism”, en Christiano, Thomas y Christman, John (eds.), *Contemporary Debates in Political Philosophy*, Oxford, Wiley-Blackwell, 2009, pp. 153-178.

CAPÍTULO 3

SIMPLIFICACIÓN DEL DISCURSO Y COMPLEJIDAD DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO

En los dos capítulos anteriores, he procurado mostrar la estructura o la forma que poseen tanto el principio de igualdad jurídica, entendido como máxima universal de justicia (capítulo 1), como el principio constitucional de igualdad de *status* del Estado liberal (capítulo 2). Aun siendo categorías distintas, como hemos visto, han sido mezcladas mediante la subsunción de la igualdad *en* la ley bajo el precepto de la igualdad *ante* la ley. En este tercer capítulo, pasaremos *de la forma a la materia, de la estructura al contenido*. Tras haber analizado la estructura de la igualdad jurídica, se trata ahora de entrar a describir, siquiera tentativamente, el modo en que ha de aplicarse; esto es, de considerar aquellos elementos (pluralidad de bienes, criterios y agencias de distribución) que dan contenido al imperativo de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. Como se irá viendo, la aplicación del principio de igualdad es, por definición, compleja y prudencial, lo cual contrasta con el reduccionismo reinante en el discurso público de la igualdad. La enorme facilidad para entablar relaciones analógicas de semejanza entre las cosas dota al lenguaje igualitario de una enorme maleabilidad y plasticidad; algo que, en la retórica del poder, se presta a la manipulación. Con aparente naturalidad, ser “igual en un aspecto” conduce a “creer ser completamente igual”, como decía Aristóteles,²³³ y a menudo se apela a la igualdad para no “revelar los verdaderos fundamentos” de la distribución.²³⁴

En las páginas que siguen, pues, trataré de ilustrar la pluralidad de elementos que complican sobremedida la igualdad proporcional de la justicia distributiva, *i. e.*, la regla de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. Me referiré, en primer lugar, a la insuficiencia de ideas tan manidas como la “igualdad humana” o la “igual dignidad humana” como criterios para determinar, de manera acabada, el derecho de cada uno (1). En el segundo epígrafe, cuestionaré el valor intrínseco de la igualdad de condi-

²³³ *Política*, 1301b35-42.

²³⁴ Raz, Joseph, *The Morality of Freedom*, *cit.*, p. 228. En el mismo sentido, *vid. i. a.* Westen, Peter, *Speaking of Equality*, *cit.*, p. 72.

ciones materiales de vida y revisaré el debate sobre las llamadas “métricas” de la igualdad real o sustancial (2). Los siguientes apartados irán destinados, todos ellos, a ilustrar con ejemplos la complejidad de la aplicación del principio de igualdad en la sociedad política. Comenzaré refiriéndome a las diferencias de criterio que impone la naturaleza de los bienes distribuidos en cada caso (3). En el cuarto epígrafe, enunciaré y glosaré algunos de los cánones fundamentales de igualdad proporcional que deben conjugarse en la distribución de los bienes (4). Finalmente, dedicaré el último epígrafe a dar cuenta de la pluralidad de agencias de distribución de los bienes y a mencionar algunas de las más importantes (5).

1. LA INSUFICIENCIA DE LO HUMANO COMO CRITERIO DE IGUALDAD DE TRATO

Uno de los conceptos típicamente empleados, de manera abusiva, por ciertos discursos igualitarios, es el de la “igual dignidad” (*equal worth*) de todos los seres humanos. Evocando esta idea, a menudo se pretende exigir la distribución igualitaria de bienes cuyo justo reparto depende, en rigor, de cualidades más concretas y contingentes que la noción abstracta de dignidad humana. Los seres humanos son efectivamente portadores de una dignidad ontológica peculiar, la cual se halla inextricablemente ligada, como veremos a continuación, a su capacidad jurídica. Como criterio de distribución de bienes, sin embargo, pienso que la dignidad humana aporta más bien poco al discurso jurídico. Examinemos esta cuestión con mayor detenimiento.

1.1. *La dignidad de la persona y la capacidad jurídica*

1. Concebida originariamente como un atributo social, la noción de “dignidad” (*dignitas*) pasó a aplicarse al ser humano por su grandeza ontológica, y el *nomen dignitatis* con que se dio expresión a esa sublimidad del ser humano es, justamente, el de “persona”. En palabras de Tomás de Aquino, “persona significa lo más perfecto que hay en toda la naturaleza, o sea el ser subsistente en la naturaleza racional”.²³⁵ En el caso de los animales, apreciamos que permanecen sumergidos en su nicho ecológico, que viven absorbidos por su naturaleza. La persona, sin embargo, no está determinada por

²³⁵ “...persona significat id quod est perfectissimum in tota natura, scilicet subsistens in rationali natura” (*S. T. I*ª q. 29 a. 3). Sobre la génesis y el desarrollo del concepto, *vid.*, más ampliamente, Spaemann, Robert, *Persons. The Difference Between ‘Someone’ and ‘Something’*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 17-33.

su naturaleza, sino que se conduce con respecto a ella. Aquí reside, en puridad, la unicidad de la persona y su superior individuación: en que no es un simple ejemplar de una naturaleza (“algo”, “qué”), sino el “yo” (“alguien”, “quién”) que se esconde tras la naturaleza racional de cada ejemplar de la especie humana. Es por ello que sus acciones no derivan simplemente de su naturaleza: “no se limita a ser actuada, como las demás [sustancias], sino que actúa por sí misma”.²³⁶ Es decir, *es libre*.

2. El señorío de la persona está en la base de su propia capacidad jurídica, ya que la posesión y el débito —fundamento de lo jurídico, tal y como se ha explicado en el primer capítulo— constituyen formas de dominio y de responsabilidad espirituales, de las que no son capaces las sustancias que carecen de libre albedrío. Sólo del ser libre puede predicarse “imputación”, “responsabilidad”, “suidad” o “debitud”:

a) El concepto de imputación (*imputatio*) alude a la atribución de un hecho como propio. El término pertenece a la misma familia semántica que *computare* y sugiere la idea de apuntar en una cuenta de haberes y deudas. Tal cosa ocurre aún más nítidamente en la traducción alemana, *Zurechnung*, que expresa con toda claridad el significado de la imputación como anotación en cuenta. Este tipo de asignación contable de hechos como propios no es posible, obviamente, al margen de la libertad humana.

b) Lo mismo sucede con la noción de responsabilidad (*responsabilitas*), que alude a una “*res sponsio*” o “vínculo con la cosa” que no puede darse al margen de la libertad. El equivalente inglés *liability* expresa esa misma vinculación, al asociarse al vocablo latino *ligare*. Nos encontramos también aquí ante una atribución de la realidad al sujeto libre, en virtud de la cual se le considera dueño o señor de algo.²³⁷

c) Finalmente, la propiedad y la posesión, con las relaciones correspondientes de “suidad” y “debitud”, presuponen el mismo señorío espiritual que únicamente puede darse en el ser libre. La persona ejerce un dominio sobre las cosas sin el cual no sería posible hablar de derecho. En este sentido, puede decirse que la dignidad de la persona se halla en la base de su *capacidad jurídica*, de su capacidad para poseer, reconocer o deber “cosas justas” (*iura*) a otros. Estamos ante una idea compendiada en la fórmula clásica de Hermogeniano: “*hominum causa omne ius constitutum est*”.²³⁸

²³⁶ S. T. I^a q. 29 a. 1 co: “non solum aguntur, sicut alia, sed per se agunt”.

²³⁷ Vid. más ampliamente, las inteligentes reflexiones de Ricoeur, Paul, “The Concept of Responsibility. An Essay in Semantic Analysis”, *The Just*, Chicago y Londres, The University of Chicago Press, 1995, pp. 11 y ss.

²³⁸ D. 1.5.2: “todo derecho está constituido por causa del hombre”. Vid. también, con gran amplitud, Hervada, Javier, *Lecciones propedéuticas de filosofía del Derecho*, cit., pp. 423 y ss.

1.2. *La insuficiencia de la dignidad de la persona en la determinación material del ius*

a) Consideraciones preliminares

1. La dignidad de la persona constituye el presupuesto para hablar de *ius suum* y para concebir como *iniuria* u ofensa el hecho de no otorgárselo. En este sentido, toda injusticia supone un atentado *formal* contra la dignidad personal del ofendido. Dicho esto, sin embargo, tan pronto como descendemos a la determinación *material* de lo exigible en justicia, la noción de “igual dignidad de la persona” en cuanto que persona suele ser insuficiente. Robar a alguien supone cometer injusticia y, como tal, atenta contra la dignidad personal de la víctima del robo. El contenido de la injusticia sólo se esclarece, empero, desde el orden existente de la propiedad; el cual tiene un carácter contingente y no emana, sin más, de la dignidad humana del acreedor. Privar a una persona, sin causa, de su libertad deambulatoria, atenta contra la dignidad de esa persona. Retener, por el contrario, a alguien que pretende ausentarse de un lugar en el que tiene la obligación de estar, puede ser perfectamente justificable. La diferencia entre lo uno y lo otro no puede estribar, obviamente, en la dignidad humana —de la que cabría afirmar que participan por igual—, sino en el orden concreto de lo justo —que les sitúa en una posición distinta—. Lo mismo ocurre con las discriminaciones injustas. Por más que todas ellas comporten un atentado contra la dignidad del ofendido, el contenido de la discriminación no se esclarece mediante el simple recurso a la igual dignidad humana.

2. Algunos autores relevantes que se han enfrentado al problema de la igualdad han tratado de enfatizar estos dos polos, a saber: el substrato de igual dignidad que aprecian en todos los seres humanos y la relevancia que las diferencias poseen para la determinación de lo justo. Para Jacques Maritain, por ejemplo, en la ignorancia de uno de estos dos polos residen las dos grandes desviaciones del recto entendimiento de la igualdad: el igualitarismo que desconoce las diferencias y la negación del *status personae* a un sector de la humanidad.²³⁹ En una línea algo distinta, llama la atención que hace algunos años, en la serie de *Gifford Lectures* de Edimburgo, dedicadas a la igualdad, Jeremy

Por eso, la capacidad jurídica de las llamadas “personas jurídicas” o “personas *fictas*” —que existen únicamente *secundum fictionem iuris*— tiene un carácter derivado. No es posible, pues, al margen de la capacidad jurídica de las personas reales que las representan. En sentido originario, la capacidad jurídica pertenece a la persona real.

²³⁹ Maritain, Jacques, “Human Equality”, *Ransoming the Time*, Nueva York, Charles Scribner’s Sons, 1941, pp. 1 y ss.

Waldron culminase sus consideraciones sobre la “igual dignidad” envuelto en la perplejidad, impelido a reconocer las innumerables supraordenaciones y subordinaciones que inevitablemente coexisten con esa “igual dignidad” ontológica.²⁴⁰ Me limitaré a hacer dos observaciones al respecto:

a) En rigor, la “igual dignidad” a la que se refieren Maritain o Waldron debe calificarse, con mayor propiedad, como “dignidad humana”, dado que existen muchos sentidos en los que el concepto de dignidad no se aplica a todos por igual. Desde el punto de vista jurídico, la dignidad “social” relativa nos permite distinguir numerosos *iura* concretos de cada uno: potestad, autoridad, rango, etcétera.

b) La dignidad humana, ciertamente, eleva a todo ser humano por encima del *status* del animal o la cosa. Dejando de lado ciertos límites, sin embargo, no constituye tanto un criterio para determinar lo justo particular —que se presenta condicionado por las circunstancias históricas— cuanto para exigir que, en todo caso, se le haga justicia al ser humano. Es preciso insistir en ello: lo que funda la dignidad humana no es propiamente el contenido del *ius*, sino la capacidad jurídica misma.

3. En la historia occidental, el intento más ambicioso de deducir lo justo particular a partir de “lo humano”, la “igualdad humana” o la “dignidad humana” ha producido, como es sabido, el discurso moderno de los derechos humanos. De acuerdo con este discurso, existen unos derechos universales que todos poseen por igual, precisamente, por estar fundados en su igual dignidad humana. Es preciso hacer al respecto las siguientes observaciones críticas:

a) Me temo, en primer lugar, que el intento de esclarecer semejantes derechos universales, fundados en la igual dignidad humana, no está exento de ambigüedad.²⁴¹ El discurso de los derechos humanos se basa en ca-

²⁴⁰ Waldron, Jeremy, *One another's equals. The Basis of Human Equality*, Cambridge MA, The Belknap Press of Harvard University Press, 2017, pp. 254-256.

²⁴¹ Entre los críticos más brillantes de este discurso descuello, a mi modo de ver, la figura de Edmund Burke en sus *Reflections on the Revolution in France*, de 1790. En las últimas décadas, es obligada la cita del filósofo del derecho francés Villey, Michel, *Le droit et les droits de l'homme*, 2a. ed., París, Presses Universitaires de France, 2014. Otra incisiva crítica la debemos a Alasdair MacIntyre, uno de los pensadores morales más importantes del último medio siglo (*After Virtue*, 3a. ed., South Bend, University of Notre Dame Press, 2007, pp. 68 y ss.). Con matices distintos, Pierre Manent ha denunciado el desplazamiento de la doctrina clásica de la ley natural por una doctrina contemporánea de los derechos humanos sumamente individualista (Manent, Pierre, *Natural Law and Human Rights: Toward a Recovery of Practical Reason*, South Bend, University of Notre Dame Press, 2020). Entre los autores españoles, una de las impugnaciones más poderosas la formula Cruz Prados, Alfredo, *Sobre la realidad del Derecho. Filosofía Jurídica*, cit., pp. 23-73. No puedo dejar de remitirme, igualmente, a mis

lificar como “derechos *prima facie*” lo que, en puridad, constituyen “bienes abstractos”, conflictivos entre sí o, si se prefiere, sujetos a ponderación. En definitiva, valores genéricos pendientes de concretización como genuinos derechos. En su consideración abstracta, los bienes humanos recogidos en los catálogos de derechos no pueden ser más que simples presupuestos no concluyentes para la deliberación sobre lo justo; pero, al ser denominados “derechos”, se presentan como algo más que eso, porque un derecho es, en sentido estricto, la conclusión de la deliberación sobre lo justo. Cuando invoco genéricamente mi libertad como un derecho, estoy apuntando a un simple bien humano, pero lo hago como si se tratase de algo que me corresponde definitivamente, antes incluso, pues, de definir la medida en que me corresponde realmente. Justamente por ello, pienso que acierta Nigel Biggar al señalar que, en su “tendencia a sacar del tablero todas las demás consideraciones morales”, el discurso de los derechos “se adelanta y cierra toda deliberación” mediante “una aserción inicial de lo que es propiamente una conclusión”.²⁴²

b) Pienso que el gran problema de fondo que late en el discurso de los derechos humanos es la tentativa de resolver el dilema de “la cosa justa” (*ius*) concreta —que es propiamente el problema del *ars iuris*— en el marco de lo universal, de la “igualdad humana” o de la “igual dignidad humana”. La realidad, sin embargo, es que la dignidad de la persona, siendo un atributo ontológico del ser humano, está en la base de la exigencia de ser *igualmente justo* con todos; sin definir apenas, como tal, cuál es el concreto *ius* o la concreta “cosa justa” de cada uno. Esto último es una labor hermenéutica y prudencial, que debe tomar en consideración multitud de circunstancias.

b) *La escasa utilidad del valor supremo*

Son numerosos los autores que —provenientes de tradiciones diversas— han recurrido al discurso de la dignidad como “valor supremo” o “fundacional” de la filosofía práctica. No se puede pasar por alto, en este

propias consideraciones críticas, *v. gr.*, en “The perplexing discourse of human rights”, en *The New Digest*, Vermeule, Adrian y Casey, Conor (eds.), 3 de octubre de 2024; y en *Entre el deseo y la razón. Los derechos humanos en la encrucijada*, *cit.*, en especial la Parte III (“La deshumanización de los derechos humanos”), en pp. 131-173. Para la deriva desbocada del discurso de los derechos, *vid.* Lora, Pablo de, *Los derechos en broma*, Bilbao, Deusto, 2023.

²⁴² Biggar, Nigel, *What’s Wrong With Rights?*, Oxford, Oxford University Press, 2020, p. 325. Repárese en la convergencia de esta observación de Biggar con la concepción dwor-kiniana de los “derechos como triunfos” (*vid.* Dworkin, Ronald, “Rights as Trumps”, en Waldron, J., *Theories of Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1984, pp. 153-167).

sentido, a Ronald Dworkin, cuya obra, *Justice for Hedgehogs*, ha recibido una atención singular entre los filósofos del derecho.

Sin entrar a discutir aquí el contenido de la dignidad en sentido dworkiniano, quisiera referirme, más sencillamente, a la función capital que este concepto desempeña en el contexto de su tesis de la “unidad del valor”, postura que contrapone a la del pluralismo conflictivo de valores.²⁴³ En el sistema dworkiniano de la unidad del valor, la dignidad constituye el valor supremo o el valor que dota de unidad a la moral, la ética y el derecho. Así pues, una acción injusta sería, *eo ipso*, contraria a la dignidad; y no habría ninguna acción valiosa que no la respetase.²⁴⁴

Manuel Atienza se ha ocupado de la disputa entre la tesis pluralista y la tesis de la unidad del valor en un sugerente ensayo recogido en su libro *Sobre la dignidad humana*. Según explica Atienza, el concepto de dignidad, aunque sirve a Dworkin para preservar la coherencia en el razonamiento práctico,²⁴⁵ no le exime de la “deliberación” o el “sopesamiento de razones” para determinar lo justo *in concreto*. Ciertamente, la deliberación tendría lugar “dentro de un único valor”,²⁴⁶ el cual operaría como un macroconcepto bajo el que habría de caer cualquier solución moralmente aceptable.

La cuestión que hemos de plantearnos es si el papel que la dignidad desempeña *teóricamente* como valor supremo y subordinante del resto de valores se corresponde, *prácticamente*, con un rol directivo y subordinante en las deliberaciones sobre lo justo concreto. Considero sinceramente que no es así. Pensemos, por poner un ejemplo, en el caso —imaginado por Oliver Wendell Holmes y citado en el propio trabajo de Atienza— del espectador que grita engañosamente “¡fuego!” en un teatro repleto. Como bien explica Atienza, la solución de este caso sería la misma, presumiblemente, tanto para los “conflictivistas” como para los partidarios de la “unidad del valor”

²⁴³ Sobre el pluralismo conflictivo de valores, *vid.* Berlin, Isaiah, “The Pursuit of the Ideal”, *The Crooked Timber of Humanity*, 2a. ed., Princeton, Princeton University Press, 2013, pp. 1-20. Según Dworkin, los conflictos de valores son conflictos meramente aparentes. Como conceptos “interpretativos”, los valores —piénsese, por ejemplo, en la libertad y la seguridad— son objeto de constante interpretación y reinterpretación en su uso práctico. Nunca son objeto de una integración plena, lo que, en el día a día, hace que nos parezcan conflictivos. Al enfrentarnos responsablemente al conflicto aparente de valores, sin embargo, refinamos su significado en un proceso de integración siempre inacabado. Así, por ejemplo, al percibir un conflicto entre los valores “libertad” y “seguridad”, reinterpretamos uno de los dos como meramente aparente (Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, *cit.*, pp. 118-121).

²⁴⁴ *Vid.* Dworkin, Ronald, *Justice for...*, *cit.*, pp. 191 y ss.; y p. 335.

²⁴⁵ Atienza, Manuel, “El fundamento de los derechos humanos: ¿dignidad o autonomía?”, en *Sobre la dignidad humana*, Madrid, Trotta, 2022, p. 115.

²⁴⁶ *Ibidem*, p. 112.

bajo la guía subordinante de la “dignidad”: semejante alteración del orden público no está protegida por la libertad de expresión. Según los primeros, el caso se resolvería ponderando valores, para concluir que prevalece el de la seguridad frente al de la libertad de expresión. Según Dworkin, se sopesarían razones y se concluiría que semejante práctica no es un ejercicio valioso de la libertad de expresión.²⁴⁷ El discernimiento prudencial de lo justo —basado en razones de distinto género— sería lo verdaderamente relevante en los dos casos y, en este discernimiento, el “macroconcepto” de dignidad no desempeñaría, a mi juicio, ningún papel directivo.

c) La relevancia de las diferencias

La relevancia jurídica que, en la determinación de lo justo concreto, algunos autores parecen otorgar a conceptos altamente abstractos como el de dignidad humana, contrasta con la escasa importancia que, en esa misma tarea, confieren a las diferencias. Viene al caso aludir, en este sentido, a una tesis que goza de una amplia aceptación en bastantes círculos iusfilosóficos y que ha sido enunciada recientemente por Luigi Ferrajoli en un difundido libro sobre la igualdad. Según este autor, el principio de igualdad tendría dos vertientes, a saber: (1o.) el igual valor de las diferencias, que serviría de fundamento a los derechos de libertad; y (2o.) la reducción de las desigualdades económicas, que constituiría el fundamento de los derechos sociales. Dicho de otro modo, “el principio de igualdad tutela las diferencias y se opone a las desigualdades”.²⁴⁸

1. Dejando de lado, por el momento, el problema de las desigualdades económicas, me centraré en la tesis —pienso que muy cuestionable, máxime en los términos planteados por Ferrajoli— del “igual valor de las diferencias”. Según el jurista italiano, la democracia es el sistema político que “garantiza la tutela, el respeto y la convivencia pacífica de todas las diferencias de identidad”.²⁴⁹ Lejos de relativizar o modular este aserto, lo interpreta de una manera sumamente estricta: “todos los derechos de libertad, atribuidos a todos en igual forma y medida, son derechos que garantizan el igual valor —esto es, la igual tutela y la igual afirmación, por el cauce de su ejercicio— de todas las diferencias personales, a comenzar por las culturales, que no son más que las diferentes identidades de cada uno como persona”.²⁵⁰

²⁴⁷ *Ibidem*, p. 111.

²⁴⁸ Ferrajoli, Luigi, *Manifiesto por la igualdad*, Madrid, Trotta, 2019, p. 24.

²⁴⁹ *Ibidem*, p. 44.

²⁵⁰ *Ibidem*, p. 49.

Frente a la tesis expuesta, surge espontánea la objeción de los derechos de la comunidad como límite a las pretensiones identitarias del individuo. Ferrajoli anticipa esta objeción y la rechaza categóricamente: “sólo las personas, y no también las culturas, son titulares de derechos”. Resultaría inaceptable, por ejemplo, que “la libertad religiosa corresponda no a las personas individuales, sino a las mismas religiones: al islam, al catolicismo, al cristianismo, y a sus diversas corrientes e interpretaciones”.²⁵¹ Más aún, sostiene que “es absurda la idea de que las culturas, cualesquiera que sean y por tanto también la nuestra, puedan prevalecer sobre los derechos de las personas”.²⁵²

2. Honestamente, pienso que Ferrajoli no termina de presentar, en toda su profundidad, la objeción cultural que se opone a su tesis de la irrelevancia de las diferencias personales. El problema no es, sin más, que existan unos derechos de la comunidad que, ajenos a la identidad del individuo, chocarían con sus derechos de libertad. De manera más radical, el problema es que, al margen de un contenido vital comunitario, los valores proclamados por los derechos de libertad (expresión, asociación, religión, privacidad, etcétera) carecen de cualquier contenido valioso. Como se ha explicado, no existen contenidos valiosos de libertad al margen de la vida comunitaria.²⁵³

Decir que la libertad religiosa es de los individuos, y no de las religiones, supone desconocer que los individuos nutren su libertad religiosa de las religiones. El que las religiones sean prácticas institucionalizadas colectivas trae consigo, por ende, que la libertad religiosa del individuo tenga un contenido cultural-institucional. Por eso, socavar el contenido de una religión incide directamente en el contenido de la libertad de quienes la practican. Puede resultar tentador, tal vez, sostener que “la laicidad” del derecho y del Estado “reside en su neutralidad frente a las diversas concepciones morales que conviven en una sociedad, según resulta asegurada por los derechos de libertad”.²⁵⁴ Sin embargo, tan pronto como, en el espacio público, las libertades individuales de unos y otros entran en conflicto, la solución de los conflictos exige del Estado un juicio moral sobre qué es más conveniente para el bien común, y, por ende, para proteger la libertad del conjunto de los ciudadanos.

3. Por todo lo expuesto, me cuesta mucho admitir la tesis de Ferrajoli de la irrelevancia de las diferencias culturales (religiosas, morales, de nacionalidad, etcétera). Desde luego, la radicalidad con que la presenta el profesor

²⁵¹ *Ibidem*, p. 50.

²⁵² *Ibidem*, p. 51.

²⁵³ *Vid. supra* capítulo 1, 1.5, a.

²⁵⁴ Ferrajoli, Luigi, *Manifiesto por la igualdad*, cit., p. 57. Para una amplia revisión crítica de la tesis liberal de la neutralidad moral, *vid.* Simón Yarza, Fernando, *Entre el deseo y la razón. Los derechos humanos en la encrucijada*, cit.

italiano la hace escasamente realista. Plantear la “superación de la distinción entre personas y ciudadanos”²⁵⁵ borrando toda especificidad de *status* fundada en la nacionalidad, supone un utopismo de consecuencias, en mi opinión, injustas. Tampoco me parece correcto ver en el sacerdocio católico masculino —como hace el profesor italiano—²⁵⁶ una lesión de la libertad previa de la mujer a acceder al sacerdocio. Bajo tal perspectiva, se pierde de vista que el contenido de la libertad de acceso al sacerdocio es enteramente institucional. No se trata de ningún derecho natural ni de ninguna libertad abstracta, sino de la participación en un bien común, indisponible para el individuo. En fin —y siguiendo con los ejemplos de Ferrajoli—, tampoco la libertad de acceder al matrimonio²⁵⁷ puede considerarse como una libertad independiente de la configuración de la institución, sino que es dicha configuración comunitaria la que dota de contenido u objeto a la libertad matrimonial. En todos estos casos —y con carácter general, me atrevería a decir—, las diferencias culturales resultan de enorme relevancia para determinar el contenido de los derechos de libertad. No creo que sea atinado, pues, definir el principio de igualdad como una exigencia de desproveerles de valor jurídico.

1.3. *La semántica de Ronald Dworkin*

Advertida la limitada utilidad de la “igualdad humana”, la “igual dignidad humana” o “lo humano” como criterio de determinación de lo justo, me referiré a continuación a algunas formulaciones igualitarias, a mi parecer confusas, introducidas por Dworkin. Me refiero a los postulados de un derecho humano universal a la “igual consideración y respeto” (*equal concern and respect*), del que emanaría la interdicción de las discriminaciones injustas (a); y de un derecho universal a “ser tratado como un igual” (*to be treated as an equal*), que se contrapondría al inexistente derecho a un trato igual (b).

a) “Consideración y respeto” e “igual consideración y respeto”

Dworkin ha tratado de deducir la prohibición de discriminaciones injustas de un abstracto derecho humano a la “igual consideración y respeto” (*equal concern and respect*).²⁵⁸ Se trata de una fórmula, empero, cuyo valor

²⁵⁵ Ferrajoli, Luigi, *Manifiesto por la igualdad*, cit., p. 32.

²⁵⁶ *Ibidem*, p. 27.

²⁵⁷ *Ibidem*, p. 57.

²⁵⁸ Dworkin, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, cit., p. 330; *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge MA, Harvard University Press, 2000, pp. 1 y ss.; y *Taking Rights Seri-*

y claridad han sido cuestionados por algunos críticos, especialmente por Joseph Raz. Juntamente con el filósofo israelí, considero también que se trata de una fórmula ambigua, que no reduce las dificultades aplicativas del principio de igualdad de trato.

1. Si entendemos que hay que brindar a todos la consideración y el respeto que, *en cada caso*, merecen, la “igual consideración y respeto” de la que habla Dworkin no suscita serias objeciones, si bien resulta trivial. En el fondo, se trata de una referencia a la “consideración y respeto debidos en cada caso”, *por igual*. Si a un sujeto A le debo una consideración *x* y a un sujeto B le debo una consideración *y*, dispensarles igualmente la consideración *debida en cada caso* consiste en dispensarles la consideración *x* e *y*, respectivamente. Así entendida, la referencia a la igualdad no pasa de ser una redundancia, puesto que todos los casos subsumibles bajo una categoría son, por definición, iguales en cuanto que pertenecientes a la categoría. Raz lo ha expresado con gran claridad: “todos los principios pueden ser contemplados como principios de igualdad, sencillamente, en virtud de su generalidad”. Ahora bien, “toda teoría moral y política que pretende ser... completa respecto a algún asunto, encierra un principio de igualdad en este sentido”. Consiguientemente, “los principios de cierre de este tipo no pueden conferir carácter igualitario a una teoría”. En estos casos, la invocación de la igualdad es, al decir del propio Raz, puramente “retórica”.²⁵⁹

2. Añadir a la categoría del “respeto” el calificativo de “igual” resulta, en realidad, confuso:

a) Cualquier persona merece, ciertamente, que se le dé lo que le corresponde, su “derecho” (*ius*), y negárselo conscientemente comporta, por definición, una desconsideración y una falta de respeto. Las nociones de consideración y respeto (o de desconsideración y falta de respeto) están en la base de todo acto de justicia y de toda injusticia. Ahora bien, la desconsideración que comporta cualquier atentado contra la justicia —consista o no en una discriminación— no es ningún parámetro universal que permita esclarecer, *materialmente*, el contenido del respeto debido a alguien.

b) En sentido riguroso, no puede decirse que a todos corresponda, bajo cualquier perspectiva, el mismo respeto y consideración, ni de parte del Estado ni del resto de los ciudadanos. De lo contrario, no existirían los honores ni las deferencias lícitas, las cuales, por definición, elevan a alguien por encima del resto y lo hacen acreedor de especial “respeto” (*respect*), ni las

ously, cit., pp. 180 y ss. y 272 y ss. De manera nítida, la identificación entre igualdad de trato e igualdad de consideración (*equal concern*) es defendida por Scanlon, Thomas, *Why Does Equality Matter?*, *cit.*, pp. 11-25 (“Equal Concern”).

²⁵⁹ Raz, Joseph, *The Morality of Freedom, cit.*, pp. 218, 220 y 228.

penas ni las censuras, que marcan con la ignominia a quien las recibe. La exigencia de una “estima igual” (*equal esteem*) es, según afirma Hayek, insostenible, dado que “nuestro entero código moral descansa en la aprobación o desaprobación de la conducta de otros”.²⁶⁰ Tampoco se puede afirmar que exista un deber de “consideración” (*concern*) igual para con todos, lo cual contradice, por ejemplo, el deber de guardar una consideración especial por los más necesitados.

3. Defendiendo la postura de Dworkin, Michael P. Foran objeta a Raz que su reducción de la “igual consideración y respeto” a la simple “consideración y respeto” no termina de explicar la injusticia de un régimen político de clases, o de la esclavitud. Dicha injusticia no reside, a su juicio, en la no consideración de las clases inferiores o de los esclavos, sino en su consideración desigual.²⁶¹ Pienso, sin embargo, que Foran no acierta a demostrar que sea así:

a) En lo que respecta a los regímenes políticos aristocráticos, ya se ha explicado más arriba que tales regímenes no son injustos de suyo. Sobre este asunto, me remito a las consideraciones realizadas en el primer capítulo.²⁶²

b) En cuanto a la esclavitud, cosificar al ser humano es injusto no por contravenir un principio de *igual* consideración y respeto a todo ser humano, sino por no dispensar al ser humano el respeto que merece *en cuanto que ser humano*. Que semejante respeto le corresponda a cualquiera se debe, como dice Raz, a que todos los miembros de una categoría son iguales en cuanto que pertenecientes a dicha categoría. En este punto, “el principio *comparativo* fundacional de Dworkin de la «igual consideración y respeto»”, se transforma en “un principio de consideración y respeto *simpliciter*”.²⁶³

b) “*Trato igual*” y “*trato como un igual*”

También me parece equívoca —“un instrumento retórico”,²⁶⁴ por calificarla con palabras de Raz— la afirmación de Dworkin de que la igualdad dimanante de la dignidad no comporta el derecho de la persona a un trato

²⁶⁰ Hayek, Friedrich A. von, *Law, Legislation and Liberty*, cit., p. 260.

²⁶¹ Foran, Michael P., *Equality Before the Law*, cit., p. 79.

²⁶² *Vid. supra* capítulo 1, 1.5.

²⁶³ Girgis, Sherif, “Equality and Moral Worth in Natural-Law Ethics and Beyond”, *American Journal of Jurisprudence*, vol. 59, núm. 2, 2014, p. 150.

²⁶⁴ Raz, Joseph, “Professor Dworkin’s Theory of Rights”, *Political Studies*, vol. 26, núm. 1, 1978, p. 130. La confusión es acertadamente advertida también por Westen, Peter, *Speaking of Equality*, cit., pp. 104 y ss.

igual, sino “a ser tratada como un igual”.²⁶⁵ Se trata de una distinción que apenas sirve para esclarecer los problemas que plantea la regla de igualdad de trato, como a continuación trataré de mostrar.

1. Al postular un derecho de las personas a ser tratadas como iguales, Dworkin no puede pretender ir más lejos de la exigencia de tratar a todas las personas como personas.²⁶⁶ Dicho de otro modo, el único *ius* respecto al cual todas las personas son, por definición, iguales, habría de ser aquél que les correspondería en cuanto que personas. El discurso de los derechos humanos, como he explicado, ha pretendido concretar el *ius* que, de manera universal, corresponde a cada persona por el simple hecho de ser tal. En rigor, sin embargo, se trata de un discurso que tiende a calificar como derechos lo que, en puridad, son bienes humanos básicos, carentes de una medida definida en su formulación en los catálogos. Ya hemos hablado de ello suficientemente.²⁶⁷

2. La confusión que presenta la fórmula dworkiniana aludida (“tratar a las personas no igual, sino como iguales”) es similar a la que presentaba la anterior (“igual consideración y respeto”). Las personas son iguales, *per se*, en cuanto que personas, pero son desiguales en muchísimos aspectos. Afirmar, sin cualificación, que hay un deber de “tratar a las personas como iguales” no parece aclarar la ambigüedad de la “igual consideración y respeto”, ni supone precisión alguna respecto al deber —negado expresamente por Dworkin— de “tratar a las personas igual”.

a) Dworkin pone el ejemplo de dos niños que precisan de un medicamento: uno de ellos se está muriendo y el otro simplemente está experimentando molestias como consecuencia de la falta del medicamento. Dar el medicamento al que está muriéndose —afirma Dworkin— no sería tratarles igual, sino tratarles como iguales; en tanto que sortear el medicamento entre ambos sería tratarles igual, pero no como iguales.²⁶⁸ Francamente, sin embargo, considero que esta distinción tiene también algo de retórica:²⁶⁹

(1o.) Lo cierto es que dar el medicamento al que está muriéndose es tratar a uno y otro de manera desigual en cuanto al hecho de darles el medicamento y como desiguales en cuanto a sus necesidades. Desde el punto de vista de la necesidad son desiguales y, por ende, son tratados de manera desigual.

²⁶⁵ Dworkin, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, cit., p. 388; *Sovereign Virtue*, cit., pp. 63 y ss., 411, etcétera.

²⁶⁶ Vid. en la misma línea Lucas, John R., “Against Equality”, cit., p. 298.

²⁶⁷ Vid. *supra* capítulo 3, 1.2, a, parágrafo 3.

²⁶⁸ Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, cit., pp. 226 y ss.

²⁶⁹ Vid. también Westen, Peter, *Speaking of Equality*, cit., pp. 104 y ss.

(2o.) Para afirmar —como hace Dworkin— que se les trata como iguales, el *tertium comparationis* de esa relación de igualdad ha de ser el hecho de que son personas acreedoras de justicia, pero dicho rasgo no nos dice absolutamente nada relevante para la distribución concreta. En relación con ese rasgo ha de sostenerse, además, que se les trata igual, dado que se dispensa a ambos un trato justo otorgándoles su *ius* respectivo. Esta relación de igualdad —lo mismo que la igual consideración y respeto— no clarifica en nada el contenido o la materia de la justicia, porque, refiriéndose a las personas como acreedoras iguales de justicia, tiene como objeto, precisamente, el acto de justicia en su pura formalidad.

b) Desde el punto de vista del pensamiento jurídico aristotélico, la aproximación acertada a este problema es, sin lugar a dudas, la expuesta en el punto (1o.): se les trata desigualmente porque *son* desiguales. O lo que es lo mismo, se les trata desigualmente y se les trata como desiguales que son. Siendo la necesidad el criterio de distribución que determina materialmente el *ius* en este caso, el hecho de tener necesidades distintas los hace jurídicamente distintos; y el hecho de ser jurídicamente distintos hace que surja, derivadamente, el deber de tratarles desigualmente.

3. En realidad, no existe un derecho general, sin cualificación, a ser tratado como un igual; como tampoco existe un derecho general, sin cualificación, a ser tratado como un distinto. Podemos seguir preguntándonos si existe al menos, como sostuvo Isaiah Berlin, una presunción general de igualdad, que exigiría ofrecer razones para la desigualdad de trato, y no para la igualdad. El célebre profesor de Oxford concibió como un “principio profundamente arraigado en el pensamiento humano” la idea de que, “a no ser que exista una razón para ello, reconocida como suficiente por algún criterio identificable, un hombre no debe ser preferido a otro”.²⁷⁰ Pienso que esta opinión tiene algo de trivial, ya que la igualdad presunta que defiende se basa en prescindir, *a priori*, de cualquier diferencia relevante. Si las personas son consideradas de manera abstracta, simplemente como casos de una categoría o una forma común, no pueden contar más que otros supuestos de la misma categoría o forma; exactamente igual que ocurriría con cualquier caso de otra categoría respecto a supuestos de su misma categoría. Se podría aplicar aquí la crítica de Friedrich Engels en el *Anti-Dühring*: “Para hacer realidad el axioma fundamental de que dos hombres” son “totalmente iguales entre sí”, tienen que ser

...dos hombres tan liberados de toda realidad, de todas las condiciones nacionales, económicas, políticas y religiosas que existen sobre la tierra, de todas

²⁷⁰ Berlin, Isaiah, “Equality”, en *Concepts and Categories: Philosophical Essays*, Princeton, Princeton University Press, 2013, p. 133.

las particularidades sexuales y personales, que no quede del uno ni del otro más que el mero concepto: ‘hombre’; entonces sí que son ‘plenamente iguales’. Así pues, son dos completos fantasmas...²⁷¹

2. “IGUALDAD REAL”: CONCEPTO Y MÉTRICA

En el epígrafe anterior, he abordado críticamente la excesiva confianza en “lo humano” como fuente de determinación de lo justo. En este segundo epígrafe, me referiré con cierto detenimiento a la *reducción de las desigualdades materiales*. Se trata del problema de la llamada “igualdad real” o “sustancial”, en el centro del debate político, como hemos visto, a partir del advenimiento del Estado social. Retomando un interrogante anticipado al final del capítulo anterior, la primera cuestión que abordaré es si la igualdad de condiciones materiales de vida es, efectivamente, un *valor intrínseco* o un valor relativo a otro u otros valores (2.1). A continuación, haré un breve recorrido por las llamadas *métricas de la igualdad*. Como trataré de explicar, esta discusión es relevante con independencia de que uno mantenga o no una posición igualitaria (2.2).

2.1. ¿Valor intrínseco o relativo?

Como se acaba de indicar, es preciso clarificar si la igualdad real de condiciones entre las personas constituye un genuino bien intrínseco o si, bajo la noción de igualdad real, allí donde es rectamente entendida, lo que en realidad se postula es la tutela de otros bienes humanos básicos y se da expresión a otros criterios de justicia distintos de la propia igualdad real (*v. gr.*, el de la necesidad o la suficiencia de recursos u oportunidades). ¿Constituye la igualdad algo en sí mismo valioso, como sostiene el igualitarismo, o cobra su valor (o disvalor) por referencia a otros bienes?

²⁷¹ Herrn Eugen Dührings Umwälzung der Wissenschaft (*Anti-Dühring*), en Karl Marx y Friedrich Engels, *Werke*, vol. 20, Berlín, Dietz, 1975, p. 91: “Um das Grundaxiom fertigzubringen, daß zwei Menschen und ihre Willen einander völlig gleich sind und keiner dem andern etwas zu befehlen hat, dazu können wir noch keineswegs jede beliebigen zwei Männer gebrauchen. Es müssen zwei Menschen sein, die so sehr von aller Wirklichkeit, von allen auf der Erde vorkommenden nationalen, ökonomischen, politischen, religiösen Verhältnissen, von allen geschlechtlichen und persönlichen Eigentümlichkeiten befreit sind, daß von dem einen wie von dem andern nichts übrigbleibt als der bloße Begriff: Mensch, und dann sind sie allerdings ‘völlig gleich’. Sie sind also zwei vollständige Gespenster, beschworen von demselben Herrn Dühring, der überall ‘spiritistische’ Regungen wittert und denunziert”.

a) *El destino universal de los bienes y el fracaso en su distribución*

1. Entre los argumentos esgrimidos a favor del igualitarismo en las condiciones materiales de vida, tal vez el más relevante deduce el bien intrínseco de la igualdad a partir de un ideal de imparcialidad. Si, en abstracto, “nadie cuenta más que nadie”, la igualdad de condiciones de vida entre todos parecería constituir un ideal digno de ser perseguido *per se*, en sí mismo.

Así lo interpretan, *v. gr.*, autores como Thomas Nagel,²⁷² quien considera la desigualdad de condiciones entre las personas como un mal añadido al estado de privación de bienes sustantivos en el que se encuentran los desfavorecidos.

Desde este planteamiento, la igualdad real opera como un bien intrínsecamente deseable, independiente incluso del nivel de suficiencia de recursos en que cada uno se encuentre.

2. En contraste, otros filósofos, como Finnis, consideran que

...lo que hay de injusto de las grandes disparidades de riqueza en una comunidad no es la desigualdad como tal, sino el hecho de que (como la desigualdad sugiere) los ricos han fracasado en redistribuir esa porción de su riqueza que podría ser empleada mejor por otros para realizar los valores básicos en sus propias vidas.²⁷³

La injusticia no residiría propiamente en el hecho de la desigualdad, y tampoco la justicia exigiría una participación idéntica en los distintos bienes ni una consideración imparcial de todos los ciudadanos. Lo que la excesiva desigualdad parecería sugerir son actitudes objetivamente injustas, en la medida en que contradicen un *ius* primigenio o natural, *i. e.*, una asignación inicial de los bienes que tiene carácter universal: los bienes del mundo son para el provecho de todos, y no sólo de unos pocos.

En la medida en que los necesitados no reciben participación alguna en el patrimonio común, de algún modo se les está negando lo suyo. Lejos de toda imparcialidad, esto implica un compromiso especial con los más necesitados basado en la responsabilidad colectiva por administrar el patrimonio común en beneficio de todos, de las generaciones presentes y futuras.

²⁷² Nagel, Thomas, *Equality and Partiality*, Nueva York, Oxford University Press, 1991, p. 64.

²⁷³ Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights*, *cit.*, p. 174.

b) “Levelling down”, “*prioritarismo*” y “*ordo amoris*”

1. Una de las objeciones importantes frente al igualitarismo en las condiciones materiales de vida es la llamada “objeción de la nivelación por abajo” (*levelling down objection*), formulada por numerosos autores: si la igualdad fuese un bien intrínseco que debe perseguirse por sí mismo, existiría una buena razón para alegrarse de que la situación del aventajado empeorase. Tanta igualdad real se logra quitando al que tiene más como dando al que tiene menos.²⁷⁴ A nadie se le ocurre, sin embargo, pretender que haya nada bueno en generalizar igualitariamente la miseria.

2. Es oportuno notar que la nivelación por abajo se considera una mala solución, con carácter general, como mecanismo de corrección de las lesiones del principio formal de igualdad jurídica; esto es, de agravios que traen causa, precisamente, en una desigualdad de trato injusta.

Un caso muy controvertido al respecto fue el resuelto por el Tribunal Supremo de Estados Unidos en la Sentencia *Palmer v. Thomson*, de 14 de junio de 1971. La ciudad de Jackson, Mississippi, albergaba cuatro piscinas públicas para blancos y una sola para negros. Tras recibir el mandato judicial de acabar con la segregación en sus instalaciones municipales, el municipio decidió deshacerse de todas las piscinas públicas, cerrando las cuatro piscinas para blancos y cediendo la otra a la organización evangélica *Young Men's Christian Association (YMCA)*, para que la dirigiese según su criterio. En estas circunstancias, un grupo de ciudadanos negros demandó al municipio por vulneración de la *Equal Protection Clause* de la XIV Enmienda. Tras ver desestimadas sus pretensiones en sucesivas instancias, el propio Tribunal Supremo negó, en una Sentencia muy discutible, que hubiese una lesión del principio de igualdad. Es obvio que el cierre de todas las piscinas públicas y la cesión de una de ellas para su mantenimiento privado no constituía, formalmente, una discriminación racial. La nivelación por abajo, sin embargo, no mejoraba en absoluto la situación en que se encontraban los negros.²⁷⁵

Como es lógico, la actitud del ayuntamiento de Jackson en el caso expuesto ha sido censurada por distintos comentaristas, lo mismo que la Sentencia del Tribunal Supremo. En franco contraste con aquel asunto, los

²⁷⁴ Raz, Joseph, *The Morality of Freedom*, cit., p. 235; Parfit, Derek, *Equality or Priority?*, cit., pp. 17 y 18. En sentido distinto, *vid., v. gr.*, Temkin, Larry, *Inequality*, Oxford, Oxford University Press, 1993, p. 282.

²⁷⁵ *Palmer v. Thompson*, 403 U.S. (1971), 217-218. De hecho, el caso se vio agravado cuando la asociación privada YMCA decidió mantener la piscina cedida bajo un régimen de admisión exclusiva para blancos.

órganos jurisdiccionales llamados a revisar la legislación discriminatoria suelen evitar a toda costa la nivelación por abajo, sobreentendiendo que el remedio sería peor que la enfermedad. Es éste un problema recurrente en la jurisprudencia relativa al principio de igualdad, dado que, en no pocas ocasiones, la reparación de la discriminación por parte del Tribunal se torna difícil o incluso imposible.

Un ejemplo claro de lo recién expuesto nos lo ofrece el caso *Schachter v. Canada*, sobre la aplicación a los padres biológicos de beneficios parentales que sólo se preveían para padres adoptivos. El asunto, resuelto por la Corte Suprema de Canadá el 9 de julio de 1992, se originó cuando un varón, Shalom Schachter, solicitó un beneficio de ausencia por paternidad que le permitiera cuidar de su hijo una vez que su esposa regresó al trabajo. Pese a ser el padre biológico del niño, Schachter reclamaba una prestación concedida sólo a los padres adoptivos. Ante la denegación de la medida, acudió a los tribunales alegando una discriminación injusta. Tras sucesivas instancias, el Tribunal Supremo de Canadá emitió sentencia definitiva declarando la discriminación, si bien rehusó imponer judicialmente un remedio corrector. Estimó, por una parte, que suprimir la prestación concedida a los padres adoptivos —la nivelación por abajo— no sería apropiado, dado que privaría a muchas personas de un beneficio razonable sin favorecer a nadie. Con todo, rehusó también extender la prestación, considerando que una decisión de tal alcance correspondía al legislador.

El caso expuesto es reflejo de una amplia tendencia jurisprudencial comparada. Allí donde los órganos judiciales no pueden ordenar la nivelación por arriba sin incidir ilegítimamente en el proceso político, prefieren dejar las cosas estar a la nivelación por abajo. Se contentan en estos casos con alternativas como las llamadas declaraciones de “mera inconstitucionalidad” (en Alemania: *blo ße Verfassungswidrigkeit*) o las “resoluciones de llamada al legislador” (*Appellentscheidungen*), para que corrija la situación por sí mismo.²⁷⁶

3. En el debate sobre el valor intrínseco de la igualdad real, Parfit formuló una crítica basada en lo que vino a denominar “prioritarismo” (*prioritarianism*). Según Parfit, “los beneficios de los que están peor cuentan más”, lo que funda un deber de priorizar sus necesidades frente a los deseos, menos urgentes, de los mejor situados. El criterio de la necesidad constituye uno de los cánones distributivos de lo común que han de tomarse en consideración en una sociedad, en lo cual parece muy acertado su planteamiento.

²⁷⁶ Vid., al respecto, la monografía seminal de González Beilfuss, Markus, *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, Madrid, Tribunal Constitucional y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

to. No es tan acertado, sin embargo, en la desconsideración que manifiesta respecto a otros criterios de justicia relevantes, en particular respecto a la existencia de un *ordo amoris* que vincula a las personas. Examinemos sus propias palabras:

Si, entre dos personas, es más importante beneficiar a una porque está peor, es irrelevante si esas personas pertenecen a la misma comunidad, o si somos conscientes de la existencia de la otra. La mayor urgencia de beneficiar a una persona no depende de su *relación* con otra persona. Depende exclusivamente de su nivel absoluto más bajo.²⁷⁷

Como he anticipado, pienso que lo afirmado por el pasaje transcrito no es correcto. La medida de nuestra responsabilidad o “vínculo con la realidad” (*res sponsio*) está mediada por nuestra perspectiva finita, para la que las relaciones de cercanía y lejanía (distancia física, afinidad de sangre, lazo comunitario, etcétera) tienen relevancia. Asimismo, existen otros criterios de distribución que, dependiendo de la naturaleza del bien distribuido y de otras circunstancias de la distribución, pueden resultar también apremiantes. Sin perjuicio de esta objeción, Parfit parece acertar, eso sí, en subrayar que el criterio relevante para mejorar la posición de los desfavorecidos no es el de la “igualdad real” como tal, sino el de su propia necesidad. *Ceteris paribus*, la necesidad material es un criterio que exige priorizar la mejora material del necesitado frente a la situación material de quienes se encuentran satisfechos.

*c) La igualdad y la desigualdad como condiciones
constitutivas de otros bienes*

Otro elemento que nos obliga a cuestionar el igualitarismo reside en el valor relativo que poseen tanto la igualdad como la desigualdad real entre personas y grupos. Me refiero al valor de la igualdad real no solamente en un sentido material —esto es, a la igualdad en las condiciones económicas de vida de los ciudadanos—, sino también a la igualdad y la desigualdad de cualidades, aptitudes, y todo género de condiciones humanas.

Existen bienes humanos, socialmente muy importantes, que tienen como “precondición”²⁷⁸ una relación de igualdad real (*v. gr.*, la amistad, la

²⁷⁷ Parfit, Derek, *Equality or Priority?*, *cit.*, p. 23.

²⁷⁸ A ello se refiere Sherif Girgis en su inteligente ensayo: “Equality and Moral Worth in Natural-Law Ethics and Beyond”, *cit.*, p. 147.

solidaridad, el compañerismo, la fraternidad, etcétera). No en vano afirma Aristóteles que la amistad sólo puede darse sobre la base de una cierta igualdad entre los amigos.²⁷⁹ Existen también bienes humanos, relevantes socialmente, que sólo pueden instanciarse o participarse desde una relación de desigualdad.²⁸⁰ Es el caso, por ejemplo, de cualidades como la misericordia, el perdón, la magnanimidad o la compasión. Todas ellas son realidades que humanizan nuestras relaciones y sólo pueden instanciarse desde una posición de relativa superioridad. De manera análoga, existen otras cualidades, no menos valoradas, que tan sólo pueden instanciarse desde una posición de relativa inferioridad. Es lo que sucede, *v. gr.*, con la piedad filial y religiosa, la gratitud o la admiración. Pretender eliminar toda forma de inferioridad y superioridad supondría renunciar a estos bienes, lo cual degradaría al hombre. Conceder igualdad donde toca ejercer la autoridad puede ser signo de una irresponsabilidad narcisista e infantil. Asimismo, reivindicar igualdad donde debe reinar la admiración ante la excelencia de alguien parece mezquino.

La existencia de bienes constitutivamente ligados a la igualdad o a la desigualdad de condiciones implica que la deseabilidad de una u otra se halla en función de la deseabilidad de los bienes sustantivos de los que son constitutivas. Dicho esto, si la cultura humana sólo se manifiesta con toda su riqueza en una pluralidad de valores y bienes ligados, respectivamente, a la igualdad y a la desigualdad, la coexistencia de ambas puede considerarse constitutiva de dicha riqueza.

d) La incidencia relativa de la igualdad material

1. Existe otro argumento que, a mi juicio, milita a favor de la tesis de la dependencia del valor de la igualdad respecto a otros bienes. En efecto, si descendemos al plano de las desigualdades económicas, podemos apreciar una notable variabilidad en su significado e impacto. La complejidad de los vínculos sociales hace difícil calibrar con exactitud la incidencia que, positiva o negativamente, desempeñan las relaciones de igualdad y desigualdad material entre los ciudadanos.

2. Con el fin de ilustrar este punto, examinemos los siguientes dos escenarios o situaciones imaginarias:²⁸¹

²⁷⁹ *EN*, 1159b2-3.

²⁸⁰ *Vid.*, *v. gr.*, Raz, Joseph, *The Morality of Freedom*, *cit.*, pp. 233 y ss.

²⁸¹ *Cfr.*, con algunas divergencias, Temkin, Larry, "Inequality", *Philosophy & Public Affairs*, vol. 15, núm. 2, 1986, p. 104.

1o.- Un escenario en el que cada uno de los miembros de un grupo muy pequeño de personas (G1) posee un bien material x en cantidad de 40, frente a la media general, que lo posee en cantidad de 100.

2o.- Un escenario en el que cada uno de los miembros de un grupo muy numeroso de personas (G2) tiene 20 de ese mismo bien material x , frente a una media general que tiene 100.

a) Interroguémonos a continuación: ¿en cuál de los dos escenarios descritos hay más desigualdad real? La respuesta depende, curiosamente, de las comparaciones que hagamos en el seno de cada uno de los escenarios:

(1o.) Si comparamos la distancia entre la media general y los miembros del grupo desfavorecido en cada caso, hay más desigualdad en el segundo escenario, dado que la diferencia de sus miembros con la media (-80) es mayor que la del grupo G1 (-60).

(2o.) Al mismo tiempo, sin embargo, la igualdad que se da entre los miembros de G2 alcanza a un mayor número de personas desfavorecidas, dado que G2 es un grupo mucho más numeroso que G1. En este sentido, hay más igualdad en el segundo escenario.

b) A partir de estas constataciones, si nos preguntásemos a quiénes perjudica más la desigualdad, sería imposible responder sin identificar el modo en que ésta afecta a otros bienes sustantivos. Enunciaré, a título ejemplificativo, algunas de las circunstancias que resultarían relevantes para valorar la incidencia de cada desigualdad sobre el bienestar de los miembros del grupo:

(1o.) Para determinar la relevancia de la diferencia entre los 20 que poseen los miembros de G2 y los 40 que poseen los miembros de G1, sería indispensable, obviamente, examinar dónde está el *umbral mínimo* de posesión del bien x para vivir sin penurias insoportables. Así, por ejemplo, si los miembros de G2 viviesen dentro de un nivel razonable de suficiencia, su situación no sería sensiblemente peor que la de los miembros de G1; cuestión que no ocurriría si estuviesen por debajo del nivel de suficiencia.

(2o.) Para determinar la relevancia de la diferencia de tamaño entre el numeroso grupo G2 y el pequeño grupo G1, tendríamos que valorar factores como la capacidad de G2 de paliar sus dificultades con una *solidaridad* colectiva que compensase su situación. Habríamos de tener en cuenta, de todos modos, que la amplitud del grupo podría operar también como catalizador de un *resentimiento* colectivo. El hecho de ser un grupo más numeroso podría contribuir, dependiendo de las circunstancias, a generar una solidaridad positiva, de carácter paliativo, o una solidaridad negativa u odio de clase. Así, en función de la incidencia del tamaño del grupo en otros bienes

sustantivos, la desigualdad mayor que se da entre los miembros de G2 y la media podría ser más o menos llevadera que la desigualdad menor que se da entre los miembros de G1 y la media.

e) Conclusión: ¿igualdad o suficiencia?

1. Cuanto se ha expuesto es suficiente, a mi juicio, para concluir que, como tal, la igualdad real de condiciones, materiales o de otro tipo, no constituye propiamente un bien en sí, sino que su deseabilidad guarda relación con la deseabilidad de otros bienes intrínsecamente valiosos a los que la igualdad se asocia y de los que, en ocasiones, es constitutiva (*v. gr.*, determinadas formas de amistad). Al mismo tiempo, sin embargo, conviene no perder de vista que existen también bienes humanos de los que la *desigualdad* es constitutiva (*v. gr.*, la autoridad). Que la igualdad o la desigualdad sean deseables dependerá de la necesidad o la conveniencia de perseguir aquellos bienes de los que la igualdad y la desigualdad son, respectivamente, condiciones constitutivas. Allí donde se precisa el establecimiento de una autoridad, la desigualdad que le es constitutiva debe prevalecer frente a los argumentos igualitarios. Y a la inversa, allí donde conviene promover lazos de camaradería, resulta indispensable cierto grado de igualdad entre las personas.

2. En lo que atañe a las condiciones económicas, es posible dar un paso más y afirmar que hacer de la “igualdad real” o “material” estricta un ideal resultaría inaceptable, dado que comprometería gravemente la libertad de los ciudadanos para desarrollarse, individual y colectivamente. Allí donde no surge espontáneamente, la igualdad real o material estricta sólo puede ser impuesta. En palabras de Hayek, “la plena igualdad para todos no puede significar sino la igual sumisión de las grandes masas bajo el dominio de alguna élite que gestiona sus asuntos”.²⁸²

3. Esto no es óbice, por último, para afirmar que existe un deber de justicia de los grupos mejor situados por elevar la condición de aquellos que se encuentran en condiciones de penuria o sin las oportunidades necesarias para vivir con cierto desahogo. Dicho deber se funda en una asignación originaria de las cosas para disfrute de toda la humanidad, así como en la distribución de la tierra entre distintas comunidades para general provecho de los miembros de cada comunidad. En coherencia con ello, coincido con Harry Frankfurt en que lo importante no es tanto la igualdad cuanto la *suficiencia*: “lo que es importante desde el punto de vista moral no es que todos

²⁸² Hayek, Friedrich A., *Law, Legislation and Liberty*, cit., p. 245.

deberían tener lo mismo, sino que todos deberían tener lo suficiente”.²⁸³ Consecuentemente, entiendo que la llamada “igualdad real” debe interpretarse en este sentido, esto es, no tanto como una exigencia igualitaria cuanto como un principio de suficiencia relativo a las condiciones y las oportunidades para una vida digna. Una vez, sin embargo, que se garantiza a las personas la oportunidad de tener lo suficiente para un pacífico sustento y un razonable desenvolvimiento social, otorgar una prioridad de principio a las aspiraciones económicas de los que están en una posición económica inferior resulta problemático. Existen circunstancias de muy diverso tipo (mérito, esfuerzo, talento, obligaciones, cargas, etcétera), relevantes para el bien común, que pueden justificar priorizar las necesidades y aspiraciones económicas de otras personas que, acaso, están en una posición mejor.²⁸⁴

2.2. Métricas de igualdad real

De acuerdo con lo explicado hasta ahora, podemos concluir que la llamada igualdad real, relativa a las condiciones materiales de vida, no debería tomarse como un ideal demasiado estricto. Este tipo de igualdad plantea, además, un interrogante ulterior que ha sido objeto de un prolongado debate entre los teóricos de la justicia. Me refiero a la llamada “métrica” de la igualdad real, esto es, a lo que Amartya Sen inquiría en 1979, en una importante conferencia pronunciada en la Universidad de Stanford: “*Equality of What?*”.²⁸⁵ Cuando hablamos de igualdad real en las condiciones materiales de vida, ¿con qué unidad de medida evaluamos tales condiciones? La cuestión, como se verá a continuación, dista de ser pacífica y el debate mantiene su interés incluso para quienes no somos igualitarios puros.²⁸⁶ En realidad, cualquier persona sensible a los problemas de la llamada justicia social precisa de una métrica para valorar qué necesidades merecen ser compensadas por la solidaridad colectiva.²⁸⁷ En esta línea, desde una posición próxima

²⁸³ Frankfurt, Harry, “Equality as a Moral Ideal”, *cit.*, p. 21. *Vid.* también, más ampliamente, la defensa del criterio de la suficiencia en Frankfurt, Harry, *On Inequality*, Princeton, Princeton University Press, 2015.

²⁸⁴ *Ibidem.*, p. 35.

²⁸⁵ Sen, Amartya, “Equality of What?”, en McMurrin, S. M. (ed.), *The Tanner Lectures on Human Values*, I, Cambridge, Cambridge University Press, 1979, pp. 197-220.

²⁸⁶ Dworkin, Ronald, *Sovereign Virtue*, *cit.*, p. 13.

²⁸⁷ De hecho, en su intervención en esta discusión, Martha C. Nussbaum aborda el problema de la llamada igualdad real en términos de “suficiencia” y “umbral mínimo” (*minimum threshold*) (Nussbaum, Martha C., *Frontiers of Justice: Disability, Nationality, Species Membership*, Cambridge MA, The Belknap Press of Harvard University Press, 2007, pp. 291 y ss.). Según

a la tesis de la suficiencia de Frankfurt, el interrogante formulado por Sen podría parafrasearse sin mayores problemas: “¿Suficiencia de qué?”. Para dar una respuesta cabal, es obligado atender a las principales posiciones articuladas desde la teoría de la justicia. Dadas las limitaciones de espacio, pondré el foco en las tres tesis que considero más relevantes en este debate.

a) *Bienestar*

Las teorías utilitaristas que ponen la métrica de la igualdad en el bienestar se topan con problemas notables objeto de la crítica de, entre otros, John Rawls y Ronald Dworkin. Principalmente, la definición misma del bienestar resulta controvertida, lo que da lugar a una amplia gama de teorías, más o menos objetivas o subjetivas.²⁸⁸ Si tomamos el logro de las propias *preferencias* o aspiraciones como medida del bienestar, de inmediato advertimos que existen incontables divergencias de bienestar que están fuera del alcance de la acción política.²⁸⁹ Entre las preferencias consideradas cabría incluir, además, las injustas,²⁹⁰ así como aquellas cuya satisfacción sólo podría realizarse a costa de la frustración de expectativas ajenas. Con carácter general, podemos afirmar que el bienestar que cabe derivar de la satisfacción de las propias preferencias varía en función de su grado de conexión con ambiciones más amplias y, en última instancia, con el propósito fundamental —condicionado por la libre elección del sujeto— de la propia vida.²⁹¹

Estas dificultades no desaparecen si el bienestar se concibe en términos de disfrute o goce (*enjoyment*). Al contrario, se reproducen aquí las objeciones

Sen, el enfoque de las capacidades (*capabilities approach*) ofrece un *foco de información* al que debe atenderse al juzgar y comparar ventajas individuales de conjunto, pero no exige una política específica ni impone, por consiguiente, la “igualación de capacidades” (Sen, Amartya, *The Idea of Justice*, Cambridge MA, The Belknap Press of Harvard University Press, 2009, p. 232).

²⁸⁸ En su revisión de las teorías que hacen del bienestar el parámetro básico de la igualdad material deseable, Dworkin distingue dos grupos principales de teorías del bienestar: las teorías que basan el bienestar en el éxito o el logro de las propias aspiraciones y preferencias (*success theories of welfare*) y las que lo basan en estados subjetivos de conciencia (*conscious-state theories of welfare*) (Sovereign Virtue, *cit.*, pp. 16-21).

²⁸⁹ *Ibidem*, p. 21.

²⁹⁰ Rawls, John, *A Theory of Justice*, *cit.*, p. 27: “el bienestar social depende directa y exclusivamente de niveles de satisfacción e insatisfacción de individuos. Así pues, si las personas encuentran placer en discriminar a otros, en subyugar a otros como medio de aumentar su autorrespeto, entonces la satisfacción de esos deseos debe ser sopesada en nuestras deliberaciones de acuerdo con su intensidad, o lo que sea, juntamente con otros deseos”.

²⁹¹ *Ibidem*, p. 30.

aplicables a las preferencias, dado que la satisfacción de las preferencias es fuente de disfrute. Incluso si nos ceñimos a los goces más básicos y universales, su intensidad varía en función de las aspiraciones y ambiciones de las personas y de tantas circunstancias que escapan a cualquier intento de medición.²⁹² Un problema al que Dworkin dedica un detenido tratamiento es, en fin, el de las personas de “gustos caros” (*expensive tastes*), la elevación de cuyo bienestar precisaría siempre de mayores recursos.²⁹³ En suma, la tesis del bienestar parece muy problemática.

b) Recursos

1. Tanto Rawls como Dworkin adoptan una métrica de igualdad fundada en los recursos. Frente a las teorías del bienestar, este planteamiento posee ciertas ventajas tanto en el orden de la viabilidad como en el de la deseabilidad. Respecto a lo primero, es evidente que los recursos no plantean objeciones tan evidentes de cuantificación como el bienestar; respecto a lo segundo, la asistencia mediante recursos hace más honor a la libertad y a la responsabilidad personales en el logro de la propia vida. La asistencia mediante recursos se compadece mejor con la mentalidad liberal, cuya crítica al paternalismo del bienestar se remonta al menos hasta Kant: “nadie me puede obligar a su modo de ser feliz (al modo como él se imagina el bienestar de los otros hombres)”.²⁹⁴

2. En la teoría de la justicia rawlsiana, los recursos que las partes esperan maximizar desde un inicio son los llamados “bienes primarios”, esto es, “aquellas cosas que un hombre racional se supone que quiere, cualesquiera otras cosas quiera”.²⁹⁵ Dentro de esta categoría se incluyen todos aquellos bienes útiles para realizar cualquier proyecto de vida personal (libertades, oportunidades, riqueza, etcétera). Bajo el “velo de ignorancia”, las partes se asegurarían un esquema igual de libertades básicas y sólo aceptarían las desigualdades materiales sobre la base de un principio de justicia que se desglosa en dos partes: el *principio de diferencia* (“las desigualdades económicas y sociales han de ser articuladas de modo que redunden razonablemente en

²⁹² *Ibidem*, pp. 42-45.

²⁹³ *Ibidem*, pp. 48-59. Al problema de los gustos caros se refiere también Rawls en “Social unity and primary goods”, en Sen, A. y Williams, B. (eds.), *Utilitarianism and Beyond*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982, pp. 168-169.

²⁹⁴ “Niemand kann mich zwingen auf seine Art (wie er sich das Wohlsein anderer Menschen denkt) glücklich zu sein” [*Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis* (Akademie-Ausgabe VIII), p. 290].

²⁹⁵ Rawls, John, *A Theory of Justice*, cit., § 15, p. 79.

beneficio de todos”) y el *principio de igualdad de oportunidades* (“las desigualdades económicas y sociales han de ser articuladas de modo que estén ligadas a cargos y posiciones abiertos a todos”).²⁹⁶ Los bienes primarios son, en definitiva, los recursos cuya distribución equitativa se asegurarían las partes a través de unos principios de justicia pactados antes de conocer la posición que ocuparán en la sociedad. De un lado, se asegurarían un esquema igual de libertades básicas; de otro, aunque aceptarían la desigualdad económica y social, ésta habría de estar asociada a posiciones abiertas y redundar en beneficio de todos.

3. El modelo teórico que emplea Dworkin es más abiertamente igualitario que el de Rawls, dado que asume que todas las desigualdades de recursos entre las personas tienen que estar fundadas, de algún modo, en la propia responsabilidad. Para hacer efectivo este postulado en la distribución ideal de recursos de una sociedad, Dworkin articula un complejo sistema imaginario de *subastas* acompañado de *seguros*:

a) La distribución inicial se basa en sucesivas subastas de lotes de recursos disponibles en las cuales todos los participantes —en su propio ejemplo, un grupo de naufragos arrastrados a una isla desierta— tienen un mismo poder adquisitivo. La distribución justa sería aquella que superase el *test* de la envidia: “ninguna distribución de recursos es una distribución igualitaria si, una vez completada la distribución, algún inmigrante preferiría el conjunto de recursos de otro al suyo propio”.²⁹⁷ Sobre esta base, la distribución igual se lograría en el punto en que hubiese un solo comprador para cada lote de bienes subastado —comprador que habría tenido la oportunidad, a su vez, de participar en las otras pujas—. En ese momento, las diferencias entre lotes serían fruto de la propia elección y cada uno estaría satisfecho con su parte.

b) Habida cuenta de que todas las desigualdades tienen que ser consecuencia de la propia decisión, Dworkin considera injustas las desigualdades de recursos fundadas en la “suerte bruta” (*brute luck*). A diferencia de la “suerte opcional” (*optional luck*), la “suerte bruta” sería aquella respecto a la que uno no tiene responsabilidad decisoria alguna. Con el fin de compensar la mala fortuna de este tipo, Dworkin combina su subasta hipotética con un sistema, también ficticio, de seguros compensatorios. Los riesgos y las primas son aquellos que las partes asegurarían en condiciones de ignorancia análogas a las de la posición original de Rawls.²⁹⁸

²⁹⁶ *Ibidem*, pp. 52 y ss.

²⁹⁷ Dworkin, Ronald, *Sovereign Virtue*, cit., p. 67.

²⁹⁸ *Ibidem*, pp. 73 y ss.; y 287 y ss.

Como he señalado, el modelo de Dworkin tiene un carácter puramente teórico y no se presenta tanto como una exigencia imperiosa. Él mismo admite que “ninguna sociedad orgánica y compleja podría tener, en su historia, nada remotamente comparable a una subasta igual”.²⁹⁹ Se trata de un criterio ideal, propuesto como modelo al que podrían aproximarse las distribuciones reales.

4. Como he señalado más arriba, procurar recursos al necesitado posee ventajas muy importantes frente al intento de proporcionarle bienestar, tanto en términos de viabilidad como de deseabilidad. A la hora de valorar los modelos expuestos, sin embargo, no nos podemos quedar en este punto. Las teorías señaladas no defienden, sin más, la preferencia de los recursos como medida del deber de asistencia a los necesitados, sino que proponen modelos igualitarios en términos de justicia. Es aquí donde reside, a mi modo de ver, su aspecto más cuestionable —siempre, claro está, desde el punto de vista de la comprensión clásica de la justicia—.³⁰⁰ Una cosa es que exista una atribución general de los bienes para el desarrollo humano de todos; y otra bien distinta es que las desigualdades que no benefician a todos (Rawls) o, más aún, que no están fundadas en la propia elección (Dworkin),³⁰¹ sean malas o injustas.

No es casual que Rawls y Dworkin planteen su teoría de la justicia en términos de modelos ideales a los que, a lo sumo, cabría una cierta aproximación. Desde una perspectiva clásica, la justicia pasa por dar a cada uno lo que realmente es suyo, y no hay injusticia sin un *ius* o cosa justa que le preceda. Por eso, la tesis de la *injusticia* de las desigualdades no buscadas sólo sería verdadera bajo la premisa de una genuina distribución real, previa e igualitaria, del patrimonio colectivo. Sin embargo, la atribución real —no ideal— de las cosas tiene un carácter histórico y no ficticio, y los deberes de solidaridad colectiva no se pueden confundir con exigencias igualitarias de justicia.

²⁹⁹ *Ibidem*, p. 72.

³⁰⁰ *Vid. supra* capítulo 1, 1-3.

³⁰¹ Esta misma crítica podría extenderse a otras teorías encuadrables en el llamado *luck egalitarianism*, v. gr., el “igual acceso a la ventaja” (*equal access to advantage*) de Gerald A. Cohen o la “igual oportunidad de bienestar” (*equal opportunity for welfare*) de Richard J. Arneson. *Vid.* Cohen, Gerald A., “On the Currency of Egalitarian Justice”, *Ethics*, vol. 99, núm. 4, 1989, p. 907: “Bajo el acceso a la ventaja igual, la distinción fundamental para el igualitario se da entre la elección y la suerte en la formación del destino de la gente”; y Arneson, Richard J., “Equality and Equal Opportunity for Welfare”, *Philosophical Studies*, vol. 56, núm. 1, 1989, p. 85: “En igualdad de condiciones, es malo que algunas personas estén en peor situación que otras sin que ello se deba a una elección voluntaria o a culpa propia”.

c) Capacidades

1. Un refinamiento ulterior en la aproximación a la métrica de la llamada justicia social lo constituye, a mi modo de ver, el “enfoque de las capacidades” (*capabilities approach*) teorizado, principalmente, por Amartya Sen y Martha C. Nussbaum. Esta perspectiva parte de lo que Sen calificó como “funcionamientos” (*functionings*) de las personas, entendidos como aquellos estados y actividades que constituyen realizaciones valiosas de la vida humana (alimentación, salud, amor, juego, etcétera). Los funcionamientos reflejan, en definitiva, “aquellas cosas que una persona puede valorar hacer o ser”.³⁰² El enfoque de las capacidades trata de promover que las personas estén capacitadas o habilitadas para poder ejercer o realizar sus funcionamientos. Como a continuación veremos, se trata de un planteamiento que comparte buena parte de la crítica liberal al enfoque utilitarista del bienestar, al tiempo que evita caer en algunos problemas de la teoría de los recursos.

2. El enfoque de las capacidades es compatible con la libertad y con el pluralismo de valores que existe en la sociedad y, justamente por ello, no impone un ejercicio efectivo concreto de esos “funcionamientos”.³⁰³ Como su nombre indica, se centra en las *capacidades* que habilitan para los funcionamientos. Trata de elevar las posibilidades de vida, sin imponer a las personas un modo concreto de vida. Frente a las teorías utilitaristas del bienestar, comparte con la perspectiva de los recursos que “no se pregunta por el bienestar total o medio”, sino que “está *centrado en la elección y la libertad*”.³⁰⁴

3. Frente a la perspectiva centrada en los recursos, sin embargo, el enfoque de las capacidades “propone un desplazamiento significativo desde la atención a los *medios* de vida hacia las *oportunidades reales* de vida”.³⁰⁵

a) Esto lo hace muy adecuado desde una concepción teleológica del ser humano, conforme a la cual existen “actividades y estados” en los que florece y prospera. No en vano, Nussbaum propone una visión teleológica semejante, ciertamente plural y compleja. El enfoque de las capacidades residiría en asegurar oportunidades reales para ejercer los funcionamientos que dan forma a una vida que cabría valorar.

b) Una crítica fundamental de Sen y Nussbaum a la métrica de los recursos es que la “capacidad de las personas de convertir los recursos en

³⁰² Sen, Amartya, *Development as Freedom*, Nueva York, Alfred Knopf, 2000, p. 75.

³⁰³ Sen, Amartya, *The Idea of Justice*, cit., pp. 237.

³⁰⁴ Nussbaum, Martha C., *Creating Capabilities. The Human Development Approach*, Cambridge MA, The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 18.

³⁰⁵ Sen, Amartya, *The Idea of Justice*, cit., p. 233.

funcionamientos”³⁰⁶ no es la misma entre unas personas y otras. Ello implica, obviamente, que los mismos medios o recursos materiales no permiten realizarse a los seres humanos por igual. Centrándose en las capacidades, Sen y Nussbaum tratan de mejorar las “oportunidades disponibles para cada persona”.³⁰⁷ Su objeto no son propiamente los recursos, sino las llamadas “libertades reales”.

4. A las ventajas expuestas, los planteamientos de Nussbaum y Sen añaden lo que podríamos calificar como un enfoque más prudencial y realista que el ofrecido por las teorías de Rawls y Dworkin. Los constructos ideales de estos autores son incuestionablemente ingeniosos y sofisticados, pero dependen, como se ha expuesto, de premisas morales igualitarias muy cuestionables.

2.3. Reflexiones críticas finales

Concluida la exposición previa, añadiré unas breves reflexiones conclusivas que servirán de cierre de este epígrafe sobre la igualdad real, y como prólogo de lo que resta del capítulo.

1. En primer lugar, mi juicio sobre las métricas indicadas se enmarca necesariamente en el contexto de la tesis, expuesta en el subepígrafe inmediatamente anterior,³⁰⁸ del valor relativo de la igualdad. Rechazado el igualitarismo estricto, el debate sobre las métricas sigue siendo importante en cuanto que se ocupa del criterio de relevancia para redistribuir bienes materiales entre las personas desfavorecidas. Como ya he anticipado, Nussbaum adopta una propuesta basada en la idea de suficiencia y umbrales mínimos más acertada, a mi modo de ver, que el igualitarismo. Sobre esta base, lo fundamental en el debate de las métricas es, en palabras de Sen, la elección de un “enfoque informacional” (*informational focus*)³⁰⁹ sobre los rasgos en que deberíamos centrarnos en la evaluación de las necesidades redistributivas.

2. En cuanto centrado en las oportunidades reales, el enfoque de las capacidades es, a mi juicio, superior tanto al de los recursos como al del bienestar. Mantiene, en efecto, un equilibrio adecuado entre la asistencia y el respeto por la libertad de las personas, sin caer en un utilitarismo ni en un liberalismo excesivos. Esto lo hace atractivo para una concepción realista del bien humano y permite explicar el influjo político práctico que ha

³⁰⁶ Nussbaum, Martha C., *Frontiers of Justice*, cit., p. 75.

³⁰⁷ Nussbaum, Martha C., *Creating Capabilities*, cit., p. 18.

³⁰⁸ Vid. *supra* capítulo 3, 2.1.

³⁰⁹ Amartya Sen, *The Idea of Justice*, cit., p. 231.

tenido en los indicadores internacionales de desarrollo. Asimismo, entronca con la pretensión tradicional del Estado social de promover las condiciones para que la libertad sea real y efectiva. En fin, el enfoque de las capacidades ofrece un marco teórico abierto a la discusión sobre cuáles son, exactamente, los funcionamientos y capacidades que deben valorarse en el ámbito de la redistribución. Nussbaum, por ejemplo, enuncia su propia lista de “capacidades centrales” (*central capabilities*),³¹⁰ pero cabrían otras enumeraciones compatibles con el enfoque del que parte.

3. Con todo, es importante recordar que estamos ante un elemento que no agota, ni mucho menos, el problema de la justicia distributiva. Su ámbito propio es el de la satisfacción de los umbrales mínimos del desarrollo humano. La justicia distributiva, sin embargo, se extiende a todos los ámbitos de participación en el bien común.

a) Las soluciones políticas concretas no pueden prescindir de la totalidad de las circunstancias de una sociedad, lo cual implica que sólo pueden adoptarse a partir de una deliberación prudencial que debe ponderar multitud de necesidades, urgencias y posibilidades de la propia comunidad política. Las capacidades nos ofrecen un valor “informativo”, pero no son, ni mucho menos, lo único que debe tenerse en cuenta a la hora de decidir si procede o no adoptar una determinada política social. Para ser completa, la teoría de la justicia debe abrirse a una perspectiva prudencial más profunda desde la que no basta con una única métrica concreta, sino que deben considerarse principios diversos.

b) Lo cierto es, valga la insistencia, que los repartos estatales nunca obedecen a una regla simple ni a un único criterio, sino que dependen de múltiples factores. Las distribuciones se basan en criterios de relevancia distintos que dependen de “la naturaleza de los bienes y males otorgados o distribuidos” en cada caso, así como “de la naturaleza de la clase en que esas asignaciones y distribuciones tienen lugar”.³¹¹ El estudio de la justicia y la igualdad distributiva pasa por ilustrar su carácter multiforme, como hizo Michael Walzer en su excelente teoría sobre las “esferas de la justicia” (*spheres of justice*). Con gran agudeza, el filósofo político neoyorkino concibió su proyecto como una “teoría de la igualdad compleja”³¹² (*complex equality*). Se trata, a mi modo de ver, del mejor modo de tratar de manera arquitectónica el problema de la justicia distributiva, y desde ese mismo espíritu abordaré lo que resta del capítulo:

³¹⁰ Nussbaum, Martha C., *Frontiers of Justice*, cit., pp. 76 y ss.:

³¹¹ Feinberg, Joel, “Non-comparative Justice”, *The Philosophical Review*, vol. 83, núm. 3, 1974, p. 299. Vid. también Scanlon, Thomas, *Why Does Equality Matter?*, cit., pp. 14 y ss.

³¹² Walzer, Michael, *Spheres of Justice*, cit., p. 28.

(1o.) En los epígrafes que siguen, me referiré a tres pluralidades que condicionan completamente las distribuciones, a saber: la pluralidad de bienes distribuidos (3), la pluralidad de criterios de distribución (4) y la pluralidad de agencias distributivas (5). La compleja variedad que se da en estos tres ámbitos exige considerar la teoría de la justicia como una teoría de esferas de justicia que guardan, simultáneamente, una independencia y una interconexión relativas.

(2o.) La multiplicidad de esferas de justicia que se dan en una sociedad exige, además, renunciar a una sistematización totalizante o exhaustiva. Es preciso conformarse con una aproximación al problema de carácter descriptivo o ilustrativo, como hace Walzer en su propia teoría de la justicia. Lejos de tratarse de una deficiencia teórica, semejante enfoque es el más adecuado a la complejidad de su objeto. Vale aquí la advertencia de Aristóteles en la *Ética a Nicómaco* de que “no se ha de buscar el rigor por igual en todos los razonamientos”, ya que “es propio del hombre instruido buscar la exactitud en cada género de conocimientos en la medida que admite la naturaleza del asunto”.³¹³

3. PLURALIDAD DE BIENES DISTRIBUIDOS

Abandonamos ya, pues, el problema de la llamada “igualdad sustancial” o “material”, para ampliar la perspectiva de análisis a los contenidos de la justicia distributiva de la *polis*, concebidos en un sentido más amplio. Como he señalado, la naturaleza compleja del objeto estudiado hace inútil tratar de elaborar un sistema cerrado o totalizante, y nos exige adoptar una perspectiva basada más en la ilustración y en la acumulación de principios diversos.

1. Es imposible hablar de justicia, como vengo insistiendo en este trabajo, si no es por referencia a la manera específica de participar en un bien común que configura un orden concreto, arraigado en una comunidad. El entero orden jurídico es un orden complejo, en correspondencia con la complejidad de la propia comunidad. La simple aprehensión de la unidad de la sociedad no puede revocar la pluralidad de subordinaciones y supraordenaciones que se dan en su seno. Al contrario, es necesario entender la comunidad como un cuerpo u organismo de organismos, lo que supone que el bien común es un bien de bienes. Dotado de su peculiar significado, cada uno de los bienes comunes se reparte conforme a una lógica distributiva propia, esto es, conforme a la lógica de su participación o aprovechamiento adecuado como bienes comunes. Los criterios de distribución varían, pues,

³¹³ EN, 1094b12-27.

en función del significado social de los bienes. Piénsese en cosas tan heterogéneas como una competición deportiva, una fiesta popular, los servicios religiosos, el descanso semanal, la escuela de educación primaria, la fábrica, las playas, el alumbrado callejero, las calificaciones académicas, la propiedad intelectual, el matrimonio, la herencia, los castigos, la función pública, la profesión médica, la seguridad social, el transporte urbano, las obras de arte... “esta multiplicidad de bienes está ligada a una multiplicidad de procedimientos distributivos, agentes y criterios”.³¹⁴

2. Los distintos bienes poseen un significado determinado históricamente por la sociedad. No existe, además, un elenco de bienes primarios que uno desee maximizar para realizar cualquier proyecto de vida, porque las cosas son buenas o malas para una vida particular y localizada, de acuerdo con el significado que poseen en un contexto concreto. Más allá de un pacífico sustento vital, el enriquecimiento o el empoderamiento material no son incondicionalmente buenos, en cualquier circunstancia, ni permiten realizar cualquier proyecto de vida. De hecho, no todo el mundo se dedica con fruición a la crematística ni a hacer carrera política, sino que muchos prefieren servir a la salud de los otros, o entregarse a la educación de los más jóvenes, o al servicio a Dios. No parece que nadie elija maximizar “bienes primarios”, de utilidad incondicional y absoluta, desde un *status naturae purae* de imparcialidad universal e igualdad abstracta. Las personas eligen bienes concretos desde el arraigo en una familia, un país, una cultura, una sociedad particular.³¹⁵ Cada uno de los bienes que se eligen posee un significado compartido preciso, el cual se corresponde con agencias y criterios de distribución específicos. Son estas agencias y estos criterios, a su vez, los que determinan quiénes son los iguales y quiénes los desiguales en la distribución. Por eso, “los principios de la justicia son, de suyo, pluralistas en forma; los diferentes bienes sociales pueden ser distribuidos por razones diferentes, de acuerdo con procedimientos distintos, por agentes distintos”.³¹⁶

3. El carácter histórico del significado social de los distintos bienes no es totalmente arbitrario ni permite afirmar un relativismo radical o absoluto. El orden concreto, el *nomos*, es despliegue de la *physis* humana, y la distribución llevada a cabo en la *polis* se orienta a la realización y al florecimiento de sus miembros. En este sentido, es obvio que los ordenamientos jurídicos

³¹⁴ Walzer, Michael, *Spheres of Justice*, cit., en especial las pp. 3 y ss.

³¹⁵ *Ibidem*, p. 5. En relación con este punto, me remito también al excepcional trabajo de Casey, Conor, “Political Liberalism and Liberalism’s Politics”, *Constitutional Commentary*, vol. 38, núm. 3, 2024, pp. 389-433.

³¹⁶ Walzer, Michael, *Spheres of Justice*, cit., p. 6.

pueden ser mejores y peores; y que existen órdenes naturales cuyo quebrantamiento produce la degradación de la entera sociedad. Ahora bien, ello no impide afirmar que es en el orden concreto de la *polis* donde los distintos bienes son comprendidos como tales y donde reciben su significado y valoración.

4. Hecha la precisión anterior, podemos afirmar con Walzer que “la igualdad es una relación compleja de personas, mediada por los bienes que hacemos, compartimos y dividimos entre nosotros”. Reclama, por consiguiente, “una diversidad de criterios distributivos que refleje la diversidad de bienes sociales”.³¹⁷ La mejor explicación de la justicia distributiva habrá de ser “una explicación de sus partes: de los bienes sociales y esferas de distribución”. En el significado social de aquello que compartimos, esto es, en la estructura del orden concreto que constituyen los distintos bienes comunes, se ven implicados los criterios de igualdad proporcional con que deben repartirse. Así, “dar a cada uno lo suyo” significa, de ordinario, distribuir los distintos bienes sociales “por razones «intrínsecas»” a esos bienes, de acuerdo con su finalidad.³¹⁸ En última instancia, una concepción integradora de la justicia no reclama que gobierne un determinado criterio o ideal de igualdad, sino que cada criterio de igualdad rija en el ámbito que le corresponde; que el parámetro reinante en una esfera se mantenga subordinado en otra.³¹⁹

5. Frente a una suposición muy extendida, el igualitarismo que trata de reducir la complejidad a una redistribución simple no es equitativo ni liberador, sino profundamente tiránico. Esta tiranía no es menos opresiva por revestirse de fraseologías aparentemente técnicas, como la “perspectiva transversal de x ” (siendo x lo que uno desee: la raza o el sexo, la religión o la opinión, el color de los ojos o el peso, el gusto artístico o la pobreza, la inteligencia o cualquier otro rasgo particular). La tiranía consiste, precisamente, en la miopía de adoptar una “perspectiva transversal” para tratar la multiplicidad de realidades distintas. Oportunamente lo advirtió Blaise Pascal al recordar que actúa despóticamente quien no respeta los órdenes concretos, y aplica criterios de distribución propios de un ámbito a otros que le son ajenos:

La tiranía consiste en el deseo de dominación, universal y fuera de orden. Diversos habitáculos de los fuertes, los bellos, los buenos espíritus, los piadosos, cada uno de los cuales reina en su casa, no en otra parte. Y a veces se encuentran y los fuertes y los bellos se pelean tontamente para ver quién será el amo del otro, porque su dominio es de varios tipos. No se llevan bien. Y su culpa es

³¹⁷ *Ibidem*, 18.

³¹⁸ *Ibidem*, 312.

³¹⁹ *Ibidem*, 321.

que quieren reinar en todas partes. Nada puede, ni siquiera la fuerza: no hace nada en el reino de los sabios, sólo es dueña de las acciones externas. —Así que toda esta palabrería es falsa.³²⁰

Y continúa:

Tiranía es querer tener por un camino lo que sólo se puede tener por otro. Diferentes deberes van unidos a diferentes méritos: deber de amor al agrado, deber de miedo a la fuerza, deber de credibilidad a la ciencia.

Es injusto rechazarlos, e injusto exigir otros.

Así, estos discursos son falsos y tiránicos. ‘Soy bello, por lo tanto debo ser temido. Soy fuerte, por lo tanto debo ser amado. Soy...’ Y es falso y tiránico decir: ‘Él no es fuerte, así que no lo estimaré. No es inteligente, así que no le temeré’.³²¹

No respetar la pluralidad de los criterios distributivos de igualdad y justicia sólo puede traer conflicto y frustración a una sociedad. Se trata del deseo de poder fuera de orden, o de pretender que una cualidad se erija en “mérito” de lo que corresponde, en realidad, a otra. No es casual que, al referirse a la pluralidad de esferas de justicia, Pascal emplee precisamente la palabra “*mérite*”. Lo hace exactamente en el mismo sentido en que Aristóteles, en su reflexión filosófica sobre la igualdad proporcional, hablaba de “*axia*”.

4. PLURALIDAD DE CRITERIOS DE IGUALDAD PROPORCIONAL

De la pluralidad de bienes en que consiste el bien común se desprende, como corolario, una pluralidad de criterios de distribución. Dado que el modo de

³²⁰ Pascal, Blaise, *Pensées*, 58-332 (Fragment Misère n° 6 / 24 - Papier original: RO 67-7): “La Tyrannie consiste au désir de domination, universel et hors de son ordre. Diverses chambres de forts, de beaux, de bons esprits, de pieux dont chacun règne chez soi, non ailleurs. Et quelquefois ils se rencontrent et le fort et le beau se battent sottement à qui sera le maître l’un de l’autre, car leur maîtrise est de divers genre. Ils ne s’entendent pas. Et leur faute est de vouloir régner -partout. Rien ne le peut, non pas même la force : elle ne fait rien au royaume des savants, elle n’est maîtresse que des actions extérieures. -Ainsi ces discours sont faux”.

³²¹ Pascal, Blaise, *Pensées*, 58-332 (Fragment Misère n° 6 / 24 - Papier original: RO 67-8): “La tyrannie est de vouloir avoir par une voie ce qu’on ne peut avoir que par une autre. On rend différents devoirs aux différents mérites : devoir d’amour à l’agrément, devoir de crainte à la force, devoir de créance à la science.

On doit rendre ces devoirs-là, on est injuste de les refuser, et injuste d’en demander d’autres.

Ainsi ces discours sont faux et tyranniques. «Je suis beau, donc on doit me craindre. Je suis fort, donc on doit m’aimer. Je suis...» Et c’est de même être faux et tyrannique de dire : «Il n’est pas fort, donc je ne l’estimerai pas. Il n’est pas habile, donc je ne le craindrai pas”.

participación o aprovechamiento social de cada bien engendra un tipo de distribución distinta, el criterio de relevancia que ha de tenerse en cuenta en su reparto es, igualmente, distinto. Con frecuencia, además, la distribución de un bien no puede efectuarse atendiendo a un solo criterio de proporcionalidad, sino que la prudencia o la justicia exigen combinar una pluralidad de criterios.

4.1. *Algunos criterios fundamentales*

Sin ningún ánimo de exhaustividad, mencionaré en este subepígrafe algunos de los criterios más conocidos. Son parámetros diversos y, en ocasiones, interrelacionados. Mi objetivo es ilustrar, con ejemplos particulares, hasta qué punto dichos criterios están ligados a *nomoi* u órdenes concretos, fuera de los cuales se convierten en tiránicos.

a) *La pertenencia*

En primer lugar, dediquemos un apartado a la simple *pertenencia a la comunidad política*, que conduce a establecer una primera cesura entre miembros y extraños del grupo.

1. Una fraternidad universal completamente igualitaria, semejante a la preconizada por el cosmopolitismo estoico o por el grito ilustrado de Friedrich Schiller: “abrazaos, millones” (*seid umschlügen Millionen*), pasaría por abolir la finitud humana. Con ello se pone de manifiesto, en el fondo, que lo que hay de universal en la *physis* humana —*v. gr.*, su natural sociabilidad— constituye un principio que sólo cobra realidad en particularizaciones o determinaciones concretas, o sea, en esta o aquella familia, en este o aquel círculo de amigos, en este o aquel pueblo. Bajo las condiciones reales de nuestra naturaleza, empeñarse en la igualdad universal en cuanto a la pertenencia conduciría a la disolución de nuestros vínculos. Carente de lazos particulares de pertenencia y de preferencias de grupo, semejante mundo sería probablemente inhumano: bien porque todos los seres humanos serían “extraños unos a otros”, bien porque “todos nuestros encuentros” serían “encuentros en el desierto o en los márgenes de la carretera”.³²²

2. El empeño de establecer una comunidad universal que haga *tabula rasa* de cualquier particularismo podría desembocar, paradójicamente, en una ce-

³²² Walzer, Michael, *Spheres of Justice*, cit., p. 34. Parece muy difícil de aceptar, por consiguiente, la llamada de Ferrajoli a superar “la distinción entre personas y ciudadanos” (*Manifiesto por la igualdad*, cit., p. 32). Las propuestas radicales en esa línea tienden a producir, además, movimientos pendulares de rechazo étnico igualmente peligrosos.

suras más peligrosas que la división entre nacionales y extranjeros. Una comunidad política consciente de su particularismo puede estar abierta a tolerar en su seno la existencia de otros particularismos distintos. Justamente porque afirma un *ēthos* que no pretende agotar las posibilidades de lo humano, es más propensa al reconocimiento del distinto. En contraste, un *ēthos* pretendidamente integrador de *todo* lo humano tiende a rechazar otro *ēthos* distinto, el cual sería, por definición, inhumano. Por sus pretensiones totalizantes, encierra una peligrosa dialéctica de intolerancia: “la inhumanidad más terrible sólo se realiza en nombre de la humanidad”.³²³ Cinco años después de la oda ilustrada de Schiller, y apenas proclamados los derechos del hombre, la guillotina comenzaría su actuación en nombre de esos mismos derechos. Y de manera prácticamente simultánea, en 1791, la dialéctica de humanidad e inhumanidad encontraría una expresión poética en la célebre aria de Sarastro, al término de *La flauta mágica*. En nombre de sus ideales universalistas, el sacerdote del humanitarismo ilustrado hacía sucumbir a la Reina de la Noche y proclamaba solemnemente: “a quien estas enseñanzas no alegren, no merece ser un hombre” (*Wen solche Lehren nicht erfreuen, verdient nicht ein Mensch zu sein*).

3. No podemos, por consiguiente, renunciar a la finitud de nuestras perspectivas, con la consiguiente limitación de nuestras responsabilidades. Es preciso asentar la ciudadanía en una igualdad y una desigualdad primigenias, respectivamente, hacia adentro y hacia afuera de la comunidad política. La pertenencia constituye un criterio fundamental para la asignación de las responsabilidades y los beneficios inherentes a la participación en la vida de esa comunidad. En la tradición judeocristiana, el Dios que exige tratar bien “al extranjero que resida en tu tierra”³²⁴ y el que “fortificó los cerrojos de tus puertas”³²⁵ es el mismo: a saber, el que otorga “paz dentro de tus muros”.³²⁶ La solidaridad de la familia humana y el destino universal de los bienes nos impiden hablar, desde luego, de un derecho ilimitado de exclusión de extranjeros. El deber de solidaridad que existe entre todos los hombres no obliga, sin embargo, a renunciar a ejercer responsablemente el derecho de acogida. Parte de esta responsabilidad reside, a mi modo de ver, en entablar prioridades basadas en la afinidad cultural o la historia compartida.³²⁷

³²³ Schmitt, Carl, *Der Begriff des Politischen*, Berlín, Duncker & Humblot, 1932, p. 81.

³²⁴ Levítico 19, 33.

³²⁵ Salmo 147, 13.

³²⁶ Salmo 122, 7.

³²⁷ Así se refleja, por lo demás, en el art. 11.3 de la Constitución española: “el Estado podrá concertar tratados de doble nacionalidad con los países iberoamericanos o con aquellos que hayan tenido o tengan una particular vinculación con España”.

b) A todos lo mismo

Constituida la comunidad política, la *common wealth* o el bien común, un primer criterio de reparto reza: “a todos lo mismo”. Justamente por su especial vinculación con la ciudadanía, existen bienes que se distribuyen a tanto *per capita*, otorgando a todos lo mismo. Así ha ocurrido, tradicionalmente, con el servicio militar o social a la patria, o contemporáneamente con el voto. En las comunidades políticas modernas, fundadas en la igualdad ante la ley, los derechos básicos de ciudadanía no deben hacer distingos. Tales derechos están asociados, sencillamente, a la pertenencia a la comunidad.

c) A cada cual según sus necesidades

Otro criterio fundamental es “a cada cual según sus necesidades”. La expresión ha quedado asociada en nuestra cultura a la máxima formulada por Karl Marx en su crítica del programa del Partido Socialista Obrero de Alemania: “de cada cual según sus capacidades, a cada cual según sus necesidades”. Abstracción hecha de las intenciones con que Marx hizo su proclama, ajenas, en sentido estricto, al ideal de justicia distributiva,³²⁸ lo cierto es que la *necesidad* constituye uno de los criterios paradigmáticos de justicia, en especial en el ámbito de la redistribución de bienes materiales. Se trata de un asunto del que nos hemos ocupado profusamente en el segundo epígrafe de este capítulo, al tratar los debates acerca de las “métricas” de la llamada “igualdad real”. A lo entonces expuesto, me limitaré a añadir a continuación algunas reflexiones.

1. Lo primero que vale la pena advertir es que el concepto de “necesidad” no es tan obvio como a primera vista pudiera parecer. Las cosas no son necesarias sin más, sino necesarias *para* unos fines. Toda vez que se supera el plano de la supervivencia, las necesidades empiezan a referirse a un “vivir bueno” cuya comprensión concreta está condicionada, como tal, por evaluaciones sociales. Como señala Sen, existe una “interdependencia profunda de las valoraciones de los individuos que interaccionan entre sí”. En las valoraciones de las personas, las “influencias sociales” se introducen “en términos de lo que valoran” y de “qué influencias operan en sus

³²⁸ El socialismo marxista se presenta como “científico” en sentido moderno, y renuncia por tanto a cualquier intento de incidir directamente en la “superestructura”: sus esfuerzos se dirigen a acabar con el sistema de producción capitalista. No es propiamente, pues, una teoría de la justicia. *Vid.* Marx, Karl, *Kritik des Gothaer Programms* (1875), en Marx, K. y Engels, F., *Werke*, 19, Berlín, Dietz, 1972, p. 22.

valoraciones”, por ejemplo, de “la influencia del razonamiento público en la estimación individual”.³²⁹ En la Edad Media, cualquier esquema de necesidades básicas habría incluido la *salus animarum* como un bien que todos elegirían, cualesquiera otras cosas desearan. Los atenienses, por su parte, veían una necesidad primaria en los baños públicos y gimnasios para todos los ciudadanos, pero no tenían seguridad social ni hospitales. El artículo 22 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos contempla como una necesidad básica la seguridad social y, en los últimos años, informes y documentos autorizados consideran que el “acceso efectivo a las tecnologías digitales y de la información”³³⁰ constituye algo esencial. Las necesidades, en definitiva, no son percibidas exactamente igual en todas las sociedades. Ello no quiere decir que todas las sociedades sean igualmente buenas o humanas, o que no haya fines más dignos que otros por naturaleza. Sin necesidad de caer en un relativismo ontológico radical, tan sólo quisiera constatar, de manera más modesta, que el juicio sobre las propias necesidades está mediado por el *ēthos* comunitario.

2. Señalado lo anterior, tampoco podemos desconocer los riesgos que acompañan a un exceso garantista en el ámbito de las necesidades materiales:

a) De un lado, se puede facilitar el parasitismo social y favorecer la indolencia y la irresponsabilidad individual. En este sentido, es conveniente arbitrar mecanismos que lleven a los ciudadanos a experimentar, de algún modo, el coste de los servicios y a evitar su aprovechamiento espurio.

b) Otro riesgo reside en hacer a los ciudadanos excesivamente dependientes del Estado, lo cual supondría una grave amenaza para su libertad. La invasión estatal de las distintas esferas vitales de la sociedad puede desembocar en un “despotismo suave” (*despotisme doux*),³³¹ como lo llamó Tocqueville.

c) Un tercer riesgo del asistencialismo estatal reside, finalmente, en reducir el espacio de la solidaridad interpersonal, haciéndola aparentemente innecesaria.³³² Se trata de una renuncia a un valor esencial para el bienestar del conjunto de la sociedad, que no puede ser suplido por la simple eficiencia técnica del aparato coercitivo público.

Por las razones expuestas, es aconsejable que, ante las necesidades materiales de las que pueden hacerse cargo razonablemente los ciudadanos,

³²⁹ Sen, Amartya, *The Idea of Justice*, cit., p. 244.

³³⁰ Naciones Unidas - Asamblea General, *Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión*, Frank La Rue, A/HRC/17/27, 16 de mayo de 2011, n. 61.

³³¹ Vid. *La democracia en América*, Libro II, Parte IV, Cap. VI.

³³² Walzer, Michael, *Spheres of Justice*, cit., p. 92.

el Estado asuma, en la medida de lo posible, una posición de garante antes que de prestador directo. Volveremos sobre ello al hablar de la pluralidad de agencias de distribución.

d) *La igualdad de oportunidades*

A fin de evitar los riesgos recién mencionados, las sociedades modernas suelen combinar el criterio de la necesidad con el fomento del esfuerzo personal mediante la promoción de una especie de igualdad real, a la que suele denominarse “*igualdad de oportunidades*”. También hemos tratado este asunto en el segundo epígrafe de este capítulo, por lo que bastarán algunas clarificaciones adicionales.

1. La “igualdad de oportunidades” persigue remover obstáculos que impiden a ciertas personas la participación en otros bienes, pese a cumplir con el *criterio interno* de su distribución. Por criterio interno hemos de entender aquel que atiende exclusivamente a la naturaleza del bien distribuido, con independencia de otros factores externos. La reivindicación de igualdad de oportunidades surge, en consecuencia, respecto a bienes a los que muchos no tienen acceso, pese a cumplir con el criterio interno relevante para su aprovechamiento. Allí donde el obstáculo externo que impide acceder al bien puede ser razonablemente eliminado por la sociedad, el esfuerzo colectivo por facilitar el acceso pasa a ser, en ocasiones, un deber de solidaridad. Un ejemplo nítido en este sentido es el de las personas intelectualmente cualificadas que no pueden estudiar por la carencia de recursos. En tales situaciones, las políticas de subsidios y becas persiguen dotarles de la “oportunidad” o la “posibilidad” de acceder al bien distribuido.

2. En todo caso, la expresión “igualdad de oportunidades” adolece de cierta impropiedad a la que ya hemos aludido en páginas anteriores. Como todo discurso que reivindica una “igualdad real” —en el sentido de una igualdad en las condiciones fácticas o materiales de vida—, estamos ante la exigencia de una *medida razonable de suficiencia*, más que de una auténtica igualdad. Se refiere a una cierta solidaridad en la distribución de oportunidades, una medida razonable que ha de interpretarse de manera contextual, según las circunstancias históricas y las opciones reales que ofrece la estratificación de hecho existente en la sociedad. Las condiciones desiguales en que viven los hombres no son absolutamente indeseables, sino que configuran un mosaico de relaciones vitales de auxilio y benevolencia de las que el hombre participa de manera activa y pasiva. Un mundo sin este tipo de desigualdades sería una penosa distopía en la que nadie podría poseer

cualidad alguna que le destacase sobre el resto, como la descrita por Kurt Vonnegut Jr. en su “*Harrison Bergeron*”.³³³ Lo que la llamada “igualdad de oportunidades” pretende es, en realidad, una medida razonable de oportunidades en la distribución de bienes que, apreciados y aprovechables por muchos, no hay razón para mantener al alcance de sólo algunos. El “enfoque de las capacidades” (*capabilities approach*) estudiado en páginas anteriores encaja bien, sin lugar a dudas, en este criterio.

3. Como sucede con prácticamente todos los criterios de justicia distributiva, la igualdad de oportunidades tiene su sentido positivo y su medida, juntamente con sus riesgos y excesos. Razonablemente aplicado, el discurso de la igualdad de oportunidades valora y favorece la participación equitativa en los bienes comunes más apreciados. Desbocado, por el contrario, conduce a “privatizar” esos mismos bienes, haciendo ver la participación en ellos no como un servicio, sino como una simple vía de autoafirmación y triunfo personal.³³⁴ Volveremos en breve sobre ello, al referirnos más detenidamente al mérito.

e) De cada cual según sus capacidades

1. Otro criterio importante es el expresado por la primera parte de la máxima citada de Marx: “*de cada cual según sus capacidades*”. También aquí nos hallamos ante un criterio un tanto esquivo, dado que la capacidad, lo mismo que la necesidad, es relativa a un bien común que la comunidad ha de apreciar como tal. La participación en ciertas posiciones y cargas comunes depende, en muchas ocasiones, de la capacidad de servir al resto de la comunidad, que no es igual en todos los casos.

2. También en este punto, sin embargo, existen los vicios por exceso y por defecto. La queja de que los diligentes y virtuosos son los que siempre acaban sosteniéndolo todo es conocida, y la autoridad pública debe evitar, prudentemente, el parasitismo de quienes viven cómodos en la incapacidad. En este sentido, la creación de oportunidades para aumentar la propia capacidad debe actuar siempre como complemento y alivio de las exigencias contributivas que recaen sobre los más capaces. El criterio de la preocupa-

³³³ Vid. Vonnegut, Kurt Jr., “Harrison Bergeron”, en *Welcome to the Monkey House*, Nueva York, Dell Publishing, 1968, pp. 7-13. Vid. también Spaemann, Robert, “Bemerkungen zum Problem der Gleichheit”, *cit.*, p. 235.

³³⁴ A este respecto, resultan interesantes las consideraciones de Schaar, John H., “Equality of Opportunity, and Beyond”, en Pennock, J. Roland y Chapman, John W., *Equality*, Oxford, Routledge, 2017, p. 243; y de Nozick, Robert, *Anarchy, State, and Utopia*, *cit.*, pp. 235 y ss.

ción por los necesitados debe compaginarse con la validez, también relativa, del mérito y el esfuerzo. De nuevo, la prudencia distributiva reside en compaginar criterios distintos de igualdad proporcional.

3. Uno de los ámbitos paradigmáticos de aplicación de este criterio es el fiscal, donde el principio de capacidad contributiva encarna, precisamente, la justicia distributiva y la igualdad de trato. Es importante advertir, no obstante, que el criterio de la capacidad no es patrimonio exclusivo del ámbito económico. Buena parte de las diferenciaciones funcionales en el seno de una sociedad se basan en una evaluación distinta de las aptitudes de unos y de otros. La mayoría de estas distinciones, conviene subrayarlo, son de grado más que de clase, y se dan en múltiples sectores de la realidad. Pienso que es posible apreciar, por ejemplo, que los sexos complementarios poseen rasgos o cualidades dominantes distintas y complementarias. Desconocer la complementariedad conduce a negar distinción alguna, incluso de grado, en todas sus capacidades contributivas al bienestar general, lo cual, según creo, empobrece a la sociedad y socava el bien común.

f) A cada cual según sus capacidades

Las participaciones en el bien común no se cifran tan sólo en cargas onerosas, sino, igualmente, en otros bienes más gratificantes. También en estos casos, la capacidad constituye un criterio relevante para el bien común perseguido con la distribución: “*a cada cual según sus capacidades*”. En la *Política*, Aristóteles ofreció un ejemplo célebre de este criterio al referirse a la distribución de flautas en la *polis*. Éstas no deberían ir a parar a los más ricos ni a los más nobles, sino a los más hábiles flautistas.³³⁵ Toda vez que el criterio de la distribución ha de servir al bien común, la excelencia en el empleo del bien distribuido parece uno de los criterios de igualdad proporcional más adecuados.

1. Si hay un ámbito en el que la capacidad constituye un criterio de distribución importante, es el relativo a la profesión, esto es, a la función que cada uno está llamado a realizar al servicio de la comunidad política.

a) En la época moderna, el criterio de la capacidad y el talento ha sido paradigmáticamente asociado al acceso a la función pública, como una especie de correlato de la igualdad ante la ley. Ya el artículo 6o. de la *Déclaration* francesa afirmaba, en efecto, que, “como todos los ciudadanos son iguales ante ella [la ley], todos son igualmente admisibles en toda dignidad,

³³⁵ *Política*, 1282b-1283a.

cargo o empleo públicos, según su capacidad (*selon leur capacité*) y sin otra distinción que la de sus virtudes y sus talentos (*leur vertus et leur talents*)”.

b) Nótese, de todos modos, que el criterio de la capacidad opera respecto a cualquier profesión titulada, para la que la sociedad requiere una preparación sin la que no es posible ejercerla. La profesión constituye un bien común de la *polis*, una genuina participación en el bien común. Así pues, la exigencia de un título para ejercer una profesión supone distribuir esa participación conforme al criterio de la capacidad. Según señaló Walzer, el reemplazo de la antigua división del trabajo por la articulación de profesiones sujetas a titulación oficial vino a erigir las profesiones, en el fondo, en una especie de “servicio civil universal”.³³⁶

2. Hemos de evitar, en cualquier caso, una malinterpretación individualista del criterio distributivo que estamos considerando. Me refiero a la consideración del talento, del esfuerzo o de la virtud como un título originario del individuo para acceder a los bienes comunes de la *polis*, como si tales bienes le perteneciesen por derecho propio, por “mérito propio”. Lo primero que ha de advertirse es la ambigüedad del propio término “mérito”. Bajo una acepción amplia de este concepto, el mérito o valor (*axia*, por emplear el término aristotélico) es el *tertium comparationis* de cualquier distribución. No es esto, sin embargo, lo que el lenguaje común expresa hoy con términos como “mérito” o “meritocracia”. Con más frecuencia se alude a una especie de derecho natural del individuo que lo hace acreedor originario del bien que reclama. Semejante planteamiento, sin embargo, ignora el hecho de que, como dijo Rawls, “nadie merece sus capacidades naturales superiores, ni amerita un punto de partida más favorable en la sociedad”.³³⁷ Allí donde el éxito se toma como simple cuestión de logro personal, el “mérito” de los que están arriba sólo puede tener como correlato el “demérito” de los que están abajo. La realidad, empero, es que no nos merecemos nuestra capacidad de merecer. Justamente por eso, la “tiranía del mérito” —como la ha llamado Michael Sandel— tiende a la privatización del bien común y a la preconización de la “*hybris* meritocrática de las élites”.³³⁸

3. La justificación del criterio de la capacidad y el talento no está en última instancia en el “mérito” en sentido moderno, sino en que la excelencia en el aprovechamiento de un bien redundará en beneficio de toda la comunidad.

³³⁶ Walzer, Michael, *Spheres of Justice*, cit., 132.

³³⁷ Rawls, John, *A Theory of Justice*, cit., p. 102. Adviértase, de todos modos, que la misma idea es subrayada por autores contrarios a los planteamientos económicos de Rawls —muy singularmente, por Friedrich A. von Hayek—.

³³⁸ Sandel, Michael J., *The Tyranny of Merit. What's Become of the Common Good?*, Nueva York, Penguin, 2021, p. 137.

Dworkin tiene razón cuando, defendiendo la acción positiva, incide en que los más inteligentes no tienen ningún derecho natural originario a la plaza universitaria, y acierta en hacer depender los criterios de relevancia en la distribución de plazas de los fines de la distribución.³³⁹ Lo que es más discutible es, a mi parecer, la discrecionalidad que confiere a los poderes públicos en la regulación de los fines de una institución, ya que podría entrañar una subestimación del papel del orden concreto —la “naturaleza de las cosas”— en que se enmarca cada distribución. El fin último de toda distribución es, sin duda, el bien común. Pero es justamente el bien común el que exige otorgar una consideración especial a la excelencia en aprovechar el bien distribuido en beneficio de la comunidad: las flautas a los buenos flautistas. Con gran perspicacia, Walzer ha criticado, de manera simultánea, a Dworkin y a los “meritócratas” individualistas. Si estos últimos parecen errar al subordinar la distribución al logro puramente individual, Dworkin parece exagerar la discrecionalidad de las autoridades para decidir los fines de la distribución.³⁴⁰ Esto no quiere decir que la autoridad carezca de toda discreción prudencial, ni que el criterio de la excelencia individual en el aprovechamiento de un bien sea el único relevante a la hora de distribuirlo. Los bienes distribuidos en la *polis* constituyen participaciones al servicio de un bien más arquitectónico. Todos los criterios de distribución, todas las formas de igualdad proporcional, se fundan en un modo específico de participación en bienes comunes que, en última instancia, está subordinado a la participación adecuada en el bien común más arquitectónico de todos, *i. e.*, el de la sociedad en su conjunto.

4. Cabría preguntarse si el “mérito” en su actual sentido, con las connotaciones individualistas e igualitarias que parece poseer, no se aplicaría acaso, como genuino criterio distributivo, en el ámbito de los honores. A fin de cuentas —y a diferencia de lo que ocurre con los cargos y los oficios—, los honores no se asignan a alguien por *lo que puede aportar* al conjunto, sino en recompensa o premio por *lo que ya ha aportado*. Dado este carácter retrospectivo, podría parecer quizás que su objeto más inmediato es la simple gratificación del individuo. La realidad es, sin embargo, que en el reverso llevan impresa su contribución al perfeccionamiento de la entera comunidad. También los honores son realidades que integran el bien común, ya que somos nosotros, los miembros de la comunidad, quienes, dispensando honores, testimoniamos públicamente el valor del bien común al que ligamos dichos honores. Una sociedad que no dispensa honores singulares a sus héroes y próceres es peor que una que sí lo hace. Como ocurre con

³³⁹ Dworkin, Ronald, “Why Bakke Has No Case”, *New York Review of Books*, vol. 24, núm. 10, 1977.

³⁴⁰ Walzer, Michael, *Spheres of Justice*, *cit.*, p. 152.

todo cuanto se distribuye rectamente en la *polis*, también las recompensas y los honores individuales redundan, en última instancia, en la mejora del conjunto.

g) A cada cual según su función

Uno de los criterios de justicia más importantes es el del papel que cada cual desempeña en el conjunto de la sociedad: “*a cada cual según su función*”. En la Edad Media, la distinción básica de funciones en la sociedad justificaba una desigualdad constitucional básica: la división estamental. La igualdad ante la ley supuso, como se ha explicado en el capítulo anterior, la unificación jurídica del *demos* en cuanto a su *status* constitucional. Sin perjuicio de algunas excepciones, no puede hablarse hoy, por consiguiente, de una “predestinación funcional” de nadie fijada en la Constitución.

Esta igualdad de *status* constitucional no pretende hacer desaparecer, sin embargo, la pluralidad de funciones que, en diversos ámbitos —profesional, social, cultural, económico, etcétera—, se da en cualquier sociedad. El gobernante debe atender al significado social de las distintas funciones para distribuir los distintos *iura*. El criterio de la función es, en rigor, amplísimo y heterogéneo. Incluye al empresario y al obrero; al diputado, al funcionario y al campesino; al catedrático, al médico y al deportista. Todos ellos desempeñan su función específica, en virtud de la cual merecen derechos específicos. Del mismo modo, también las instituciones, como el matrimonio, las escuelas o las iglesias, cumplen una función específica de cara al bien común y merecen, por consiguiente, un tratamiento de igualdad proporcional a su función.

h) La esfera de la gratuidad

Más allá incluso de la justicia distributiva, existe un criterio de asignación cuyos peculiares rasgos lo hacen acreedor de una mención particular, a saber, el de la *pura concesión graciosa*. Como se verá a continuación, en realidad se trata de un “no-criterio”, si bien constituye un elemento importante para la *polis*. He querido dedicar un último apartado de esta lista a la gracia, porque, siendo un valor enormemente atractivo y arraigado en nuestra cultura, evidencia nítidamente la insostenibilidad de las doctrinas igualitarias estrictas.

1. En una comunidad verdaderamente humana, la gracia —concretada paradigmáticamente en el ámbito penal (indultos, amnistías jubilares, etcétera), aunque también en otras formas de merced— ocupa un espacio muy importante, aunque excepcional. Lo característico de este bien es que se ejerce sin proporción a mérito alguno, por la pura benevolencia de la comunidad, representada en la autoridad. Por eso, comerciar con el *ius gratiae* —por ejemplo, para obtener réditos partidistas— es una especie de “simonía” política: consiste en pervertir el significado genuino de la gracia, que dignifica a la comunidad de una manera que va más allá del orden natural de la justicia.

2. Al hablar de gracia, no me refiero sin más a aquello que cae fuera de lo que puede adquirirse con dinero. Los bienes *extra commercium* son muy variados e incluyen cosas tales como el dominio público, el voto, las distinciones honoríficas o los cargos. Estos bienes son participados equitativamente conforme a algún criterio de mérito o valor (*kat'axian*) en sentido aristotélico, sea el de la simple pertenencia, la aptitud o capacidad, o los propios servicios a la nación. La gracia, empero, se distribuye desigualmente y sin proporción a mérito alguno. La arbitrariedad que parece llevar implícito el derecho de gracia hizo que Kant lo considerase, con carácter general, como “el más obsceno” (*das schließfrigste*) de los derechos del soberano. Desde una postura retribucionista y juricista estricta, de pura justicia correctiva, el filósofo de Königsberg sólo podía abominar del “derecho de gracia” (*Begnadigungsrecht*) respecto a los crímenes cometidos contra otros súbditos, ya que “la impunidad (*impunitas criminis*) es la mayor injusticia contra los últimos”.³⁴¹

3. A pesar de la arbitrariedad que parece llevar implícita, sin embargo, lo cierto es que la presencia de la gracia es recurrentemente celebrada en la historia y en la literatura. Narra Esquilo en la *Orestíada* que las antiguas instituciones de Atenas fueron establecidas cuando Atenea aplacó a las Erinias, cuyo sentido de la justicia exigía la muerte de Orestes, y las convirtió en benévolas Euménides. La historia bíblica es más elocuente todavía. Según nos cuenta el Deuteronomio, por ejemplo, cada siete años se producía “el año de la remisión”,³⁴² tiempo jubilar de cancelación de deudas y liberación de esclavos. Bajo la *conditio humana* presente cuesta pensar, en verdad, que una comunidad pueda permitirse vivir simplemente en el orden de la gracia, razón por la que todo gobernante prudente la administra como lo que es: una concesión excepcional. La comunidad humana no

³⁴¹ Kant, Immanuel, *Metaphysik der Sitten*, (Akademie-Ausgabe VI), p. 337.

³⁴² Cfr. Deuteronomio 15.

puede hacer de la gracia el modo habitual de regirse, porque dejaría sin vigencia el orden de la justicia natural. No obstante, el hecho de que una sociedad verdaderamente humana precise de la gracia pone de manifiesto que el bien común al que aspiramos los hombres trasciende el orden natural de la justicia, y anhela elevarse a un orden superior de benevolencia y misericordia. Albergamos un deseo profundo de perdón y gratuidad que no podemos renunciar a realizar individual y colectivamente, siquiera parcialmente, en este mundo, y que cabe interpretar como signo de una promesa de gratuidad y redención.

4. El aspecto característico de la gracia que me gustaría recalcar en este apartado es, como ya he señalado, su naturaleza esencial y radicalmente desigual. En efecto, no hay proporción alguna entre aquel en quien recae y sus propios méritos. Si queremos ver en ella alguna forma de igualdad, tan sólo podremos encontrarla en el hecho de que nadie la merece. La igualdad a la que obedece es la igualdad en la no-pretensión de justicia, en el no-derecho. La gracia pertenece, sencillamente, a un orden de atribución distinto del de la justicia natural y es esto, probablemente, lo que la hace susceptible de generar tanto la repulsión del sentimiento retributivo estricto como la emoción gozosa del sentimiento de gratitud. Lo que el milagro es respecto al orden de la naturaleza, lo es la gracia respecto al orden natural de la justicia.

4.2. *Conclusión: igualdad compleja y esprit de finesse*

1. A riesgo de ser reiterativo, cerraré este epígrafe recordando algo a lo que me he referido más arriba. Es imposible hallar una justicia perfecta en las distribuciones humanas. En las condiciones presentes, tan sólo podemos aproximarnos a una medida razonable de igualdad proporcional. Ni siquiera el valor del voto puede ser distribuido por igual en una democracia, sino que, de ordinario, ha de modularse con criterios de representatividad territorial —piénsese en nuestra distribución de escaños por circunscripciones— y de gobernabilidad —piénsese en las barreras electorales— que lo relativizan un poco. La excelencia en la distribución, pues, no reside en hallar un inexistente *optimum* matemático ideal —como se desprende de la ingeniosa subasta de recursos de Dworkin—, sino en la virtud intelectual arquitectónica de la prudencia política. Empleando una distinción de Pascal, podríamos decir que el *phronimos* aristotélico³⁴³, el sabio práctico, obra con *esprit de finesse*, más que con *esprit de géométrie*:

³⁴³ EN, 1143a30.

En el primero [el *esprit de géométrie*], los principios son palpables pero están muy alejados del uso común, de modo que es difícil volver la cabeza hacia allí por falta de costumbre... Pero en el *esprit de finesse* los principios son de uso común y están a la vista de todos... Pero es necesario tener buena vista, porque los principios están tan sueltos y son tan numerosos que es casi imposible que no se escapen. Y la omisión de un principio conduce al error. Así que debemos tener una vista clara para ver todos los principios, y luego la mente correcta para no razonar falsamente sobre los principios conocidos.³⁴⁴

El gobernante prudente no persigue el ideal de certeza matemática sujetando férreamente a un único criterio distributivo todos sus repartos o teniendo en cuenta un único criterio allí donde es conveniente tomar en consideración varios. Incluso los criterios universalmente válidos *prima facie* (“las flautas para los mejores flautistas”, “la asistencia médica para los más enfermos”, “los títulos para los más capaces”, etcétera) encuentran matizaciones en su distribución jurídica concreta.

2. De acuerdo con lo recién expuesto, parece equivocado tratar los principios distributivos de la justicia cual si fuesen axiomas matemáticos. Un ejemplo ilustrativo de este tratamiento matemático y rígido de los criterios de igualdad distributiva lo encontramos en las siguientes palabras de Bernard Williams, referidas a la correcta distribución de la asistencia médica en una sociedad:

Dejando de lado la medicina preventiva, el fundamento apropiado para la distribución de asistencia médica es la enfermedad: esto es una verdad necesaria. Ahora bien, en muchas sociedades, si bien la enfermedad opera como condición necesaria para recibir el tratamiento, no opera como condición suficiente, ya que tal tratamiento cuesta dinero, y no todos cuantos están enfermos tienen dinero; consiguientemente, la posesión de suficiente dinero se convierte, de hecho, en una condición necesaria adicional para recibir tratamiento... Cuando nos encontramos ante la situación en que, por ejemplo, la riqueza es una condición necesaria ulterior para recibir tratamiento médico, podemos aplicar nuevamente las nociones de igualdad y desigualdad: no en conexión con la desigualdad entre sanos y enfer-

³⁴⁴ Pascal, Blaise, *Pensées*, Géométrie-Finesse II (Fragment n° 1 / 2 - Papier original: RO 405-1 et 406-1): “En l’un les principes sont palpables mais éloignés de l’usage commun, de sorte qu’on a peine à tourner la tête de ce côté-là, manque d’habitude... Mais dans l’esprit de finesse les principes sont dans l’usage commun et devant les yeux de tout le monde... Mais il faut l’avoir bonne, car les principes sont si déliés et en si grand nombre, qu’il est presque impossible qu’il n’en échappe. Or l’omission d’un principe mène à l’erreur. Ainsi il faut avoir la vue bien nette pour voir tous les principes, et ensuite l’esprit juste pour ne pas raisonner faussement sur des principes connus”.

mos, sino en conexión con la desigualdad entre enfermos ricos y enfermos pobres; dado que nos encontramos, directamente, con la situación de que aquellos cuyas necesidades son las mismas no están recibiendo el mismo tratamiento, pese a que la necesidad es el fundamento del tratamiento. *Éste es un estado de cosas irracional*.³⁴⁵

El planteamiento de Williams tiene el atractivo de formular con precisión el principio *interno* de distribución de la asistencia médica, que no es otro que el de la enfermedad. Constituye una “verdad necesaria”, en efecto, que el “fundamento del tratamiento” médico es la enfermedad. Con razón, sin embargo, Robert Nozick le ha reprochado identificar el criterio distributivo interno de una actividad o un bien humano como el único criterio político-distributivo relevante.³⁴⁶ En el momento en que la asistencia médica es concebida como un bien *político*, su distribución puede presentarse sometida a otros principios de relevancia para el bien común, y no puede decirse que el hecho de que idénticos enfermos no reciban idéntico tratamiento sea, de suyo, “irracional”. En las complejas condiciones humanas, ni siquiera un parámetro tan apremiante como el de la necesidad se impone inexorablemente frente a cualquier otra consideración. Al igual que sucede con todas las máximas positivas de justicia, el “a cada cual según sus necesidades” es también, como decían los clásicos medievales, un principio válido “siempre, pero no en todos los casos” (*semper, sed non ad semper*).³⁴⁷ Dicho de otro modo, se trata de una máxima que, siendo siempre cierta en su formulación general, en el caso concreto puede haber de ceder ante otros principios y máximas.

3. En la realidad concreta, la sabiduría práctica se cifra en conjugar de manera armoniosa una pluralidad de principios o criterios de justicia. Prudentemente, sabe primar el criterio más relevante en la específica distribución de que se trata, modulándolo, cuando es conveniente, con otros principios pertinentes. El único principio arquitectónico, al que todo se subordina, es el bien común. No obstante, justamente por su carácter arquitectónico, el bien común no constituye ningún criterio distributivo concreto. El bien común tiene razón de fin y de forma de la *polis* bien constituida, por lo que su realización integra todos los principios de justicia. En esa labor de integración, el gobernante debe obrar con *esprit de finesse*.

³⁴⁵ Williams, Bernard, “The idea of equality”, *cit.*, pp. 121 y 122 (la cursiva es mía).

³⁴⁶ Nozick, Robert, *Anarchy, State, and Utopia*, *cit.*, pp. 233 y 234.

³⁴⁷ S. T. I-IIae q. 71 a. 5 ad 3: “...praecepto affirmativo... obligat semper, sed non ad semper”.

5. PLURALIDAD DE AGENCIAS DE DISTRIBUCIÓN

Justamente por operar de manera limitada y circunscrita, las relaciones de igualdad tienen como correlato, a su vez, relaciones de desigualdad. Allí donde reina la igualdad proporcional a la necesidad, la proporción a la capacidad es desigual, y viceversa. Las esferas de la justicia son diversas y no vienen delineadas únicamente, en todo caso, por la distinción de los bienes repartidos y la diversidad de criterios de distribución, sino, igualmente, por la pluralidad de agencias competentes para el reparto. Un elemento de la complejidad de la aplicación del principio de igualdad reside en que, en el seno de la *polis*, la asignación de la participación de cada cual en el bien común, o sea de los distintos derechos o *iura*, es realizada por agencias o instancias distintas. Como en el epígrafe anterior, tampoco en este haré una enumeración exhaustiva, sino que me referiré a algunas de las instancias distributivas más relevantes de una comunidad política. Podrían añadirse otras, seguramente, aunque el elenco que sigue compendia —como ocurría en el epígrafe anterior respecto a los criterios de igualdad proporcional— algunas de las más relevantes.

5.1. *El mercado*

Hemos de mencionar, en primer lugar, el *mercado*, que constituye un espacio creado por la comunidad para la distribución de sus bienes. Como he explicado en el capítulo primero, aunque las transacciones del mercado se rigen por la justicia conmutativa o correctiva, la institución del mercado forma parte del orden distributivo de la comunidad política.

1. El mercado constituye el espacio o el ámbito del intercambio libre de bienes y servicios, y cumple una función decisiva para el bien común. Son muchos los esfuerzos teóricos que se han empleado para justificar el libre mercado. Entre los argumentos individualistas que lo han ensalzado, no faltan los que justifican el mercado por ser la instancia distributiva más adecuada para premiar el mérito del esfuerzo y la industriosisdad personal. Aunque haya algo de cierto en ello, conviene puntualizar que ninguna pretensión puramente individual puede servir como justificación suficiente de una instancia distributiva. No existe un derecho del individuo que pueda calificarse como “originario” y “autojustificado”, esto es, que sea independiente del bien de la *polis*. Por esa razón, la justificación última del mercado no reside en el mérito personal, ni tampoco en un derecho individual origi-

nario a la propiedad sobre las cosas,³⁴⁸ sino en los beneficios que otorga a la comunidad en su conjunto: “su función no es tanto recompensar a la gente por lo que *ha hecho* cuanto decirle lo que *debe hacer* en su propio interés y en *interés general*”.³⁴⁹ Porque, “ausente la posibilidad de tomar en consideración un cuerpo unificado de conocimiento de todos los particulares, el orden del todo depende del uso del conocimiento poseído por los individuos y empleado para sus propósitos”.³⁵⁰ En el orden de los intercambios individuales libres, la confluencia de la oferta y la demanda constituye una fuente de información que, en condiciones normales, mueve a las personas a dedicarse a actividades que redundan, de la manera más eficiente, en beneficio del conjunto social. En este sentido, el mercado produce una ordenación que, realizando el bien de la parte, realiza también el bien del conjunto. Esta articulación parece responder de modo adecuado a la naturaleza plural tanto de la sociedad como del bien común.

2. Basada en el intercambio de información como vehículo al servicio del bien común, la justificación hayekiana del mercado resulta compatible con el establecimiento de límites que sirvan también, a su vez, al bien común:

a) Existen restricciones, como la legislación antimonopolios, que buscan preservar los fines del mercado mismo; y otras, como la legislación laboral, que pretenden salvaguardar las necesidades de quienes actúan en una posición de debilidad. El mercado no es un orden perfecto, y tiene que ser objeto de limitaciones. Ello no debe conducirnos, obviamente, a caer en el error de conceder a la autoridad pública una especie de superioridad moral, *per se*, como instancia de distribución de bienes, o a desconocer que la racionalidad económica del mercado sirve, como tal, al bien común.

b) Una restricción elemental al mercado debe ubicarse en la existencia de bienes *extra commercium*, que no pueden ser objeto de intercambio comercial sin pervertirse. El mercado es el espacio de distribución de *commodities*, de bienes comerciales o mercaderías, pero no de cualquier bien. En los últimos años, no han faltado críticas —pienso que razonables— de una extendida lógica mercantilista exacerbada, propensa a la comercialización (*commodification*) de bienes que deberían permanecer ajenos al mercado.³⁵¹

³⁴⁸ En contra de la postura defendida aquí, *vid.*, con base en la doctrina lockeana de la propiedad, Nozick, Robert, *Anarchy, State, and Utopia*, *passim*.

³⁴⁹ Cfr. Hayek, Friedrich A. von, *Law, Legislation and Liberty*, *cit.*, p. 235 (la cursiva es mía).

³⁵⁰ *Ibidem*, p. 178.

³⁵¹ A la impregnación de la lógica mercantilista en nuestra cultura ha dedicado un interesante libro, lleno de ejemplos, Sandel, Michael J.: *What Money Can't Buy. The Moral Limits of Markets*, Nueva York, Penguin, 2013.

5.2. *La familia y el matrimonio*

Entre las instancias de distribución más importantes de una sociedad se encuentra, sin duda, *la familia*. Dados los lazos de sangre que rigen en el interior de la familia conyugal,³⁵² no es posible hablar en ella de una alteridad perfecta, lo que hace que, en su seno, las relaciones de justicia tengan un carácter del todo peculiar. Siguiendo a Aristóteles, Tomás de Aquino se refiere a la falta de alteridad que se da en la familia hablando de una relativización de la “diversidad de personas” (*diversitate suppositorum*) en su seno. Ello exige entablar una distinción clara entre el derecho propio de la familia (*ius paternum e ius oeconomicum*) y el que rige en las relaciones ordinarias de la comunidad política (*simpliciter politicum iustum*).³⁵³ En la familia, las relaciones de justicia tienen un carácter imperfectamente jurídico, puesto que priman en ella —en palabras de David Hume— las “circunstancias de benevolencia” frente a las “circunstancias de justicia”.³⁵⁴ El *amor naturalis* que, en condiciones normales, caracteriza a la comunidad familiar, la hace particularmente idónea como célula nuclear de la sociedad política,³⁵⁵ y la erige en una instancia de distribución del todo específica. Se trata nada menos que de la primera sociedad

³⁵² Para un examen más detenido de la naturaleza de la institución matrimonial, la ausencia de suficiente espacio me obliga a remitirme a mi propio trabajo: “El derecho al matrimonio. Reflexiones críticas a las puertas de una década de la Sentencia *Obergefell vs. Hodges*”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, vol. 28. núm. 1, 2024, pp. 159-186. *Vid.* también Finnis, John, “Law, Morality, and «Sexual Orientation»”, en *Collected Essays, III (Human Rights and Common Good)*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 334-352; y “Sex and Marriage: Some Myths and Reasons”, en *Collected Essays, III (Human Rights and Common Good)*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 353-388.

³⁵³ S. T. II^a-IIae q. 57 a. 4co.: “Et ideo patris ad filium non est comparatio sicut ad simpliciter alterum, et propter hoc non est ibi simpliciter iustum, sed quoddam iustum, scilicet paternum... Uxor autem, quamvis sit aliquid viri, quia comparatur ad eam sicut ad proprium corpus, ut patet per apostolum, ad Ephes. V; tamen magis distinguitur a viro quam filius a patre vel servus a domino, assumitur enim in quandam socialem vitam matrimonii. Et ideo, ut philosophus dicit, inter virum et uxorem plus est de ratione iusti quam inter patrem et filium, vel dominum et servum. Quia tamen vir et uxor habent immediatam relationem ad domesticam communitatem, ut patet in I Polit.; ideo inter eos non est etiam simpliciter politicum iustum, sed magis iustum oeconomicum”. *Vid.* también la distinción entre el “derecho paterno” (*dikaion patrikon*) y el “derecho doméstico” (*dikaion oikonomikon*), de un lado; y el “derecho político” (*dikaion politikon*), de otro (*EN*, 1134b9-18). No deja de llamar la atención que la esencia de la distinción entre “comunidad” (*Gemeinschaft*) y “sociedad” (*Gesellschaft*), teorizada por Ferdinand Tönnies en una obra de enorme influencia, se encuentre explicada con tanta precisión y síntesis, dos milenios antes, por Aristóteles.

³⁵⁴ Hume, David, *A Treatise of Human Nature*, Selby-Bigge, Lewis Amherst (ed.), Oxford, Clarendon Press, 1960, pp. 494 y 495.

³⁵⁵ *Política*, 1280b33.

en la que el espíritu humano arraiga en el mundo, puerta de acceso desde la que el hombre comienza su proceso de radicación, asentamiento u *oikeiōsis*. Por eso, el artículo 6 de la Ley Fundamental de Bonn califica el “cuidado” y la “educación” de los hijos como “un derecho natural de los padres y una obligación que les incumbe en primer lugar”; sin perjuicio, obviamente, de la “supervisión” que la “comunidad estatal” ejerce sobre esta función.

5.3. *Las asociaciones privadas*

Las *asociaciones privadas* conforman espacios de autonomía muy importantes para el florecimiento social, dado que permiten a individuos y grupos unirse en aras de los más diversos fines. Tales fines conforman genuinos bienes comunes, que corresponde distribuir a la asociación bajo su propio criterio.

1. En el siglo XIX, John Stuart Mill defendió, con sólidos argumentos, que el Estado dejase en manos de las asociaciones voluntarias y grupos inferiores “todas aquellas cosas que son competentes para realizar”. El célebre pensador liberal sintetizaba las razones para ello del siguiente modo:

Tales razones ya han sido subrayadas: el desatino de sobrecargar a los principales funcionarios del gobierno con requerimientos a su atención, y de apartarles de los deberes que únicamente ellos pueden desempeñar, para que se ocupen de objetos que pueden ser suficientemente bien logrados sin ellos; el peligro de aumentar innecesariamente el poder directo y la influencia indirecta del gobierno, y de multiplicar las ocasiones de colisión entre sus agentes y ciudadanos privados; y la inconveniencia de concentrar en una burocracia dominante toda la habilidad y experiencia en la dirección de amplios intereses y todo el poder de acción organizada que existen en la comunidad; una práctica que mantiene a los ciudadanos en una relación respecto al gobierno como la de los niños hacia sus guardianes.³⁵⁶

³⁵⁶ Mill, John Stuart, *Principles of Political Economy with Some of Their Applications to Social Philosophy*, Libro V, Cap. XI, n. 11; Parker-West Stran, John W. (ed.), vol. II, Londres, 1848, pp. 528 y 529: “These reasons have been already pointed out: the mischief of overloading the chief functionaries of government with demands on their attention, and diverting them from duties which they alone can discharge, to objects which can be sufficiently well attained without them; the danger of unnecessarily swelling the direct power and indirect influence of government, and multiplying occasions of collision between its agents and private citizens; and the inexpediency of concentrating in a dominant bureaucracy all the skill and experience in the management of large interests, and all the power of organized action, existing in the community; a practice which keeps the citizens in a relation to the government like that of children to their guardians”.

2. Es importante advertir que, lejos de exageraciones desaforadas, el planteamiento milliano reconocía su papel, bien que limitado, a la intervención y al control gubernamental de aquellas actividades que los ciudadanos son capaces de realizar satisfactoriamente.

Sin perjuicio de que, por estas razones, la mayoría de las cosas que son susceptibles de ser tolerablemente realizadas por asociaciones voluntarias deberían, con carácter general, ser dejadas a ellas, no se sigue de ello que el modo en que esas asociaciones lleven a cabo su tarea deba ser enteramente sustraído al control del gobierno.³⁵⁷

3. La vida interna de las asociaciones no está exenta, pues, de la supervisión gubernamental. Señalado esto, la autoridad pública debe ser cuidadosa de no suplantar el derecho de autoorganización de los cuerpos intermedios. En este sentido, resulta difícilmente aceptable, por ejemplo, la exigencia — en nombre de la igualdad — recogida en España por el artículo 2.5 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación: “la organización interna y el funcionamiento de las asociaciones deben ser democráticos”. Invocando la igualdad democrática, se interfiere así en un espacio de decisión del que no puede privarse a la asociación sin merma de su legítima autonomía. Este precepto, de todos modos, parece una proclama carente de realismo, inaplicable en sentido estricto. Piénsese, sin ir más lejos, en el arraigo de asociaciones religiosas con jerarquías no democráticas o de sociedades mercantiles de carácter plutocrático.

5.4. *La comunidad religiosa*

Una de las instancias de distribución más relevantes que existen en cualquier sociedad humana, y que ha atravesado una relación azarosa con la autoridad política, es *la comunidad religiosa*. A lo largo de la historia, la distinción —típicamente cristiana—³⁵⁸ entre las esferas de justicia temporal y espiritual no ha estado exenta de invasiones recíprocas ni de tensiones.³⁵⁹ Es lógi-

³⁵⁷ *Ibidem*, p. 529: “But although, for these reasons, most things which are likely to be even tolerably done by voluntary associations, should, generally speaking, be left to them; it does not follow that the manner in which those associations perform their work should be entirely uncontrolled by the government”.

³⁵⁸ Sobre esta cuestión, el contraste con el mundo antiguo ha sido expuesto con especial nitidez en Siedentop, Larry, *Inventing the Individual: The Origins of Western Liberalism*, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 2014, pp. 126-140.

³⁵⁹ Para una exposición amplia de la compleja evolución de las relaciones entre Iglesia y Estado, pienso que tiene gran interés el trabajo de Rhonheimer, Martin, “Christianity and

co que así sea, dado que el equilibrio en el que florecen la libertad secular y religiosa es siempre frágil; y se encuentra bajo la perpetua amenaza, oscilante en historia, de la Escala hierocrática y el Caribdis cesaropapista. Hoy parece natural sostener que los bienes espirituales deben quedar preservados de la coerción estatal; y que no es conveniente que el poder temporal esté en manos de la autoridad religiosa. Son instancias distributivas distintas, que preservan bienes comunes que gozan de una relativa autonomía. No puede decirse, ciertamente, que no quepa ningún tipo de solapamiento o de influencia recíproca, dado que, bajo nuestra *conditio terrena*, los bienes espirituales y temporales no están completamente desconectados. En el arte de cada instancia de respetar las respectivas esferas de autonomía relativa reside, de todos modos, la “condición de posibilidad para el desarrollo de una cultura política secular”,³⁶⁰ y la consiguiente evitación del “Estado total”.

5.5. *La autoridad política como instancia arquitectónica*

En los subepígrafes anteriores, me he referido a algunas de las más importantes instancias distributivas de la *polis*, cuya especificidad complica sobremanera la propia idea de igualdad distributiva. Allí donde se participa de un “bien común específico” inserto en el “bien común general” de la *polis*, nos encontramos con frecuencia ante una instancia de distribución que debe ser respetada por la autoridad política. Esta última, la *autoridad pública* o *el Estado*, constituye una instancia de distribución del todo especial, dado su carácter arquitectónico y subsidiario. Con una breve glosa a su papel quisiera cerrar este capítulo del libro.

1. El papel arquitectónico de la autoridad política reside en que tiene a su cargo, de la manera más inmediata, el *bien común* de la sociedad en su conjunto. No tiene encomendada una parte específica de ese bien común, como ocurre con otras instancias de distribución, sino que su misión es velar por el bienestar del conjunto de la *polis*. De tan alta vocación se desprende, como señala Finnis, la pretensión de la autoridad política de ser la suprema instancia de distribución dentro de la respectiva comunidad; y la pretensión de adoptar o asumir reglas o normas establecidas por otras asociaciones que se encuentran en su interior, dotándoles de eficacia jurídica para toda la comunidad.³⁶¹

Secularity. Past and Present of a Complex Relationship”, *The Common Good of Constitutional Democracy*, Washington, CUA Press, 2013, pp. 342-428.

³⁶⁰ *Ibidem*, p. 342.

³⁶¹ Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights*, *cit.*, pp. 147-148.

2. El carácter arquitectónico y supremo de la autoridad política no puede confundirse con un supuesto carácter total o más originario que el de otras instancias de distribución. Sin perjuicio de pertenecer a una esfera más amplia e integradora, la autoridad de la comunidad política no es más originaria en dicha esfera que, *v. gr.*, la del padre de familia en la suya. Los grupos intermedios no derivan su legitimidad de una supuesta concesión estatal, sino que ocupan una esfera de legitimidad propia. Ello se debe, como ya se ha explicado, a que el *telos* social en que consiste el bien común se realiza en el específico bien de los organismos sociales particulares. Al igual que sucede con la unidad del cosmos, la unidad de la sociedad no constituye una unidad igualitaria u homogénea, que el hombre sería capaz de aprehender completamente en un único concepto.³⁶² Ya se ha explicado que estamos ante una “unidad de orden” (*unitas ordinis*), en la que la autoridad superior no puede legítimamente —*i. e.*, en justicia— violar el espacio que originariamente corresponde a la entidad inferior.

3. Lo recién expuesto nos lleva a añadir una última reflexión. En la comunidad política, corresponde a las sociedades superiores prestar ayuda a las inferiores, sin sustituirlas en lo que éstas pueden realizar satisfactoriamente. La conceptualización filosófica de esta idea se retrotrae al pensamiento político clásico, y encuentra expresiones inequívocas en las obras de autores como Johannes Althusius, Tocqueville o Stuart Mill. En nuestro tiempo, Finnis ha defendido como un “principio presuntivo” que “es injusto que una autoridad superior (p. ej., el gobierno y la ley estatal) usurpe la autoridad de autogobierno que las autoridades inferiores (p. ej., la familia y otras asociaciones civiles), actuando en servicio de sus propios miembros, ostentan justamente sobre dichos miembros”. Dado que, en organizaciones grandes, “el proceso de toma de decisiones es más remoto que la iniciativa de la mayoría de esos miembros que llevan a cabo la decisión”, debe velarse porque “las asociaciones grandes no asuman funciones que pueden ser realizadas eficientemente por asociaciones más pequeñas”.³⁶³ El constitucionalista alemán Josef Isensee ha expresado la misma idea en los siguientes términos:

En principio, ...el nivel inferior tiene prioridad en la acción si y en la medida en que sea capaz de realizar la tarea y la cumpla realmente de forma adecuada... El nivel superior se ve obligado a justificarse si quiere ampliar el alcance de sus actividades a expensas del nivel inferior... En caso de duda, es decir,

³⁶² Cfr. Spaemann, Robert, *Reflexión y espontaneidad. Estudios sobre Fénelon*, Simón Yarza, Fernando (trad.), Pamplona, Eunsu, 2021, p. 165.

³⁶³ Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights*, cit., p. 146; y “Subsidiarity’s Roots and History: Some Observations”, *American Journal of Jurisprudence*, vol. 61, 2016, pp. 133 y 134.

siempre que la cuestión de la justificación no pueda responderse claramente, el nivel inferior tiene la autoridad.³⁶⁴

Nos encontramos, en definitiva, ante “una barrera funcional a favor de las unidades de actuación de nivel inferior”. Se trata, evidentemente, de una barrera que “no es absoluta”,³⁶⁵ aunque resulta necesaria para preservar la libertad frente a los riesgos de confundir el carácter arquitectónico de la autoridad política con un carácter totalitario. Si la comunidad política es, como afirmaba Aristóteles, una comunidad entre semejantes estructurada en torno al bien común, la autoridad política tiene como misión velar por la prosperidad del conjunto, asegurando con ello una forma de *igualdad*. Al mismo tiempo, sin embargo, debe cuidarse de invadir las *desigualdades* funcionales que se dan en su seno, y que imponen el respeto no sólo a los individuos, sino también a los grupos en que se integran, según sea su naturaleza. Esta reflexión nos lleva a desembocar, nuevamente, en la complejidad del principio de igualdad en su aplicación concreta, razón por la que constituye un buen punto de cierre para este capítulo.

³⁶⁴ Isensee, Josef, “Subsidiarität - das Prinzip und seine Prämissen”, en P. Blikle, T. O. Hügin y D. Wyduckel, *Subsidiarität als rechtliches und politisches Ordnungsprinzip in Kirche, Staat und Gesellschaft*, Berlín, Duncker & Humblot, 2002, p. 147. *Vid.* también, para una amplia y moderna conceptualización del llamado principio de subsidiariedad, el libro de Isensee, Josef, *Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht*, 2a. ed., Berlín, Duncker & Humblot, 2001. En España, uno de los desarrollos contemporáneos más profundo de este principio, con una amplia bibliografía comparada, se encuentra en el primer capítulo de Cristóbal Aguilera Medina, *Estado social y subsidiariedad en la enseñanza básica de iniciativa social*, Tesis doctoral defendida en la Universidad de Navarra el 28 de febrero de 2025 (“El principio de subsidiariedad y sus implicaciones político-constitucionales”).

³⁶⁵ Isensee, Josef, “Subsidiarität - das Prinzip und seine Prämissen”, *cit.*, p. 147.

CAPÍTULO 4

EL DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO Y LA IGUALDAD ANTE LA LEY

Concluido el análisis estructural de los distintos principios que suelen englobarse bajo el principio de igualdad (capítulos 1 y 2), y evaluada la complejidad de factores que entran en juego en la aplicación de la igualdad distributiva (capítulo 3), he dejado para el final del libro un capítulo dedicado al llamado “derecho antidiscriminatorio”. Aunque ha sido fundado por varios autores en consideraciones igualitarias, pienso que nos encontramos ante un sector legal y jurisprudencial difícilmente subsumible, en rigor, en el principio constitucional de igualdad. Como se irá viendo, puede decirse, más bien, que mantiene una relación un tanto problemática con ese principio, al menos en su significado moderno de igualdad ante la ley. Sea como fuere, lo cierto es que estamos ante una “rama emergente del Derecho” de naturaleza “fluida y controvertida”,³⁶⁶ la cual consta de un conjunto de técnicas normativas que, con el objetivo de integrar a ciertos grupos estructuralmente discriminados, les dispensan una protección especial. Se incluyen en este ámbito los cánones de control estricto de las distinciones basadas en “rasgos prohibidos”; la llamada “acción positiva” y la “discriminación inversa”; la tutela frente a la discriminación indirecta; o la inversión de la carga probatoria en litigios iniciados por miembros de los grupos protegidos.

En las páginas que siguen, llevaré a cabo un examen crítico de esta rama legal y jurisprudencial, contrastando sus postulados con algunas exigencias fundamentales de la igualdad ante la ley moderna. Abriré el capítulo con una evaluación de los principales intentos de fundamentación del derecho antidiscriminatorio (1). A continuación, dedicaré un epígrafe a poner de relieve que estamos ante un derecho orientado a la protección de grupos, más que de individuos (2). El tercer apartado irá destinado a explicar con cierto detenimiento las principales técnicas que dan contenido a este ámbito de la legislación y la jurisprudencia (3). En cuarto lugar, llevaré a cabo algunas

³⁶⁶ Así se describe en la monografía jurídica española más completa sobre el tema, en la que se reitera la elevada “discrepancia política y jurídica” que suscita esta materia (*vid.* Rey Martínez, Fernando, *Derecho antidiscriminatorio*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2019, p. 22).

observaciones críticas generales sobre el derecho antidiscriminatorio, tal y como resulta de la exposición anterior (4); y concluiré, por último, con una reflexión de carácter prospectivo (5). Quiero aclarar desde un inicio que las objeciones formuladas no ignoran las importantes preocupaciones que han impulsado el desarrollo del derecho antidiscriminatorio, sino que pretenden evaluar críticamente su coherencia con el principio clásico de igualdad ante la ley y con el orden del bien común.

1. INTENTOS DE FUNDAMENTACIÓN DEL DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO

Únicamente en los últimos años, el derecho antidiscriminatorio parece haberse erigido como sector autónomo de la legislación y la jurisprudencia. Se trata de un ámbito normativo que —al decir de uno de sus principales teóricos— vive una especie de “crisis de identidad”³⁶⁷ desde sus orígenes, dadas las dificultades de aprehender su objeto material y formal. Como consecuencia de las objeciones vertidas contra esta rama del ordenamiento, numerosos autores han empeñado sus esfuerzos en dotarle de un fundamento. Existen múltiples intentos teóricos al respecto, algunos de los cuales se solapan entre sí. Ante la imposibilidad de referirme a todos, aludiré en este capítulo a los dos grandes enfoques teóricos desde los que se ha pretendido basar el derecho antidiscriminatorio: la *fundamentación igualitaria*, que considera la “igualdad” como un bien humano intrínseco, digno de ser perseguido por sí mismo, y la *fundamentación sustantiva*, que ampara las técnicas del derecho antidiscriminatorio en su idoneidad para paliar la carencia de libertades y/o bienes sustantivos básicos, en una medida suficiente, por parte de los grupos discriminados.

1.1. *Fundamentación igualitaria (igualitarismo relacional)*

1. La aproximación igualitaria considera la “igualdad”, valga la redundancia, como el bien intrínseco tutelado, en última instancia, por el derecho antidiscriminatorio. Esta aproximación es, probablemente, la más popularizada entre los defensores de esta rama del derecho, en parte por la tendencia democrática, descrita por Tocqueville, al igualitarismo. Se trata, no obstante, de la visión más problemática, dado que la igualdad no constituye

³⁶⁷ Khaitan, Tarunabh, *A Theory of Discrimination Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 24.

—como he tratado de explicar en el tercer capítulo, a cuyas consideraciones me remito—³⁶⁸ un bien intrínseco.³⁶⁹ Aunque se dan situaciones en que la mera desigualdad puede producir un agravio comparativo injusto, tampoco en estos escenarios es la igualdad, como tal, el valor perseguido en última instancia, sino otros bienes como el honor o la vida digna de los sujetos o grupos, los cuales se ven mermados en determinadas situaciones de desigualdad.

2. Una corriente igualitaria estrechamente ligada al derecho antidiscriminatorio es el llamado “igualitarismo relacional” (*relational egalitarianism*), impulsado por Elizabeth S. Anderson y Samuel Scheffler a finales del pasado siglo y comienzos del presente, y desarrollado por varios autores en los últimos años.³⁷⁰ En la caracterización pionera de Anderson, las pretensiones del igualitarismo relacional se pueden delimitar, negativa y positivamente, del siguiente modo:

a) “En sentido negativo, los igualitaristas [relacionales] buscan abolir la opresión, esto es, las formas de relación social mediante las cuales algunas personas dominan, explotan, marginan, degradan o infligen violencia a otras. Las diversidades en identidades socialmente adscritas, los distintos roles en la división del trabajo o las diferencias en rasgos personales —ya se trate de diferencias biológicas o psicológicas neutrales, de talentos y virtudes valiosos, o de discapacidades y limitaciones desafortunadas— nunca justifican las relaciones sociales desiguales antes mencionadas”.

b) Positivamente, “los igualitarios [relacionales] buscan un orden social en el que las personas se mantienen en una relación de igualdad. Buscan vivir juntos en una sociedad democrática, en cuanto que opuesta a una jerárquica”. En una sociedad así, de lo que se trata es de “estar en pie de igualdad frente a los demás en una discusión”, lo que implica “tener derecho a participar”; y “que los demás reconozcan la obligación de escuchar con respeto y de responder a los propios argumentos”.³⁷¹

³⁶⁸ *Vid. supra* capítulo 3, 2.1.

³⁶⁹ En respuesta a la poderosa crítica al igualitarismo, principalmente, las fundamentaciones sustantivas han proliferado en las últimas dos décadas. *Vid., u. gr.*, además de la obra citada de Khaitan, los trabajos de Holmes, Elisa, “Anti-Discrimination Rights without Equality”, *The Modern Law Review*, vol. 68, núm. 2, 2005, pp. 175-194; Moreau, Sophia, “In Defense of a Liberty-based Account of Discrimination”, en Hellman, Deborah y Moreau, Sophia (eds.), *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 71-86; y Hellman, Deborah, “Two Concepts of Discrimination”, *Virginia Law Review*, vol. 102, núm. 4, 2016, pp. 895-952.

³⁷⁰ Anderson, Elizabeth S., “What is the Point of Equality?”, *Ethics*, vol. 109, núm. 2, 1999, pp. 312 y ss.; y Scheffler, Samuel, “What Is Egalitarianism?”, *Philosophy & Public Affairs*, vol. 31, núm. 1, pp. 5-39. Para una panorámica de esta corriente, *vid.* Lippert-Rasmussen, Kasper, *Relational Egalitarianism: Living as Equals*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018.

³⁷¹ *Vid.* Anderson, Elizabeth S., “What is the Point of Equality?”, *cit.*, p. 313.

3. En relación con la *delimitación negativa* ofrecida por Anderson, pienso que no es preciso ser igualitario relacional para oponerse a las actitudes que menciona. Las conductas a las que se refiere —opresión, explotación, marginación, degradación, causación ilegítima de violencia— son, evidentemente, injustas. Más aún, podemos afirmar que son injusticias de las cuales la relación de desigualdad social es constitutiva.³⁷² Dicho esto, su carácter injusto no proviene, sin más, de la relación de desigualdad social, sino de la lesión injustificada de bienes humanos básicos en el contexto de dicha relación desigual. No toda relación de superioridad social es, *per definitionem*, opresiva, ni explotadora, ni marginadora, ni degradante, ni causante de violencia. Hecha esta puntualización, coincido con Anderson en que los ejemplos indicados expresan injusticias dignas de rechazo.

4. En lo tocante a su *delimitación positiva*, la exposición de Anderson se presenta también en términos muy convincentes *a priori*. En una sociedad democrática, las aspiraciones que adscribe al igualitarismo conectan con la forma de legitimidad histórica bajo la que vivimos, lo que sitúa a Anderson en una posición de cierta seguridad. Las dificultades sólo se perciben, a mi modo de ver, analizando el alcance exacto de sus pretensiones:

a) De un lado, Anderson deriva inmediatamente las *aspiraciones democráticas* del igualitarismo relacional de la *igualdad moral* de los seres humanos. En sus propias palabras: “los igualitarios [relacionales] basan reivindicaciones de igualdad *social y políticas* en el hecho de la *igualdad moral universal*”.³⁷³ Es éste, a mi juicio, el punto más vulnerable de su teoría, y lo que le priva del sentido de la contingencia histórica. Ya se ha explicado suficientemente que el *status* social y político está históricamente condicionado y que no existe una correspondencia entre la igualdad política y la igualdad moral humana.³⁷⁴

b) El segundo problema que plantea la delimitación positiva, *i. e.*, la igualdad de *status* como tarea, reside en la confusión de una *aspiración política legítima* con una *exigencia de justicia*. Presentar la igualación del *status* social como una exigencia de justicia dota a la lucha por la eliminación de cualquier desigualdad de *status* de un carácter obligatorio y apremiante, y tiende a contemplar todo “desequilibrio de poder” (*power imbalance*), inevitablemente, con el sentimiento de indignación que la injusticia reclama. Esta confusión puede redundar fácilmente en un clima de tensión perjudicial para el bien común, como veremos en un epígrafe posterior.³⁷⁵

³⁷² Vid. *supra* capítulo 3, 2.1, c.

³⁷³ Anderson, Elizabeth S., “What is the Point of Equality?”, *cit.*, p. 313 (la cursiva es mía).

³⁷⁴ Vid. *supra* capítulo 1, 1.5, b, párrafo 3.

³⁷⁵ Vid. *infra* 4.3.

1.2. *Fundamentación sustantiva*

1. En contraste con los intentos del igualitarismo, parece más plausible fundar el derecho antidiscriminatorio en auténticos *bienes sustantivos*, necesarios para una vida lograda. Es cierto, en efecto, que existen bienes básicos de los que, en ocasiones, se pueden ver privadas injustamente determinadas personas por la pertenencia a un grupo marginado. Una vez más, de lo que en puridad se trata no es tanto de un problema de desigualdad estricta cuanto de *suficiencia*. A este respecto, Tarunabh Khaitan ha identificado hasta cuatro tipos de bienes³⁷⁶ de los que pueden verse desposeídos los miembros de clases discriminadas:

a) En primer lugar, el autor indio apunta a *bienes necesarios para satisfacer necesidades biológicas*. Piénsese, por ejemplo, en la imposibilidad de acceder a determinados bienes materiales básicos —alimento, techo, medios sanitarios, etcétera— por la mera pertenencia a un grupo, sin ninguna causa que lo justifique.

b) En segundo lugar, alude a una medida razonable de inmunidad de coacción o *libertad negativa*, un bien también importante para el florecimiento humano. La discriminación de un grupo sería susceptible, en efecto, de socavar injustamente la medida de libertad negativa necesaria para desenvolverse en la sociedad.

c) Siguiendo a Raz, incluye Khaitan en su clasificación *un elenco adecuado de oportunidades valiosas de vida*, dado que son las oportunidades provistas por el orden social las que, en el fondo, confieren valor al ejercicio de la libertad. En la medida en que la discriminación llegase a dificultar a un grupo acceder a opciones vitales valiosas, estaría lesionando un bien esencial para el florecimiento de los miembros de ese grupo.

d) Finalmente, se refiere a la posesión de *una medida suficiente de reconocimiento y autoestima*, indispensable para la prosperidad personal. Este bien parece identificarse con la “dignidad” social, que constituye —como ha señalado Sandra Fredman— el “candidato principal” (*foremost candidate*) de entre los bienes sustantivos esgrimidos como base del derecho antidiscriminatorio.³⁷⁷ La necesidad de preservarlo se opone, básicamente, a la deshonra o la vejación injustificada. La privación de un mínimo de dignidad social o *status* por la pertenencia a un grupo comporta una capititudisminución que redundaría negativamente en las posibilidades de desarrollo individual.

³⁷⁶ Khaitan, Tarunabh, *A Theory of Discrimination Law*, cit., pp. 91-116.

³⁷⁷ Fredman, Sandra, *Discrimination Law*, 2a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 19.

2. Sea o no exhaustiva la enumeración propuesta, pienso que, de los dos marcos de fundamentación del derecho antidiscriminatorio, el *sustantivo* resulta más plausible que el igualitario. La desigualdad fáctica no puede tratarse como un mal si no es porque comporta la privación injusta de genuinos bienes, materiales o morales. Consiguientemente, no cabe fundar toda una rama del derecho, sin más, en la necesidad de producir la igualdad de hecho. Sí es razonable, por el contrario, contemplar dicha posibilidad, al menos en línea de principio, cuando lo que se pretende corregir es una privación de bienes básicos que malogra la vida de un grupo humano.

3. La fundamentación sustantiva recién aludida se compadece particularmente bien con el “enfoque de las capacidades” (*capabilities approach*) articulado por Sen, contemplado, como se ha dicho, desde la perspectiva de la suficiencia.³⁷⁸ Considerando que “no hay gran dificultad para pensar sobre las capacidades en términos de grupos”, Sen ha hablado explícitamente de la existencia de *group capabilities*. En sus propias palabras, “resulta difícil concebir de manera coherente cómo las personas en sociedad pueden pensar, elegir o actuar sin verse influidas, de un modo u otro, por la naturaleza y el funcionamiento del mundo que las rodea”.³⁷⁹ En la medida en que la pertenencia a determinados grupos impidiese elegir efectivamente elementos esenciales para la realización humana, nos encontraríamos ante una circunstancia susceptible de servir —al menos *a priori*, según he señalado— como fundamento del derecho antidiscriminatorio.

2. EL DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO COMO DERECHO DE GRUPOS

Dedicaré este epígrafe y el siguiente a la explicación de los rasgos básicos del derecho antidiscriminatorio, para lo cual continuaré siguiendo de cerca, por su depuración teórica, la construcción de Khaitan. Es difícil ofrecer una definición precisa de este sector normativo, dado que consta de una pluralidad de técnicas relativamente heterogéneas.³⁸⁰ En términos muy generales, dichos mecanismos se hallan encaminados a proteger y/o beneficiar a miembros de

³⁷⁸ Vid. *supra* capítulo 3, 2.2, c.

³⁷⁹ Sen, Amartya, *The Idea of Justice*, cit., pp. 244-245.

³⁸⁰ No en vano, un estudioso del asunto afirmó —con algo de exageración— que “después de un cierto análisis, (el derecho antidiscriminatorio) puede disociarse en una colección de piezas desmembradas de doctrina jurídica que no tienen más en común que su asociación duradera” [Rutherglen, George, “Concrete or Abstract Conceptions of Discrimination”, en Hellman, Deborah y Moreau, Sophia (eds.), *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, cit., p. 123].

determinados grupos, considerados como particularmente vulnerables por el hecho de pertenecer a ellos.

1. Se trata de un derecho, en primer lugar, basado en *la existencia de unos rasgos personales protegidos*. Las normas del derecho antidiscriminatorio, en efecto, distribuyen posiciones sobre la base de alguna conexión entre el acto u omisión prohibido u ordenado por la norma, de un lado, y ciertas características o rasgos que poseen determinadas personas.

2. A partir de los rasgos que protege, el derecho antidiscriminatorio *clasifica a las personas en grupos*. Los grupos son distinguidos precisamente, pues, por el rasgo protegido.

3. En tercer lugar, el derecho antidiscriminatorio “busca reducir (y en última instancia eliminar) toda distancia significativa entre un grupo protegido y sus grupos afines (*cognate groups*) [i. e., distinguidos por el rasgo que singulariza al grupo en cuestión]”.³⁸¹ Sus medidas se basan, por tanto, en la *existencia de una desventaja relativa* que tiende a perjudicar a los miembros del grupo protegido. De todos los grupos clasificados por un rasgo ordenador, los miembros de, al menos, un grupo, tienen que ser significativamente más propensos a sufrir una desventaja persistente, aguda y sustancial (*abiding, pervasive, substantial*) que los miembros de, al menos, otro grupo. En relación con la desventaja, es preciso hacer tres puntualizaciones importantes, a mi juicio, para comprender cabalmente el alcance del derecho antidiscriminatorio:

a) El derecho antidiscriminatorio tiende a operar como un ámbito permanentemente abierto a otorgar sus beneficios a nuevos grupos en desventaja. No se trata, en este sentido, de un simple “derecho de excepción”, que vendría a subvenir la precariedad de *status* de una clase o un grupo social concreto en un país concreto —piénsese, *v. gr.*, en la salida de un régimen de *apartheid*—, sino de un conjunto de cláusulas abiertas a incorporar bajo su manto protector nuevas identidades en desventaja política, sociocultural o material.³⁸²

b) Esta apertura del derecho antidiscriminatorio constituye una simple oferta, como es lógico, pero no se concreta en ninguna protección particular hasta que el grupo protegido no se destaque como tal. Los grupos protegidos deben tener, por lo tanto, una “prominencia expresiva” (*expressive salience*) que los singularice, más allá del hecho de la desventaja. Esta peculiaridad ha sido calificada como la “cláusula expresiva” (*expressive clause*) del derecho antidiscriminatorio.³⁸³

³⁸¹ Khaitan, Tarunabh, *A Theory of Discrimination Law*, cit., p. 121.

³⁸² *Ibid.*, p. 49 y ss. *Vid.* también Fredman, Sandra, *Discrimination Law*, cit., pp. 109 y ss.

³⁸³ Khaitan, Tarunabh, *A Theory of Discrimination Law*, cit., pp. 171 y ss.

c) Entre las desventajas que motivan la aplicación del derecho antidiscriminatorio se incluye, de manera muy señalada, la llamada “desventaja sociocultural” (*socio-cultural disadvantage*), la cual “es habitualmente (aunque no exclusivamente) indicada por la prevalencia del prejuicio, y (determinadas) asunciones estereotípicas, acerca de los miembros de un grupo”. En la medida en que los “estereotipos” son, a menudo, imprecisos, “tienden a racionalizar prejuicios” que el derecho antidiscriminatorio se propone corregir.³⁸⁴

4. En fin, las normas del derecho antidiscriminatorio *distribuyen sus beneficios de manera excéntrica o desigual entre los miembros del grupo protegido*. La norma imperativa protectora está designada de manera tal que es idónea para dispensar sus beneficios tangibles inmediatos a algunos, pero no a todos los miembros del grupo beneficiario. En este aspecto se aprecia que el derecho antidiscriminatorio trata de favorecer a los grupos como tales, y no a todos los miembros individuales del grupo.³⁸⁵ Estamos, pues, ante un derecho que tiene mucho de simbólico-identitario.

3. TÉCNICAS PRINCIPALES DEL DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO

Propugnado por algunos como una nueva rama general del ordenamiento, el derecho antidiscriminatorio está abierto a la identificación de grupos vulnerables que padecen una desventaja relativa, y emplea técnicas dirigidas a protegerles. En este epígrafe describiré, de manera sintética, sus principales técnicas. Como se irá viendo, la mayoría de ellas ha nacido al albur de la legislación estadounidense y de la jurisprudencia sobre la XIV Enmienda.

3.1. *Escrutinio estricto*

En primer lugar, el derecho antidiscriminatorio comprende el llamado “escrutinio estricto” (*strict scrutiny*), que sujeta a un canon de control particularmente riguroso las diferenciaciones basadas en los rasgos protegidos. El escrutinio estricto de tales distinciones tiene su origen, como es conocido, en Estados Unidos, y se ha extendido a varios países.

1. En una famosa nota al pie en el caso *United States v. Carolene Products Co.* (1938), el juez Harlan Fiske Stone sugirió por primera vez la idea de que aquellas leyes basadas en el prejuicio frente a minorías diferenciadas y ais-

³⁸⁴ *Ibidem*, p. 53. En un sentido similar, aunque menos preciso y elaborado, *vid.* Fredman, Sandra, *Discrimination Law*, *cit.*, pp. 28-30.

³⁸⁵ Khaitan, Tarunabh, *A Theory of Discrimination Law*, *cit.*, p. 130.

ladas (*discrete and insular minorities*) deberían someterse a un examen judicial más riguroso.³⁸⁶ Así debía hacerse, según Stone, porque dichas diferenciaciones restringen la capacidad de participar en los procesos democráticos. Con el tiempo, el derecho norteamericano ha ido construyendo un canon de control estricto (*strict scrutiny test*) de las discriminaciones basadas en criterios como la raza, la nacionalidad o la religión. Estas distinciones son consideradas “sospechosas” de atentar contra el principio de igualdad de la XIV Enmienda (*suspect classifications*), y sólo pueden justificarse por un “interés apremiante” (*compelling interest*). En cuanto a las discriminaciones por razón de sexo, el Tribunal Supremo de Estados Unidos ha aplicado, desde *Craig v. Boren* (1976), un test de control intermedio (*intermediate test*), más riguroso que el de las diferenciaciones ordinarias y algo más ligero que el de las *suspect classifications*.

2. La gradación de cánones de control de las diferenciaciones fue tempranamente importada en España recurriendo a los criterios expresamente mencionados por el artículo 14 de la Constitución. En palabras del Tribunal Constitucional español:

...si el principio de igualdad ‘no postula ni como fin ni como medio la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia de trato’, las prohibiciones de discriminación, en cambio, imponen como fin y generalmente como medio la parificación de trato legal, de manera que sólo pueden ser utilizadas excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica.

Se impone así, en presencia de una distinción basada en los rasgos mencionados específicamente por el artículo 14 de la Constitución española (“nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”), “la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto y que implica un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad”.³⁸⁷ En España, por tanto, junto a un principio general que *a priori* permite las diferenciaciones normativas en tanto que no se demuestren irrazonables (control de “razonabilidad”), se reconoce un principio de no discriminación que *a priori* prohíbe las distinciones basadas en los criterios señalados en tanto que no se demuestren razonables con argumentos de mucho peso (control estricto). Es conveniente apuntar, además, que la lista señalada de rasgos tiene el carácter de *numerus apertus*, debido a la mención en ella de “cualquier

³⁸⁶ *United States v. Carolene Products Co.* (1938), 304 U.S. 144, 152, Nota 4.

³⁸⁷ STC 126/1997, de 3 de julio, FJ 8; con referencias a las SSTC 75/1983, FJ 4; 209/1988, FJ 6; y 229/1992, FJ 4.

otra circunstancia personal o social”. Será, pues, la “prominencia expresiva” (*expressive salience*) la que determinará la inclusión de nuevos rasgos entre los protegidos por el canon estricto antidiscriminatorio.

3. Es oportuno señalar, de todos modos, que el canon de control estricto no es contemplado como un rasgo del derecho antidiscriminatorio en todos los países, ni por todos sus teóricos y defensores.³⁸⁸

3.2. Principio de no-discriminación indirecta

En segundo lugar, el derecho antidiscriminatorio reconoce también un *principio de no-discriminación indirecta*, en virtud del cual se prohíben *prima facie* aquellas distinciones que, sin emplear como *tertium comparationis* un rasgo protegido, generan un “efecto dispar adverso” (*disparate adverse impact*) hacia los miembros de un grupo protegido. El criterio de distinción empleado, pues, es en sí mismo neutro. No obstante, por su concurrencia estadística en el grupo protegido, hace que impacte negativamente sobre él.

1. La teoría del *disparate impact* hace su aparición en la Sentencia *Griggs v. Duke Power Co.* (1971), en la que el Tribunal Supremo de Estados Unidos afirmó, por vez primera, que la interdicción de la discriminación ilícita “proscribe no sólo la discriminación manifiesta, sino también las prácticas que son justas en su forma, pero discriminatorias en su funcionamiento (*fair in form, but discriminatory in operation*)”.³⁸⁹

2. Un asunto ilustrativo para comprender el modo en que opera la discriminación indirecta fue el resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo del Reino Unido, *Essop and others v. Home Office (UK Border Agency)*, de 5 de abril de 2017. La decisión tiene una notable precisión técnica, habida cuenta de la claridad analítica con que la conocida magistrada Lady Brenda Hale, ponente de aquella sentencia y muy versada en cuestiones de derecho antidiscriminatorio, detalló los rasgos que caracterizan la discriminación indirecta:

a) En primer lugar, señala la Sentencia que, en sus diversas definiciones legales, el concepto de discriminación indirecta no exige “una explicación de las razones por las que una determinada provisión, criterio o práctica, pone a un grupo en desventaja con respecto a otros”. Al contrario, *basta con que exista la desventaja*.³⁹⁰

³⁸⁸ Agradezco a Tarunabh Khaitan sus puntualizaciones sobre este punto.

³⁸⁹ *Griggs v. Duke Power Co.* (1971), 401 U.S. 424, 431.

³⁹⁰ *Essop and others v. Home Office (UK Border Agency)*, de 5 de abril de 2017, § 24.

b) Una “segunda característica” es que, a diferencia de lo que sucede con la discriminación directa, la indirecta no requiere que las personas del grupo desfavorecido lo hayan sido por el hecho de pertenecer a ese grupo. Ello se debe a que la discriminación indirecta, aun presuponiendo la igualdad de trato, “pretende lograr la *igualdad de condiciones*”. Se trata de eliminar “barreras ocultas que no son fáciles de prever o detectar”.³⁹¹

c) Una tercera característica es la diversidad de razones por las que, según la Sentencia, a un grupo puede resultarle más difícil que a otros cumplir la provisión, criterio o práctica. Los distintos ejemplos enunciados “demuestran que el motivo de la desventaja *no tiene por qué ser ilegal* en sí mismo ni estar bajo el control del empleador o proveedor”.³⁹²

d) En cuarto lugar, en la discriminación indirecta “no se exige que la provisión, criterio o práctica en cuestión ponga en desventaja a todos los miembros del grupo que comparten la característica protegida concreta”. En el fondo, ya nos hemos referido a ello al explicar que el derecho antidiscriminatorio distribuye sus beneficios de manera excéntrica o desigual; esto es, que *tutela a los grupos en cuanto tales* y no a cada uno de sus miembros individualmente.³⁹³

e) Finalmente, el Tribunal añade que “es habitual que el impacto dispar, o la desventaja particular, se establezca sobre la base de *pruebas estadísticas*”,³⁹⁴ y que “el demandado siempre tiene la posibilidad de demostrar que su provisión, criterio o práctica está justificada”.³⁹⁵

3.3. *Ajuste razonable*

En tercer lugar, ha de mencionarse la exigencia de un *ajuste razonable* (*reasonable accomodation*) para que determinados grupos en desventaja puedan acceder a bienes y servicios en las mismas condiciones que los grupos afines.

1. Esta medida encuentra su ámbito principal de aplicación en la protección de los discapacitados. En Estados Unidos, el concepto cobró especial importancia merced a su inclusión en el *Americans with Disabilities Act*, de 26 de julio de 1990. Con posterioridad, la exigencia de ajustes razonables se ha extendido internacionalmente y actualmente se encuentra recogida por la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13

³⁹¹ *Ibidem*, § 25.

³⁹² *Ibidem*, § 26.

³⁹³ *Ibidem*, § 27.

³⁹⁴ *Ibidem*, § 28.

³⁹⁵ *Ibidem*, § 29.

de diciembre de 2006. El artículo 2o. de la Convención define los ajustes razonables en los siguientes términos:

Por ‘ajustes razonables’ se entenderán las *modificaciones y adaptaciones necesarias* y adecuadas que no impongan una *carga desproporcionada o indebida*, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

2. En el ámbito de la Unión Europea, el Tribunal de Luxemburgo ha definido con gran claridad los dos conceptos básicos en torno a los que gira esta técnica del derecho antidiscriminatorio:

a) En cuanto a la obligación de hacer *ajustes razonables*, consiste en la adopción de “medidas adecuadas”, es decir, “medidas eficaces y prácticas, teniendo en cuenta cada situación individual”, para permitir a cualquier persona con discapacidad acceder y progresar en el empleo, “sin que suponga una carga excesiva para el empresario”.³⁹⁶ Entre estas medidas se incluyen, afirmó el Tribunal, la reubicación de un trabajador que, como consecuencia de su discapacidad, ha sido declarado no apto para las funciones esenciales que desempeñaba, siempre que esa medida —valga la insistencia— “no suponga una carga excesiva para su empresario”.³⁹⁷

b) En cuanto a la *carga excesiva* —que delimita negativamente la propia obligación de hacer ajustes—, el Tribunal señaló que, para esclarecer si concurre o no, deben tenerse en cuenta factores tales como los recursos financieros, el volumen de la empresa o la disponibilidad de fondos públicos. Además, la reubicación sólo será posible si existe, al menos, “un puesto vacante que el trabajador en cuestión pueda ocupar”.³⁹⁸

3. Analógicamente, la exigencia de ajustes razonables prevista por las leyes de discapacidad ha sido reconocida, en Estados Unidos, en beneficio de las mujeres embarazadas. En la Unión Europea, dicha exigencia tiende a subsumirse en la interdicción de la discriminación indirecta por razón de sexo;³⁹⁹ mientras que, en el país norteamericano, las desventajas asociadas al embarazo se suelen asimilar a las generadas por otro tipo de incapacidades.⁴⁰⁰

³⁹⁶ STJUE *Ca. Na. Negreta*, de 18 de enero de 2024, § 43.

³⁹⁷ *Ibidem*, § 46.

³⁹⁸ *Ibidem*, § 45.

³⁹⁹ *Vid.*, por todas, la STC 22/2024, de 12 de febrero, FJ 3.

⁴⁰⁰ *Vid.*, por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos *Young v. United Parcel Service (UPS)*, de 25 de marzo de 2015; y el *Pregnant Workers Fairness Act 2022*, en vigor desde el 27 de junio de 2023.

4. Quisiera subrayar de manera expresa que, desde mi punto de vista, la técnica del ajuste razonable es, quizás, la más feliz del llamado derecho antidiscriminatorio. Se trata de evitar con ello que, en nuestra sociedad, la libertad del mercado deje atrás a personas que, por el infortunio de la vida, tienen más dificultades para adaptarse. El concepto de “carga excesiva”, además, persigue asegurar que las exigencias en este ámbito no sean desproporcionadas, sino que se mantengan dentro de los límites de una razonable equidad.

3.4. *Tutela especial frente al acoso discriminatorio y discurso del odio*

Un cuarto elemento del derecho antidiscriminatorio es la tutela especial de los miembros del grupo protegido frente al llamado “acoso discriminatorio” (*discriminatory harassment*) y frente al “discurso de odio” (*hate speech*), debido a su particular susceptibilidad para padecerlos.

1. El “acoso discriminatorio” se define, con carácter general, como una conducta que, relacionada con un rasgo protegido (típicamente la raza, el origen étnico, el sexo, la religión, la discapacidad, la edad o la identidad sexual), tiene el propósito o el efecto de vulnerar la dignidad de la víctima, o de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo hacia ella. La categoría es fruto de una especificación progresiva del concepto mismo de discriminación y, en las últimas dos décadas, ha sido incluida en numerosas normas internacionales y en la legislación de varios países. En el espacio de la Unión Europea, aparece recogida en varias directivas sobre la igualdad en el ámbito laboral y en el acceso a bienes y servicios;⁴⁰¹ así como en las legislaciones de igualdad de los países europeos.⁴⁰²

⁴⁰¹ *Vid., v. gr.*, art. 2.3 Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico; art. 2.3 Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación; art. 2.c Directiva del Consejo 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad; y art. 2.1.c y d Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición).

⁴⁰² En Alemania, el concepto de “acoso” (*Belästigung*) discriminatorio está definido en el § 3, párr. 3 y 4, de la Ley General de Igualdad de Trato (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*), de 14 de agosto de 2006; en Francia, en el art. 1 de la Ley n.º 2008-496, de 27 de mayo de 2008, por la que se adoptan diversas disposiciones de adaptación al derecho comunitario en el ámbito de la lucha contra la discriminación; en España, en el artículo 6.1 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación; etcétera.

2. Relacionado con el concepto de “acoso antidiscriminatorio”, se encuentra el de “discurso de odio” (*hate speech*). Conviene hacer una reflexión pausada sobre esta categoría, dadas las controversias jurídicas que, en los últimos años, ha suscitado.

a) El concepto aparece ligado a la protección frente a la discriminación racial; aunque, posteriormente, se ha extendido a la tutela de otras minorías. Tradicionalmente, sin embargo, ha encontrado un contrapeso muy fuerte en la libertad de expresión, especialmente en Estados Unidos, donde la *Free Speech Clause* de la Primera Enmienda goza de una “posición preferente” (*preferred position*) frente a otros derechos.⁴⁰³

b) Con carácter general, la jurisprudencia europea ha adoptado una aproximación más abierta a proteger a las minorías frente al llamado “discurso de odio”, lo que ha conducido a varios países —*v. gr.*, Alemania,⁴⁰⁴ Austria,⁴⁰⁵ Francia,⁴⁰⁶ etcétera— a reconocer como delito la “negación del holocausto”. El Tribunal de Estrasburgo, por su parte, se mueve en un equilibrio inestable entre la tutela de la libertad de expresión⁴⁰⁷ y la protección frente al discurso de odio.⁴⁰⁸

3. Es preciso añadir que, en los últimos años, la propia noción de “discurso de odio” ha sido objeto de controversias debido a la falta de claridad que, tanto en la sociedad como en buena parte de la jurisprudencia, existe en torno a ella. En esta línea, el constitucionalista de la Universidad de Yale, Keith E. Whittington, ha subrayado que, “en ocasiones, la categoría de *‘hate speech’* se formula de manera restringida para centrarse en amenazas, acoso e insultos personales, pero a menudo se construye ampliamente para incluir argumentos con conclusiones desagradables”.⁴⁰⁹ Tal vez por ello, el Tribu-

⁴⁰³ *Vid.*, *v. gr.*, *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

⁴⁰⁴ *Vid.* el § 130 del Código Penal (*Strafgesetzbuch*), sobre la “incitación al odio” (*Volkshetzung*).

⁴⁰⁵ *Vid.* el § 3h de la Ley constitucional federal por la que se prohíbe el NSDAP y se regula legalmente la desnazificación en Austria (abreviadamente, *Verbotsgesetz* 1947), objeto de posteriores enmiendas: “Negación del genocidio y de los crímenes contra la humanidad cometidos por los nazis” (*Leugnung des nationalsozialistischen Völkermords und der nationalsozialistischen Verbrechen gegen die Menschlichkeit*).

⁴⁰⁶ El artículo 9o. de la Ley n.º 90-615, de 13 de julio de 1990, que reprime todo acto racista, antisemita o xenófobo (Ley Gayssot de 1990), introdujo el artículo 24 bis en la Ley de Prensa.

⁴⁰⁷ *Vid.*, *v. gr.*, STEDH *Handyside contra el Reino Unido*, de 7 de diciembre de 1976, § 49.

⁴⁰⁸ *Vid.*, *v. gr.*, STEDH *Erbakan contra Turquía*, de 6 de julio de 2006, § 56.

⁴⁰⁹ Whittington, Keith E., *Speak Freely. Why Universities Must Defend Free Speech*, Princeton y Oxford, Princeton University Press, 2018, pp. 78 y 79. Un razonable intento de trazar un concepto restrictivo de *hate speech* puede encontrarse en el trabajo de Strossen, Nadine, *Hate. Why We Should Resist It With Free Speech, Not Censorship*, Oxford y Nueva York, Oxford Univer-

nal Supremo norteamericano no ha querido emplearla en su jurisprudencia sobre la Primera Enmienda. Como ha señalado Nadine Strossen, “eso no quiere decir que todo discurso connotado por la vaga categoría de *‘hate speech’* esté constitucionalmente protegido”.⁴¹⁰ Más sencillamente, lo discutible parece ser que tal concepto constituya un canon de prohibición adecuadamente tuitivo.

3.5. *Acción positiva*

Otra técnica a la que hemos de hacer referencia consiste en el arbitrio de medidas de “acción positiva” (*affirmative action*) en beneficio del grupo postergado. Las medidas de acción positiva pueden tener diverso carácter y avanzan desde el requerimiento a empleadores de proveer información sobre la diversidad de grupos de pertenencia de los empleados; cuotas de empleo en sectores infrarrepresentados y cuotas de representación política; tratos preferenciales de “discriminación inversa” (*reverse discrimination*) en el acceso a puestos de trabajo, especialmente en ámbitos de poder; y un largo etcétera.

1. En Estados Unidos, las medidas de “acción positiva” se empezaron a aplicar en los años setenta para favorecer el acceso de los afroamericanos a las universidades. El examen de la evolución de la jurisprudencia al respecto, sin embargo, evidencia un decurso dispar y oscilante.⁴¹¹ Este carácter

sity Press, 2018, pp. 53 y ss. En todo caso, ambos autores subrayan que no se trata de una categoría específica del derecho constitucional norteamericano.

⁴¹⁰ Strossen, Nadine, *Hate*, cit., p. xxi.

⁴¹¹ El *leading case* sobre la materia fue *Regents of the University of California v. Bakke*, de 28 de junio de 1978, en el que el Tribunal Supremo —en una decisión fragmentada en seis opiniones distintas y varios *dissents*— declaró inconstitucionales las políticas de cuotas rígidas, si bien permitió que la diversidad racial formase parte de la política de admisiones. En *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, de 12 de junio de 1995, el Tribunal Supremo decidió, en una ajustada votación de cinco frente a cuatro, que el escrutinio estricto habría de aplicarse a todas las clasificaciones raciales llevadas a cabo por la administración pública, también en procesos de licitación sometidos a criterios de diversidad racial. Con posterioridad, resultó controvertido el caso *Grutter v. Bollinger*, de 23 de junio de 2003, en el que una mujer blanca, Barbara Grutter, impugnó la política de diversidad racial en las admisiones de la Universidad de Michigan. Nuevamente dividido (cinco frente a cuatro), el Tribunal Supremo avaló la política de admisiones, si bien lo hizo tras aplicarle el *strict scrutiny test* propio de las clasificaciones raciales. La *ratio decidendi* del Tribunal residía en la concurrencia de un “interés apremiante” (*compelling interest*) —promover la diversidad racial— y en que la medida estaba “estrechamente adaptada” (*narrowly tailored*). Este fallo contrastaba con el de un caso distinto decidido el mismo día, *Graz v. Bollinger*, en el que otra política de admisión de la misma universidad fue declarada inconstitucional (por seis votos frente a tres) por no estar suficientemente adaptada. El doble criterio del “interés apremiante” y la “adaptación precisa” sería reiterado en

pendular se debe, al menos en parte, a la propia tensión de las políticas de acción afirmativa con el canon de control estricto (*strict scrutiny test*) de las categorías sospechosas. A la vista de los datos, parece plausible sostener que la propia jurisprudencia del *strict scrutiny test*, con su remisión a la categoría del *compelling interest*, ha situado la *affirmative action* en arenas movedizas.

2. Con carácter general, las medidas de discriminación inversa han estado siempre envueltas en cierta controversia. Para algunos, son reglas con una finalidad reparadora de discriminaciones históricas, argumento criticado por quienes entienden que los vivos no deben pagar las culpas de sus antepasados. Otros autores, sin embargo, han dado un argumento *pro futuro*, basado en la plena integración de grupos sociales actualmente en desventaja. Frente a este argumento, los críticos sostienen que los beneficios individuales concedidos por la mera pertenencia a un determinado grupo étnico o a un género suscitan o perpetúan dinámicas identitarias, por lo que sería mejor limitarse a favorecer la igualdad de oportunidades.⁴¹²

3.6. *Inversión de las cargas probatorias y presunción de inocencia*

La última técnica antidiscriminatoria que comentaré es la inversión parcial de cargas probatorias en diversos conflictos en que se encuentran involucrados, como demandantes, miembros de grupos protegidos. Estamos ante una técnica aplicable, sobre todo, al ámbito de la discriminación laboral, aunque se ha extendido también a otros como la educación, la atención sanitaria, el acceso a bienes y servicios, y numerosas actividades comercia-

pronunciamientos posteriores. Así, por ejemplo, en *Parents Involved v. Seattle*, de 28 de junio de 2007 (relativo a las políticas antisegregacionistas de diversidad escolar), una Sentencia que contó con dos bloques de jueces empatados (cuatro-cuatro), y el voto oscilante (*swing vote*) del juez Kennedy decantando la Sentencia en un sentido u otro, en función de las pretensiones evaluadas. En *Fisher v. University of Texas*, de 23 de junio de 2016 (*Fisher II*), el Tribunal Supremo avaló, en una votación ajustada (cuatro frente a tres), una política de diversidad racial de la Universidad de Texas. Esta línea jurisprudencial iniciada en *Bakke y Grutter* ha sido revertida por *Students for Fair Admissions v. President and Fellows of Harvard College*, de 29 de junio de 2023. En este caso, el Tribunal Supremo de Estados Unidos resolvió declarar la inconstitucionalidad del uso de la raza como criterio de admisión en los *colleges* norteamericanos. El asunto se resolvió en una votación de seis votos frente a dos, dada la abstención de la juez Ketanji Brown Jackson, que había sido miembro del Consejo de Supervisores de Harvard al tiempo de aprobarse la política. Por esa razón, en otro caso parejo resuelto el mismo día, *Students for Fair Admissions v. University of North Carolina*, el mismo fallo fue adoptado por seis votos frente a tres.

⁴¹² Para una síntesis de los argumentos opuestos, *vid.* Sandel, Michael J., “Arguing Affirmative Action”, en *Justice. What’s the Right Thing to Do?*, Nueva York, Farrar, Strauss and Giroux, 2012, pp. 167 y ss.; y el trabajo mencionado de Dworkin, Ronald, “Why Bakke Has No Case”, *cit.*

les. En principio no se trata, propiamente hablando, de una inversión plena de la carga probatoria, sino que opera a partir de un cierto indicio o apariencia de discriminación. La inversión reside, por tanto, en que el demandante no tiene que probar completamente su alegación, sino únicamente mostrar con razones su plausibilidad o verosimilitud *prima facie*. Es en ese momento que el demandado tiene la carga de justificar convincentemente que su conducta no fue discriminatoria.

1. Una vez más, esta técnica antidiscriminatoria nos remite al derecho norteamericano y, más concretamente, a la Sentencia *McDonnell Douglas Corp. v. Green*, de 14 de mayo de 1973. En este asunto se reformuló por vez primera el esquema probatorio en supuestos de discriminación laboral, un precedente que se ha mantenido con posterioridad y que ha tenido gran influencia en el derecho antidiscriminatorio. Muy resumidamente, el Tribunal Supremo fijó el siguiente esquema probatorio para los casos de discriminación racial:⁴¹³

a) En primer lugar, el demandante tiene “la carga de establecer un caso *prima facie*”.

b) Posteriormente, corresponde al empresario la “carga de la prueba en la refutación”, demostrando una razón no discriminatoria en su actuación.

c) Por último, el demandante debe “tener una oportunidad justa de demostrar que la razón expuesta” era “sólo un pretexto para una decisión racialmente discriminatoria”.

La jurisprudencia fijada en este asunto, como he señalado, se ha mantenido vigente en lo sustancial, sin perjuicio de diversos matices introducidos por otras sentencias posteriores.⁴¹⁴

2. En el ámbito europeo, la inversión parcial de la carga de la prueba está prevista en numerosas directivas antidiscriminatorias.⁴¹⁵ Tales normas establecen un marco para la inversión parcial de la carga probatoria, en los términos ya explicados: allí donde se aleguen hechos que permitan sospechar la plausibilidad de la discriminación, habrá de corresponder a la parte demandada demostrar que no la ha habido. El Tribunal de Justicia de la

⁴¹³ *McDonnell Douglas Corp. v. Green*, 411 U.S. 792 (1973), 792-793.

⁴¹⁴ *Vid.*, v. gr., *Texas Department of Community Affairs v. Burdine*, 450 U.S. 248 (1981), en materia de discriminación de género; *Reeves v. Sanderson Plumbing Products, Inc.*, 530 U.S. 133 (2000), en materia de discriminación por razón de edad; *Desert Palace, Inc. v. Costa*, 539 U.S. 90 (2003), en materia de género; *Gross v. FBL Financial Services, Inc.*, 557 U.S. 167 (2009), en materia de edad; *University of Texas Southwestern Medical Center v. Nassar*, 570 U.S. 338 (2013), en materia de raza; etcétera.

⁴¹⁵ *Vid.*, v. gr., el artículo 8o. de la Directiva 2000/43/CE (raza); art. 10 de la Directiva 2000/78/CE (religión, convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual); art. 9 de la Directiva 2004/113/CE (sexo); y art. 19 Directiva 2006/54/CE (sexo).

Unión ha aplicado cláusulas de inversión parcial en varios casos.⁴¹⁶ Obviamente, la normativa y la jurisprudencia europea han conducido a una expansión generalizada de esta técnica en los Estados miembros.⁴¹⁷

3. A partir de unos orígenes relativamente discretos, circunscritos al ámbito laboral, el problema de la inversión probatoria se ha expandido en las últimas dos décadas.⁴¹⁸ Se trata, a mi modo de ver, de una pendiente resbaladiza de cierto riesgo, ya que la distribución de cargas probatorias obedece a un criterio de justicia inveterado que trasciende el objeto material enjuiciado. Recientemente, la inversión ha producido resoluciones de honda repercusión, incluso en el ámbito de la jurisprudencia constitucional,⁴¹⁹ objeto de críticas aceradas.

⁴¹⁶ *Vid.*, a mero título de ejemplo, las SSTJUE *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding y Firma Feryn NV*, de 10 de julio de 2008; *Asociația Accept*, de 25 de abril de 2013; *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD contra Komisia za zashtita ot diskriminatsia*, de 16 de julio de 2015 (Gran Sala); *Otero Ramos*, de 19 de octubre de 2017; etcétera.

⁴¹⁷ *Cfr.*, *v. gr.*, para el ordenamiento alemán, el art. 32 Ley 62/2003, de 30 de diciembre; § 22 (*Beweislast*) de la *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*; para el ordenamiento francés, art. L. 1134-1 del Código del Trabajo (*Code du Travail*), introducido por la *Loi n°2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations*; etcétera.

⁴¹⁸ En España, por ejemplo, el artículo 13.1 de la Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, dispone que, salvo en los procesos penales, “en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias, por razón de sexo, corresponderá a la persona demandada probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad”. Sin perjuicio de lo frondosa y dispersa que resulta la legislación antidiscriminatoria, preceptos como el recién citado evidencian que la alteración del juego ordinario de las cargas probatorias en materia de discriminación de grupos protegidos se ha erigido en una tendencia de fondo.

⁴¹⁹ La Sentencia del Tribunal Constitucional español 54/2025 constituye un ejemplo paradigmático de los riesgos derivados de una expansión indebida de la lógica antidiscriminatoria en el ámbito procesal. El caso versa sobre el conflicto de una pareja por la custodia de su hijo, en cuyo transcurso la mujer interpuso contra el marido una denuncia penal por maltrato. Existía la posibilidad, obviamente, de que la denuncia hubiese sido interpuesta con el fin de asegurar el éxito en el conflicto civil por la custodia. De hecho, los órganos judiciales ordinarios constataron desde un principio inconsistencias en la denuncia de la mujer y denegaron la orden cautelar de protección. Con posterioridad, además, el orden penal absolvió al padre en términos rotundos. En el orden civil, por su parte, se determinó que la custodia fuese ejercida por la madre, pero en el lugar de residencia inicial de la pareja, ya que, conforme a la ley, un solo progenitor “no tiene la facultad de decidir un traslado de residencia del menor que aparte al mismo de su entorno habitual” (Auto de 30 de julio de 2021 del Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Vitoria). Insatisfecha con esta resolución, la mujer recurrió en amparo ante el Tribunal Constitucional. De manera francamente llamativa, el Alto Tribunal estimó el amparo contra la decisión que impedía el traslado unilateral del menor, aceptando que la mera alegación de violencia de género bastaba para flexibilizar la exigencia legal de consentimiento del otro cónyuge o la autorización judicial. Operando una auténtica inversión de la carga probatoria, el máximo órgano de garantías ignoró las contun-

4. OBSERVACIONES CRÍTICAS GENERALES

Descritos, de manera muy sucinta, los principales rasgos que caracterizan las técnicas de la legislación antidiscriminatoria, me centraré a continuación en formular algunas observaciones críticas de fondo. Estamos, como ya he anticipado, ante un área sensible del derecho, por lo que nada tiene de extraño que suscite dudas y objeciones. Las consideraciones siguientes se refieren a aspectos problemáticos que, según creo, presenta el derecho antidiscriminatorio tal y como ha sido teorizado y desarrollado. He de subrayar expresamente, como una especie de *caveat*, que no cuestiono el hecho de que varios de los males que trata de combatir el derecho antidiscriminatorio sean dignos de preocupación. Las principales aporías que suscita resultan, como se verá, de sus pretensiones de generalidad y su permanente apertura a la acogida de nuevas identidades de grupo. La adopción de medidas para elevar socialmente a un sector determinado, con un *status* de inferioridad marcado, es *a priori* razonable. Se trata, con todo, de un hecho que se debería identificar y contemplar, en cada caso, como excepcional. Sólo así, los instrumentos arbitrados se modelarían singularizadamente, en función de las necesidades concretas que plantease la situación excepcional identificada. Como trataré de mostrar a continuación, sin embargo, algunas de las técnicas de la legislación y la jurisprudencia antidiscriminatoria, adoptadas con una perspectiva “transversal”, fuerzan de manera excesiva principios básicos de justicia. Ello puede producir, paradójicamente, una agudización de las tensiones entre grupos y explica en buena medida por qué su mismo *status* como rama jurídica dista de ser pacífico.⁴²⁰

4.1. *Tensión con la igualdad ante la ley*

1. Una de las dificultades más frecuentemente esgrimidas frente a la legislación antidiscriminatoria consiste en que algunas de sus técnicas parecen entrar en conflicto con el paradigma liberal clásico del principio de igualdad ante la ley. Piénsese, por ejemplo, en la pugna de las políticas de cuotas de diversidad con el criterio del mérito y la capacidad,⁴²¹ o en la disonancia

dentes resoluciones absolutorias penales hasta el punto de comprometer, como advirtieron dos magistrados en un voto particular, el derecho a la presunción de inocencia del marido.

⁴²⁰ Así lo admiten, además, algunos de sus propios teóricos. Ya me he referido, en este sentido, a la “crisis de identidad” reconocida por Khaitan en *A Theory of Discrimination Law*, *cit.*, p. 24.

⁴²¹ *Cfr.* al respecto Sandel, Michael J., “Arguing Affirmative Action”, *Justice*, *cit.*, 2012 (cap. 7).

de las reglas de paridad electoral con el principio liberal de la unidad de la representación de la nación.⁴²² Resulta también problemática, como es lógico, la alteración de la igualdad del *status* procesal básico de los ciudadanos modulando las cargas probatorias en función del sexo de quien alega. Y en una línea similar, ha sido cuestionado el aval, operado por la Sentencia 59/2008, del Tribunal Constitucional español, de una ley que castigaba con mayor pena las agresiones del varón frente a la mujer que su contrario.⁴²³

2. La lectura detenida de las condiciones que cualifican a los sujetos protegidos por el derecho antidiscriminatorio viene a corroborar la tensión con el principio de igualdad ante la ley, tal y como es entendido en el constitucionalismo liberal.

a) Si nos fijamos, por ejemplo, en el requisito de la desventaja relativa de uno de los grupos clasificados, es fácil percibir que la legislación antidiscriminatoria tiende a ser “*infrainclusiva*” (*underinclusive*) en la selección de grupos. Dada la pluralidad de posibles beneficios, materiales e inmateriales, que un individuo podría reclamar en abstracto para compensar un rasgo personal determinante de desventajas de grupo —desde la gordura a la poca inteligencia, pasando por la antipatía o la fealdad, por mencionar sólo algunos—, nos encontramos ante un derecho inevitablemente selectivo. Consiguientemente, pienso que tiene un potencial no desdeñable para producir las discriminaciones que pretende paliar.

b) A ello se añade, en segundo lugar, que nos encontramos ante una clase de medidas *internamente desigual*, en cuanto que distribuye sus beneficios favoreciendo no a todos los miembros del grupo protegido, sino sólo a algunos. La política de cuotas, por ejemplo, no beneficia a todos los miembros del grupo desfavorecido, ni siquiera a los más desfavorecidos del grupo desfavorecido, sino a algunos de ellos, a menudo en mejor situación que los miembros de grupos afines perjudicados por la norma. Es muy conocida, en esta línea, la resolución de la Corte de Apelaciones del Quinto Circuito de Estados Unidos en el caso *Hopwood v. Texas*, de 18 de marzo de 1996. En

⁴²² Cfr. el Voto particular del Magistrado Rodríguez Zapata a la Sentencia del Tribunal Constitucional español 12/2008, de 29 de enero. *Vid.* también, parcialmente coincidente, Díez Picazo, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, 4a. ed., Cizur Menor, Civitas, 2013, p. 388.

⁴²³ No deja de resultar elocuente, a mi juicio, que un exvicepresidente del Gobierno de España, histórico dirigente del partido que impulsó esta norma, mostrase su abierta disconformidad en términos de cierta rotundidad. En su opinión, la medida venía a crear una dicotomía de ciudadanos en un *status* tan básico como el penal. Sin embargo, como se ha explicado [*vid. supra* capítulo 2, 1.1, a)], si algo caracteriza la noción clásica de igualdad ante la ley es un *status* legal básico, de carácter común, para todos los ciudadanos. Véanse, a este respecto, las declaraciones —de fácil acceso en Internet— del exvicepresidente del Gobierno de España, Alfonso Guerra, de 19 de noviembre de 2019, acerca de la STC 59/2008, de 14 de mayo.

aquel asunto, una joven madre soltera de baja condición social y carente de recursos económicos, al cargo de una hija gravemente enferma, se había visto desplazada, pese a sus elevadas calificaciones, por personas de mejor posición social y peores notas que pertenecían a otra raza.⁴²⁴ También aquí, resulta difícil no apreciar una cierta excepcionalidad respecto al paradigma de igualdad ante la ley del liberalismo clásico.

3. En el ámbito de las cuotas y la llamada discriminación inversa, uno de los autores contemporáneos que se ha hecho cargo con lucidez de la colisión con el paradigma clásico de la igualdad ante la ley ha sido, en mi opinión, Michael Walzer. En el contexto de lo que denominó como “igualdad compleja” (*complex equality*), el filósofo político neoyorkino se interrogó seriamente sobre la reserva de cuotas para grupos preteridos, y afirmó que tales medidas se basan, en el fondo, en una cierta división previa del *demos*. En sus propias palabras, “cuando los cargos son objeto de reserva, los miembros de todos los grupos, salvo aquellos a quienes es reservado el cargo, son tratados como si fuesen extranjeros”, ya que “sus cualificaciones no son tenidas en cuenta” —en realidad, cabría puntualizar, no son tenidas en cuenta del mismo modo—. Walzer concluía que “este tipo de medidas [sólo] puede ser aceptable en un estado binacional, en el que los miembros de las dos naciones permanecen, de hecho, como extraños el uno al otro”.⁴²⁵

4. En consonancia con la apreciación recién expuesta, pienso que algunas técnicas antidiscriminatorias cobran su sentido como vehículo excepcional para la integración de grupos salidos de una auténtica situación de *apartheid* o de inferioridad nacional. Son éstos, en rigor, los casos en los que el concepto de “dignidad social” cobra un contenido substantivo, específico y riguroso, operativo como criterio jurídico de no discriminación. Este tipo de integración emancipatoria, sin embargo, constituye una práctica que —es importante subrayarlo— tiene el carácter propio de un derecho de excepción, no de normalidad. Es esencial contemplarla restrictivamente, y el ordenamiento no debería disponer de cláusulas que inviten a nuevos grupos a reivindicar un *status* de grupo discriminado o vulnerable. “Lo que está en juego en esta visión no es la igual consideración para los individuos, sino para los grupos: integridad comunal, autoestima para los miembros en cuanto que miembros. La igualdad de este tipo es una exigencia común de los movimientos de liberación nacional”. Se trata, pues, de una justicia eminentemente restaurativa, que comienza “toda vez que se han trazado

⁴²⁴ El caso es comentado por Sandel en el capítulo 7 de *Justice* (cit.).

⁴²⁵ Walzer, Michael, *Spheres of Justice*, p. 149.

los límites entre miembros y extraños”.⁴²⁶ Resulta sintomático, en esta línea, que algunos autores sitúen el origen de las medidas de acción positiva en la India británica, en 1885, con el fin de dotar de instalaciones educativas especiales a las clases más desfavorecidas, particularmente a la casta *dalit*.⁴²⁷

5. El problema señalado por Walzer se aprecia, de manera más patente que en las políticas de cuotas, en la aplicación de un *test* de escrutinio específico a aquellas clasificaciones legales que afectan a determinados grupos. Soy consciente de que se trata de una práctica extendida —por influjo de la jurisprudencia norteamericana— en muchos países, mas no por ello debemos renunciar a una crítica racional del fenómeno. El hecho de que, por la afectación a un grupo predefinido por un rasgo personal, la interdicción ordinaria de la arbitrariedad ceda el paso a una prohibición de distinguir salvo que concurra un “interés apremiante” (*compelling interest*), supone situar a ese grupo en una posición esencialmente desigual ante la ley, y —esto es lo más importante— hacerlo con carácter general, antes de entrar en consideraciones sobre el tipo de distinción al que nos enfrentamos. Se trata de un criterio que parece romper con el principio de igualdad ante la ley en relación con el grupo en cuestión.

Para ilustrar el problema, imaginemos una distinción normativa fundada en un rasgo “prohibido” (*v. gr.*, la raza o el sexo). Esta diferenciación podría estar basada en reglas de experiencia contrastadas que la hicieran aconsejable de cara al bien común de la sociedad. Aun siendo plenamente razonable, dicha restricción sería objeto de un enjuiciamiento muy distinto según se aceptasen o no las categorías del derecho antidiscriminatorio. Ciertamente, si la distinción llevada a cabo fuese arbitraria, debería ser declarada inconstitucional empleando el *test* ordinario de razonabilidad. Siendo razonable, por el contrario, podría suceder que el interés tutelado por la ley no fuese un “interés apremiante” (*compelling interest*) a ojos del juez, en cuyo caso sería declarada inconstitucional bajo los cánones de la jurisprudencia antidiscriminatoria. Esto es muy problemático, máxime teniendo en cuenta la ambigüedad del propio concepto de “interés apremiante”, el cual podría invitar a una aplicación basada en preferencias de “política social” (*policy*), y no en criterios de estricta justicia.

El problema que plantea la situación expuesta es sencillo: ¿por qué ha de ser tildada de injustamente discriminatoria una distinción que, de hecho, es *razonable*, esto es, que no es arbitraria? La respuesta de la jurisprudencia antidiscriminatoria remite a consideraciones susceptibles de introducir la

⁴²⁶ *Ibid.*, p. 150.

⁴²⁷ *Cfr.* Khaitan, *cit.*, p. 16, sobre el *Gran-in-Aid Code*, dictado durante la llamada Presidencia o Provincia de Madrás.

arbitrariedad en el juicio: la falta de “interés apremiante”. Obviamente, para nada se defienden aquí las distinciones arbitrarias, que son justamente las que el canon del principio general de igualdad de trato —un principio universal de justicia, como se viene explicando desde el primer capítulo de este libro— proscribe. La crítica apunta, más bien, a la creación de categorías destinadas a excluir las propias distinciones razonables que asignan cargas o privan de beneficios a ciertos grupos de la población —lo cual, esta vez sí, es injustamente discriminatorio—. Nótese al respecto que no pocos autores han considerado, refiriéndose al escrutinio estricto, que estamos ante un *test* “estricto en la teoría, fatal de hecho” (*strict in theory, fatal in fact*).⁴²⁸ Es decir, estamos ante un *test* que, por definición, prohíbe también distinciones razonables. Habida cuenta de que el principio de igualdad jurídica es un principio de justicia que afecta a todas las distinciones legales, alterarlo en relación con un determinado grupo sitúa a ese grupo, a mi parecer, en una situación de privilegio.

4.2. Corrección de estereotipos

Un segundo problema al que quisiera referirme apunta al objetivo que se propone el derecho antidiscriminatorio de subvertir estereotipos y prejuicios. Como viene subrayándose desde la obra inicial de Fredman, nos encontramos ante uno de los objetivos centrales que se propone este ámbito de la legislación y la jurisprudencia.

1. Antes de nada, es justo poner el foco en las razones del *atractivo* que posee esta motivación. No es preciso hacer un gran esfuerzo al respecto, dado que ni “prejuicio” ni “estereotipo” son palabras que gocen de connotaciones positivas. Evocan la idea de la estigmatización colectiva de personas por el mero hecho de poseer unos rasgos que, de suyo, no encierran nada de malo. En este sentido, la empresa antidiscriminatoria de eliminar estereotipos parece razonable y, ciertamente, tiende a suscitar nuestra simpatía.

2. Bien mirado, sin embargo, asignar a una instancia política o jurisdiccional la tarea de eliminar estereotipos coercitivamente presenta problemas jurídicos más serios de lo que a primera vista pueda parecer. Del mismo modo que existen prejuicios y estereotipos generales que nos suscitan rechazo, existen prejuicios y estereotipos de clase —de partidos políticos, secto-

⁴²⁸ La expresión, muy conocida, proviene de Gunther, Gerald, “The Supreme Court, 1971 Term – Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection”, *Harvard Law Review*, núm. 86, 1972, p. 8.

res ideológicos, grupos económicos y profesionales, etcétera— que también nos suscitan rechazo. Muchas veces, lo que para una parte de la sociedad constituye un prejuicio o un estereotipo injustificado, para otra parte es una convicción razonable. En estas condiciones, encomendar al legislador o a los jueces —en especial al Tribunal Constitucional— el encargo de eliminar estereotipos empieza a presentar problemas. Las dificultades se acentúan, precisamente, cuando lo que se pretende eliminar es un estereotipo arraigado en la sociedad, dado que, por definición, un estereotipo social sólo puede ser identificado como tal por alguien que no participa del estereotipo. La eliminación coercitiva de un estereotipo social no es fácil de defender en términos populares, ya que fácilmente puede consistir en la imposición de otra convicción o estereotipo de quienes, por no participar de aquel “estereotipo”, lo califican como tal, frente a las convicciones de una sociedad que, justamente porque está convencida de sus razones, no cree que lo que tiene por normal sea un estereotipo injusto.

3. Al igual que ocurre con la excepcionalidad referida al hablar de las políticas de cuotas y los cánones de control estricto, el problema de hacer de la eliminación del estereotipo un objetivo general del legislador o del juez parece entrar en tensión con principios jurídicos básicos. Antes incluso que el principio moderno de igualdad ante la ley, es propio de la realidad jurídica el fundarse en un marco institucional u “orden concreto” de posiciones, tal y como vengo reiterando. Al menos en lo que atañe a los elementos fundamentales del orden jurídico, llamados a perdurar, tiene razón Romano en que “el derecho, antes de ser norma, antes de referirse a una relación simple o a una serie de relaciones sociales, es organización, estructura, posiciones de la misma sociedad en la que se desarrolla”.⁴²⁹ Dichas estructuras particulares, sumamente diferenciadas e inigualitarias en muchos aspectos, son, como dijo Hauriou, “condición de duración de un orden social”.⁴³⁰

4. En sentido estricto, un “estereotipo” no es otra cosa que una categoría o modelo (*typos*) asentado sobre una convicción social firme (*stereos*). Desde esta definición, por tanto, todo orden jurídico se asienta sobre el estereotipo. En el siglo XIX, Friedrich Carl von Savigny llegó a afirmar que el derecho “surge primero por costumbres y creencias del pueblo, y después

⁴²⁹ Romano, Santi, *L'ordinamento giuridico*, cit., § 10, 1946, p. 27: “il diritto, prima di essere norma, prima di concernere un semplice rapporto o una serie di rapporti sociali, è organizzazione, struttura, posizione della stessa società in cui si svolge e che esso costituisce come unità, come ente per sé stante”.

⁴³⁰ Hauriou, Maurice, “The Social Order”, en Broderick, Albert (ed.), *The French Institutionalists: Maurice Hauriou, Georges Renard, Joseph T. Delos*, Cambridge MA, Harvard University Press, 1970, p. 133.

es generado por la jurisprudencia. En todos los casos, por fuerzas interiores y silenciosas, no por la arbitrariedad del legislador”.⁴³¹ Otro gran pensador jurídico, Edmund Burke, afirmó que, en el ámbito práctico, dispensar al estereotipo el respeto que *a priori* merece es signo de una actitud humilde, desde la que “sospechamos” que el “depósito” de la sabiduría “es pequeño en cada hombre, y que los individuos hacen mejor en aprovisionarse del banco general y el capital de las naciones y las generaciones”. Advertía este *old whig* que “muchos de nuestros sabios especulativos, en lugar de desacreditar los prejuicios generales, emplean, por el contrario, su sagacidad en descubrir la sabiduría oculta que contienen”.⁴³² Por no alargar en exceso la lista de pensadores prácticos que se han expresado en términos análogos, baste citar por último a Hans-Georg Gadamer, que formulo una crítica penetrante y certera de lo que denominó “el prejuicio contra todo prejuicio y, con ello, el derrocamiento de la tradición”; y que sostuvo enfáticamente que la legitimidad tradicional —estereotípica, podríamos denominarla— es esencial a la racionalidad jurídica.⁴³³ Confiar al legislador y a los tribunales la misión de eliminar los “estereotipos” considerados discriminatorios podría suponer apoderarles para una tarea problemática, a saber, la de extirpar de sus conciudadanos las ideas equivocadas acerca de lo que es justo e injusto.

4.3. Eliminación de desequilibrios de poder

Una justificación típica del derecho antidiscriminatorio apela a la necesidad de corregir los “desequilibrios de poder” (*power imbalances*) entre grupos que se dan en la sociedad.⁴³⁴ Se trata de una aspiración que conecta, como hemos visto, con el “igualitarismo relacional” (*relational egalitarianism*), y que en buena medida recuerda al proyecto ético-político de Jürgen Habermas de organizar la sociedad sobre el fundamento de un “discurso libre de dominio” (*herrschaftsfreien Diskurs*).⁴³⁵

⁴³¹ Savigny, Friedrich Carl von, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, Mohr und Zimmer, 1814, pp. 13 y 14.

⁴³² *Vid.*, v. gr., Burke, Edmund, *Reflections on the Revolution in France*, cit., pp. 129 y 130.

⁴³³ Gadamer, Hans-Georg, *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, en *Gesammelte Werke*, vol. I, Tübinga, Mohr Siebeck, 1990, p. 275.

⁴³⁴ También en este punto, relativo al propósito del derecho antidiscriminatorio de corregir los “desequilibrios de poder” (*power imbalances*), quiero manifestar mi agradecimiento a Tarunabh Khaitan por las conversaciones con él mantenidas.

⁴³⁵ Para una crítica de este concepto, me remito a las agudas observaciones de Robert Spaemann en “Bemerkungen zum Problem der Gleichheit”, cit., pp. 232 y ss; y “Die Utopie der Herrschaftsfreiheit”, *Merkur*, vol. 26, 1972, pp. 735-752.

1. Como en el subepígrafe anterior, antes de proceder a manifestar reservas, conviene exponer algunas de las razones del atractivo que posee este objetivo. Me refiero a la experiencia misma del desamparo y la opresión lacerante en que viven algunas personas. La movilidad social ha aumentado enormemente en las últimas décadas, y con ella los flujos migratorios. En estas condiciones, las sociedades multiculturales occidentales se presentan a menudo separadas en grupos de suerte muy desigual. Ello redundará en niveles importantes de fragmentación y provoca tensiones étnicas que no pueden desdeñarse. Aun provenientes de una teoría formulada a lo largo del último tercio del siglo XX, las siguientes palabras de Habermas reflejan bien, al menos en parte, el proyecto actual del derecho antidiscriminatorio:

[L]a llamada periferia ilustra el caso normal de nuestras metrópolis... Un poder muy legítimo significa también por lo regular la justificación de un sistema de instituciones que distribuye desigualmente las cargas y las indemnizaciones sociales, la posibilidad de satisfacer las necesidades y los riesgos.⁴³⁶

A menudo da la sensación, en efecto, de que los ganadores y los perdedores del orden institucional normal son siempre los mismos, y de que eso no debería ser así. No resulta sorprendente, en este sentido, que surjan voces que reclaman, como ideal legislativo antidiscriminatorio, la corrección estructural de los desequilibrios de poder.

2. El planteamiento esbozado, sin embargo, no está exento de riesgos. Como ilustró Heinrich von Kleist en su célebre *Michael Kohlhaas*, un celo desorbitado por poner término a toda injusticia suele terminar produciendo injusticias aún más graves. Asimismo, hacer de la sociedad un espacio de “diálogo libre de dominio” parece un objetivo poco idóneo para el derecho. Infinidad de rasgos personales y colectivos como la edad, la posición económica, la educación, el carácter o la simpatía, generan desequilibrios de poder. Más aún, los propios gustos sociales, con lo que tienen de arbitrarios y fluctuantes, distribuyen cuotas de poder, de manera arbitraria e inconsciente, entre las personas y grupos que están más o menos en sintonía con sus exigencias. Las desigualdades de poder entre personas y grupos sociales constituyen un fenómeno antropológico y social originario. Ya se ha explicado más arriba que es oportuno procurar una equidad que prevenga frente a envidias y resentimientos. Al mismo tiempo, sin embargo, el celo excesivo en desarraigar todo vestigio de desequilibrio de poder podría convertir la sociedad en un campo abonado para la lucha de clases e identidades.

⁴³⁶ Habermas, Jürgen, “Die Utopie des guten Herrschers. Eine Diskussion zwischen Jürgen Habermas und Robert Spaemann”, *Merkur*, vol. 26, 1972, pp. 1266 y ss.

3. En vista del modo de operar del derecho antidiscriminatorio, la reflexión recién expuesta dista mucho, a mi modo de ver, de ser extemporánea. Por mor de la eliminación de los desequilibrios de poder, las dinámicas de protección grupal tienden a producir una lucha competitiva y dañina. A fin de que un grupo en desventaja sea protegido, dicho grupo debe poseer —como ha dicho Khaitan— una “prominencia expresiva” (*expressive salience*). Este rasgo —calificado por el reputado teórico antidiscriminatorio como la “cláusula expresiva” (*expressive clause*) de este ámbito legal— privilegia a mi juicio la autovictimización, lo cual genera “el riesgo” de “una política de expresión perniciosa y competitiva”. En efecto, “las luchas para afirmar el propio valor moral no cobran forma, de manera necesaria, en una exigencia de justicia recíproca y mutuo reconocimiento”. La “política degradante” expresionista “esencializa las ‘culturas’ tanto de los grupos dominantes como de los dominados, haciéndolos resistentes a cualquier disidencia interna o voces reformistas”. Así, “ya no hay victoriosos en estas guerras culturales: sólo perdedores”. Incluso con “la mejor voluntad del mundo”, se “podría terminar fácilmente favoreciendo una política expresiva de no-reconocimiento competitivo, más que una política de mutuo reconocimiento y reciprocidad”. Ello podría generar una reacción inversa de “victimización” en el propio grupo inicialmente considerado como dominante; y todo ello socavaría, paradójicamente, “los esfuerzos para reducir la desventaja socio-cultural del grupo protegido”.⁴³⁷

4.4. *Tensionamiento de las diferencias*

El cuarto problema al que aludiré, estrechamente ligado a los tres anteriores, podría rotularse como el riesgo de caer en un *tensionamiento de las diferencias*. Se trata de una objeción muy recurrente frente a la legislación y la jurisprudencia antidiscriminatoria, por lo que no es necesario entretenerse demasiado en desarrollar su contenido. Basta referirse, sucintamente, a algunos ámbitos en que la técnica antidiscriminatoria puede tener este efecto.

1. En primer lugar, es preciso aludir a la llamada *discriminación indirecta*, la determinación de cuya injusticia plantea algunas dificultades. El hecho de que una medida cause un impacto dispar sobre un grupo determinado no es suficiente para presumir su injusticia. No sería lógico pretender, por ejemplo, que las diferencias físicas entre hombres y mujeres no tuviesen ninguna consecuencia en ningún ámbito social. Ello es evidente en prácticas socialmente institucionalizadas como los distintos tipos de deportes, aunque

⁴³⁷ Khaitan, Tarunabh, *A Theory of Discrimination Law*, cit., p. 177.

puede apreciarse, de manera más general, en las relaciones cotidianas. Pienso que existe un cierto voluntarismo, sin embargo, en contemplar la normalidad biológica o sus consecuencias sociales como una especie de estereotipo que debería ser superado. Como botón de muestra de este enfoque competitivo de las diferencias biológicas, me referiré al contraste entre dos Sentencias del Tribunal Constitucional español aparentemente opuestas, aunque íntimamente ligadas, a mi juicio, en su resistencia a afrontar la realidad razonablemente. Los dos casos tienen una relevancia del todo singular, dado que afectan a algo tan serio como la tutela frente a la violencia contra la mujer:

a) Pensemos, en primer lugar, en la Sentencia del Tribunal Constitucional español 28/1992, de 9 de marzo, en la que este alto órgano de garantías se enfrentó a una cláusula jurídica que otorgaba a las mujeres trabajadoras de una empresa pública un plus de transporte nocturno por la mayor peligrosidad que, para ellas, representaba desplazarse por la vía pública de noche. Pues bien, dejando de lado el fallo de su Sentencia, lo cierto es que el Tribunal Constitucional entendió que la medida era discriminatoria por paternalista: “al conectarse la norma convencional con la eventual peligrosidad del transporte por la noche”, afirmaba, “se parte de una noción diferenciadora de la mujer a la que se supone sujeta a unos riesgos que nunca amenazan al varón, y por ello mismo, ha de calificarse como de una norma protectora en favor de la mujer”,⁴³⁸ y, por ende, injusta. Este planteamiento parece tratar la mayor exposición de la mujer a la violencia nocturna como un prejuicio o estereotipo social carente de justificación, lo cual es erróneo. El plus de transporte era una medida tuitiva razonable, basada en una convicción carente de sesgos ideológicos. No en vano, fue recomendada en Alemania, en ese mismo mes, por el Tribunal Constitucional Federal.⁴³⁹

b) Quince años más tarde, la transformación ideológica avanzó desde un sesgo desprotector desenfocado, a mi modo de ver, hasta un sesgo acusatorio. Así, en su Sentencia 59/2008, de 14 de mayo, el Tribunal Constitucional español avaló castigar con mayor pena al varón por el mismo hecho delictivo. Paradójicamente, las Sentencias 59/2008 y 28/1992 comparten un sesgo que impide proteger adecuadamente a las mujeres frente a la lacra de la violencia. En el primer caso, la desatención a la realidad lleva a negar justificación a una mayor protección de la mujer, conveniente en el caso concreto. En el segundo, se cae en la culpabilización abstracta —y, por el te-

⁴³⁸ STC 28/1992, de 9 de marzo, FJ 3.

⁴³⁹ En su Sentencia de 28 de marzo de 1992, la Sala Primera (*Ersten Senat*) del Tribunal Constitucional Federal alemán declaró explícitamente que los riesgos especiales que para la mujer representa el trabajo nocturno podrían evitarse “poniendo a su disposición un autobús para el trayecto hacia su puesto de trabajo” [STCF 85, 191 (*Nachtarbeitsverbot*), p. 209].

nor literal de la diferencia de pena establecida, meramente simbólica— del varón, lo cual contribuye innecesariamente a la polarización social.

c) La culpabilización abstracta aludida se torna más problemática si nos hacemos cargo de que, a comienzos de los años ochenta, una reforma penal “urgente” había eliminado la antigua circunstancia agravante del “desprecio del respeto que por la dignidad, edad o sexo mereciese el ofendido”.⁴⁴⁰ Como ha explicado el magistrado del Tribunal Supremo de España, Manuel Marchena, el legislador consideró entonces “que la permanencia de la agravante de sexo era una rémora histórica incompatible con los renovados principios a los que pretendía rendir culto”. En la misma línea, la reacción de la doctrina fue “absolutamente elogiosa”, puesto que la agravante de desprecio de sexo se veía como una afirmación tácita de la inferioridad de la mujer.⁴⁴¹ Se asumía, en definitiva, que la mujer no podía ser reputada más débil por el Código Penal, por tuitiva que fuese la finalidad. Resulta llamativo que hoy, por el contrario, la discriminación penal se admita en función del sexo no de la víctima protegida, sino del agresor.

2. Finalmente, también está siendo crecientemente cuestionado por ciertos sectores, debido a su potencial distorsionador, el recurso transversal a las *cuotas de representación paritaria*. La generalización de este tipo de medidas podría conducir a inferir, a partir del dato estadístico de una presencia disímil de hombres y mujeres en un determinado ámbito de la vida social, la existencia de una discriminación estructural injusta. Semejante inferencia ha sido expresamente criticada, entiendo que con acierto, por Finnis.⁴⁴² A fin de ilustrarlo, el reputado filósofo del Derecho de Oxford se ha referido “efecto dispar” (*disparate impact*) que el Código Penal posee sobre hombres y mujeres. Se trata de una incidencia desigual que se justifica, evidentemente, en que la violencia física está asociada a una degeneración o una perversión que se produce, con más frecuencia, en varones que en mujeres. Si se reflexiona detenidamente sobre esta diferencia, cuesta negar su base material en una serie de rasgos naturales o *arquetípicos*, no simplemente estereotípicos, del varón.⁴⁴³ Justamente porque la masculinidad y la feminidad son arqueti-

⁴⁴⁰ Cfr. art. 1 de la LO 8/1983, de 25 de junio, de reforma urgente y parcial del Código Penal, en relación con el artículo 17.10º del Código Penal de 1944.

⁴⁴¹ Marchena, Manuel, *La justicia amenazada. Retos del derecho en una sociedad en conflicto*, Madrid, Espasa, 2025, p. 127, con referencia expresa a las opiniones de Vives Antón, Cobo del Rosal, Mir Puig y Quintero Olivares.

⁴⁴² Finnis, John, “Equality and Differences”, *cit.*, p. 34.

⁴⁴³ En palabras de Peter Kreeft, “un estereotipo es creado por los prejuicios sociales, los cuales pueden asociarse a un cierto tiempo y lugar, mientras que la diferencia entre la masculinidad y la feminidad es creada por la naturaleza, y existe en todos los tiempos y lugares”.

pos naturales distintos, es lógico que, en la interacción social, sus peculiaridades e inclinaciones desemboquen en rasgos, al menos en parte, distintos. Siendo esto así, no parece acertado, desde mi punto de vista, presumir una igualdad transversal.

5. REFLEXIÓN PROSPECTIVA

A lo largo de este capítulo he tratado de mostrar cuál es, desde mi punto de vista, el argumento más plausible y sensato —la genuina razón— de la lucha contra la discriminación injusta. Al mismo tiempo, he descrito sucintamente ciertos rasgos centrales del derecho antidiscriminatorio, y he tratado de exponer una serie de problemas que encierran algunos de sus planteamientos centrales. Lo más digno de respeto y apoyo reside en algunas de las preocupaciones a las que obedece, singularmente la de proteger a las personas que sufren violencia por su pertenencia a algún grupo social injustamente marginado.⁴⁴⁴ Estas preocupaciones explican en buena medida la expansión contemporánea del derecho antidiscriminatorio y constituyen un punto de partida moral que no puede ser ignorado.

Abordar la lacra social del maltrato a la mujer, por ejemplo, exige un estudio serio y profundo, amén de un compromiso sincero. Dicho esto, entiendo honestamente que, al menos como hipótesis, habríamos de preguntarnos si la lógica empleada por algunas de las técnicas antidiscriminatorias está siendo un remedio eficaz para los males que aquejan a ciertos grupos. Se trata de un problema sobre el que, tal vez, tengamos una reflexión pendiente.

Ello implica —concluye Kreeft— que “se trata de un arquetipo, más que de un estereotipo” (Kreeft, Peter, *Summa philosophica*, Indiana, St. Augustine Press, 2012, p. 110).

⁴⁴⁴ Sobre esta preocupación, y sobre el alcance del derecho antidiscriminatorio para abordarla con éxito, *vid.* una interesante compilación de ensayos en Landauri Paredes, Luis Enrique (coord.), y Nuevo López, Pablo (dir.), *Derecho antidiscriminatorio y violencia contra las mujeres: posibilidades y límites*, Madrid, Dykinson, 2024.

EPÍLOGO

A lo largo de este libro, he tratado de elaborar una especie de teoría de la igualdad, descomponiéndola en “piezas” diversas. Porque, en realidad, bajo la referencia común a la igualdad suelen ocultarse principios distintos, cuyos niveles de abstracción y universalidad no son equiparables. Consiguientemente, he comenzado llevando a cabo una clarificación estructural de esos principios, distinguiendo netamente, en particular, la máxima general de igualdad de trato y la igualdad constitucional ante la ley.

Como se ha mostrado, el análisis del principio general de igualdad de trato, al que están sujetas todas las transacciones y distribuciones, compete principalmente a la filosofía jurídica. En el capítulo primero, me he ocupado de este principio sobre la base de unas consideraciones preliminares para centrar un enfoque, a mi parecer, particularmente adecuado para iluminar el problema: el iusnaturalismo clásico. Huelga decir que esta perspectiva de análisis no es la dominante en nuestra literatura. Con todo, se trata de la visión del “derecho” (*to dikaion*) que tenía Aristóteles, el autor al que filósofos y juristas se siguen remitiendo para situar el origen del tratamiento del principio de igualdad, tal y como lo conocemos.⁴⁴⁵ El hecho de que, de manera general, se siga acogiendo su máxima desconociendo los fundamentos en que se basa no contribuye, ciertamente, a la claridad. Todo ello justifica la opción por una exposición preliminar de las bases del pensamiento jurídico aristotélico, antes de proceder a desentrañar el principio.

Aunque a menudo se confundan y guarden cierta relación, la máxima aristotélica de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales no es simplemente identificable con el principio constitucional de igualdad ante la ley, al menos en su sentido primigenio. De carácter más contingente, este último principio es patrimonio específico del constitucionalismo liberal moderno, responde a sus condiciones históricas y ha evolucionado con ellas. Su estudio no puede llevarse a cabo, pues, sin adentrarse en la historia y

⁴⁴⁵ Stephan Gosepath llega a afirmar que, en el nivel del análisis conceptual, los principios aristotélicos de igualdad formal y proporcional ofrecen un “marco de argumentación racional” aceptado generalmente (“Equality”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Rev. 2021, n. 2.2; <https://plato.stanford.edu/entries/equality/>).

el derecho constitucional positivo. Es cierto que, en el último siglo, bajo el principio constitucional de igualdad ante la ley se ha subsumido también la sujeción del poder público, controlada judicialmente, a la máxima aristotélica de igualdad de trato. Pese a ello, no puede decirse que sean dos ideas simplemente intercambiables. En realidad, dicho “enriquecimiento” del principio constitucional ha desplegado sus principales consecuencias en la articulación de los poderes del Estado, otorgando a los jueces —y en particular a la jurisdicción constitucional— una autoridad sin precedentes.

Juntamente con la clarificación estructural o formal de los principios, en este trabajo he tratado de mostrar la complejidad material de su aplicación. A ello he dedicado los dos últimos capítulos del trabajo, en los que, de diversas maneras, se ilustran los riesgos de la simplificación del discurso igualitario. Los intentos de sustituir con apriorismos abstractos la hermenéutica de lo concreto se revelan inútiles. O, dicho de otro modo, no es posible saber quiénes son, en cada caso, los iguales y los desiguales, sin una visión completa de las circunstancias en que se produce la distribución. Semejante determinación exige tomar en consideración, entre otras cosas, la pluralidad de los bienes repartidos, con sus distintas naturalezas; la pluralidad de criterios aplicables en el reparto, con sus distintos ámbitos de validez, exclusiva o combinada; y la pluralidad de agencias o instancias competentes para llevarlo a cabo, con sus distintas esferas de actuación.

El problema del reduccionismo a través de apriorismos abstractos se manifiesta, a mi juicio, en algunas de las técnicas antidiscriminatorias contemporáneas analizadas críticamente en el último capítulo del libro. Pensemos, en esta línea, en las llamadas “perspectivas transversales” de distribución de bienes y cargas, que anticipan la obligatoriedad o la ilegitimidad de las distinciones al margen del análisis concreto; o en la alteración de reglas distributivas generales, aplicables a toda la comunidad política, sobre la base de la pertenencia a ciertos grupos. Tales medidas adolecen, según creo, del mismo problema de simplificación. Ésta —la crítica de la simplificación— podría considerarse como el *leit motiv* del libro. Con mayor o menor fortuna, en él he procurado depurar racionalmente, siquiera un poco, el discurso de la igualdad. Si no lo he logrado, me acojo a la indulgencia del lector; y si lo he conseguido, sólo puedo alegrarme de ello. A fin de cuentas, como dijo Ludwig Wittgenstein, “la filosofía es una batalla contra el hechizo de nuestra inteligencia por medio del lenguaje”.⁴⁴⁶

⁴⁴⁶ Wittgenstein, Ludwig, *Philosophische Untersuchungen - Philosophical Investigations*, Anscombe, G. E. M. (trad.), 2a. ed., Oxford, Blackwell, 1999, § 109, p. 47: “Die Philosophie ist ein Kampf gegen die Verhexung unsres Verstandes durch die Mittel unserer Gespräche”; “Philosophy is a battle against the bewitchment of our intelligence by means of language”.

BIBLIOGRAFÍA

- ADLER, Mortimer, *Six Great Ideas*, Nueva York, Collier MacMillan, 1981.
- AGUILERA MEDINA, Cristobal, *Estado social y subsidiariedad en la enseñanza básica de iniciativa social*, Tesis doctoral defendida en la Universidad de Navarra el 28 de febrero de 2025.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, “Autonomía privada y derechos fundamentales”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 46, núm. 1, 1993.
- ALOIA, Antonio d', *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale*, Padova, CEDAM, 2002.
- ANDERSON, Elizabeth S., “What is the Point of Equality?”, *Ethics*, vol.109, núm. 2, 1999.
- ARENDT, Hannah, *The Human Condition*, 2a. ed., Chicago, University of Chicago Press, 1998.
- ARISTÓTELES, *The Complete Works of Aristotle* (The Revised Oxford Translation, ed. Jonathan Barnes, 2 Vols., *Bollingen Series*, Princeton, Princeton University Press, 1984, reimpr. 1995).
- ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, MARÍAS, Julián y ARAUJO, María, ed. bilingüe, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.
- ARNESON, Richard J., “Equality and Equal Opportunity for Welfare”, *Philosophical Studies*, vol. 56, núm. 1, 1989.
- ATIENZA, Manuel, “El fundamento de los derechos humanos: ¿dignidad o autonomía?”, *Sobre la dignidad humana*, Madrid, Trotta, 2022.
- ATIENZA, Manuel, *El sentido del Derecho*, 6a. ed., Barcelona, Ariel, 2010.
- AUSTIN, John, *The Province of Jurisprudence Determined*, Londres, John Murray, 1832.
- BARNETT, R. E., BERNICK, E. D. y OAKES, J., *The Original Meaning of the Fourteenth Amendment: Its Letter and Spirit*, Cambridge MA, The Belknap Press of Harvard University Press, 2021.
- BÁRTOLO DE SASSOFERRATO, *Commentaria cum additionibus Thomae Diplovatati aliorumque excellentissimorum doctorum, una cum amplissimo Repertorio noviter elucubrato per dictum clarissimum doctorem Thomam Diplovatatum*, Ed. Giovanni Polara, vol. VII, Roma, 1996.

- BERLIN, Isaiah, "Equality", en *Concepts and Categories: Philosophical Essays*, Princeton, Princeton University Press, 2013.
- BERLIN, Isaiah, "The Pursuit of the Ideal", *The Crooked Timber of Humanity*, 2a. ed., Princeton, Princeton University Press, 2013.
- BIGGAR, Nigel, *What's Wrong With Rights?*, Oxford, Oxford University Press, 2020.
- BILBAO UBILLOS, Juan María, "Prohibición de la discriminación y relaciones entre particulares", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 18, 2006.
- BIRK, Rolf, "Der Aufnahmewang bei Vereinen und Verbänden", *Juristenzeitung*, núm. 11/12, 1972.
- BUDZISZEWSKI, *Commentary on Thomas Aquinas's Treatise on Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.
- BURKE, Edmund, *Reflections on the Revolution in France*, Londres, J. Dodsley, 1790 (repr. Cambridge University Press, Cambridge, 2014).
- BURTON, Steven J., "Comment on 'Empty Ideas': Logical Positivist Analyses of Equality and Rules", *The Yale Law Journal*, vol. 91, 1982.
- CANARIS, Claus-Wilhelm, "Grundrechte und Privatrecht", *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 184, núm. 3, 1984.
- CAPPELLETTI, Marco, *Justifying Strict Liability. A Comparative Analysis in Legal Reasoning*, Nueva York, Oxford University Press, 2022.
- CASEY, Conor, "Political Liberalism and Liberalism's Politics", *Constitutional Commentary*, vol. 38, núm. 3, 2024.
- CHEMERINSKY, Erwin, "In Defense of Equality. A Reply to Professor Westen", *Michigan Law Review*, vol. 81, 1983.
- CICERÓN, *On the Republic - On the Laws*, Cambridge MA, Harvard University Press, 1928.
- COHEN, Gerald A., "On the Currency of Egalitarian Justice", *Ethics*, vol. 99, núm. 4, 1989.
- CORVINO, John, GIRGIS, Sherif, y ANDERSON, Ryan T., *Debating Religious Liberty and Discrimination*, Oxford, Oxford University Press, 2017.
- CRUZ PRADOS, Alfredo, *Sobre la realidad del Derecho. Filosofía Jurídica*, Pamplona, Eunsa, 2021.
- DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, *Discriminación en las relaciones entre particulares*, Tirant lo Blanch, México, 2015.
- DICEY, Albert V., *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8a. ed., Londres, MacMillan, 1915.

- DÍEZ PICAZO, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, 4a. ed., Cizur Menor, Civitas, 2013.
- D' Ors, Álvaro , *Derecho privado romano*, 10a ed., Pamplona, Eunsas, 2004.
- DWORKIN, Ronald, "Do We Have a Right to Pornography?", *A Matter of Principle*, Oxford, Oxford University Press, 1985.
- DWORKIN, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, Cambridge MA, The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.
- DWORKIN, Ronald, "Rights as Trumps", en WALDRON, Jeremy, *Theories of Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1984.
- DWORKIN, Ronald, *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge MA, Harvard University Press, 2000.
- DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Londres, Gerald Duckworth, 1977.
- DWORKIN, Ronald, "Why Bakke Has No Case", *New York Review of Books*, vol. 24, núm. 10, 1977.
- ENGELS, Friedrich, *Herrn Eugen Dührings Umwälzung der Wissenschaft (Anti-Dühring)*, en MARX, Karl y ENGELS, Friedrich, *Werke*, vol. 20, Berlín, Dietz, 1975.
- ERRÁZURIZ, Carlos José, *El derecho como bien jurídico*, Pamplona, Eunsas, 2023.
- FEINBERG, Joel, "Non-comparative Justice", *The Philosophical Review*, vol. 83, núm. 3, 1974.
- FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso, "El Estado social", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 69, 2003.
- FERRAJOLI, Luigi, *Manifiesto por la igualdad*, Madrid, Trotta, 2019.
- FINNIS, John, *Aquinas. Moral, Political, and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1998.
- FINNIS, John, "Equality and Differences", *American Journal of Jurisprudence*, vol. 56, 2011.
- FINNIS, John, "Law, Morality, and «Sexual Orientation»", en *Collected Essays, III (Human Rights and Common Good)*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- FINNIS, John, *Natural Law and Natural Rights*, 2a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2011.
- FINNIS, John, "Sex and Marriage: Some Myths and Reasons", *Collected Essays, III (Human Rights and Common Good)*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- FINNIS, John, "Subsidiarity's Roots and History: Some Observations", *American Journal of Jurisprudence*, vol. 61, 2016.

- FORAN, Michael P., *Equality Before the Law*, Oxford, Hart Publishing, 2023.
- FORSTHOFF, Ernst, “Die Daseinsvorsorge als Aufgabe der modernen Verwaltung” (1938), *Rechtsfragen der leistenden Verwaltung Beiträge zum öffentlichen Recht herausgegeben von Prof. Dr. Ernst. Forsthoff*, Stuttgart, W. Kohlhammer Verlag, 1959.
- FORSTHOFF, Ernst, “Über Maßnahmegesetze”, en BACHOF, Otto; DRAHT, Martin; GÖNNENWEIN, Otto y WALZ, Ernst (eds.), *Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht: Gedächtnisschrift für Walter Jellinek*, München, Isar Verlag, 1955.
- FORSTHOFF, Ernst, *Die Verwaltung als Leistungsträger*, Stuttgart, W. Kohlhammer, 1938.
- FRANKFURT, Harry, “Equality as a Moral Ideal”, *Ethics*, vol. 98, núm. 1, 1987.
- FRANKFURT, Harry, *On Inequality*, Princeton, Princeton University Press, 2015.
- FRANKLIN, Benjamin, *Poor Richard’s Almanack* (1735), Waterloo-Iowa, The U. S. C. Publishing Co., 1914.
- FREDMAN, Sandra, *Discrimination Law*, 2a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2011.
- FRIEDMAN, Milton, *Capitalism and Freedom*, Chicago y Londres, University of Chicago Press, 1992.
- FULLER, Lon L., *The Morality of Law*, New Haven, Yale University Press, 1963.
- GADAMER, Hans-Georg, *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophische Hermeneutik, Gesammelte Werke*, vol. I, Tübinga, Mohr Siebeck, 1990.
- GARCÍA-GALLO, Alfonso, “Ius y derecho”, *Anuario de Historia del Derecho*, 1960.
- GARCÍA PELAYO, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo, Obras Completas*, II, 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.
- GEISST, Charles R., *Beggar Thy Neighbor. A History of Usury and Debt*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2013.
- GIMÉNEZ GLÜCK, David, *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, , Barcelona, Bosch, 2004.
- GIRGIS, Sherif, “Equality and Moral Worth in Natural-Law Ethics and Beyond”, *American Journal of Jurisprudence*, vol. 59, núm. 2, 2014.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus, *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, Madrid, Tribunal Constitucional y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

- GOSEPATH, Stephan, “Equality”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Rev. 2021 (<https://plato.stanford.edu/entries/equality/>).
- GREENAWALT, Kent, “How Empty Is the Idea of Equality?”, *Columbia Law Review*, vol. 83, 1983.
- GUNTHER, Gerald, “The Supreme Court, 1971 Term – Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection”, *Harvard Law Review*, núm. 86, 1972.
- HABERMAS, Jürgen, “Die Utopie des guten Herrschers. Eine Diskussion zwischen Jürgen Habermas und Robert Spaemann”, *Merkur*, vol. 26, 1972.
- HARE, Richard M., “Justice and Equality”, *Essays on Political Morality*, Oxford, Oxford University Press, 1989.
- HART, H. L. A., *The Concept of Law*, 2a. ed., Oxford, Oxford University Press, 1994.
- HATSCHKE, Julius, *Deutschen und preu ßischen Staatsrecht*, I, Leipzig, Spamerschen Buchdruckerei, 1922.
- HAURIU, Maurice, “The Social Order”, en BRODERICK, Albert (ed.), *The French Institutionalists: Maurice Hauriou, Georges Renard, Joseph T. Delos*, Cambridge MA, Harvard University Press, 1970.
- HAYEK, Friedrich August von, *Law, Legislation and Liberty*, Londres, Routledge, 2013.
- HAYEK, Friedrich August von, *The Road to Serfdom*, Chicago, The University of Chicago Pres, ed. 1972.
- HEGEL, Georg Wilhelm F., *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, en *Gesammelte Werke*, 14-1, Hamburgo, Felix Meiner Verlag, 2009.
- HELLER, Hermann, *Staatslehre*, Leiden, A. W. Sijthoff's, 1934.
- HELLMAN, Deborah, “Two Concepts of Discrimination”, *Virginia Law Review*, vol. 102, núm. 4, 2016.
- HERVADA, Javier, *Lecciones propedéuticas de filosofía del Derecho*, Pamplona, Eunsa, 2000.
- HOLMES, Elisa, “Anti-Discrimination Rights without Equality”, *The Modern Law Review*, vol. 68, núm. 2, 2005.
- HOLTUNG, Nils y LIPPERT-RASMUSSEN, Kasper, *Egalitarianism. New Essays on the Nature and Value of Equality*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- HUME, David, *A Treatise of Human Nature*, SELBY-BIGGE, Lewis Amherst (ed.), Oxford, Clarendon Press, 1960.
- ISENSEE, Josef, “Subsidiarität - das Prinzip und seine Prämissen”, en BLIBKLE, P. , HÜGLIN, T. O. y WYDUCKEL, D., *Subsidiarität als rechtliches und*

- politisches Ordnungsprinzip in Kirche, Staat und Gesellschaft*, Berlín, Duncker & Humblot, 2002.
- ISENSEE, J., *Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht*, 2a. ed., Berlín, Duncker & Humblot, 2001.
- JAHREIB, Hermann, “Die Staatsbürgerliche Gleichheit”, en ANSCHÜTZ, G. y THOMA, R. (eds.), *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, II, Tubinga, Mohr, 1932.
- JIMÉNEZ CAMPOS, Javier, “La igualdad jurídica como límite frente al legislador”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 9, 1983.
- JUSTINIANO, *Digestum Vetus Pandectarum Iuris Civilis*, Lyon, ed. Hugo a Porta, 1558-1560.
- KÄGI, Werner, *Hundert Jahre Schweizerische Recht, en Demokratie und Rechtsaat. Festgabe zum 60. Geburtstag von Zaccaria Giacometti*, Zürich, Polygraphischer Verlag A.G., 1953.
- KANT, Immanuel, *Gesammelte Werke*, Akademie-Ausgabe von Immanuel Kants, disponible en: <https://korpora.zim.uni-duisburg-essen.de/Kant/>.
- KARST, Kenneth, L., “Why Equality Matters”, *Georgia Law Review*, vol. 17, 1983.
- KAUFMANN, Erich, “Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung”, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, vol. 3, Berlín, De Gruyter, 1927.
- KELSEN, Hans, *Teoría general de las normas*, Madrid, Marcial Pons, 2018.
- KELSEN, Hans, *Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit* (Studienausgabe der 2. Auflage 1960), JESTAEDT, Matthias (ed.), Tubinga y Viena, Mohr Siebeck - Verlag Österreich, 2017.
- KELSEN, H., *Reine Rechtslehre*, 2a. ed., Viena, Österreichische Staatsdruckerei, 1960.
- KHAITAN, Tarunabh, *A Theory of Discrimination Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015.
- KREEFT, Peter, *Summa philosophica*, Indiana, St. Augustine Press, 2012.
- LANDAURI PAREDES, Luis Enrique (coord.) y NUEVO LÓPEZ, Pablo (dir.), *Derecho antidiscriminatorio y violencia contra las mujeres: posibilidades y límites*, Madrid, Dykinson, 2024.
- LEIBHOLZ, Gerhart, *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, 2a. ed., Múnich, C. H. Beck, 1959.
- LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm, en LE ROY, G. (ed.), *Discourse de metaphysique (1686)*, París, J. Vrin, 1993.

- LEVY, Ernst, “Natural Law in Roman Thought”, *Studia et documenta historiae et iuris*, vol. 15, 1949.
- LIPPERT-RASMUSSEN, Kasper, *Relational Egalitarianism: Living as Equals*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018.
- LORA, Pablo de, *Los derechos en broma*, Bilbao, Deusto, 2023.
- LUCAS, John R., “Against Equality”, *Philosophy*, vol. 40, núm. 154, 1965.
- MACINTYRE, Alasdair, *After Virtue. A study in Moral Theory*, 3a. ed., South Bend, University of Notre Dame Press, 2007.
- MACINTYRE, Alasdair, *Whose Justice? Which Rationality?*, Londres, Gerald Duckworth, 1988.
- MAGALDI, Nuria, “El concepto de procura existencial (*Daseinsvorsorge*) en Ernst Fosthoff y las transformaciones de la Administración Pública”, *Teoría y Método*, vol. 1, 2020.
- MANENT, Pierre, *Natural Law and Human Rights: Toward a Recovery of Practical Reason*, South Bend, University of Notre Dame Press, 2020.
- MARCHENA, Manuel, *La justicia amenazada. Retos del derecho en una sociedad en conflicto*, Madrid, Espasa, 2025.
- MARÍN LÓPEZ, Juan José (coord.), *Los alardes. Una perspectiva jurídica: Libertad e igualdad en las relaciones entre particulares*, Irún, Casino de Irún, 2000.
- MARITAIN, Jacques, “Human Equality”, en *Ransoming the Time*, Nueva York, Charles Scribner’s Sons, 1941.
- MARX, Karl, “Kritik des Gothaer Programms (1875)”, en MARX, K. y ENGELS, F., *Werke*, vol. 19, Berlín, Dietz, 1972.
- MOUSOURAKIS, George, *A Legal History of Rome*, Oxford y Londres, Routledge, 2007.
- MILL, John Stuart, en PARKER-WEST STRAND, John W. (ed.), *Principles of Political Economy with Some of Their Applications to Social Philosophy*, Libro V, Cap. XI, n. 11; vol. II, Londres, 1848.
- MONTESQUIEU, Charles de, *De l’esprit des lois*, París, Lavigne, 1844.
- MOREAU, Sophia, “In Defense of a Liberty-based Account of Discrimination”, en HELLMAN, Deborah y MOREAU, Sophia (eds.), *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- MORENO MUNGUÍA, Ulises, *Un estudio acerca del concepto de κατ’ ἀξίαν con relación a la justicia distributiva de Aristóteles*, México, Tesis doctoral defendida en la Universidad Panamericana, septiembre de 2022.
- MORESO, José Juan, “*Ethica more iuridico incorporata*”, en *Lo normativo: variedades y variaciones*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2020.

- MORESO, José Juan, “Con la plomada de Lesbos. Celano sobre el *Rule of law* y el particularismo”, *Revista Iberoamericana de Argumentación*, núm. 13, 2016.
- NACIONES Unidas - ASAMBLEA GENERAL, *Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión*, Frank La Rue, A/HRC/17/27, 16 de mayo de 2011, n. 61.
- NAGEL, Thomas, *Equality and Partiality*, Nueva York, Oxford University Press, 1991.
- NAWIASKY, Hans, “Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung”, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 3, Berlín, De Gruyter, 1927.
- NOZICK, Robert, *Anarchy, State, and Utopia*, Nueva York, Basic Books, 1974.
- NUSSBAUM, Marta C., *Creating Capabilities. The Human Development Approach*, Cambridge MA, The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.
- NUSSBAUM, Marta C., *Frontiers of Justice: Disability, Nationality, Species Membership*, Cambridge MA, The Belknap Press of Harvard University Press, 2007.
- OLLERO, Andrés, *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.
- OPPENHEIM, Felix E., “Egalitarianism as a Descriptive Concept”, *American Philosophical Quarterly*, vol. 7, núm. 2, 1970.
- PARFIT, Derek, “Equality or Priority?”, *Ratio*, vol. 10, núm. 3, 1997.
- PARFIT, Derek, *Equality or Priority?*, Lawrence, The University of Kansas Press, 1991.
- PASCAL, Blaise, *Pensées*, 58-332 - Fragment Misère n° 6 / 24, - Papier original: RO 67-7; Fragment Misère n° 6 / 24, - Papier original: RO 67-8; y Géométrie-Finesse II - Fragment n° 1 / 2 - Papier original: RO 405-1 et 406-1.
- PERELMAN, Chaïm, y OLBRECHTS-TYTECA, Lucie, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, 6a. ed., Bruselas, Université de Bruxelles, 2008.
- PÉREZ ESCALONA, Susana, “Un caso de inadmisión de asociados por razón de sexo. Los límites a la libertad de contratar en la Comunidad de pescadores de «El Palmar»”, *Revista electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja*, núm. 3, 2005.
- PLATÓN, *Collected Dialogues*, Princeton, Princeton University Press, 2009.
- POPOVIĆ, Petar, *Natural Law and Thomistical Juridical Realism*, Hittinger, F. Russell (pról.) Washington, CUA Press, 2022.
- POPPER, Karl, *The Open Society and Its Enemies*, Princeton y Oxford, Princeton University Press, 2013.

- RAWLS, John, *A Theory of Justice*, 2a. ed., Cambridge MA, The Belknap Press of Harvard University Press, 1999.
- RAWLS, John, “Social unity and primary goods”, en SEN, Amartya y WILLIAMS, Bernard (eds.), *Utilitarianism and Beyond*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982.
- RAZ, Joseph, *Practical Reason and Norms*, Oxford, Oxford University Press, 1999.
- RAZ, Joseph, *The Morality of Freedom*, Oxford, Oxford University Press, 1986.
- RAZ, Joseph, “Professor Dworkin’s Theory of Rights”, *Political Studies*, vol. 26, núm. 1, 1978.
- REY MARTÍNEZ, Fernando, *Derecho antidiscriminatorio*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2019.
- RHONHEIMER, Martin, “Christianity and Secularity. Past and Present of a Complex Relationship”, *The Common Good of Constitutional Democracy*, Washington, CUA Press, 2013.
- RICOEUR, Paul, “The Concept of Responsibility. An Essay in Semantic Analysis”, *The Just*, Chicago y Londres, The University of Chicago Press, 1995.
- RODRIGUES CANOTILHO, Mariana, *El principio de igualdad en el Derecho Constitucional europeo*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2017.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel, y FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda, *Igualdad y discriminación*, Madrid, Tecnos, 1986.
- ROMANO, Santi, *L’ordinamento giuridico*, 2a. ed., Florencia, Sansoni, 1946.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Contrat social*, en *Œuvres complètes III*, París, Gallimard, 1964.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Discours sur l’origine et les fondements de l’inégalité parmi les hommes*, II, Amsterdam, Chez Marc Michel Rey, 1755.
- RUBIO Llorente, F., “Juez y ley desde el punto de vista del principio de igualdad”, en *La forma del poder*, 3a. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.
- RUBIO LLORENTE, Francisco, “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 11, núm. 31, 1991.
- RUTHERGLEN, George, “Concrete or Abstract Conceptions of Discrimination”, en HELLMAN, Deborah y MOREAU, Sofia (eds.), *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- SANDEL, Michael J., *The Tyranny of Merit. What’s Become of the Common Good?*, Nueva York, Penguin, 2021.

- SANDEL, Michael J., *What Money Can't Buy. The Moral Limits of Markets*, Nueva York, Penguin, 2013.
- SANDEL, Michael J., "Arguing Affirmative Action", en *Justice. What's The Right Thing To Do?*, Nueva York, Farrar, Straus and Giroux, Repr., 2012.
- SAVIGNY, Friedrich Carl v., *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, Mohr und Zimmer, 1814.
- SAXONHOUSE, Arlene W., "Aristotle on the corruption of regimes: Resentment and justice", en LOCKWOOD, Thornton y SAMARAS, Thanassis (eds.), *Aristotle's Politics. A Critical Guide*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.
- SCANLON, Thomas, *Why Does Equality Matter?*, Oxford, Oxford University Press, 2018.
- SCHAAR, John H., "Equality of Opportunity, and Beyond", en PENNOCK, J. Roland y CHAPMAN, John W., *Equality*, Oxford, Routledge, 2017.
- SCHEFFLER, Samuel, "What Is Egalitarianism?", *Philosophy & Public Affairs*, vol. 31, núm. 1, 2003.
- SCHMITT, Carl, *Politische Theologie*, 10a. ed., Berlín, Duncker & Humblot, 2015.
- SCHMITT, Carl, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, 3a. ed., Berlín, Duncker & Humblot, 2006.
- SCHMITT, Carl, *Verfassungslehre*, 8a. ed., Berlín, Duncker & Humblot, 1993.
- SCHMITT, Carl, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum* (1950), 2a. ed., Berlín, Duncker & Humblot, 1974.
- SCHMITT, Carl, "Nehmen, Teilen, Weiden: ein Versuch der Grundfragen jeder Sozial- und Wirtschaftsordnung vom Nomos her richtig zu stellen", *Gemeinschaft und Politik*, vol. 1, núm. 3, 1953.
- SCHMITT, Carl, *Legalität und Legitimität*, Múnich y Leipzig, Duncker & Humblot, 1932.
- SCHMITT, Carl, *Der Begriff des Politischen*, Berlín, Duncker & Humblot, 1932.
- SCHMITT, Carl, *Unabhängigkeit der Richter, Gleichheit vor dem Gesetz und Gewährleistung des Privateigentums nach der Weimarer Verfassung*, Berlín, De Gruyter, 1926.
- SCHMITT, Carl, "Die Diktatur des Reichspräsidenten", *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, núm. 1, Berlín, De Gruyter, 1924.
- SEARLE, John R., *Making the Social World. The Structure of Human Civilization*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- SEARLE, John R., *The Construction of Social Reality*, Penguin, Nueva York, 1995.

- SEN, Amartya, *The Idea of Justice*, Cambridge MA, The Belknap Press of Harvard University Press, 2009.
- SEN, Amartya, “Equality of What?”, en McMURRIN, S. M. (ed.), *The Tanner Lectures on Human Values*, I, Cambridge, Cambridge University Press, 1979.
- SIEDENTOP, Larry, *Inventing the Individual: The Origins of Western Liberalism*, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 2014.
- SIÈYES, Emmanuel-Joseph, *Préliminaire de la Constitution. Reconnaissance et Exposition Raisonnable des Droits de l’Homme et du Citoyen. Lu les 20 et 21 juillet 1789, au Comité Dd Constitution. Par M. L’abbé Sièyès*, Versailles, Chez Baudouin, impr. de l’Assemblée nationale, 22 de julio de 1789.
- SIÈYES, Emmanuel-Joseph, *Essai sur les privilèges*, Bibliothèque Nationale de France, ref. Lb39-781, 1788.
- SIÈYES, Emmanuel-Joseph, *Qu’est-ce que le Tiers-État?*, Bibliothèque Nationale de France, ref. Lb39-1086, 1789.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Derecho Penal. Parte general*, Madrid, Thomson-Civitas, 2025.
- SIMÓN YARZA, Fernando, “The perplexing discourse of human rights”, en *The New Digest*, VERMEULE, Adrian y CASEY, Conor (eds.), 3 de octubre de 2024, disponible en: <https://thenewdigest.substack.com/p/the-perplexing-discourse-of-human>.
- SIMÓN YARZA, Fernando, “El derecho al matrimonio. Reflexiones críticas a las puertas de una década de la Sentencia *Obergefell vs. Hodges*”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 28-1, 2024.
- SIMÓN YARZA, Fernando, *Ley natural y realismo clásico. Una defensa*, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2022.
- SIMÓN YARZA, Fernando, *Entre el deseo y la razón. Los derechos humanos en la encrucijada*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2017.
- SINGER, Peter, *Practical Ethics*, 3a. ed, Nueva York, Cambridge University Press, 2011.
- SOBERANES DÍEZ, José María, *La igualdad y las desigualdades jurídicas*, Ciudad de México, Porrúa, 2011.
- SPAEMANN, Robert, *Reflexión y espontaneidad. Estudios sobre Fénelon*, Simón Yarza, Fernando (trad.), Pamplona, Eunsa, 2021.
- SPAEMANN, Robert, *Meditationen eines Christen. Über die Psalmen 1-51*, Stuttgart, Klett-Cotta, 2014.
- SPAEMANN, Robert, *Persons. The Difference Between ‘Someone’ and ‘Something’*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

- SPAEMANN, Robert, *Glück und Wohlwollen. Versuch über Ethik*, 5a. ed., Stuttgart, Klett-Cotta, 2009.
- SPAEMANN, Robert, “Bemerkungen zum Problem der Gleichheit”, *Zeitschrift für Politik*, N. F., 1975, 22, 3.
- SPAEMANN, Robert, “Die Utopie der Herrschaftsfreiheit”, *Merkur*, vol. 26, 1972.
- STERN, Klaus, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. IV-2, München, Beck, 2011.
- STOLLEIS, Michael, “Historische und ideengeschichtliche Entwicklung des Gleichheitssatzes”, en WOLFRUM, R. (ed.), *Gleichheit und Nichtdiskriminierung im nationalen und internationalen Menschenrechtsschutz*, Heidelberg, Springer, 2003.
- STOLLEIS, Michael, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland 1914-1945*, vol. III, München, Beck, 1999.
- STROSSEN, Nadine, *Hate. Why We Should Resist It With Free Speech, Not Censorship*, Oxford y Nueva York, Oxford University Press, 2018.
- TEMKIN, Larry, “Illuminating Egalitarianism”, en CHRISTIANO, Thomas y CHRISTMAN, John (eds.), *Contemporary Debates in Political Philosophy*, Oxford, Wiley-Blackwell, 2009.
- TEMKIN, Larry, *Inequality*, Oxford, Oxford University Press, 1993.
- TEMKIN, Larry, “Inequality”, *Philosophy & Public Affairs*, vol. 15, núm. 2, 1986.
- TOCQUEVILLE, Alexis de, *Democracy in America. Historical-Critical Edition of De la démocratie en Amérique*, NOLLA, Eduardo (ed.), Indianapolis, Liberty Fund, 2010.
- TOCQUEVILLE, Alexis de, *De la démocratie en Amérique*, II, París, Gallimard, 1961.
- TOCQUEVILLE, Alexis de, *L'Ancien Régime et la Révolution*, París, Gallimard, 1952.
- TOMÁS DE AQUINO, *Opera omnia*, Alarcón, Enrique (ed.), disponible en: www.corpusthomisticum.org.
- TRIEPEL, Heinrich, *Goldbilanzen-Verordnung und Vorzugsaktien: Zur Frage der Rechtsgültigkeit der über sogenannte schuldverschreibungsähnliche Aktien in der Durchführungsbestimmung zur Goldbilanzen-Verordnung enthaltenen Vorschriften. Ein Rechtsgutachten*, Berlín, De Gruyter, 1924.
- TUSSMAN, Joseph y TENBROEK, Jacobus, “The Equal Protection of the Laws”, *California Law Review*, vol. 37, núm. 3, 1949.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan, “Perfiles jurídicos del derecho natural en Santo Tomás de Aquino”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro*, II, Madrid, Tecnos, 1976.

- VECCHIO, Giorgio del, *Justice. An Historical and Philosophical Essay*, Littleton, Fred B. Rothman, 1982.
- VECCHIO, Giorgio del, "Equality and Inequality in Relation to Justice", *Natural Law Forum*, vol. 36, 1966.
- VIGO, Alejandro, "Ética y Derecho según Kant", *Tópicos*, núm. 41, 2011.
- VILLEY, Michel, *La formation de la pensée juridique moderne*, 2a. ed., París, Presses Universitaires de France, 2013.
- VILLEY, Michel, *Le droit et les droits de l'homme*, 2a. ed., París, Presses Universitaires de France, 2014.
- VILLEY, Michel, *Philosophie du droit, I: Définitions et fins du droit*, París, Dalloz, 1975.
- VILLEY, Michel, *Filosofía del derecho*, 2a. ed., Madrid, Respublica, 2020.
- VLASTOS, Gregory, "Justice and Equality", en WALDRON, Jeremy (ed.), *Theories of Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1984.
- VONNEGUT, Kurt Jr., "Harrison Bergeron", en *Welcome to the Monkey House*, Nueva York, Dell Publishing, 1968.
- WALDRON, Jeremy, *One another's equals. The Basis of Human Equality*, Cambridge MA, The Belknap Press of Harvard University Press, 2017.
- WALZER, Michael, *Spheres of Justice. A Defense of Pluralism and Equality*, Nueva York, Basic Books, 1983.
- WESTEN, Peter, *Speaking of Equality. An Analysis of the Rhetorical Force of Equality in Moral and Legal Discourse*, Princeton, Princeton University Press, 1990.
- WESTEN, Peter, "The Empty Idea of Equality", *Harvard Law Review*, vol. 95, núm. 3, 1982.
- WHITTINGTON, Keith E., *Speak Freely. Why Universities Must Defend Free Speech*, Princeton y Oxford, Princeton University Press, 2018.
- WILLIAMS, Bernard, "The idea of equality", en LASLETT, Peter y RUNCIMAN, Walter G. (eds.), *Philosophy, Politics and Society*, Oxford, Blackwell, 1964.
- WITTGENSTEIN, Ludwig, *Philosophische Untersuchungen - Philosophical Investigations*, 2a. ed., ANSCOMBE, G. E. M. (trad.), Oxford, Blackwell, 1999.
- ZARTALOUDIS, Thanos, *The Birth of Nomos*, Edimburgo, Edinburgh University Press, 2019.
- ZUCKERT, Michael, "The Intent of the Framers: John Bingham's Fourteenth Amendment", *Notre Dame Law Review*, vol. 97, 2022.

El principio de igualdad. Análisis crítico desde el realismo jurídico iusnaturalista, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y la Universidad Panamericana, se terminó de imprimir el 27 de julio de 2026 en los talleres de Gráfica Premier, S. A. de C. V., 5 de febrero 2309, San Jerónimo Chicahualco, Metepec, 52170 Estado de México, tel. 72 2199 1345. En su composición tipográfica se utilizó tipo *Baskerville* en 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se empleó papel *book cream* de 60 gramos para los interiores y cartulina couché de 250 gramos para los forros; consta de 500 ejemplares (impresión *offset*).

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD. Análisis crítico desde el realismo jurídico iusnaturalista ofrece una reconstrucción sistemática del principio de igualdad desde la tradición del realismo jurídico clásico. Frente a las corrientes que convierten la igualdad en un ideal sustantivo autónomo, el autor explica su carácter formal y relacional, cuyo contenido depende de otros criterios previos de justicia. La primera parte de la obra se centra en precisar la estructura del principio a partir de sus raíces filosóficas aristotélicas. A continuación, se examina la evolución del moderno principio de igualdad ante la ley. A lo largo del libro se exploran y evalúan también las principales teorías igualitarias, las distintas métricas de la igualdad real y los criterios de distribución de bienes y cargas sociales. La obra concluye con un análisis crítico del derecho antidiscriminatorio contemporáneo, examinando sus fundamentos, técnicas y tensiones con la igualdad ante la ley. La tesis central de la investigación es que una comprensión cabal del principio de igualdad no puede desconocer la complejidad de lo concreto ni obviar la relevancia jurídica de las diferencias que contribuyen al bien común.

JU
RÍDI
CAS

ISBN 978-970-96202-1-4



9 789709 620214 >

Universidad Panamericana

ISBN 978-607-647-021-3



9 786076 470213 >

UNAM

