

COMO CITAR ESTE ARTÍCULO:

Esparza-Reyes, E. (2017). Apuntes sobre la compleja relación entre el derecho a la igualdad y la diferencia. *Revista Jurídicas*, 14 (1), 71-86.
DOI: 10.17151/jurid.2017.14.1.6.

Recibido el 29 de marzo de 2016
Aprobado el 01 de julio de 2016

APUNTES SOBRE LA COMPLEJA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO A LA IGUALDAD Y LA DIFERENCIA*

ESTEFANÍA ESPARZA-REYES** |

RESUMEN

Este artículo llama a la reflexión sobre la relación entre el derecho fundamental a la igualdad y la diferencia. Términos que si bien pueden parecer a primera vista opuestos, un estudio un tanto más detallado arroja conclusiones distintas. Se explora desde una perspectiva crítica el tratamiento más habitual, rescatando el pensamiento de autores que han reparado en este hecho. De igual manera examina algunos modelos estatales de relación con la diferencia, con la finalidad de llamar la atención sobre las confusiones existentes, así como de la falta de desarrollo de tan importante temática.

PALABRAS CLAVE: igualdad, diferencia, igual protección, derechos humanos.

* Trabajo financiado parcialmente por la Universidad de La Frontera, Proyecto DI 16-019.

** Doctora en Derecho Constitucional. Académica del Departamento de Ciencias Jurídicas, Universidad de La Frontera, Temuco, Chile.

E-mail: estefania.esparza@ufrontera.cl.

ORCID: 0000-0003-3374-2660.



REMARKS ON THE COMPLEX RELATIONSHIP BETWEEN THE RIGHT TO EQUALITY AND THE DIFFERENCE

ABSTRACT

This article is written to reflect on the relationship between the fundamental rights of equality and difference, words that can be seen, at first glance, as opposing ones nevertheless a deeper study gives different conclusions. A critical view is explored throughout a more regular treatment rescuing some author's thoughts who have realized this fact. Likewise, it goes through some relation state patterns with its difference so as to call the attention on existing confusions such as the lack of information in this subject.

KEY WORDS: equality, difference, equal protection, human rights.

INTRODUCCIÓN

Los derechos fundamentales han sido consagrados de manera relativamente similar en múltiples constituciones y, apoyados por la difusión realizada a través de la internacionalización de los derechos, son sin lugar a dudas parte del *ius cogens*. Esto ha producido cierta homogenización no solo en su consagración, sino también en los contenidos que le han sido atribuidos mediante interpretación.

El derecho a la igualdad no ha sido ajeno a este proceso, aunque presenta ciertas características que le tornan un tanto más complejo. La primera de ellas, y a la vez la más relevante, consiste en el impacto que genera este derecho en la vida de las personas puesto que entendido de la forma más aceptada hoy, es decir como principio de no discriminación, genera consecuencias tangibles y visibles en la cotidianeidad de los seres humanos.

Hasta hace muy poco tendían a naturalizarse conductas odiosas basadas en la pertenencia a algún colectivo o grupo, la violencia de género, la orientación sexual o incluso el trato vejatorio sufrido por niños y niñas en las escuelas por encontrarse en situación de discapacidad. Estas situaciones, salvo cuando lograban encuadrarse dentro de alguna institución específica del derecho —tal como el delito de lesiones propio del derecho penal—, permanecían completamente ajenas al sistema jurídico. Con todo ello, el desarrollo del valor dignidad como fundamento de los derechos humanos y las violaciones masivas de derechos fundamentales producidas durante el siglo pasado han generado un acuerdo tácito materializado en tratados internacionales, constituciones y leyes internas para combatir las conductas discriminatorias; desnaturalizándolas, y visualizándolas, como contrarias a la dignidad humana. De esta forma, una vez más, un ámbito que tradicionalmente había sido considerado privado traspasa su frontera y se vuelve público debido a la intervención del derecho especialmente del derecho constitucional o el derecho internacional público.

Por otra parte no existe claridad en relación al contenido del derecho a la igualdad consagrado en las constituciones en las que, si bien se suele entender bajo el principio de no discriminación, parece continuar enquistado el significado más obvio de la igualdad como conformidad, correspondencia o equivalencia. Este contenido que parece ser el significado natural y obvio de la igualdad, genera conflictos de la mayor trascendencia para el derecho fundamental a la igualdad y desde allí para toda la sociedad; porque, entendido en sentido literal, entrega una idea de necesaria o —al menos— deseable identidad entre las personas que no resulta conveniente ni acorde con el principio de dignidad humana.

Aunque no es el único factor de incidencia¹, parece ser que, al contraponer las diferencias fácticas con el derecho fundamental a la igualdad entendido como facultad subjetiva a ser igual, se generaría en último término una contradicción interna en tal derecho; ya que, según se ha sostenido desde una perspectiva fáctica, el derecho a la igualdad sería más bien un derecho a ser diferente: un derecho a la diferencia (Pérez Royo, 2007).

De este modo, la diferencia, una realidad cotidiana, se relaciona de manera directa con el derecho fundamental a la igualdad y debido a su consagración en las cartas supremas de derechos se incorpora (o no) a la Constitución.

UNA REALIDAD CONFUSA

Con base en Garrido Gómez (2008):

para la realización práctica de la igualdad formal que viene impuesta constitucionalmente, es necesario que no se actúe discriminatoriamente; y, para establecer los casos en los que es admisible un trato desigual, hace falta efectuar una valoración previa que fundamente cada juicio, por lo cual son precisos criterios que rijan o, al menos, guíen esta valoración. (p. 76)

Esto, en razón de que el principio de igualdad exigiría o permitiría en ciertas ocasiones un trato diferente². Sin embargo, parece ser que, al momento de definir o concretar la suficiencia de dichos criterios, no hay coincidencia u homogeneidad entre la doctrina (García Amado, 1987); más aún, hay autores que se preguntan si es posible definir un criterio abstracto y válido para todas las relaciones puesto que existiría en los hechos un “mosaico complejísimo de estados de hecho definidos por ciertas propiedades y consecuencias normativas basadas en ellos” (Laporta, 1994, p. 70).

En otras palabras, una vez que se identifica el derecho fundamental a la igualdad con la fórmula aristotélica de tratar igual lo que es igual y diferente lo que es diferente —dejando en evidencia la estrecha relación entre los conceptos

¹ Puede afirmarse, de acuerdo a los estudios de disciplinas distintas al derecho especialmente de la psicología social, que los seres humanos en general poseen la tendencia a rechazar o al menos comportarse de una manera diferente frente a personas que no comparten ciertas características comunes o constituyen el exogrupo (Lorenzino-Cioldi y Doise, 1996).

² Gran parte de la discusión se relaciona con el propio alcance del principio de igualdad, en este sentido Bernal Pulido (2002) estima que el primero se concreta en cuatro mandatos, a saber: el trato igual de situaciones iguales, el trato distinto de situaciones diferentes, el trato igual en circunstancias distintas pero que no resultan tan relevantes y el trato distinto en circunstancias similares y cuyas diferencias resultan significativas. Estas dos últimas serían, al parecer, la equiparación y la diferenciación respectivamente; los autores discuten en torno a si el trato distinto está obligado o no por el principio de igualdad, si solo está permitido o más aún si está prohibido.

de igualdad y diferencia—, resulta necesario examinar de qué manera interactúan dichas realidades.

En el constitucionalismo occidental y democrático se ha asistido a la consolidación de un criterio interpretativo dominante sobre la igualdad, el cual la ha perfilado de manera formal y derivada; criterio que no aporta ni orienta a la hora de decidir cuáles diferencias son importantes y cuáles no deben considerarse (Villacorta Mancebo, 2006). Por tal motivo, resulta, de este modo, indispensable referirse a ellas.

Como se indicó, pareciera contradictorio que en el análisis de la igualdad se tome en consideración a la diferencia. Sin embargo, en el constitucionalismo moderno, una vez que se ha consagrado la universalidad de los derechos, la diferencia nos remite a una realidad actual; que siendo crítica del racionalismo ilustrado de la modernidad (Vallespín, 1995), hace surgir otros cuestionamientos sobre la forma en que las diferencias de las personas se incorporan o no al quehacer del ordenamiento jurídico. Así pues, si bien resulta paradójico, se ha sostenido que la consagración de la igualdad obedece precisamente a la diferencia desde dos perspectivas: la primera en razón de la diversidad en las identidades personales, las cuales cada vez cobran mayor relevancia; en segundo término debido a la desigualdad fáctica, esto es, a las diferentes condiciones de vida ya sean estas materiales o sociales (Ferrajoli, 2009).

En este sentido, los conflictos distributivos (económicos) que han sido considerados propios de la igualdad han ido dando paso a conflictos en las formas de vivir; en lo cual no necesariamente habría un abandono del proyecto emancipatorio de la igualdad, sino un cambio de énfasis en sus rasgos generales (Vallespín, 1995). Esta relación sería tan estrecha que se ha planteado que ambos términos serían interdependientes mas no opuestos, ni excluyentes (Perona, 1995), sino necesarios (Touraine, 2000). La igualdad partiría de la diversidad, de una situación que se compondría de factores iguales y diversos en términos fácticos (Añón Roig, 2001).

Es precisamente basado en estos motivos y en la necesidad de atribuir consecuencias jurídicas a las diferencias³, así como una convivencia pacífica, la democracia (Ferrajoli, 2009) e incluso el pluralismo (Añón Roig, 2001), que se ha planteado la existencia de un “derecho a la diferencia”; que ha sido definido como “el derecho de los individuos a ser reconocidos como miembros de cierto grupo social y a gozar de determinados beneficios en virtud de eso” (Olive, 2006, p. 88).

³ Criado de Diego (2001) ha sostenido que una definición de igualdad que haga abstracción de las diferencias plantea dos clases de consecuencias: la primera, desde el punto de vista ético, consistiría en transformar siempre al juicio de igualdad en un juicio de valor, en el sentido de que presupone la igualdad y prescribe hacer abstracción de las características diferenciales, considerando relevantes solo las comunes; desde un punto de vista jurídico, la igualdad sería la norma como mandato de trato igual y la diferencia sería un término descriptivo, así todos los juicios que pretendan anudar consecuencias jurídicas a la constatación de las diferencias serían falsos por incurrir en la falacia *iusnaturalista*.

Es necesario destacar que muchas veces se ha sostenido que este reconocimiento de las diferencias se basaría en los hechos, en la realidad, sin embargo habría que descartar dicha afirmación o al menos matizarla dado que incurriría en la “falacia iusnaturalista”⁴ que consiste en fundar derechos en hechos, es decir transgredir el orden del ser y el deber ser. Con base en ello habría que plantearse las diferencias a partir de distintas perspectivas: en primer término, y lo que aquí interesa, desde la perspectiva de la igualdad, es que las diferencias no pueden ser causa de un trato que menoscabe a las personas entendida como no discriminación y que las diferencias no pueden ser el motivo por el cual se subordine a otras desde la perspectiva de la igualdad como no exclusión⁵. Esta óptica plantea dos situaciones diversas, como puede notarse, la primera es de índole negativa e implica un deber negativo, una obligación de no hacer, de no discriminar, de no dar un trato negativo por la sola pertenencia a un determinado colectivo; pero, al mismo tiempo, desde la perspectiva estatal, la existencia de una obligación positiva respecto de los grupos discriminados o subordinados con la finalidad de evitar que dichas conductas continúen en los hechos para poner fin a las discriminaciones. Solo a través de ello resulta cierto afirmar que el opuesto al derecho a la igualdad no es la diferencia, en términos ontológicos, sino la desigualdad en sentido político o jurídico (Maffia, 2007).

Así las cosas, a partir de los años ochenta en Europa (Perona, 1995) y antes en los Estados Unidos a través de las corrientes posmodernas como el liberalismo igualitario y algunas corrientes feministas (Vallespín, 1995), se ha planteado la existencia de un derecho desigual y una crítica al supuesto universalismo del derecho; situación que sería opuesta al derecho a la igualdad entendido solamente como neutralidad por medio de una perspectiva formal como obligación de trato igual (Añón Roig, 2001).

Es necesario aclarar que cuando se habla de igualdad en este apartado se hace referencia a un juicio en el sentido descriptivo del término como antónimo de diferencia, otro término descriptivo⁶. Por otra parte se utilizará el término idéntico o idéntica⁷ para significar la exactitud en todos los rasgos, sean estos relevantes o no, con la finalidad de distinguirlo del concepto de igualdad en sentido descriptivo que no implica correspondencia entre todos los aspectos.

⁴ Se ha sostenido que tanto la igualdad como la diferencia pueden ser fundadas en la naturaleza humana, mientras que la necesidad habría sido elegida por Hobbes para fundar el pacto social (Rubio, 1996).

⁵ La no subordinación es una tesis sobre el contenido del derecho fundamental a la igualdad. Los primeros atisbos los entregó Catharine Mackinnon, quien entendió que las sociedades se encontraban divididas en castas; sin embargo fue Owen Fiss (1999), quien consideró que el objetivo del derecho a la igualdad era la eliminación de las distintas subordinaciones o jerarquías que se producían debido a la existencia de castas o al menos la prohibición de intensificar o mantener dichos estatus subordinados.

⁶ Se ha señalado que la igualdad importa un problema de normas y principios, y en ningún caso un hecho de la realidad, porque inclusive la categorización se basa en normas; la igualdad y la desigualdad serían consecuencia de criterios valorativos (Laporta, 1994).

⁷ Existen importantes diferencias, también desde la filosofía, en la identidad de hombres y mujeres (Amoros, 1994).

Como señala Laporta (1994) todas las normas recogen rasgos o condiciones que deben cumplirse para aplicar una consecuencia normativa, son un conjunto de especificaciones que sirven de condición de aplicación y que agrupan a los seres humanos, lo que en la jurisprudencia norteamericana se ha llamado ‘clasificación’, así el principio de igualdad se desplegaría a través de criterios que establecen tanto condiciones de aplicación como la variación de las consecuencias normativas, por lo que este principio trataría de establecer cuándo está justificado tratar distinto y cuando no.

Todas las personas son en gran parte similares, comparten características comunes, pero también son distintas. Estas particularidades son las que diferencian a unos de otros, esto es: la “identidad personal” (Fernández Ruiz-Gálvez, 2003). Desde el plano de la realidad no es deseable que los individuos sean idénticos unos con otros⁸, solo desde la perspectiva de las normas en el igual disfrute de los derechos⁹ o en el igual respeto y consideración (Dworkin, 1989). Así lo que hay que distinguir es entre lo que es igual¹⁰ y lo que es diferente, aunque dicha distinción no se satisface solo encontrando un criterio objetivo y aceptado de determinación sino que también requiere que se distinga respecto de diferencias que puedan considerarse necesarias para la igualdad y que a la vez son razonables. Este proceso se hace en razón de una norma, es un juicio de igualdad (Figuroa, 2000). Con un ejemplo puede ilustrarse de mejor manera: se distinguirá en base a un criterio objetivo de diferenciación, el sexo, respecto del cual se pueden observar dos categorías la de ser hombre y la de ser mujer, es un criterio objetivo debido a que se puede separar claramente y sin lugar a dudas los hombres de las mujeres, es la fuerza de los hechos quien da la respuesta a esta distinción; de este modo se podría dividir en grupos todos los individuos de la especie humana utilizando cualquier criterio como el color del cabello, el tamaño, el número de moléculas que los componen, en fin todas las existencias; sin embargo son los criterios que prestan alguna utilidad para el derecho —y particularmente para la igualdad— los que pueden ser calificados de útiles o necesarios; por esta razón, todos los ejemplos enunciados —salvo el del sexo— no prestarían ninguna utilidad para esta finalidad. Con todo ello, la diferenciación aún no está completa porque se requiere también de que sea razonable.

⁸ En este sentido, se ha expresado que la igualdad es más bien una “técnica para la gestión de la diferencia” (Pérez Royo, 2007, p. 244).

⁹ Se trata de que los humanos por su condición de tales sean iguales en algún aspecto que “se considere éticamente relevante independientemente de su suerte e, incluso, independientemente de lo que se consideren méritos” (Vargas-Machuca, 1994, p. 56).

¹⁰ Al parecer Laporta (1985) derivaría del principio de igualdad otros dos principios: el primero relativo a la prohibición de un trato distinto, cancelación de las diferencias o principio de no discriminación y el principio de distinción de los rasgos relevantes o tratamiento diferenciando. Este último, procedería solo en los casos en que el primero sea satisfecho.

De acuerdo al ejemplo dado, no hay duda de que cualquier criterio basado en diferencias fácticas concretas y objetivas puede resultar de alguna utilidad. No obstante respecto del derecho, y particularmente de la igualdad en su acepción prescriptiva, la gran discusión se centrará en determinar en qué momento se debe ‘equiparar’ y en cual ‘diferenciar’ o descubrir cuáles diferencias fácticas resultan relevantes y cuáles no; en otras palabras, cuándo una desigualdad fáctica debe ser recogida por el derecho para establecer un estatuto jurídico diferenciado buscando la igualdad de trato (Figuroa, 2000)¹¹ y en qué ocasiones dichas diferencias no deben ser consideradas.

En algunos casos esta discusión se ha planteado siguiendo a la doctrina alemana, en los términos de distinguir entre “igualdades esenciales” y “desigualdades esenciales”. Existiría la primera en el caso de “personas, grupos de personas o situaciones, que sobre la base de un punto de partida (*tertium comparationis*), son comparables”, caso en el cual no se justificaría una distinción. Por otra parte, en los casos en que dicha diferencia es de gran importancia y magnitud, sí se justificaría y hasta obligaría en algunas ocasiones a un trato diverso¹².

La primera tarea, elegir el criterio objetivo, es un proceso perteneciente al ámbito del ser, es descriptiva; sin embargo, determinar la relevancia o irrelevancia del mismo, es un juicio de valoración. Este juicio de valor no se encuentra exento de polémica, así existen tres posiciones respecto de si es posible establecer una fórmula válida para todos los casos que señale cuándo determinado criterio es relevante y cuándo no lo es y en consecuencia no debe considerarse. La primera dice que no hay fórmulas para determinar cuáles son las diferencias relevantes y cuáles no; la segunda se identifica con las posturas utilitaristas, que ordenan un tratamiento igual cuando se produce utilidad y uno distinto si este produce mayor utilidad; por su parte la tercera postura plantea que “las diferencias serán moralmente relevantes si son recogidas por principios morales”, siendo la característica especial del rasgo a considerar lo que justificaría la diferencia (Laporta, 1985). Se ha señalado, del mismo modo, que un criterio no es “sino una norma determinada que dice qué condiciones específicas son relevantes para un tipo de tratamiento normativo y qué condiciones no lo son” (Laporta, 1985, p. 12). Por lo tanto los criterios, especialmente los que no se considerarán para realizar distinciones, serían normas tal como el artículo 14 de la Constitución española¹³. Pese a esta afirmación resulta evidente que la finalidad de dicha cláusula de no discriminación, no es la

¹¹ El mismo autor agrega que encontrar un criterio adecuado se relaciona, más bien, con las teorías de la justicia que propiamente con la igualdad; esta afirmación no es compartida por Laporta (1985), quien manifiesta que serían principios de igualdad tanto los criterios de diferenciación como los de no discriminación, aunque reconoce que se relacionan con la justicia.

¹² Así, lo ha establecido el Tribunal Constitucional chileno en las sentencias Rol 1273-08 de 20 de abril de 2010 y Rol 1710-10 de 6 de agosto de 2010.

¹³ “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

prohibición de cualquier distinción en base a tales criterios, la cual sería obligatoria en algunos casos (Balaguer, 2010), sino de las que tienen por objeto perjudicar a las personas por el solo hecho de su pertenencia.

Tal como la misma igualdad, como derecho o valor, el término diferencia en el sentido que interesa a este trabajo es también un concepto histórico (Garrido, 2008). Los criterios para definir lo igual de lo distinto han variado y seguramente lo seguirán haciendo a lo largo de los años, así un criterio tan relevante para el disfrute de los derechos políticos como lo fue la propiedad en años pretéritos hoy no parece relevante; es más, atentaría contra diversos derechos su sola consideración.

LOS MODELOS ESTATALES DE RELACIÓN CON LA DIFERENCIA Y SU IMPORTANCIA

Encontrar un criterio de distinción general, tendrá relevancia especialmente al momento de la creación de leyes y normas estatales —a través de un criterio de diferenciación razonable— y dependerá de la igualdad en sentido prescriptivo; y por su estrecha relación con la justicia también dependerá en último término la justicia de la ley. Sin embargo, además de la complejidad del tema, esta misma circunstancia de distinguir a través de las normas ha generado dudas sobre si atenta o no contra la igualdad, precisamente porque en algunos casos habría que subdistinguir grupos pequeños, soslayando el mandato de generalidad de la ley asociado a la misma; aunque el tema parece haberse resuelto en favor de que las distinciones no estarían prohibidas en todos los casos (Laporta, 1985), en concordancia con el mandato aristotélico.

La igualdad no puede significar en ningún caso un tratamiento idéntico a todos, pero tampoco puede significar un trato para todos desigual, porque entre otras razones la exigencia de distinguir se debe a la propia necesidad estructural del Estado de derecho dentro de ciertos márgenes (García Amado, 1987).

En este sentido Rosenfeld (1993) ha planteado que existen tres etapas en la relación entre la igualdad y la diferencia, las cuales se basarían en la eliminación de los privilegios de nacimiento y en la eliminación de los estatus clásicos de la sociedad feudal, se trataría de una progresión lógica. En el inicio se ubica la postura que considera la diferencia como desigualdad; de esta manera, la diferencia legítima causa un trato de inferior o superior, siendo su principal consecuencia la completa exclusión. En la segunda etapa, por su parte, la identidad tiene como correlato la igualdad así todos pueden ser tratados por igual si cumplen con algunos requisitos —ejemplo de esta etapa es el voto censitario del cual se podía ser titular si se era hombre, de una edad determinada, si se sabía leer y escribir y se poseían bienes—

y por último, en la tercera fase, la diferencia tiene como correlato la igualdad en razón de que todas las personas serán tratadas según sus necesidades y aspiraciones.

Es debido a que la igualdad no significa identidad que los autores han intentado determinar cuáles son las opciones que ha utilizado el legislador respecto de las diferencias, de qué manera las ha recogido o las ha excluido en su labor. Se trata de determinar en qué momento homologar o equiparar como tratamiento similar, aunque las circunstancias sean diversas (Pérez Luño, 2007) y en qué casos diferenciar u otorgar un trato diferente basado precisamente en la diferencia¹⁴.

Ferrajoli (2009) señala cuatro formas o modelos de relación con la diferencia, a saber: el primero consiste en la “indiferencia jurídica de las diferencias”, que plantea simplemente ignorar las diferencias; el segundo modelo es la “diferenciación de las diferencias”, es decir se le atribuye un determinado valor a algunas diferencias, lo cual ha servido en general para jerarquizar a las personas conforme a ellas; el tercer modelo se constituye por la “homologación jurídica de las diferencias”, en el que las diferencias son valorizadas pero negadas, un caso clásico de este modelo se constituye en la creación de normas aparentemente neutras porque en su redacción hay una aparente igualdad de trato —aunque en la práctica ello no ocurra—; finaliza con el cuarto modelo de “igual valoración jurídica de las diferencias”, este sistema se basa en la premisa de que todos deben disfrutar de los mismos derechos fundamentales y de un eficaz sistema de garantías, pero sus diferencias fácticas son respetadas y aún amparadas por el ordenamiento jurídico en la medida en que no afecten los propios derechos, sin que una u otra diferencia sea más o menos valiosa en razón de que todas tienen igual valor para el Estado, la igualdad se traduce así en el derecho a que el Estado tutele la propia identidad.

Los distintos Estados han recogido cada uno de estos modelos en diversas épocas y medidas, así, por ejemplo, se ha estimado que el Tribunal Constitucional español ha utilizado tanto la equiparación de las diferencias para incluir a ciertos colectivos preteridos dentro de la normativa general como la diferenciación de las mismas en los casos en que se pretenda beneficiar a tales colectivos (Ricoy, 2010).

De igual modo, encontramos la homologación de las diferencias como disposiciones aparentemente neutras e igualitarias que terminan creando o manteniendo las desigualdades; piénsese en las normas sobre flexibilidad laboral, que en la práctica logran que las mujeres permanezcan trabajando en sus casas al margen de los derechos laborales inherentes a todos y todas y precarizando su labor; así como las medidas que se basan solo en el mérito para acceder a algunos beneficios, situación que muchas veces no deja ver que ciertos grupos no han tenido posibilidades de desarrollar en forma igual sus capacidades y en consecuencia

¹⁴ Esta misma distinción ha sido recogida por otros autores, refiriéndose a la equiparación como diferenciación negativa y a la diferenciación como diferenciación positiva (Garrido, 2009).

se ven superados por el grupo dominante. El cuarto modelo haría referencia a las leyes que valoran la diferencia y le dan un tratamiento diverso, pero no por ello vulnerador de otros derechos, en este conjunto se encuentran, por ejemplo: las leyes sobre el reconocimiento de la multiculturalidad de algunos Estados, las normas sobre protección de la maternidad, de los niños y niñas y las leyes referidas a la violencia de género.

Se han identificado en la doctrina cuatro criterios que justificarían el tratamiento diferenciado, los cuales las legislaciones han recogido en mayor o menor medida; existen varios más, aunque estos serían derivaciones del principio general “a diferencias irrelevantes, tratamiento igual”, siendo principios de segundo orden; no obstante, habitualmente, se nombran los siguientes: el principio de satisfacción de necesidades, el principio de retribución de ‘merecimientos’, el principio de reconocimiento de aptitudes y el principio de consideración de estatus. Estos criterios, a su vez, poseen tres características: su carácter evolutivo en el tiempo, su ‘gradualidad’, lo que significa que no se dan en términos de ausencia o presencia absoluta sino en mayor o menor grado y por último que pueden entrar en conflicto entre sí (Laporta, 1985).

Desde una perspectiva crítica se ha considerado que el derecho tendería a considerar como punto de comparación un modelo masculino que debe cumplir con ciertas características, por ejemplo: si se quiere comparar a A con B, donde A es un hombre y B una mujer, ¿quién guía y establece lo correcto situándose como punto de comparación (*tertium comparationis*) o lo que debe ser A?; en consecuencia lo que no sea A no es correcto, lo que no sea A es incompleto, anormal o fallado. Esta anomalía en algunos casos puede subsanarse, piénsese en los niños que en algún momento llegarán a ser adultos, sin embargo en otros no lo es debido a la propia naturaleza como el caso de las mujeres; lo que se está juzgando en realidad es qué tanto se parece o iguala B a A, se trata de un intento de homologación de todas las personas pertenecientes a diversos grupos respecto de uno (Fernández Ruiz-Gálvez, 2003). Con todo ello, si bien el ejemplo de las mujeres respecto de la relación con las diferencias resulta paradigmático, es al mismo tiempo inconsistente si no se incorporan en el análisis otros colectivos discriminados tales como las personas de color en sistemas occidentales (Añón Roig, 2001). Los problemas de este falso universalismo¹⁵ no solo apuntan a la falta de objetividad del sistema, sino de una manera más tangible a la jerarquización de las diferencias; es decir al proceso mediante el cual las diferencias son vistas como fundamento de desigualdades y estas a la vez justificarían en algunos casos la opresión y la explotación (Perona, 1995).

¹⁵ Este “falso universalismo” también ha sido identificado desde el feminismo, donde su origen y desarrollo suele situarse en el patriarcado.

Para el caso que se acoja, como en este trabajo, la tesis en la cual se parte de la igualdad sustancial en términos descriptivos estaría incluida en la denominada igualdad formal en cuanto puede extraerse de ella categorizaciones adecuadas sobre qué es lo igual y qué lo diverso; por lo que la fórmula de tratar diferente a lo que es diferente se encontraría incluida como corolario en el mandato de tratar igual a lo igual¹⁶; pero, asimismo, para el caso que no se comparta esto último, la duda consiste en determinar si fenómenos vulneradores de derechos son justificaciones suficientes y racionales para dar un trato distinto, para que los órganos estatales resulten obligados a actuar. Esta clase de acciones se han visto en general como acciones que pretenden lograr una mayor igualdad sustancial, sin embargo, ya que se están planteando las diferencias como integrantes de la igualdad formal, es necesario saber si una situación concreta de exclusión es un criterio relevante y razonable de distinción y si esa diversidad en los hechos justifica un trato diferente¹⁷.

La elección de un criterio ‘relevante’ de distinción es un ejercicio de evaluación, que en general solo es válido en un contexto determinado (Garrido, 2008), en consecuencia se realiza en forma contextualizada tomando elementos de la realidad actual. Por esta razón, este criterio debe encontrarse sin duda alguna —tal como se dijo en los hechos— y obligatoriamente dentro del ordenamiento de valores que se consagra en la constitución (García Amado, 1987). En otras palabras, la distinción en base a un criterio determinado puede resultar relevante y constitucionalmente aceptada o deseable para una situación concreta y no para otra, piénsese el ejemplo anteriormente dado en relación a la distinción entre hombres y mujeres que no presta ninguna utilidad en el ingreso a la universidad pero sí al momento de establecer el derecho al prenatal. En efecto, se afirma que estas características pueden resultar útiles o inútiles y hasta discriminatorias en base a las situaciones fácticas.

Tal juicio resulta de gran relevancia en los casos en que una norma determinada perjudique directamente o de manera indirecta, aunque en proporciones más altas, a ciertos grupos considerados discriminados. En algunas ocasiones, como ya se indicó, estos criterios han sido reconocidos por el ordenamiento jurídico y el constituyente ha decidido excluirlos expresamente. Este es el caso del artículo 14 de la Constitución española que prohíbe, en principio, distinguir en razón de rasgos que han sido utilizados de manera sistemática a través de la historia para vulnerar a los colectivos allí mencionados. Sin embargo, donde es necesario reconocer esta

¹⁶ Esta postura no es mayoritaria, así, por ejemplo, Alexy (2008) señala que el trato igual es obligatorio y el distinto solo se encontraría permitido; otros autores como García Amado (1987) señalan que el trato desigual puede ser necesario, posible o vedado.

¹⁷ Según señala García Amado (1987) es posible encontrar diversos criterios que se han asumido para justificar en forma racional la diferenciación desde una perspectiva práctica, es decir el trato desigual, a saber: los relacionados con su función o razón de ser en el ordenamiento jurídico, los relacionados a la estructura constitutiva del ordenamiento jurídico, los concernientes al contexto legal de la igualdad, los que establecen la desigualdad que se enjuicia, los relativos a la estructura del proceso argumentativo y los relativos a la racionalidad de las valoraciones de fondo.

diferencia fáctica o desigualdad, es en los casos de normas que intenten promover a determinado grupo; es decir, en el evento de existir acciones positivas o afirmativas. Estas diferencias no resultan válidas de manera general, aunque habitualmente dichas desigualdades las sufran los mismos grupos, sino que deben ser analizadas de manera concreta. De este modo deben estudiarse de forma específica para cada norma o situación determinada, así, por ejemplo, si bien el criterio del origen nacional o extranjero puede resultar relevante para el reconocimiento de ciertos derechos políticos o deberes constitucionales dicha distinción no resulta válida para los casos de disfrute de otros derechos tales como el derecho a la vida o la integridad física.

Por otra parte es necesario preguntarse respecto de la homologación o equiparación ¿qué es lo que se pretende equiparar?, ¿cuál es la finalidad de dicha homologación? A partir de esta perspectiva las respuestas pueden ser múltiples y variadas, así, en algunos casos, particularmente desde ciertas corrientes políticas, se ha planteado que los bienes materiales o recursos económicos. En otros, para corrientes que entienden la igualdad de manera puramente formal, la homologación se trataría simplemente de la total identidad de trato realizada por los poderes públicos a sus ciudadanos. Sin embargo pareciera ser que esta homologación, pese a lo que su nombre indica, se realizaría mediante una serie de acciones públicas de variada y hasta opuesta índole mediante iniciativas que en algunos casos consistirán en no considerar o ignorar las diferencias fácticas existentes (Cerdeza Martínez-Pujalte, 2005), realizando una abstracción de las mismas; mientras que en otros, precisamente, basándose en ellas, en establecer un trato distinto, debiendo evaluarse en concreto y para cada situación particular. Desde esta óptica se crearían desigualdades fácticas con la finalidad de homologar, de igualar, sin embargo es necesario realizar dos precisiones. La primera de ellas se vincula con el propio concepto del derecho fundamental a la igualdad, por cuanto muchas veces para lograr la igualdad formal es necesario crear una desigualdad en los hechos; por este motivo, resulta imprescindible establecer que el derecho fundamental a la igualdad no puede considerarse necesariamente un derecho de 'igualación', el derecho a la igualdad no puede consistir exclusivamente en un derecho a "ser idéntico" puesto que en algunos casos el mandato del mismo derecho desde su estructura interna, en cuanto debe distinguir lo igual de lo diferente, obliga precisamente un trato diverso a los distintos.

A pesar de esta relativa claridad, hasta ahora no es posible conocer la finalidad de esta homologación y la respuesta estaría dada por el objeto de la igualdad. De este modo, preguntarse por el fin que persigue dicho trato es cuestionarse el objeto mismo del derecho a la igualdad. Las opciones resultan variadas a este respecto, sin embargo la respuesta más tradicional entiende que la homologación —sea paradójicamente—, mediante un trato igual o uno diverso, tiene por finalidad el igual disfrute de los derechos y la posibilidad de ejercer de manera 'idéntica' los mismos derechos.

Así, la igualdad se muestra y utiliza en dos planos y formas diversas: en primer término, en un sentido descriptivo, en cuanto reconoce las diferencias fácticas existentes que ocasionan la imposibilidad de gozar de ciertos derechos, piénsese en las situaciones de falta de movilización que obstaculiza ejercer el derecho a voto en las localidades aisladas, por ejemplo. En estos casos el Estado actúa intentando igualar las condiciones fácticas (que todas las personas tengan acceso a un bus que les transporte), haciendo desaparecer las desigualdades; pero, además, y en segundo lugar, en los casos en que estas desigualdades fácticas son dignas de conservarse por ser parte de la identidad personal, el derecho a la igualdad exigiría no hacerlas desaparecer sino considerarlas solo en la medida en que fundamentan la adopción de acciones para lograr el igual disfrute de los derechos fundamentales.

CONCLUSIONES

El derecho a la igualdad resulta paradigmático e ilustrativo al momento de estudiar la forma en que el constitucionalismo puede influir en la vida cotidiana de las personas, así como en la manera que situaciones que hasta hace algunos años escapaban del ámbito del derecho ahora se sitúan en un lugar preeminente a través de los derechos fundamentales constitucionales. No se trata solamente de un fenómeno común a todos los derechos que las distintas constituciones consagran sino que, en el caso del derecho a la igualdad, posee características distintas por cuanto se ve marcado por su relación con la diferencia en sentido descriptivo.

Los conflictos entre el derecho a la igualdad y la diferencia tales como la oposición entre dichos términos, la obligación de un trato idéntico y la necesaria eliminación de la diferencia para no vulnerar el derecho fundamental, resultan disconformidades aparentes en razón de que al pertenecer a ámbitos diversos no necesariamente se contraponen sino que en muchos casos son interdependientes.

Como ha quedado en evidencia los distintos Estados apoyados por la doctrina han intentado, con mayor o menor éxito, alternativas de relación con la diferencia. Sin embargo muchas de ellas no han considerado los factores anteriormente descritos, circunstancia que se estima absolutamente imprescindible para la obtención de una visión que respete el principio de no discriminación o no subordinación, pero también en el logro de una convivencia democrática.

No es posible crear un modelo de relación con la diferencia que resulte útil y aceptado en todo tiempo y lugar. Esta circunstancia se debe a varios motivos entre ellos al carácter histórico que poseen los derechos fundamentales en general, a la enorme posibilidad de situaciones en que se involucre la diferencia y a la consideración de una pertenencia a un grupo que se utiliza para perjudicar o beneficiar.

De este modo, no nos encontramos tan cerca de encontrar una solución definitiva y aplicable de manera general a esta aparente confrontación entre el derecho a la igualdad y la diferencia; sin embargo, comenzar a preguntarnos por ella, identificar sus dificultades y la exposición de algunas opciones adoptadas a la fecha, propósitos que se intentaron en el presente trabajo, constituyen los primeros atisbos de conciliación.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alexy, R. (2008). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Amoros, C. (1994). Igualdad e identidad. En Valcarcel, A. (Comp.). *El concepto de igualdad*. Madrid, España: Editorial Pablo Iglesias.
- Añón Roig, M.J. (2001). *Igualdad, diferencias y desigualdades*. Ciudad de México, México: Editorial Fontamara.
- Balaguer, M.L. (2010). *Igualdad y constitución española*. Madrid, España: Editorial Tecnos.
- Bernal Pulido, C. (2002). El juicio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional colombiano. En *Actas del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Ciudad de México.
- Cerda Martínez-Pujalte, C.M. (2005). Los principios constitucionales de igualdad de trato y prohibición de la discriminación: un intento de delimitación. *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, 50/51, 193-218.
- Criado de Diego, M. (2011). La igualdad en el constitucionalismo de la diferencia. *Revista Derecho del Estado*, 26, 7-49.
- Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio*. Barcelona, España: Editorial Ariel.
- Fernández Ruiz-Gálvez, E. (2003). *Igualdad y derechos humanos*. Madrid, España: Editorial Tecnos.
- Ferrajoli, L. (2009). *Derechos y garantías. La Ley del más débil*. Madrid, España: Editorial Trotta.
- Ferrajoli, L. (2009). La igualdad y sus garantías. En Ruiz, A. y Macia, A. *Desafíos de la igualdad*. Madrid, España: Universidad Autónoma de Madrid.
- Figueroa, R. (2000). Igualdad y discriminación. *Cuadernos de Análisis Jurídico*, 10, 2-44.
- Fiss, O. (1999). Grupos y la cláusula de igual protección. En Gargarella, R. (Comp.). *Derecho y grupos desaventajados*. Barcelona, España: Editorial Gedisa.
- García Amado, J.A. (1987). Problemas metodológicos del principio constitucional de igualdad. *Anuario de Filosofía del Derecho*, 4, 11-131.
- Garrido Gómez, M.I. (2008). La complementariedad entre la igualdad y la diferencia. *Fronesis: Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política*, 15 (2), 69-98.
- Garrido Gómez, M.I. (2009). *La igualdad en el contenido y en la aplicación de la ley*. Madrid, España: Dykinson S.L.
- Laporta, F. (1985). El principio de igualdad: introducción a su análisis. *Sistema: Revista de Ciencias Sociales*, 67, 3-32.
- Laporta, F. (1994). Problemas de la igualdad. En Valcarcel, A. (Comp.). *El concepto de igualdad*. Madrid, España: Editorial Pablo Iglesias.
- Lorenzino-Cioldi, F. y Doise, W. (1996). Identidad social e identidad personal. En Bourhis, R.Y. y Leyens, J.-P. *Esteriotipos, discriminación y relaciones entre grupos*. Madrid, España: Editorial McGraw-Hill.

- Maffia, D. (2007). La utopía feminista: igualdad y diferencia. En Alegre, M. y Gargarella, R. (Coords.). *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Lexis Nexis.
- Olive, L. (2006). Discriminación y pluralismo. En de la Torre Martínez, C. (Coord.). *El derecho a la no discriminación*. Ciudad de México, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.
- Pérez Luño, A.E. (2007). *Dimensiones de la igualdad*. Madrid, España: Dykinson S.L.
- Pérez Royo, J. (2007). *Curso de derecho constitucional*. Madrid, España: Editorial Marcial Pons.
- Perona, Á.J. (1995). Notas sobre igualdad y diferencia. En Mate, M.-R. (Ed.). *Pensar la igualdad y la diferencia. Una reflexión filosófica*. Madrid, España: Fundación Argentaria.
- Ricoy Casas, R.M. (2010). ¿Qué es igualdad? El principio de igualdad formal y no discriminación por razón de sexo en el ordenamiento jurídico español. Madrid, España: Dykinson S.L.
- Rosenfeld, M. (1993). Hacia una reconstrucción de la igualdad constitucional. *Derechos y Libertades*, III (6), 411-444.
- Rubio, A. (1995). Igualdad y diferencia. ¿Dos principios jurídicos? *Derechos y Libertades*, II (4), 259-286.
- Touraine, A. (2000). *Igualdad y diversidad. Las nuevas tareas de la democracia*. Ciudad de México, México: Fondo de Cultura Económica.
- Vallespín, F. (1995). Igualdad y diferencia. En Mate, M.-R. (Ed.). *Pensar la igualdad y la diferencia. Una reflexión filosófica*. Madrid, España: Fundación Argentaria.
- Vargas-Machuca, R. (1994). Democracia e igualdad. En Valcarcel, A. (Comp.). *El concepto de igualdad*. Madrid, España: Editorial Pablo Iglesias.
- Villacorta Mancebo, L. (2006). *Principio de igualdad y Estado social. Apuntes para una relación sistemática*. Santander, España: Universidad de Cantabria.