

LA CONSTRUCCIÓN JURÍDICA DE LA IGUALDAD

MARÍA ISOLINA DABOVE*

Resumen. La igualdad es, sin duda, uno de los términos más polisémicos con el que podemos encontrarnos en el vasto mundo del derecho y es el resultado de una compleja construcción cultural. Este trabajo se escribe con el propósito de identificar estas definiciones y sistematizarlas en alguna teoría que las comprenda de manera integral. Desde la *iurfilosofía*, se observan los sentidos diversos de igualdad que aparecen en la vida jurídica y los integra desde el marco teórico de la teoría trialista. Como presupuesto de partida, se reconoce la complejidad de la igualdad y se indaga, a posteriori, sobre tres aspectos del proceso de construcción de sus sentidos: en la valorativa (regla de justicia), en la dimensión lógica (universalidad), y en la sociológica (diversidad y no discriminación).

Palabras clave: igualdad, universalidad, diversidad y no discriminación, regla de justicia, trialismo jurídico.

LEGAL CONSTRUCTION OF EQUALITY

Abstract. Equality is one of the most polysemic terms with which we can find in the vast world of law. This paper is written with the purpose of identifying these definitions and systematize in a theory that understands them holistically. From a philosophical point of view, it recognizes the different meanings of equality contained in the legal life and integrates them, from the theoretical framework of the juridical trialism. The complexity of equality is recognized as a first element but after that, it investigates in three aspects of the process of construction of equality: the axiological sense (rules

* Investigadora del CONICET-UBA. Abogada (Universidad Nacional de Rosario, UNR). Doctora en Derecho (Universidad Carlos III de Madrid). Profesora titular de Filosofía del Derecho de la UNR y de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires. Correo electrónico: isolinadabove@gmail.com A.

of justice); the logical dimension (universality), the sociological level (diversity and no discrimination).

Keywords: equality, universality, diversity and no discrimination, rule of justice, juridical trialism

A CONSTRUÇÃO LEGAL DA IGUALDADE

Resumo. Igualdade é sem dúvida um dos termos mais polisêmicos com o qual podemos encontrar no vasto mundo da lei e é o resultado de uma construção cultural complexa. Este trabalho é escrito com o propósito de identificar essas definições e sistematizá-las em alguma teoria que as compreenda de forma abrangente. Da iusfilosofia observam-se os diversos sentidos de igualdade que surgem na vida jurídica e integra-os a partir do referencial teórico da teoria do julgamento. Como ponto de partida, a complexidade da igualdade é reconhecida e a posteriori é investigada em três aspectos do processo de construção de seus sentidos: no valor (a regra da justiça), na dimensão lógica (universalidade) e na sociológica (diversidade e não-discriminação).

Palavras-chave: igualdade, universalidade, diversidade e não-discriminação, Estado de direito, trialism juridico.

§ 1. *POLISEMIA Y COMPLEJIDAD*

La igualdad es, sin duda, uno de los términos más multívocos con el que nos podemos encontrar en el vasto mundo del derecho¹ y quizás en ello estribe su mayor dificultad de comprensión². De la igualdad se ha dicho que es un valor, como lo hace PETER SINGER³, tanto como un principio normativo, en términos de FRANCISCO LAPORTA⁴,

¹ Acerca del problema de la multivocidad en el lenguaje y en el derecho puede verse, entre otros: GOLDSCHMIDT, *Introducción filosófica al derecho*, p. 12; CARRÍO, *Sobre los límites del lenguaje normativo*; BACQUÉ, “Métodos y usos de la definición”; KLUG, “Consideraciones sobre las definiciones semánticas en derecho”, ambos en *Derecho, filosofía y lenguaje*; OLIVECRONA, *Lenguaje jurídico y realidad*.

² DABOVE, *Los derechos de los ancianos*, p. 41 a 78; *Derecho de la vejez*, p. 40 y 79.

³ “La igualdad es un principio ético básico, no una aserción de hecho” (SINGER, *Ética práctica*, p. 33).

⁴ Acerca de la igualdad como principio normativo puede verse: LAPORTA, *La igualdad*, “Sistema”, nº 67, p. 3 a 31.

ALBERT CALSAMIGLIA⁵ o JOSEPH RAZ⁶. Se la consideró un hecho, a criterio de NORBERTO BOBBIO⁷ pero también un ideal, ya sea absoluto, como sostuvieron las corrientes socialistas del siglo XIX; o bien relativo, como propuso el liberalismo político de la modernidad⁸.

A la igualdad se la definió incluso como sinónimo de “uniformidad, regularidad, similitud o simetría” en el reconocimiento de derechos. No obstante, en nombre de la igualdad se proclama hoy la protección jurídica de la diversidad y de las “diferencias”⁹.

Escribe el profesor RAPHAEL que “los debates muy antiguos en filosofía rara vez se resuelven, pero sí se aclaran”¹⁰. La comprensión de la igualdad es, sin duda, uno de ellos. De manera que, la finalidad de este trabajo no es otra que intentar aclarar y ordenar básicamente algunos conceptos. Observar, desde la “iusfilosofía”, los sentidos diversos de igualdad que aparecen en la vida jurídica, a fin de integrarlos en alguna teoría que los sintetice dialógicamente¹¹.

Desde los tiempos de ARISTÓTELES, la igualdad fue comprendida como un problema a resolver propio del ámbito de la justicia. Fue pensada en términos de “igualdad justa” o regla de justicia¹². Es de-

⁵ CALSAMIGLIA, “Sobre el principio de igualdad”, en MUGUERZA CARPENTIER - PECES BARBA MARTÍNEZ (coords.), *El fundamento de los derechos humanos*, p. 98.

⁶ RAZ, *Principles of equality*, “Mind. New Series”, vol. 87, n° 347, jul. 1978, p. 321 a 342.

⁷ “Mientras que la justicia es un valor, la igualdad es un hecho”, señala el profesor BOBBIO, en *Igualdad y libertad*, p. 59.

⁸ Al respecto, puede verse el interesante análisis que realiza ISAAH BERLIN en *Conceptos y categorías*, p. 147. También ver DWORKIN, *Ética privada e igualitarismo político*, p. 39; PAZ, *La democracia: lo absoluto y lo relativo*, “Revista de Occidente”, n° 130, mar. 1992, p. 5 a 25.

⁹ BERLIN, *Conceptos y categorías*, p. 151; HARE, *The language of Morals*; RAWLS, *Teoría de la justicia*, p. 82; PECES BARBA, *Los valores superiores*, p. 148; *Curso de derechos fundamentales*, p. 242, cuando distingue entre igualdad formal “—cuyo fin es lograr homogeneidad entre las distintas situaciones jurídicas y sus sujetos— y la igualdad material —cuya meta es alcanzar efectivamente que todos por igual puedan desarrollar sus diferencias valiosas con la satisfacción de sus necesidades—”.

¹⁰ RAPHAEL, *Filosofía moral*, p. 21.

¹¹ Al respecto ver: HABERMAS, *Teoría de la acción comunicativa*; CORTINA, *Ética mínima. Introducción a la filosofía práctica*; *Ética sin moral*, p. 232, y *Ética aplicada y democracia radical*, p. 210.

¹² “Por ‘regla de justicia’ se entiende la regla según la cual se deben tratar a los iguales de modo igual y a los desiguales de modo desigual”. BOBBIO, *Igualdad y libertad*, p. 64; WILLIAMS, *La idea de igualdad*, p. 268; SAVATER, *La tradición filosófica de la igualdad*, “Claves”, n° 36, oct. 1993, p. 2.

cir, como exigencia legítima de trato semejante entre los que son semejantes, pero desigual para quienes son desiguales, en esa medida y proporción. Por ello, fue conceptualizada asimismo como una norma de derecho común, para los iguales (e incluso, para los desiguales que, en su conjunto, son iguales entre sí)¹³. Sin embargo, detrás de esta afirmación más que respuestas, encontramos preguntas.

Como advierte LUIS PRIETO SANCHÍS, desde este punto de partida, el problema de la igualdad consiste ahora en saber “cuándo dos cosas, dos personas o dos situaciones son iguales entre sí y cuáles, por ser distintas, merecen un tratamiento diferenciado”¹⁴. La dificultad teórica principal radica, pues, en precisar esta indeterminación, sin llegar a conclusiones extremas como la que plantea PETER WESTEN. Sin llegar a pensar, en suma, que la igualdad es tan solo un concepto vacío de contenido que, a la postre, solo contribuye a causar confusión y error¹⁵.

§ 2. **PERSPECTIVA TRIALISTA**

Desde el integrativismo del mundo jurídico, la igualdad puede ser pensada y construida desde las tres perspectivas o dimensiones que lo componen¹⁶. Uno de sus planos es su costado valorativo, su calidad de regla de justicia que se expresa como razón guía de las normatividades, la toma de decisiones y de la acción¹⁷. Por ello, en este marco

¹³ ARISTÓTELES, *La política*, p. 89, quien ha señalado: “así, la igualdad parece de derecho común, y sin duda lo es, no para todos, sin embargo, sino solo entre iguales; y lo mismo sucede con la desigualdad; es ciertamente un derecho, pero no respecto de todos, sino de individuos que son desiguales entre sí”.

¹⁴ PRIETO SANCHÍS, *Igualdad y minorías*, “Derechos y Libertades. Revista del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas”, nº 5, año II, jul.-dic. 1995, p. 112; *Minorías, respeto a la disidencia e igualdad sustancial*, “Doxa”, nº 15-16, 1994, p. 367. En el mismo sentido señala: BOBBIO, *Igualdad y libertad*, p. 53: “decir que dos entes son iguales, sin otra determinación, nada significa en el lenguaje político, si no se especifica de qué entes se trata y respecto a qué cosas son iguales. Es decir, si no se está en condiciones de responder a dos preguntas: a) “¿Igualdad entre quiénes?”, y b) “¿Igualdad en qué?”.

¹⁵ WESTEN, *The empty idea of equality*, “Harvard Law Review”, vol. 95, nº 3, jan. 1982, p. 537.

¹⁶ Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico puede verse básicamente: GOLDSCHMIDT, *Introducción filosófica al derecho*; CIURO CALDANI, *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas*, p. 12; *Metodología jurídica y lecciones de historia de la filosofía del derecho, Estrategia jurídica*; p. 7.

¹⁷ BOBBIO, *Igualdad y libertad*, p. 64.

se destaca su vinculación con las clases de justicia, el concepto de relevancia y equiparación y la igualdad en la aplicación de la ley.

Otro de sus planos se configura en el campo normativo. Desde allí se construye la idea de la “igualdad formal ante la ley” de cada cual. Junto al que se desarrolla el principio de universalidad que consolida el ordenamiento jurídico en su conjunto.

El tercero de sus despliegues da lugar al proceso sociológico de construcción jurídica de la igualdad. En este marco cobra importancia la idea rectora de no discriminación. Así como también aparece el concepto de igualdad material y acciones positivas del mundo jurídico.

A) EL PROCESO VALORATIVO DE CONSTRUCCIÓN: UNA RAZÓN GUÍA

§ 3. IGUALDAD Y REGLA DE JUSTICIA

El análisis de la igualdad en relación con el mundo del valor nos lleva a pensar particularmente en dos cuestiones. Por un lado, sobre su significado en tanto regla de justicia¹⁸. Por otro, sobre los criterios de igualdad que justifican la calificación de relevante de algunos de los elementos del caso a resolver¹⁹.

Como regla de justicia, la igualdad adquiere sentido de valor²⁰, aunque de carácter instrumental²¹. Razón por la cual en el mundo jurídico aparece como exigencia de equiparación y herramienta de realización de alguna medida de justicia²².

¹⁸ Problema que se debate en el campo de la axiología *stricto sensu*, es decir, en el campo del estudio de la estructura formal del valor. Al respecto ver, GOLDSCHMIDT, *Introducción filosófica al derecho*, p. 29 y 369.

¹⁹ Cuestión esta que nos lleva al ámbito de la *axiosofía*. Es decir, al estudio del contenido material del valor (GOLDSCHMIDT, *Introducción filosófica*, p. 30 y 417).

²⁰ La consideración de la igualdad como elemento constitutivo de la justicia ha sido sostenida por DWORKIN, *Justicia para erizos*, p. 15.

²¹ DABOVE - SOTO, *Algunas ideas en torno a la igualdad*, “Investigación y Docencia”, n° 20, 1992, p. 111 y 112.

²² STAMMLER, *Tratado de filosofía del derecho*, p. 5; BOBBIO, *Igualdad y libertad*, p. 59. Respecto de los valores fundantes y fundados y las relaciones entre la justicia y el resto del plexo valorativo puede consultarse: COSSIO, *La teoría ego-lógica del derecho y el concepto jurídico y libertad*, p. 594; SOTO, *Planteo com-*

§ 4. *SU DESPLIEGUE EN LAS CLASES DE JUSTICIA*

En la justicia correctiva (conmutativa y judicial), la igualdad funciona en calidad de valor “absoluto” porque se constituye en la necesaria igualdad total de los que la reciben. Un caso ilustrativo lo configura el “derecho a ser tratado como igual” que desarrolla DWORKIN²³. En la justicia distributiva, por el contrario, la igualdad es siempre relativa ya que expresa la idea de proporcionalidad o equivalencia de trato, respecto de personas que son reconocidas como diferentes. Así, es importante reconocer en este caso, los criterios de merecimientos y desmerecimientos que se utilicen en cada caso, tanto como las dificultades que se presentan para su realización²⁴.

Desde otro ángulo, la igualdad justa reclama asimismo un trato igual para los iguales; pero, desigual para los desiguales, en esa medida y proporción²⁵. De modo tal que su concreción impone el desarrollo de otros juicios valorativos como condición *sine qua non*, entre los cuales se destaca la distinción entre lo igual y lo diverso.

Así, en tanto regla de justicia, la igualdad presupone la posibilidad de identificar con claridad los hechos y las normas objeto de valoración. Requiere del conocimiento previo del quién, el qué, el cómo, el cuándo y el porqué de la problemática en cuestión. Pero, además, exige la elección previa y general de criterios axiológicos que permiten establecer “cuándo dos cosas deben considerarse equivalentes y cuándo dos personas deben considerarse equiparables por ser en gran medida diferentes”²⁶.

parativo de la axiología jurídica en la egología y el trialismo, “Investigación y Docencia”, nº 10, 1989, p. 49.

²³ DWORKIN, *Los derechos en serio*, p. 332; DABOVE - SOTO, *Algunas ideas en torno a la igualdad*, “Investigación y Docencia”, nº 20, 1992, p. 113.

²⁴ Como vemos, en este caso la igualdad adquiere sentido relativo. Al respecto puede verse: ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*, Libro V, p. 58; RADBRUCH, *Introducción a la filosofía del derecho*, p. 31.; LAPORTA, *La igualdad*, “Sistema”, nº 67, p. 20; DABOVE - SOTO, *Algunas ideas en torno a la igualdad*, “Investigación y Docencia”, nº 20, 1992, p. 112.

²⁵ BOBBIO, *Igualdad y libertad*, p. 64; WILLIAMS, *La idea de igualdad*, p. 268; SAVATER, *La tradición filosófica de la igualdad*, “Claves”, nº 36, oct. 1993, p. 2 a 8; PRIETO SANCHÍS, *Igualdad y minorías*, “Derechos y Libertades. Revista del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas”, nº 5, año III, jul.-dic. 1995, p. 112 a 115.

²⁶ BOBBIO, *Igualdad y libertad*, p. 65 a 68.

En este marco, BOBBIO señala que dos son las situaciones en las cuales es relevante la igualdad. La primera es aquella “en la que uno se encuentra frente a una acción de dar (o hacer), de la que haya que establecer la correspondencia antecedente con un tener, o subsecuentemente con un recibir. Se refiere al supuesto de la justicia correctiva. Se desarrolla a partir de una “relación jurídica bilateral y recíproca y genera el problema de la igualdad como equivalencia de cosas”²⁷.

En segundo término, la igualdad está presente cuando “hay que asignar ventajas o desventajas, beneficios o deberes, a una pluralidad de individuos pertenecientes a una determinada categoría”²⁸. Este desafío no es otro que el propio de toda justicia distributiva. Funciona en “relaciones multilaterales y unidireccionales y plantea, en consecuencia, el problema de equiparación de las personas” comprendidas en el caso²⁹.

Esta distinción, en suma, se corresponde con dos tipos fundamentales de relaciones que pueden ser observadas en cualquier sistema social: con las relaciones de intercambio –o de coexistencia– y con las relaciones de convivencia. Relaciones que, en lo que aquí nos concierne, dan lugar a otros dos tipos de justicia: a la retributiva –en el primer caso– y a la atributiva –en el segundo–³⁰. Solo cuando ambas clases de valor hayan sido resueltas, la igualdad podrá funcionar como regla de justicia en sentido estricto³¹.

§ 5. **IGUALDAD Y RELEVANCIA**

El problema de los criterios que se utilizan para justificar la calificación de relevante de algunos elementos del caso a resolver nos sitúa frente a la cuestión del contenido de la propia igualdad como

²⁷ “Lo que se da ha de ser equivalente a lo que se tiene, lo que se recibe a lo que se tiene” (BOBBIO, *Igualdad y libertad*, p. 60).

²⁸ BOBBIO, *Igualdad y libertad*, p. 59.

²⁹ “Se trata, por ejemplo, de equiparar en la relación entre cónyuges la mujer al marido, o en la relación laboral los obreros a los empleados” (BOBBIO, *Igualdad y libertad*, p. 60).

³⁰ BOBBIO, *Igualdad y libertad*, p. 60.

³¹ “Solo después de que estos criterios hayan sido elegidos, interviene la regla de justicia para establecer que se traten del mismo modo a aquellos que se encuentran en la misma situación. La igualdad como regla de justicia funciona aquí como justicia en la aplicación o justicia formal” (BOBBIO, *Igualdad y libertad*, p. 64).

valor. En este contexto lo que habrá que precisar, pues, es el concepto de “relevante” a fin de no caer en la masificación jurídica del igualitarismo.

Afirmar que dos sujetos, verbigracia el adulto y la persona mayor, merecen el mismo trato implica realizar una elección que siempre es valorativa. Supone, como observa el profesor PRIETO SANCHÍS, calificar una característica común como relevante sobre la base de una razón a efectos de ciertas consecuencias normativas, “haciendo abstracción tanto de los rasgos diferenciadores como de los demás ámbitos de regulación”³². Esta razón es, por ello, criterio de clasificación normativa y fundamento de la consecuencia jurídica a un tiempo³³.

Junto a esta afirmación podemos recordar las dos reglas propuestas por ALEXY que, de alguna manera, funcionan como síntesis de este problema. La primera nos dice: “si no hay ninguna razón suficiente para la permisión de un tratamiento desigual, entonces está ordenado un trato igual”. Mientras que la segunda nos recuerda: “si hay una razón suficiente para ordenar un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento desigual”³⁴.

Así, desde esta perspectiva cabe preguntarse si la edad/género/estado de salud/raza/ideología/u otro, son conceptos relevantes y constituyen una razón suficiente que legitime un tratamiento diferencial. Una manera de resolver la multivocidad del término “relevante” podría consistir en buscar algún criterio de igualdad que nos oriente de manera general con el encuadre del problema. Este criterio, debería sensibilizarse con nuestras diferencias existenciales. Debería escuchar nuestras especificidades, porque estas diferencias constituyen el dato antropológico real sobre el cual se apoya el despliegue de toda solución jurídica.

Para el trialismo la igualdad consiste en “asegurar a todos y cada uno de los individuos las mismas oportunidades en el desarrollo de su especificidad y diversidad valiosa: de su unicidad”. Razón por la

³² PRIETO SANCHÍS, *Igualdad y minorías*, “Derechos y Libertades. Revista del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas”, nº 5, año III, jul.-dic. 1995, p. 114.

³³ LAPORTA, *La igualdad*, “Sistema”, nº 67, p. 18.

³⁴ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 395; PRIETO SANCHÍS, *Igualdad y minorías*, “Derechos y Libertades. Revista del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas”, nº 5, año III, jul.-dic. 1995, p. 116; LAPORTA, *La igualdad*, “Sistema”, nº 67, p. 20.

cual, también se deben incluir las garantías jurídicas que ese respeto por las diferencias reclama³⁵.

Por otra parte, en este marco, el reconocimiento de la igualdad es uno de los medios de que se vale el neoconstitucionalismo. En otras palabras, su consagración constituye un instrumento imprescindible para todo Estado de derecho, en tanto que esta adquiere estatuto de derecho fundamental, pues contribuye a fortalecer la posición del individuo frente al gobernante e incluso frente a los demás individuos³⁶. Mediante este lugar de derecho fundamental, en suma, el sistema opta por una “fórmula filosófica” del concepto de relevancia, que se deriva del respeto a la diversidad que tenemos todos por igual³⁷.

B) EL PROCESO DE CONSTRUCCIÓN NORMATIVA: LA UNIVERSALIDAD FORMAL

§ 6. LA IGUALDAD EN LA ESTRUCTURA JURÍDICA

Desde la perspectiva jurídica normativa, la igualdad constituye un elemento central, propio de la estructura del derecho positivo. Por ello, siguiendo la clásica tradición aristotélica, con gran acierto ISAIAH BERLIN nos recuerda que “todas las reglas, por definición, abarcan determinada medida de igualdad”³⁸. Pero, entre las distintas fuentes formales que integran el fenómeno jurídico, la norma general es quien expresa más claramente esta medida por su finalidad, si se quiere, “universalista”.

§ 7. IGUALDAD FORMAL, FUNDAMENTO LÓGICO DEL SISTEMA JURÍDICO

Desde la teoría del derecho, las normas constituyen la unidad de análisis y funcionamiento del mundo jurídico cuya estructura y

³⁵ DABOVE - SOTO, *Algunas ideas en torno a la igualdad*, “Investigación y Docencia”, nº 20, 1992, p. 115.

³⁶ DABOVE - SOTO, *Algunas ideas en torno a la igualdad*, “Investigación y Docencia”, nº 20, 1992, p. 113.

³⁷ DABOVE - SOTO, *Algunas ideas en torno a la igualdad*, “Investigación y Docencia”, nº 20, 1992, p. 113; PRIETO SANCHÍS, *Igualdad y minorías*, “Derechos y Libertades. Revista del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas”, nº 5, año III, jul.-dic. 1995, p. 116; RAILTON, *Alienation, consequentialism, and the demands of morality*, “Philosophy and public affairs”, vol. 13, nº 2, spring 1984, p. 134.

³⁸ BERLIN, *Conceptos y categorías*, p. 152.

dinámica son el resultado de algún criterio de igualdad. Así, en la norma general, la igualdad se construye sobre la base de un sentido estructurante o radical, que otorga fundamento lógico al mundo jurídico. Pero, la norma individual también contiene una medida de igualdad, en particular, respecto de las normas referidas a casos semejantes. Todo lo cual –en articulación con la perspectiva sociológica y valorativa– habilitó la formulación de la doctrina del autoprecedente en el campo jurisdiccional³⁹.

Por otra parte, en las normas generales la igualdad se expresa como el principio de igualdad ante la ley –o igualdad formal–⁴⁰, ya que por ella se constituyen situaciones jurídicas en las cuales “cada hombre cuenta por uno, y ninguno cuenta por más de uno”⁴¹. Las situaciones así establecidas aparecen reflejadas, en primer lugar, en el antecedente de la norma general. El tipo legal es, precisamente, el que se configura teniendo en cuenta la igualdad en las condiciones del sector social al que hace referencia⁴². De manera que, a partir de su elaboración, cada miembro de la parte de realidad considerada –por ejemplo, cada niño, mujer, enfermo, persona con discapacidad, anciano, integrante de la comunidad indígena, etc.– solo podrá tener un derecho igual al que ha sido concedido para el sector en su conjunto –verbigracia, para la cohorte de niños, personas mayores, etc.–; ni uno más, pero tampoco ni uno menos que ellos⁴³. Asimismo, la consecuencia jurídica (o reglamentación) prevista en la norma general funcionará como garante del respeto por esta igualdad formal ante la ley. ¿Cómo? Estableciendo mecanismos jurídicos –exactos⁴⁴–,

³⁹ GASCÓN ABELLÁN, *La técnica del precedente y la argumentación racional*, p. 50; RODRIGUEZ PIÑERO - FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad y discriminación*, p. 22.

⁴⁰ PECES BARBA, *Los valores superiores*, p. 148; *Curso de derechos fundamentales*, p. 242; BOBBIO, *Igualdad y libertad*, p. 71.

⁴¹ Esta máxima que expresa una vieja fórmula de justicia muy utilizada por BENTHAM y sus seguidores utilitaristas. BERLIN, *Conceptos y categorías*, p. 147.

⁴² BOBBIO, *Teoría general del derecho*, p. 144; MARTÍNEZ, *El principio de igualdad y la producción de diferencias en el derecho*, “Anuario de derechos humanos”, nº 6, p. 193; DABOVE - SOTO, *Algunas ideas en torno a la igualdad*, “Investigación y Docencia”, nº 20, 1992, p. 111.

⁴³ “Las reglas son instrucciones generales para actuar o abstenerse de actuar de determinada manera, en circunstancias especificadas, impuestas a personas de una clase especificada, imponen conducta uniforme en casos idénticos” (BERLIN, *Conceptos y categorías*, p. 152).

⁴⁴ La norma es exacta cuando asegura el cumplimiento de la voluntad de su autor contenida en ella (GOLDSCHMIDT, *Introducción filosófica al derecho*, p. 187).

que aseguren que “la norma sea obedecida por todos los que quedan comprendidos bajo su jurisdicción”⁴⁵.

Como podemos observar, tanto en el antecedente como en la consecuencia jurídica, la igualdad funciona como elemento de racionalidad y de abstracción, por partida doble. Permite, por un lado, que en el antecedente se describan situaciones uniformes, simétricas y generales, sobre la base de la equivalencia y semejanza de los casos dados. Pero también de otro, su consecuencia jurídica asegura esta igualdad impidiendo hacer lugar a cualquier tipo de excepción, con el fin claro de poder salvar su condición de regla⁴⁶.

Ahora bien, este sentido de igualdad formal, fundante de la estructura jurídica, tiene un alcance acotado ya que funciona condicionado por dos cuestiones básicas. De un lado, por el universo más o menos definido –pero recortado al fin– de personas, cosas y situaciones, al que hace referencia el antecedente o tipo legal. De otro, por el alcance de la consecuencia normativa; ya que por su intermedio solo se garantiza que se respete la igualdad entre los casos descritos por el antecedente, a la hora de establecer su aplicación⁴⁷.

Dicho de otro modo, en las fuentes formales aisladamente consideradas, la igualdad siempre será de extensión limitada, pues solo se aplicarán consecuencias jurídicas iguales a los casos iguales comprendidos por el antecedente o tipo legal⁴⁸. Pero, además, se manifestará como un concepto específico, configurador de un juicio hipotético –o de fundamentación– particular⁴⁹. Así, por ejemplo, si hablamos de normas generales del derecho nacional, la igualdad re-

⁴⁵ BERLIN, *Conceptos y categorías*, p. 153.

⁴⁶ BERLIN, *Conceptos y categorías*, p. 154: “Ofrecer razones para obedecer reglas, se considera innecesario: las reglas son su propia justificación. Mas, no ofrecer razones para su quebrantamiento se describe como algo irracional”.

⁴⁷ RODRÍGUEZ PIÑERO Y FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad y discriminación*, p. 20, quienes han afirmado que “la igualdad ante la ley progresivamente será entendida como igualdad en la aplicación de la ley: ya no se trata de que la ley sea general e impersonal, sino que su aplicación por los poderes públicos encargados de esa tarea se haga “sin excepciones, sin consideraciones personales”. La igualdad ante la ley se interpreta, así como “aplicación de la ley conforme a la ley” como una aplicación regular, correcta, de las disposiciones legales, sin otras distinciones de supuestos o casos que los determinados por la norma legal”.

⁴⁸ PRIETO SANCHÍS, *Igualdad y minorías*, “Derechos y Libertades. Revista del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas”, n° 5, año III, jul.-dic. 1995, p. 112; WILLIAMS, *La idea de igualdad*, p. 270.

⁴⁹ GOLDSCHMIDT, *Introducción filosófica al derecho*, p. 210.

querida en principio solo podrá referirse a los residentes del país que las hayan promulgado –salvo, claro está, aquellas de cumplimiento en el extranjero–. Lo mismo sucede si estamos frente a fuentes que regulan la situación de sectores específicos –tales como: trabajadores, mujeres, enfermos, personas con discapacidad, personas mayores, consumidores, personas pertenecientes a comunidades indígenas o con diversas orientaciones sexuales–. De modo tal que, la igualdad funcionará intranormativamente, visto desde el campo legislativo y dará lugar al respeto del autoprecedente, en el marco jurisdiccional⁵⁰.

Incluso más, quizá no sea tan osado afirmar que con esta igualdad intranormativa, también se instaura un modelo de igualdad jurídica de mínimos, cuya existencia provoca a su vez, una ruptura con las igualdades estipuladas por las otras fuentes normativas. Casos ilustrativos de estas afirmaciones los encontramos, por ejemplo, en el derecho laboral, en el derecho societario, o en el derecho de familia. En estos, como en otros similares, la igualdad buscada es establecida sin ninguna conexión con el tratamiento dado a los demás por el ordenamiento normativo⁵¹. Razón por la cual, fácil será observar la presencia de conflictos entre las distintas igualdades de mínimos, estipuladas por cada norma general.

§ 8. *SU CALIDAD DE PRODUCTO NORMATIVO*

Por otra parte, la igualdad también puede ser considerada un producto de las fuentes formales respectivas. La igualdad es, en este sentido, una construcción artificial. Es un concepto elaborado por el legislador o el operador de que se trate, con el fin de integrar las distintas dimensiones del fenómeno jurídico⁵².

⁵⁰ En estos casos, cabe aplicar en sentido contrario el principio latino *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*. (si la ley no hace distingos, es de suponer que su autor no quiso establecerlos). Es decir, si la ley distingue, no debemos contradecir la voluntad de su autor (GOLDSCHMIDT, *Introducción filosófica al derecho*, p. 259).

⁵¹ PRIETO SANCHÍS, *Igualdad y minorías*, “Derechos y Libertades. Revista del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas”, nº 5, año III, jul.-dic. 1995, p. 113.

⁵² PRIETO SANCHÍS, *Igualdad y minorías*, íd. “Derechos y Libertades. Revista del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas”, nº 5, año III, jul.-dic. 1995, p. 112. GOLDSCHMIDT, *Introducción filosófica al derecho*, p. 303.

Como producto normativo, la igualdad “describe, instaure o prescriba una relación comparativa entre dos o más sujetos que poseen al menos una característica relevante común”⁵³. De esta definición hay que destacar, pues, la presencia de dos elementos constitutivos. Por un lado, el uso de la comparación como camino para llegar a la descripción normativa de supuestos que son desiguales en la realidad social. Y, de otro, la necesidad de encontrar denominadores comunes que se juzguen relevantes, para establecer relaciones lógicas de equivalencia. De allí que el juicio de igualdad excluya tanto la identidad como la mera semejanza, como sostiene el profesor PRIETO SANCHÍS⁵⁴.

No parte de la identidad, porque el concepto de igualdad se construye sobre la base de una realidad que es, en sí misma, diferente y diversa⁵⁵. Tampoco parte de la semejanza, porque “esta no obliga a hacer abstracción de los elementos propios o diferenciadores”⁵⁶.

En este marco, pues, lo único que puede procurar la igualdad es un juicio de identidad fáctica parcial⁵⁷. O quizá mejor, un juicio por intersección; en el cual dos o más objetos coinciden en algunos elementos o características, desde un determinado punto de vista y haciendo abstracción de los demás⁵⁸. Una vez que los casos han sido calificados por sus elementos comunes, el legislador puede homogeneizar el tratamiento normativo consecuente.

⁵³ COMANDUCCI, *Assagi di metaetica*, p. 108; *Diritti umani e minoranza: un approccio analitico e neo-illuminista*, “Ragion pratica”, nº 2, 1994, p. 7.

⁵⁴ PRIETO SANCHÍS, *Igualdad y minorías*, “Derechos y Libertades. Revista del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas”, nº 5, año III, jul.-dic. 1995, p. 113.

⁵⁵ Máxime si estamos hablando de la realidad humana. EYSENCK, *La desigualdad del hombre*, p. 198.

⁵⁶ PRIETO SANCHÍS, *Igualdad y minorías*, “Derechos y Libertades. Revista del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas”, nº 5, año III, jul.-dic. 1995, p. 113.

⁵⁷ PRIETO SANCHÍS, *Igualdad y minorías*, “Derechos y Libertades. Revista del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas”, nº 5, año III, jul.-dic. 1995, p. 113.

⁵⁸ PEREZ LUÑO, *Sobre la igualdad en la Constitución española*, en “Anuario de filosofía del derecho”, t. IV, 1987, p. 134; PRIETO SANCHÍS, *Igualdad y minorías*, “Derechos y Libertades. Revista del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas”, nº 5, año III, jul.-dic. 1995, p. 113.

§ 9. **IGUALDAD COMO PRINCIPIO GENERAL DEL SISTEMA JURÍDICO**

Un poco diferente es, quizás, el sentido de igualdad cuando esta actúa en calidad de principio general del derecho positivo. En esta circunstancia, su función aparece más estrechamente vinculada con la tarea de armonización del ordenamiento normativo en su conjunto, y con la exigencia de respeto al precedente⁵⁹. “La igualdad, aquí, adquiere valor para el ser humano en cuanto ente genérico, en cuanto ente perteneciente a una determinada clase: la humanidad”. Condición que lo hace acreedor de la exigencia de igualdad no solo ante la ley sino también, como señala BOBBIO, en los derechos⁶⁰. Es la aplicación de este principio, verbigracia, quien nos hace concluir que los ancianos/niños/personas con discapacidad/etc/ en tanto parte de la humanidad, merecen el mismo tratamiento –ahora sí– que el resto de los sujetos del derecho.

El principio de igualdad hace referencia a la concreción de una igualdad más universal en su extensión que la determinada por las normas generales aisladas. Hace referencia, ahora, a un mandato que –en palabras de ISAIAH BERLIN–, estipula que “a todos los miembros de esta clase, a saber, los hombres, se les debería tratar, desde cualquier punto de vista, de manera idéntica y uniforme, a menos que exista una razón suficiente para no hacerlo”⁶¹. Así, por ejemplo, puede afirmarse que, dado que él anciano/niño/indígena/transexual/mujer/enfermo/discapacitado/etc./ es un ser humano, el tratamiento jurídico que reciba tendrá que ser similar al que se le conceda al resto de la población.

§ 10. **SU FUNCIÓN PERSUASIVA Y COMPENSATORIA**

Desde el enfoque normativo puede decirse además que la igualdad cumple funciones diversas, dando lugar a otras distintas conceptualizaciones concomitantes. Así, por ejemplo, “una vez que a cada parte le ha sido asignado el lugar propio en paridad de condiciones,

⁵⁹ LAPORTA, *La igualdad*, “Sistema”, nº 67, p. 3; CALSAMIGLIA, “Sobre el principio de igualdad”, en MUGUERZA CARPENTIER - PECES BARBA MARTÍNEZ (coords.), *El fundamento de los derechos humanos*, p. 98; GASCÓN ABELLÁN, *La técnica del precedente*, p. 94.

⁶⁰ BOBBIO, *Igualdad y libertad*, p. 55; WILLIAMS, *La idea de igualdad*, p. 270.

⁶¹ BERLIN, *Conceptos y categorías*, p. 148; RAZ, *Principles of equality*, p. 326.

esta igualdad debe procurar al mismo tiempo que el equilibrio alcanzado sea mantenido por normas universalmente respetadas”⁶². He aquí, pues, la función persuasiva del principio de igualdad, sumamente relevante para el sistema, pues permite establecer un compromiso “formal” entre realidad social y valor al prescribir conductas valiosas de repartos⁶³.

La fuente formal más apta para cumplir con esta función de persuasión –además de las normas generales– es, sin duda, la propia Constitución, tal como sucede con el art. 15 de nuestra carta magna. Pero, cualquiera sea, las fuentes actúan como “instrumentos de propaganda”, destinados a lograr en última instancia, la obediencia al derecho en igualdad de condiciones más amplias⁶⁴.

El funcionamiento del principio de igualdad así interpretado resulta esencial para sostener la vigencia del sistema. Su presencia contribuye de manera directa a resolver los conflictos existentes entre normas generales, y entre estas y el ordenamiento normativo. Mas lo hace, cumpliendo una función compensatoria, cuyo resultado final será el fruto de un delicado juicio de ponderación de cada exigencia de igualdad en conflicto⁶⁵. Nuestra Corte Suprema de Justicia, verbigracia, ha avanzado bastante en esta línea de fundamentación. Sobre todo, en la resolución de conflictos entre bienes y derechos humanos básicos, igualmente protegidos por el legislador⁶⁶.

Así, pues, en este contexto, la igualdad adquiere valor intra-sistemático y en cuanto tal, funciona como un criterio de máxima optimización. Su aplicación está asociada con la necesidad de instituir o restituir un orden, o una relación equilibrada entre las partes y el todo. Se vincula, en suma, con la tarea de integración de las distin-

⁶² BOBBIO, *Igualdad y libertad*, p. 56.

⁶³ Acerca del sentido persuasivo de las leyes y de los principios generales puede verse la teoría de los modelos jurídicos elaborada por REALE, *O Direito como experiência*, p. 177; SOTO, *Los modelos jurídicos en la complejidad pura*, “Investigación y Docencia”, n° 5, 1988, p. 39.

⁶⁴ DABOVE - SOTO, *Algunas ideas en torno a la igualdad*, “Investigación y Docencia”, n° 20, 1992, p. 112.

⁶⁵ PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre derechos fundamentales*, p. 139, 153 y 167.

⁶⁶ A modo de ejemplo, puede verse un famoso fallo del Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de abril, especialmente en su fundamento jurídico 12, que hace referencia al conflicto entre el derecho a la vida y a la salud de la madre y el derecho a la vida y a la salud del nasciturus.

tas igualdades parciales o de mínimos –de cada persona y/o de cada cohorte– en el todo.

Junto a estas funciones, cabe señalar también que la igualdad favorece el desarrollo de la cohesión como valor existencial del ordenamiento normativo. Al tiempo que su despliegue, sumado al de la coherencia, permitirá alcanzar una armonía dinámica, sustentadora de la vigencia del sistema jurídico en su conjunto⁶⁷.

C) SU CONSTRUCCIÓN SOCIOLOGICA: LA DIVERSIDAD EN ESCENA

§ 11. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

Desde la perspectiva sociológica del mundo jurídico, la igualdad se construye a partir del reconocimiento de la diversidad de la realidad social y de la práctica no discriminatoria concomitante. Por su intermedio, se pretende asegurar que todos los individuos puedan contar con las mismas oportunidades de partida para el desarrollo de sus potencialidades, distintas y plurales⁶⁸. Sin embargo, para su constitución, la igualdad adquiere ahora una connotación negativa, toda vez que este sentido ius sociológico de la igualdad (la no discriminación) requiere de la omisión –o no actuación– de ciertos hechos para concretar su desarrollo.

⁶⁷ BOBBIO, *Igualdad y libertad*, p. 56; DABOVE - SOTO, *Algunas ideas en torno a la igualdad*, “Investigación y Docencia”, nº 20, 1992, p. 112. Respecto de la exigencia de armonía dinámica de la igualdad puede verse: MARTÍNEZ, *El principio de igualdad y la producción de diferencias en el derecho*, “Anuario de derechos humanos”, nº 6, p. 201 y 202; PAREJO ALONSO, *Estado social y Administración pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, p. 71.

⁶⁸ PECES BARBA, *Los valores superiores*, p. 161; BOBBIO, *Igualdad y libertad*, p. 53; DABOVE - SOTO, *Algunas ideas en torno a la igualdad*, “Investigación y Docencia”, nº 20, 1992, p. 111; NICKEL, *Equal opportunity in a pluralistic society*, “Social Philosophy and Policy”, vol. 5, issue 1, p. 104; FISHKIN, *Liberty versus equal opportunity*, “Philosophy and Policy”, vol. 5, issue 1, p. 32; STEINER, *Capitalism, justice and equal starts*, “Philosophy and Policy”, vol. 5, issue 1, p. 49; GOLDMAN, *The justification of equal opportunity*, “Philosophy and Policy”, vol. 5, issue 1, p. 88; BOXIL, *Global equality of opportunity and national integrity*, “Philosophy and Policy”, vol. 5, issue 1, p. 143; KAMM, *Equal treatment and equal chances*, “Philosophy and Public Affairs”, vol. 14, nº 2, spring 1985, p. 140.

Al mismo tiempo, para que esta comprensión fáctica se complete, junto al principio de no discriminación cabe identificar un concepto positivo que sustenta la idea de igualdad material, o de oportunidades. En este caso, la idea de igualdad está asociada al desarrollo de acciones destinadas a remediar alguna desigualdad fáctica –por ejemplo, la desigualdad en la satisfacción de las necesidades básicas de los sujetos– “a través de una distribución de los bienes respecto al mayor número posible de personas”⁶⁹.

No obstante, para que esta afirmación pueda ser predicada de la realidad jurídica, es necesario despejar algunos interrogantes más todavía. Al respecto, BOBBIO escribe que dos serán las cuestiones principales por resolver con este fin: “¿igualdad entre quiénes?, e ¿igualdad en qué?”⁷⁰. ¿De todos, en todas las cosas? ¿De algunos, en todas las cosas? ¿De todos, en algunas cosas? ¿De algunos, en algunas cosas?⁷¹. En consecuencia, habrá que determinar “¿igualdad de qué?”, como señala AMARTYA SEN⁷².

Como veremos seguidamente, estos planteos no solo exigen respuestas cuantitativas. Reclaman también soluciones cualitativas, profundamente vinculadas a la problemática de la diversidad, las libertades y las necesidades humanas, en el contexto histórico y cultural en el que tienen lugar. Requieren saber, en suma, ¿qué se entiende por todos en este espacio iusfilosófico? ¿Quiénes son todos? ¿Qué significa, en concreto, el término algunos, a quiénes alude? O bien, ¿qué tendremos que entender por “cosas”? ¿Significa recursos o, quizás, oportunidades o bienestar?

§ 12. **DIVERSIDAD Y NECESIDADES: LA IGUALDAD EN CADA CASO**

Desde la perspectiva de la jurística sociológica, la comprensión de la igualdad está relacionada con dos cuestiones estructurales. De un lado, tiene que ver con los elementos que componen cada conduc-

⁶⁹ “Se trata de una igualdad para poder llegar a la meta. Es decir, que facilita el esfuerzo de cada uno haciéndolo posible, pero no lo sustituye. Pretende dar igual peso a todos para poder alcanzar el objetivo”. PECES BARBA, *Curso de derechos fundamentales*, p. 247; *Los valores superiores*, p. 158. GROSS, *Real Equality of opportunity*, “Social Philosophy and Policy”, vol. 4, issue 2, p. 120.

⁷⁰ BOBBIO, *Igualdad y libertad*, p. 53.

⁷¹ PECES BARBA, *Curso de derechos fundamentales*, p. 247.

⁷² SEN, “¿Igualdad de qué?”, en RAWLS - FRIED - SEN - SCHELLING, *Libertad, igualdad y derecho*, p. 135.

ta intersubjetiva o reparto aislado (sujetos, objeto de reparto, caminos, razones, clases y límites). Pero de otro se vincula con las distintas modalidades de organización del conjunto de aquellas conductas –orden de repartos planificado o consuetudinario–⁷³.

Para determinar los sentidos de igualdad en juego en esta instancia, se debe analizar cómo se concretan respecto de los sujetos y del objeto de reparto. También habrá que considerar su realización en relación con los caminos elegidos para llevar a cabo la conducta intersubjetiva. Habrá que observar su funcionamiento respecto de las razones escogidas de hecho para fundamentar el reparto, tanto como respecto de las circunstancias en las que se desarrolla el reparto. Será necesario saber, además, si la igualdad se realiza desde la planificación o bien desde la ejemplaridad, a través del derecho consuetudinario o espontáneo⁷⁴. Con cada una de ellas, en definitiva, se establece un sentido de igualdad material específico, distinto, que puede o no contribuir a la realización de una igualdad material de llegada (macro-sociológica).

a) *IGUALDAD DE TRATO Y CATEGORÍAS SOSPECHOSAS: BENEFICIARIOS Y OBLIGADOS*. Con relación a los sujetos que intervienen en una relación jurídica, la igualdad adquiere dos sentidos complementarios entre sí: la igualdad de trato y el concepto de “categoría sospechosa” (de discriminación negativa). La igualdad de trato hace referencia a la posición de los sujetos como partes de la comunidad. Describe la condición de los sujetos como clase –seres específicos con características comunes–, como sucede con el colectivo de personas mayores, niños, enfermos, personas con discapacidad, etc.⁷⁵. Pero de otro, nos remite también a la relación que se establece entre ambos y al lugar o posición en la cual cada uno de ellos es situado a partir de esta misma relación. En este sentido señala BOBBIO que, “la igualdad se considera un bien o un fin para los componentes singulares de una totalidad en tanto que tales entes se encuentran en un determinado tipo de relación entre sí”⁷⁶.

⁷³ GOLDSCHMIDT, *Introducción filosófica al derecho*, p. 49; CIURO CALDANI, *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas*, p. 16.

⁷⁴ GOLDSCHMIDT, *Introducción filosófica al derecho*, p. 49; CIURO CALDANI, *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas*, p. 16.

⁷⁵ LAPORTA, *La igualdad*, “Sistema”, nº 67, p. 13; DABOVE - SOTO, *Algunas ideas en torno a la igualdad*, “Investigación y Docencia”, nº 20, p. 111.

⁷⁶ “La igualdad es un valor para el hombre en cuanto ente genérico, es decir, en cuanto es un ente perteneciente a una determinada clase, justamente la huma-

Junto a ello, la igualdad de trato se constituye y funciona “cancelando ciertos rasgos distintivos de los sujetos implicados como razones relevantes” para la diferenciación en el trato normativo⁷⁷. Así, se descarta la consideración de circunstancias o rasgos específicos de las personas para la atribución de determinados derechos y obligaciones intersubjetivos. Se nivela fácticamente la posición de los individuos entre sí, frente a las normas. Se homogeneizan sus condiciones de vida y se las sitúa “como si” fueran iguales, naturalizando de esta forma los estándares que se pretenden imponer⁷⁸. Un caso ilustrativo es el art. 16 de la Const. nacional⁷⁹, ya que habilita la posibilidad de anular la consideración del nacimiento, la raza, el sexo, el estrato social, las convicciones religiosas o las ideologías, como razones relevantes que justifiquen un trato desigual en el mundo jurídico.

Sin embargo, respecto de personas situadas en contextos vulnerables, como sucede con los niños, adultos mayores, inmigrantes, mujeres, LGBTIQ, comunidades indígenas; este “como sí” suele ser perjudicial. En particular, cuando la cancelación de estas diferencias subjetivas está basada en algún canon monocultural, prejuicioso, o ideológicamente interesado⁸⁰. Allí, la igualdad nos devela sin más su carácter de categoría sospechosa y nos obliga a poner en crisis los estándares consagrados.

c) *IGUALDAD Y NECESIDADES BÁSICAS*. En relación con el objeto de los repartos jurídicos, el sentido de igualdad se relaciona con el pro-

nidad, de ahí que las teorías políticas que propugnan la igualdad, o igualitaristas, tiendan a ver en la sociedad una totalidad de la cual es necesario considerar qué tipo de relaciones existe o debe instituirse entre las distintas partes que constituyen el todo” (BOBBIO, *Igualdad y libertad*, p. 55).

⁷⁷ LAPORTA, *La igualdad*, “Sistema”, n° 67, p. 13.

⁷⁸ Conviene aclarar también que este sentido de igualdad se constituye como concepto abierto, determinado por el contexto histórico y cultural. Nada tiene que ver, en suma, con el peligro de “uniformización” que conlleva si se lo radicaliza. En este caso, dejaríamos ya de hablar de igualdad para entrar en el problema de la masificación (LAPORTA, *La igualdad expresa*, p. 14).

⁷⁹ Dicho art. 16 expresa: “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas”.

⁸⁰ RICARDO OCHOA - PINO SERA, *Análisis transdisciplinar de la igualdad de género desde lo socioeconómico, educativo, jurídico y axiológico*, “Revista de Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso”, n° 68, 2016, p. 63 a 104.

blema de la satisfacción de las necesidades básicas⁸¹ y pone en juego la decisión respecto del qué de la igualdad. Por satisfacción de las necesidades básicas de los ancianos/niños/mujeres/personas con discapacidad/etc., ¿habremos de entender reparto de recursos⁸², o distribución de bienestar⁸³? ¿Aseguramiento de oportunidades y libertad⁸⁴ o incentivos de participación⁸⁵? ¿Qué son, pues, las necesidades básicas⁸⁶? En este sentido, recordemos que, para satisfacer necesidades fundamentales de modo igualitario, se requiere efectuar una distribución desigual de los recursos en atención a la condición de sus beneficiarios. De modo tal que su cumplimiento exige el despliegue de las acciones positivas mencionadas⁸⁷.

Una vez más, la igualdad vuelve a mostrar su función promocio-nal. Pero ahora se dirige al logro de algún grado de equivalencia entre lo que se recibe y lo que se reparte, sabiendo, además que quien recibe y quien reparte están situados de manera diferente, porque sus necesidades son diversas.

d) *IGUALDAD DE PARTIDA, DE TRÁMITE Y DE LLEGADA*. Cuatro caminos pueden ser utilizados para llevar a cabo los repartos en Derecho: la ne-

⁸¹ BOBBIO, *Eguaglianza ed Equalitarismo*, “Revista Internazionale di Filosofia del Diritto”, nº 3, p. 424. Allí expresa que “la necesidad es un criterio que satisface mejor que la capacidad y que el trabajo los ideales de un igualitario, porque los hombres pueden ser de hecho más iguales respecto a la cantidad o a la calidad de la capacidad demostrada en esta o aquella actividad o del trabajo prestado en esta o en aquella obra”, Una detallada e inteligente exposición de las relaciones entre Derechos Humanos y necesidades básicas puede verse en la obra de ANÓN ROIG, *Necesidades y derechos*, p. 8.

⁸² DWORKIN, *What is Equality? Part 2: Equality of Resources*, “Philosophy and public affairs”, vol. 10, nº 4, fall 1981, p. 285; ALEXANDER - SCHWARZSCHILD, *Liberalism, neutrality and equality of welfare vs. equality of resources*, “Philosophy and Public Affairs”, vol. 16, nº 1, winter 1987, p. 85.

⁸³ DWORKIN, *What is Equality? Part 1: Equality of Welfare*, “Philosophy and public affairs”, vol. 10, nº 3, summer 1981, p. 185; ALEXANDER - SCHWARZSCHILD, *Liberalism, neutrality and equality of welfare vs. equality of resources*, “Philosophy and Public Affairs”, p. 85.

⁸⁴ DWORKIN, *What is Equality? Part 3: The place of Liberty*, “Iowa Law Review”, vol. 73, nº 1, 1987, p. 1.

⁸⁵ DWORKIN, *What is Equality? Part 4: Political Equality*, “San Francisco Law Review”, vol. 22, nº 1, fall 1987, p. 1.

⁸⁶ ANÓN ROIG, *Necesidades y derechos*, p. 25.

⁸⁷ PECES BARBA, *Los valores superiores*, p. 161; BOBBIO, *Igualdad y libertad*, p. 77.

gociación, la adhesión, el proceso, o la imposición⁸⁸. Por ello, la igualdad aquí es condición de desarrollo de todo reparto y tiene un sentido dinámico, pudiendo ser “de partida, de trámite o de llegada”⁸⁹.

Así, la negociación es posible cuando la posición de partida de cada sujeto es simétrica. La imposición, los procesos o la adhesión, en cambio, funcionan por efecto de la desigualdad inicial que existe entre las partes. Sea ello como fuere, la igualdad de partida es quien mejor garantiza la igualdad de trámite, o procedimiento y, con ello, el logro de resultados consensuados y equilibrados, propios de toda igualdad de llegada.

e) *IGUALDAD Y RAZONABILIDAD: EL PESO DE LOS PREJUICIOS*. Desde el punto de vista de las razones que fundamentan los repartos jurídicos, habrá que considerar varias cuestiones. Por un lado, el peso de los prejuicios y las costumbres respecto de los criterios empleados para determinar lo relevante. Por otro, el alcance de los móviles y las razones que cada uno alega como justificativo. Habrá que establecer si esconden o no la realidad. Habrá que determinar si son, en suma, prejuicios o etiquetas que ideologizan la idea misma de igualdad⁹⁰.

f) *IGUALDAD EN LAS CIRCUNSTANCIAS*. La realidad social nos muestra también que el derecho se construye en contextos diversos, determinados por circunstancias específicas que funcionan como calidades o requisitos de su existencia. Así, la igualdad se desarrolla en un tiempo-espacio particular y lo hace de acuerdo con modalidades específicas. Por ello, en este marco aparece la necesidad de distinguir la diversidad de cada caso, sus rasgos permanentes y efímeros, para poder detectar qué es lo relevante para la igualdad⁹¹.

⁸⁸ Es decir, los diferentes caminos que pueden transitarse para llegar a establecer un reparto o relación intersubjetiva (GOLDSCHMIDT, *Introducción filosófica al derecho*, p. 55).

⁸⁹ Respecto de las clases de igualdad citadas puede verse CIURO CALDANI, *Hacia una comprensión dinámica de la justicia (justicia y progreso)*, ED, 123-715.

⁹⁰ GOLDSCHMIDT, *Introducción filosófica al derecho*, p. 57; DABOVE, *Carencias, ideologías e integración del ordenamiento normativo*, “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, n° 15, 1992, p. 69; PRIETO SANCHÍS, *Igualdad y minorías*, “Derechos y Libertades. Revista del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas”, n° 5, año III, jul.-dic. 1995, p. 111.

⁹¹ CIURO CALDANI, *Comprensión jusfilosófica de la circunstancia, la situación y el puesto en el universo*, “Investigación y Docencia”, n° 25, 1995, p. 13.

Ser mujer o varón, persona mayor o niño, abuelo o consumidor, investigador o empresario, jubilado, docente, profesional, ser una persona con discapacidad o ser indígena, son rasgos expresivos de la diversidad personal. Pero, algunos son accidentales y otros permanentes. La condición de padre viejo, abuelo o jubilado, constituyen características que ilustran circunstancias permanentes de la persona. Suelen ser indicadores relevantes para el sistema jurídico y dan lugar a presunciones *iure et de iure* en el sistema jurídico. Lo efímero, por su parte, no siempre es calificado como elemento jurídicamente relevante, por ello suelen generar presunciones *iuris tantum* de lo relevante.

La igualdad, en este contexto, se asocia al reconocimiento de la diversidad y da lugar a la igualdad de oportunidades⁹². Por ello, requiere también que todos los miembros de una determinada sociedad estén en “iguales condiciones de participación en la competición de la vida, o en la conquista de lo que es vitalmente más significativo”⁹³.

§ 13. **ACCIONES POSITIVAS E IGUALDAD PROMOCIONAL: PLANIFICACIÓN Y EJEMPLARIDAD**

Desde el punto de vista del conjunto de conductas intersubjetivas –orden de repartos–, la igualdad explica tanto el desarrollo de las planificaciones, como el de las costumbres, puesto que ambos son mecanismos masivos de ordenación de la vida jurídica.

La planificación suele ser la vía utilizada con más frecuencia para concretar el principio de igualdad basada en el respeto a las diferencias relevantes. Ejemplos de esta afirmación se encuentran en las prácticas jurídicas que reconocen derechos en función de sus sujetos titulares (por el género, la edad, la discapacidad, la salud o enfermedad, la diversidad cultural)⁹⁴. Pero también se observan en el desarrollo de las acciones positivas, o de discriminación inversa, que

⁹² PECES BARBA, *Curso de derechos fundamentales*, p. 248; PRIETO SANCHÍS, *Igualdad y minorías*, p. 149.

⁹³ BOBBIO, *Igualdad y libertad*, p. 79.

⁹⁴ PRIETO SANCHÍS, *Igualdad y minorías*, “Derechos y Libertades. Revista del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas”, nº 5, año III, jul.-dic. 1995, p. 144; LAPORTA, *La igualdad*, “Sistema”, nº 67, p. 114; MCKERLIE, *Equality between age-groups*, “Philosophy and Public Affairs”, vol. 21, nº 3, summer 1992, p. 273; FISS, *Groups and the equal protection clause*, “Philosophy and Public Affairs”, vol. 5, nº 2, winter 1976, p. 107; LOURY, *Why should we care about group inequality?*, “Social Philosophy and Policy”, vol. 5, issue I, p. 249.

llevan a cabo los tres poderes del Estado⁹⁵, ya que no escapan a la exigibilidad jurisdiccional⁹⁶.

CONCLUSIONES

En este trabajo se ha abordado la problemática de la polisemia de la igualdad y su carácter complejo. Para ello se consideró la perspectiva trialista en calidad de marco teórico y se abordaron las distintas dimensiones que componen su proceso de construcción jurídica.

En primer lugar, se analizó el proceso de construcción valorativa de la igualdad, su relación con la regla de justicia, con las clases de justicia y el problema de la determinación de la relevancia axiológica.

Desde el plano normativo, se consideró a la igualdad formal en relación con la idea de universalidad e igualdad ante la ley. Se analizó su carácter de fundamento lógico del sistema y su calidad de producto normativo. Mas en último lugar se trató su función persuasiva y compensatoria.

Por último, se estudió su proceso de construcción ius sociológico. Así, la igualdad fue asociada a la problemática de la diversidad y al principio de no discriminación. También se consideró la igualdad de trato y las categorías sospechosas, su función promocional y su vinculación con las acciones positivas. Junto a ello, se hizo referencia a la igualdad de partida, de trámite y de llegada, a la razonabilidad y a la problemática de la planificación y las costumbres que determinan este campo.

Así, pues, la igualdad es fruto de una compleja trama jurídica tridimensional. La igualdad de hecho constituye una dimensión de la igualdad a secas –de la igualdad normativa– y por ello mismo se alimenta de los valores de dignidad y autonomía que constituyen el fundamento de los derechos básicos⁹⁷.

⁹⁵ PRIETO SANCHÍS, *Igualdad y minorías*, íd. “Derechos y Libertades. Revista del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas”, nº 5, año III, jul.-dic. 1995, p. 146.

⁹⁶ Acciones que, sin embargo, no tienen por qué ser expulsadas a “las tinieblas de unos evanescentes buenos propósitos de acción estatal”, (PRIETO SANCHÍS, *Igualdad y minorías*, íd. nota 14, p. 148; DABOVE, *Derecho de la vejez*, p. 79).

⁹⁷ PRIETO SANCHÍS, *Igualdad y minorías*, “Derechos y Libertades. Revista del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas”, nº 5, año III, jul.-dic. 1995, p. 148; RODRIGUEZ PINERO Y FERNÁNDEZ LOPEZ, *Igualdad y discriminación*, p. 64.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXANDER, LARRY - SCHWARZSCHILD, MAIMON, *Liberalism, neutrality and equality of welfare vs. equality of resources*, "Philosophy and Public Affairs", vol. 16, nº 1, winter 1987, p. 85.
- ARISTÓTELES, *La política*, 18ª ed., trad. P. DE AZCÁRATE, Madrid, Espasa Calpe -Austral-, 1989.
- *Ética Nicomaquea*, trad. A. GÓMEZ ROBLEDO, México, Porrúa, 1996.
- AÑON ROIG, MARÍA J., *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
- BACQUÉ, JORGE A., "Métodos y usos de la definición", en *Derecho, filosofía y lenguaje*, Buenos Aires, Astrea, 1976.
- BERLIN, ISIAH, *Conceptos y categorías. Un ensayo filosófico*, trad. F. GONZÁLEZ ARAMBURO, México, Fondo de Cultura Económica, 1983.
- BOBBIO, NORBERTO, *Eguaglianza ed Egalitarismo*, "Revista Internazionale di Filosofia del Diritto", nº 3, p. 424.
- *Igualdad y libertad*, trad. P. ARAGÓN RINCÓN, Barcelona, Paidós, 1993.
- BOXIL, BERNARD, *Global equality of opportunity and national integrity*, "Philosophy and Policy", vol. 5, issue 1, p.143.
- CALSAMIGLIA, ALBERT, "Sobre el principio de igualdad", en MUGUERZA CARPENTIER, JAVIER -PECES BARBA MARTÍNEZ, JAVIER, *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Debate, 1989.
- CARRIÓ, GENARO, *Sobre los límites del lenguaje normativo*, Buenos Aires, Astrea, 2008.
- CIURO CALDANI, MIGUEL Á., *Comprensión jusfilosófica de la circunstancia, la situación y el puesto en el universo*, "Investigación y Docencia", nº 25, Rosario, FIJ, 1995, p. 13.
- *Estrategia jurídica*, Rosario, UNR Editora, 2011.
- *Hacia una comprensión dinámica de la justicia (justicia y progreso)*, ED, 123-715.
- *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas: metodología jurídica*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.
- *Metodología jurídica y lecciones de historia de la filosofía del derecho*, Rosario, Zeus, 2007.
- COMANDUCCI, PAOLO, *Assagi di metaetica*, Torino, Giappichelli, 1992.
- *Diritti umani e minoranza: un approccio analitico e neo-illuminista*, "Ragion Pratica", nº 2, 1994, p. 7.
- CORTINA, ADELA, *Ética aplicada y democracia radical*, Madrid, Tecnos, 1993.
- *Ética mínima. Introducción a la filosofía práctica*, 2ª ed., Madrid, Tecnos, 1989.
- *Ética sin moral*, Madrid, Tecnos, 1990.
- COSSIO, CARLOS, *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico y libertad*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1964.
- DABOVE, M. ISOLINA, *Carencias, ideologías e integración del ordenamiento normativo*, "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", nº 15, Rosario, FIJ, 1992, p. 69.

- *Derecho de la vejez. Fundamentos y alcance*, Buenos Aires, Astrea, 2018.
- *Los derechos de los ancianos*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2002.
- DABOVE, M. ISOLINA - SOTO, ALFREDO M., *Algunas ideas en torno a la igualdad en relación con la discriminación y a la especificidad*, “Investigación y Docencia”, n° 20, 1992, p. 111.
- DWORKIN, RONALD, *Ética privada e igualitarismo político*, trad. A. DOMÈNECH, Barcelona, Paidós, 1993.
- *Los derechos en serio*, trad. M. GUASTAVINO, Barcelona, Ariel, 1989.
- *Justicia para erizos*, trad. H. PONS, México, Fondo de Cultura Económica, 2014.
- *What is Equality? Part 1: Equality of Welfare*, “Philosophy and Public Affairs”, vol. 10, n° 3, summer 1981.
- *What is Equality? Part 2: Equality of Resources*, “Philosophy and Public Affairs”, vol. 10, n° 4, fall 1981, p. 285.
- *What is Equality? Part 3: The place of Liberty*, “Iowa Law Review”, vol. 73, n° 1, 1987, p. 1.
- *What is Equality? Part 4: Political Equality*, “San Francisco Law Review”, vol. 22, n° 1, fall 1987, p. 1.
- EYSENCK, HANS J., *La desigualdad del hombre*, trad. N. SÁNCHEZ SÁINZ-TRAPAGA, Madrid, Alianza, 1987.
- FISHKIN, JAMES S., *Liberty versus equal opportunity*, “Philosophy and Policy”, vol. 5, issue 1, p. 32.
- FISS, OWEN M., *Groups and the equal protection clause*, “Philosophy and Public Affairs”, vol. 5, n° 2, winter 1976, p. 107.
- GASCÓN ABELLÁN, MARINA, *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Madrid, Tecnos, 1993.
- GOLDMAN, ALAN H., *The justification of equal opportunity*, “Philosophy and Policy”, vol. 5, issue 1, p.88.
- GOLDSCHMIDT, WERNER, *Introducción filosófica al derecho: la teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, 6ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1987.
- GROSS, BARRY R., *Real equality of opportunity*, “Social Philosophy and Policy”, vol. 4, issue 2, p. 120.
- HARE, RICHARD M., *The language of Morals*, Oxford, Clarendon Press, 1952.
- KAMM, FRANCES M., *Equal treatment and equal chances*, “Philosophy and Public Affairs”, vol. 14, n° 2, spring 1985, p. 140.
- KLUG, ULRICH, “Consideraciones sobre las definiciones semánticas en derecho”, en *Derecho, filosofía y lenguaje*, Buenos Aires, Astrea, 1976.
- LAPORTA, FRANCISCO, *La igualdad: introducción a su análisis*, “Sistema”, n° 67, p. 3 a 31.
- LOURY, GLENN C., *Why should we care about group inequality?*, “Social Philosophy and Policy”, vol. 5, issue I, p. 249.
- MARTÍNEZ, JESÚS I., *El principio de igualdad y la producción de diferencias en el derecho*, “Anuario de derechos humanos”, n° 6, Madrid, Universidad Complutense, 1990.

- McKERLIE, DENNIS, *Equality between age-groups*, "Philosophy and Public Affairs", vol. 21, nº 3, summer 1992, p. 273.
- MUGUERZA CARPENTIER, JAVIER - PECES BARBA MARTÍNEZ, JAVIER, *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Debate, 1989.
- NICKEL, JAMES W., *Equal opportunity in a pluralistic society*, "Social Philosophy and Policy", vol. 5, issue 1, p. 104.
- OLIVECRONA, KARL, *Lenguaje jurídico y realidad*, 2ª ed., trad. E. GARZÓN VALDÉS, México, Fontamara, 1992.
- PAJEJO ALONSO, LUCIANO, *Estado social y Administración pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Madrid, Civitas, 1983.
- PAZ, OCTAVIO, *La democracia: lo absoluto y lo relativo*, "Revista de Occidente", nº 130, Madrid, mar. 1992, p. 5 a 25.
- PECES BARBA, GREGORIO, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Madrid, Eudema, 1991.
- *Los valores superiores*, Madrid, Tecnos, 1986,
- PÉREZ LUÑO, ANTONIO E., *Sobre la igualdad en la Constitución española*, "Anuario de filosofía del derecho", tomo IV, 1987.
- PRIETO SANCHÍS, LUIS, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1990.
- *Igualdad y minorías*, "Derechos y Libertades. Revista del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas", nº 5, año II, jul.-dic. 1995, p. 112.
- *Minorías, respeto a la disidencia e igualdad sustancial*, "Doxa", nº 15-16, 1994, p. 367.
- RADBRUCH, GUSTAV, *Introducción a la filosofía del derecho*, trad. W. ROCES, México, Fondo de Cultura Económica, 1974.
- RAILTON, PETER, *Alienation, consequentialism, and the demands of morality*, "Philosophy and Public Affairs", vol. 13, nº 2, spring 1984, p. 134.
- RAPHAEL, D. DAVID, *Filosofía moral*, trad. J. J. UTRILLA, México, Fondo de Cultura Económica, 1986.
- RAWLS, JOHN, *Teoría de la justicia*, trad. M. D. GONZÁLEZ, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1993.
- RAZ, JOSEPH, *Principles of equality*, "Mind. New Series", vol. 87, nº 347, jul. 1978, p. 321 a 342.
- REALE, MIGUEL, *O Direito como experiência*, São Paulo, Saravia, 1968.
- RICARDO OCHOA, ELENA - PINO SERA, YAMILKA, *Análisis transdisciplinar de la igualdad de género desde lo socioeconómico, educativo, jurídico y axiológico*, "Revista de Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso", nº 68, 2016, Universidad de Valparaíso, p. 63 a 104.
- SAVATER, FERNANDO, *La tradición filosófica de la igualdad*, "Claves", nº 36, oct. 1993, p. 2.
- SEN, AMARTYA, "¿Igualdad de qué?", en RAWLS, J. - FRIED, CH - SEN, A. - SCHELLING, *Libertad, igualdad y derecho*, S.M. Mc MURRIN ed., trad. GUILLERMO VALVERDE GEFELL, Barcelona, Ariel, 1988, p. 135.
- SINGER, PETER, *Ética práctica*, trad. M. I. GUASTAVINO, Barcelona, Ariel, 1991.
- SOTO, ALFREDO M., *Los modelos jurídicos en la complejidad pura*, "Investigación y Docencia", nº 5, Rosario, FIJ, 1988, p. 39.

— *Planteo comparativo de la axiología jurídica en la egología y el trialismo*, “Investigación y Docencia”, n° 10, 1989, p. 49.

STAMMLER, RUDOLF, *Tratado de filosofía del derecho*, trad. W. ROCES, México, Editora Nacional, 1980,

STEINER, HILLEL, *Capitalism, justice and equal starts*, “Philosophy and Policy”, vol. 5, issue 1, p. 49.

WESTEN, PETER, *The empty idea of equality*, “Harvard Law Review”, vol. 95, n° 3, jan. 1982, p. 537.