

La igualdad en el constitucionalismo de la diferencia**

The Equality in the Constitutionalism of the Difference

Así como había visto cierto día con un vidrio de aumento la piel de mi dedo meñique, semejante a una llanura con surcos y hondonadas, así veía ahora a los hombres y sus acciones. Ya no conseguía percibirlos con la mirada simplificadora de la costumbre. Todo se descomponía en fragmentos que se fragmentaban a su vez; nada conseguía por medio de una noción definida.

HUGO VON HOFMANNSTHAL

(*La Carta de Lord Chandos*, en la traducción literaria de Julio Cortázar en *Rayuela*)

*And I don't want to ball about like everybody else,
And I don't want to live my life like everybody else,
And I won't say that I feel fine like everybody else,
'Cause I'm not like everybody else.*

THE KINKS (1966)

SUMARIO

I. Planteamiento del problema. II. La mutua implicación entre los conceptos de “igualdad” y “diferencia”. III. “Constitucionalismo de la igualdad” y “constitucionalismo de la diferencia”. A. Los postulados de la igualdad en el constitucionalismo liberal. B. Las reivindicaciones sobre la igualdad en el “constitucionalismo de la diferencia”. C. Las posibilidades teóricas del

* Profesor titular de derecho constitucional, Universidad de Extremadura (España).
Doctor en Derecho Constitucional de la Universidad de Bolonia, Italia. [mcriado@unex.es]

** Fecha de recepción: 17 de octubre de 2010. Fecha de aceptación: 28 de marzo de 2011.

“constitucionalismo de la diferencia”. IV. La instrumentación jurídica de la diferencia en las experiencias constitucionales italiana, española y estadounidense. A. Valoración y juicio de relevancia en la experiencia constitucional italiana. B. La construcción legislativa de la diferencia de género en la experiencia española. C. *Equal Protection Clause*, deferencia y tradición angloamericana en la experiencia constitucional estadounidense

RESUMEN

El presente artículo parte de las contradicciones existentes entre la teoría y la dogmática de la igualdad liberal, y la realidad de la fragmentación social y cultural del sujeto político contemporáneo, atomizado en torno a la diferencia. En concreto, se interroga sobre las posibilidades de utilizar una categoría como “constitucionalismo de la diferencia” para comprender y analizar las transformaciones que ha suscitado la irrupción de la diferencia en las constituciones y en su concepción de la subjetividad jurídica, así como en el control judicial de la discriminación positiva. Tras el planteamiento del problema, el primer apartado hace una lectura crítica del postulado liberal que convierte la igualdad de trato en la auténtica norma del principio de igualdad, y reclama una concepción de la misma que involucra la diferencia a través del mandato de realizar un juicio sobre la relevancia de las diferencias. El apartado tercero analiza la perspectiva liberal y la perspectiva comunitaria en la concepción de la igualdad y las rupturas que se han producido en el ámbito del constitucionalismo. Por último, el apartado cuarto analiza estos cambios en el control de constitucionalidad de las cláusulas de discriminación positiva en los ordenamientos italiano, español y estadounidense.

PALABRAS CLAVES

Constitucionalismo de la diferencia, pluralismo, igualdad

ABSTRACT

The article deals with the contradictions between the equal-based theoretical and dogmatic constructions of liberal constitutionalism and fragmented contemporary subject in cultural and social identity groups. Specifically, it wonders about the abilities of a “difference constitutionalism” to be used as a meaningful category to analyze and understand the transformations that recognition of difference arises on liberal constitutionalism, equal treatment requirements and judicial review of affirmative action. After Introduction, Section II criticizes liberal emphasis on equal treatment as the core of equal-

ity rules, claiming for an understanding of equality able to involve relevant differences assessment on judicial and legal approach to equality. Section III compares liberal and communitarian views of equality as grounds of different theoretical approaches to the constitution phenomena. Section IV analyses judicial performance and approach to equality and affirmative action in Italy, Spain and the United States.

KEY WORDS

Constitutionalism of the difference, pluralism, equality

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Este trabajo se inscribe en una línea que pretende explorar las posibilidades metodológicas de la fragmentación subjetiva como elemento explicativo de las contradicciones que en el marco conceptual del constitucionalismo ha supuesto la evolución del derecho constitucional en las últimas décadas, pero también de las posibilidades constructivas de la categoría “diferencia” para reformular teóricamente ese marco conceptual en un modelo que llamo “constitucionalismo de la diferencia”.

Para ello parto de una cuestión suficientemente conocida como es constatar que el pluralismo ha supuesto una transformación de primera magnitud en el ámbito subjetivo del derecho constitucional, particularmente en dos aspectos sensibles: la participación en las instituciones y el reconocimiento y ejercicio de los derechos constitucionales. Es decir, los aspectos de la Constitución en que de manera más intensa (pero también más rígida) se manifiesta la igualdad constitucional de los ciudadanos. La afirmación del pluralismo implica, al menos desde el punto de vista histórico, la constatación de dos hechos: uno de carácter material, como es la fragmentación del sujeto que se produce en las sociedades contemporáneas; y otro de carácter jurídico formal, como es la introducción en las constituciones de la diferencia constitutiva de esos sujetos fragmentarios, como un criterio relevante de conformación del orden jurídico-político.

El núcleo específicamente problemático de la cuestión se sitúa en la relación de tensión que existe entre la igualdad jurídica (entendida como homogeneidad) y la diferencia real (entendida como deshogeneidad), por lo que más que de “igualdad” y “pluralismo”, de lo que cabe hablar es de “igualdad” y “diferencia” como términos dialécticos que se relacionan en una contradicción dinámica. Esta contradicción es el corazón de las constituciones contemporáneas. El dinamismo al que hago referencia se concreta en la necesidad de realizar un *juicio de relevancia* acerca de las diferencias

existentes entre sujetos para interpretar y aplicar la Constitución. El grado de determinación o indeterminación constitucional a este respecto condicionará la libertad valorativa de los operadores jurídicos, en particular el legislador y los jueces constitucionales, a la hora de considerar o no relevantes las diferencias y en su virtud especificar el régimen jurídico aplicable.

El trabajo parte de dos afirmaciones: en primer lugar, lo que se entiende estructuralmente transformado (o al menos en situación de crisis) por el pluralismo es tanto el presupuesto mismo de la igualdad liberal, es decir una subjetividad atómica basada en una antropología abstracta y formalista, en seres neutros, no adjetivados, no situados, como la regla de aplicación de la igualdad liberal, que entiende que toda norma que instituye la igualdad prescribe hacer abstracción de las características diferenciales y ordena considerar relevantes las características comunes, de suerte que el *principio* de igualdad se define en términos de igualdad de tratamiento, y toda norma que se aparte mínimamente de este enfoque (derechos sociales, derechos culturales negativos) es instrumental y contingente y debe justificarse, muy particularmente, en la tendencia a la progresiva universalización (o unificación) del sujeto de derecho que caracteriza la cultura jurídica moderna desde el siglo XVIII en adelante.

En segundo lugar, que las constituciones que reconocen la diferencia son específicamente sociales. Quiero decir con ello que son constituciones que ya no pueden entenderse sólo (o principalmente) como “derecho para el Estado”, sino también y de forma significativa como “derecho de y para la sociedad”, puesto que, de una parte, se abren a la regulación de la interrelación social; y de otra, la categoría de grupo social entra en la Constitución, por lo que la interrelación no se produce ya entre individuos, sino entre grupos cuyas características son jurídicamente relevantes. Las constituciones se convierten así en textos de articulación social que no solo *garantizan* la interrelación social autónoma dentro de la sociedad y el mercado como ámbito separado, sino que *regulan* la interrelación social.

La exposición de esta problemática comienza considerando las mutuas implicaciones, lógicas y materiales, que existen entre los conceptos de “igualdad” y “diferencia” (apartado II). Luego se expondrán los postulados básicos de la igualdad en el constitucionalismo liberal y las rupturas que con esta tradición plantean las reivindicaciones del pluralismo, en sus teorizaciones comunitaristas, multiculturalistas y demócrata-radicales (apartado III). Finalmente, se analizará la experiencia de los ordenamientos italiano, español y estadounidense a la luz de las posibilidades teóricas de desarrollo del “constitucionalismo de la diferencia” (apartado IV).

A este respecto, y para terminar, considero que estas posibilidades teóricas se han desarrollado de forma mucho más profunda y coherente en el constitucionalismo latinoamericano que en el europeo y el estadounidense. A estos efectos, el constitucionalismo latinoamericano, y de forma pionera la Cons-

titución colombiana de 1991, se puede caracterizar en positivo (derechos de grupos débiles, discriminados o no aventajados; derechos colectivos; sujetos colectivos de los derechos y derechos individuales de ejercicio colectivo; principios como la protección del multiculturalismo, la plurinacionalidad o la solidaridad; instituciones de democracia participativa), mientras que el constitucionalismo europeo y el estadounidense se caracterizan más bien por lo que no tienen o por el deficiente desarrollo que han dado a lo que tienen.

II. LA MUTUA IMPLICACIÓN ENTRE LOS CONCEPTOS DE “IGUALDAD” Y “DIFERENCIA”

Según el planteamiento realizado en el punto anterior, podría pensarse que el estudio se inserta en una línea de investigación destinada a la desmitificación de las viejas abstracciones liberales. Algo hay de esto, pero no es el objetivo fundamental del trabajo, que se encamina más bien a señalar ciertas rupturas con la tradición liberal y, a partir de ellas, construir requerimientos dogmáticos consecuentes. En este sentido, el trabajo no parte de un juicio valorativo previo relativo a la bondad del proyecto moderno de unificación o universalización del sujeto de derecho. No tengo madura una opinión crítica o valorativa al respecto. Sin embargo, esto no significa ni mucho menos que reclame una posición neutral: la reconstrucción que propongo supone una *concepción* de la igualdad¹ y, consecuentemente, una toma de posición en el debate contemporáneo sobre qué es propio de la igualdad y cuál es la mejor interpretación para llevarla a la práctica.

Lo que ocurre es que no derivo esa concepción de la igualdad de una previa y explícita teoría de la justicia, como parece estar de moda en la filosofía

1 Utilizo el término en el sentido apuntado por DWORKIN en su distinción entre *concepto* (aspecto de un fenómeno, características que nos permite decir que es ese fenómeno) y *concepción* (maneras de ordenar o dar énfasis a un elemento u otro bien para significar aquello que es propio del fenómeno, bien para articular la mejor interpretación del fenómeno). El concepto de igualdad (tratamiento igual de lo que es igual, y desigual de lo que es desigual), no sirve para dirigir la conducta humana pues existen diversas concepciones acerca de cómo llevar a la práctica la igualdad que compiten entre sí. Es decir, el mundo de las concepciones es intrínsecamente el mundo de la discrepancia. Cfr. R. DWORKIN. *Taking Rights Seriously*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1982, pp. 103, 134-136; ÍD. *Law's Empire*, Cambridge (Mass.), The Belknap Press of Harvard University Press, pp. 70 y ss. y 90 y ss. En su dimensión para el discurso ético, DWORKIN toma la distinción de GALLIE, para quién algunos conceptos como el arte, la democracia o la justicia social, entre otros, tienen determinadas características que sólo los hacen comprensibles a través de diferentes concepciones. Cfr. GALLIE. “Essentially Contested Concepts”, en *Proceedings of the Aristotelian Society*, n.º 56, 1956, pp. 167-168. El valor de estos conceptos, incluido el de igualdad, consiste precisamente en la controversia que generan a la hora de llevarlos a la práctica. Es por tanto en el ámbito de la práctica social, cuando nos interrogamos sobre lo concreto, donde estos conceptos adquieren toda su relevancia y significado.

política de nuestro tiempo, sino que la concepción de la igualdad que está presente en este estudio –y que no desarrollo ni concreto en todas sus posibles implicaciones, por no ser este el objeto del trabajo– surge como una reconstrucción unitaria de las normas y las prácticas sociales que efectivamente se dan en los estados constitucionales contemporáneos. Esta metodología permite, por un lado, rastrear la igualdad allí donde adquiere toda su relevancia y significado, que es en lo concreto, en las relaciones sociales, y pensar por tanto la igualdad no en términos de *coherencia* (abstracta) sino en términos de *necesidad* (concreta); por otro lado, permite juzgar la compatibilidad de la *concepción* con un *concepto* dado de “igualdad” sobre el que exista un alto grado de acuerdo. De producirse, la incoherencia o incompatibilidad entre concepción y concepto no debe resolverse sin más declarando la antinomia y por tanto la falsedad o el carácter infundado de la *concepción*, sino que, muy al contrario, debería motivar una revisión crítica del concepto desde los hallazgos que hayan podido producirse en una investigación con una metodología de este tipo. Particularmente, creo que debería revisarse la *forma* del concepto de igualdad (la idealidad “moral”) y su *contenido* (el grado de abstracción del “hombre” y de las “relaciones sociales” que se ha tenido en cuenta en su elaboración) para que pueda cumplir adecuadamente su *función* como principio de carácter normativo.

En este sentido, la concepción de la igualdad que se desprende del presente trabajo sólo es compatible con un concepto de igualdad que, dentro de un uso normativo y prescriptivo², otorgue una relevancia jurídica equiparable a la diferencia. Me explico. Dado que la igualdad en un contexto normativo o prescriptivo no puede significar identidad³, cuando hablamos de igualdad jurídica no hablamos de “igualdad de los hombres”, sino de “igualdad en ciertos aspectos relevantes de la vida de los hombres”, asumiendo en el concepto la irreducible existencia de diferencias⁴. Ahora bien: este concepto puede

2 Quiero decir con ello que en el ámbito de la matemática y la geometría, el concepto de igualdad es próximo, si no igual, al de identidad. Cuando decimos en este contexto que dos entes son iguales, queremos decir que son indistinguibles, uso que no es posible en ámbitos descriptivos y prescriptivos. No prejuzgo si es posible o no encontrar un concepto unitario de igualdad válido para todos los ámbitos, pero en todo el trabajo me limitaré a utilizar el concepto en el uso propio de un contexto normativo o prescriptivo, único ámbito para el que considero su validez.

3 Los pasos del razonamiento son los siguientes: la igualdad jurídica es un principio de carácter relativo que consiste en un modo de establecer un determinado tipo de relación entre entes de una totalidad (cfr. N. BOBBIO. *Eguaglianza e libertà*, Turín, 1995, pp. 3 y ss.); esa relación, refiriéndose a hombres, no puede ser de identidad, que implica que los entes tiene en común todas sus características, es decir, son el mismo objeto (cfr. G. W. LEIBNIZ. *Nouveaux essais sur l'entendement humain* (1703), Libro IV, capítulo II); consiguientemente, las cosas son, al mismo tiempo, iguales y diferentes a resultas del estándar de comparación que se adopte o de las características que se consideren relevantes (P. WESTEN. *Speaking of Equality. An Analysis of 'Equality' in Moral and Legal Discourse*, Princeton, Princeton University Press, 1990, pp. 41 y ss.

4 En el mismo sentido, cfr. L. FERRAJOLI. “Igualdad y libertad”, en ÍD. *Derechos y garantías*,

definirse en términos que otorguen relevancia únicamente a la “igualdad”, de la que se desprenderían consecuencias jurídicas, mientras que la “diferencia” quedaría fuera del ámbito de la relevancia, bien porque se entienda que se hace *abstracción de las diferencias* y, por tanto, no se anudan a ellas consecuencia jurídica alguna; bien porque se entienda que las consecuencias jurídicas de las diferencias no se desprenden de la igualdad, sino que hay que buscar su fundamento en otros valores y principios constitucionales, de los que derivar las consecuencias jurídicas del caso, en una labor de ponderación entre intereses y bienes constitucionales.

Las consecuencias de una definición de este tipo podrían formularse como sigue: desde un punto de vista ético, el juicio de igualdad sería siempre un juicio de valor, en el sentido de que presupone la norma que instituye la igualdad, y que prescribe hacer abstracción de las características diferenciales, y considerar relevantes las comunes⁵. Desde un punto de vista jurídico, la igualdad sería el principio, la norma (“los diferentes deben ser tratados como iguales”), mientras que la diferencia sería un término descriptivo. Así las cosas, todos los juicios que pretendan anudar consecuencias jurídicas a la constatación de una diferencia deben reputarse lógicamente falsos por incurrir en la falacia iusnaturalista, con lo que no se podría desacreditar un juicio de igualdad aduciendo sólo un hecho, un enunciado sobre la diversidad efectivamente existente⁶. En esta interpretación, la igualdad (en los derechos, en el tratamiento) es el principio, el paradigma, el punto fuerte: no tiene que ser justificada⁷; mientras que la diferencia (su reconocimiento jurídico, el

La ley del más débil, Madrid, Trotta, 1999, sobre todo el segundo epígrafe titulado “Igualdad como norma, diferencia como hecho”.

5 Cfr. P. COMANDUCCI. “Igualdad liberal”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, n.º 2, 1998, p. 84.

6 Las consecuencias prácticas de esta forma de entender las cosas son poderosas cuando pensamos en enunciados que pretenden justificar la discriminación: “los indígenas son menos inteligentes que los criollos, luego deben ser discriminados”. El problema es que no solo desacreditan estos enunciados de carácter racista, machista u homófono, sino que también desacreditan, en principio, los enunciados en los que se basa la acción afirmativa o, en general, la discriminación positiva.

7 Cfr. a este respecto el célebre ensayo de I. BERLIN “Equality”, en ÍD. *Concepts and Categories: Philosophical Essays*, Princeton (N. J.), Princeton University Press, 1999, pp. 83-85, 90 y ss., para quien el tratamiento igual, uniforme, es natural o racional, a menos que existan razones suficientes para juzgarlo inaplicable. El reconocimiento de la igualdad no tiene necesidad de razones para justificarlo, porque se justifica por sí mismo: “the assumption is that equality needs no reasons, only inequality does so” (p. 84). Esta idea se basa en la asunción de la igualdad como *la norma*, en que justificar la obediencia de las normas es innecesario ya que “rules are their own justifications” (p. 85), y en la conexión estrecha entre *igualdad* y *corrección* desde el punto de vista del valor de las normas, ya que todas las normas implican un cierto grado de igualdad: estar sujeto a una norma significa el deber de adoptar comportamientos uniformes para casos idénticos previstos por la norma (p. 90).

tratamiento desigual) supondría una excepción que deberá ser justificada en cada caso de modo contingente e instrumental al principio de igualdad.

Frente a la posición anterior cabe pensar que si la igualdad jurídica no puede ser identidad, ello implica que “igualdad” y “diferencia” son igualmente constitutivas del concepto de igualdad jurídica. En la posición anterior, parece que existiera una oposición entre igualdad y diferencia que reclamara una reconstrucción coherente del concepto, lo que se hace a través del mandato, implícito en todo juicio de igualdad, de hacer abstracción de (o considerar irrelevantes) las diferencias. Pero en su misma formulación, este mandato ya sugiere que todo juicio sobre la igualdad (en derechos, de tratamiento) implica necesariamente un juicio sobre la diferencia (de hecho), pero nada hace pensar que necesaria y obligatoriamente ese juicio deba consistir en hacer abstracción de la misma o en considerarla irrelevante. Únicamente quiere decir que los juicios sobre la igualdad y sobre la diferencia están mutuamente implicados en el plano lógico.

El mandato de irrelevancia o abstracción de las diferencias puede fundamentarse (al menos) en dos tipos de consideraciones. En primer lugar, que la igualdad tiene superioridad axiológica sobre la diferencia⁸. Sin entrar en la discusión moral, en todo caso esto no se desprende necesariamente del concepto de igualdad, sino que supone ya una determinada *concepción* de la igualdad que deberá considerarse en competición con otras concepciones distintas o matizadas. En segundo lugar, considerar que la prioridad de la igualdad se desprende de la propia estructura y del valor de las normas⁹. Toda norma debe prever, aunque sea mínimamente, comportamientos uniformes y casos idénticos, so pena de no ser una norma. Por consiguiente, la igualdad está estrechamente ligada al valor de las normas: toda norma implica un cierto grado de igualdad. De ello se deriva que, dentro del concepto de igualdad, sólo el mandato de igualdad pueda entenderse como norma, ya que se corresponde con el valor y la estructura de las normas, mientras que considerar la relevancia de la diferencia supondría menoscabar ese valor y esa estructura.

Resulta plausible considerar que toda norma, para poder serlo, tiene que contener mínimamente comportamientos uniformes y casos idénticos, pero ello no sirve para fundamentar que la regla que contiene el concepto de igualdad priorice la igualdad sobre la diferencia. Es simplemente el corolario del carácter absurdo, por inaplicable, de un ordenamiento jurídico que

8 Sería la posición que, insistentemente, ha mantenido ERNESTO GARZÓN VALDÉS en su polémica con el comunitarismo y el pluralismo jurídico radical. Cfr. E. GARZÓN VALDÉS. “Cinco confusiones conceptuales acerca de la relevancia moral de la diversidad cultural”, en ÍD. *Filosofía, política. Derecho. Escritos seleccionados*, edición a cargo de J. de LUCAS, Valencia, Universitat de València, 2001, p. 268.

9 Podemos encontrar esta posición, entre otros argumentos, en I. BERLIN, cit., pp. 90 y ss.

estableciera un tratamiento diferenciado y diferente para todas y cada una de las deshomogeneidades realmente existentes entre los destinatarios del ordenamiento. Igual de absurdo que sería, por inoperante, un ordenamiento que previera una categoría única de sujetos a los que asociara un único tipo de comportamientos uniformes, proscribiendo la diferenciación aplicativa.

Lo que revela la estructura y el valor de las normas es que hacerlas, legislar en sentido amplio, consiste en una actividad conjunta de diferenciar e igualar. Es decir, consiste en la creación de categorías de sujetos que se consideran iguales entre sí, por lo que se prevé para ellos unas iguales consecuencias jurídicas, distintas a su vez de las consecuencias que se han previsto para otras categorías de sujetos en atención a las diferencias existentes con la primera categoría. Es decir que la igualdad (de tratamiento, de derechos) opera dentro de una categoría homogénea de sujetos previamente establecida, por lo que implica una diferenciación anterior que consiste en escoger (o prohibir) los aspectos relevantes para tener en cuenta a la hora de definir homogéneamente el grupo. Esta selección (o prohibición) consciente de los aspectos relevantes no puede considerarse en abstracto, sino que opera a la luz de las consecuencias jurídicas, del tratamiento concreto que se está considerando y de los efectos previsibles o deseados que se les imputan.

Lo relevante es que del concepto de igualdad se desprende que todo juicio sobre la igualdad (en derechos, de tratamiento) implica un juicio sobre la diferencia (de hecho) y que la regla que contiene (el mandato) es precisamente esta: que no es posible hacer juicios sobre la igualdad sin hacer previamente juicios sobre la diferencia, de suerte que la cuestión no puede resolverse de modo general a través del mandato de abstracción o irrelevancia, porque la esencia misma del concepto es que las cosas no se resuelvan de modo general y definitivo, sino todo lo contrario: que la igualdad se justifica por la corrección del juicio sobre la diferencia, es decir sobre los aspectos o características que se consideren relevantes a la hora de definir homogéneamente un grupo para imputarle consecuencias jurídicas idénticas. Dicho de un modo sintético, el enunciado “x es igual a y” no expresa norma igualitaria alguna¹⁰. Para hacerlo, tiene que contener un juicio acerca de la relevancia de las diferencias. Así las cosas, “tener en cuenta las diferencias” (determinar su relevancia o

10 Cfr. F. OPPENHEIM. “Egalitarianism as a Descriptive Concept”, en *American Philosophical Quarterly*, 7, 2, p. 152. “There is a tendency to use factual statements for expressing normative views. We have seen that the allegation that ‘Men are equal’ if taken in the factual sense, is either meaningless, or tautological, or false. However, this adage serves more often as a rhetorical device to disguise the normative principle that men should be treated equally – in some respect which is often left unspecified”. En contra, cfr. R. GUASTINI. “La grammatica di uguaglianza”, en *Íd. Distinguido*, pp. 157-158, para quien el enunciado “x es igual a y”, en el lenguaje del derecho, del legislador o de las fuentes, expresa una norma que llama “igualadora”: “generalmente parlando, el contenuto di una norma egualatrice è il divieto di trattare in modo differenziato due soggetti o, più esattamente, due classi di soggetti”.

irrelevancia) es parte constitutiva del mandato de la igualdad y tiene por tanto un valor prescriptivo. La igualdad en el tratamiento no puede considerarse como principio y la diferencia como excepción o como apartamiento de la norma: ambas son consecuencias del juicio sobre la relevancia de la diferencia que el propio concepto de igualdad ordena realizar con carácter previo a su desarrollo, interpretación o aplicación¹¹.

Pero más interesante si cabe es establecer cómo se realiza el juicio de relevancia, ya que considero que no es correcto entender que el juicio sobre la relevancia de las diferencias es una constatación de la que deriva la igualdad (o la diferencia) de las consecuencias jurídicas, sino que es más bien el análisis de las consecuencias jurídicas –la proyección de sus efectos previstos o deseados– la que establece el criterio sobre cuya base determinar la relevancia de las diferencias. Y es que las implicaciones conceptuales entre igualdad y diferencia no son de orden meramente lógico, sino que lo son también, y principalmente, de carácter *material*. La diferencia es la que dota de substantividad a la igualdad, la que saca el concepto de su “sueño metafísico” y la lleva a tener una existencia y un significado concreto.

La igualdad concebida formalmente se entendía como el reflejo de una igualdad natural. Pero, como observaba CARL SCHMITT, del hecho de que todos los hombres son hombres no se puede deducir nada específico sobre moral, ni sobre religión, ni sobre política, ni sobre economía. Dicho de otro modo, si partimos del concepto formal de igualdad no somos capaces de comprender ni explicar la acción del Estado constitucional contemporáneo, que es una acción esencialmente diferenciadora (de regímenes jurídicos, de categorías de sujetos, de aplicaciones normativas). La “diferencia” y los conflictos que surgen de la relación social entre diferentes son lo que permite explicar y entender la realidad de las cosas.

La emergencia histórica del conflicto social entre diferentes impide que las constituciones fundamenten sus provisiones en una pretendida armonía social, sino que tienen que implicarse activamente en la *articulación* de la sociedad. Esta implicación activa no se produce sólo a través del elemento objetivo de la *intervención* propio del Estado social, sino que, desde el punto de vista subjetivo, intervenir requiere, con carácter previo, establecer categorías de sujetos que, por sus especiales características (por sus dife-

11 En principio no prejuzgo los distintos modos en que el juicio de relevancia deba realizarse por parte del legislador o del juez. Soy consciente de que este juicio de relevancia queda enunciado en un modo muy general, y por tanto vago, y que requeriría desarrollar cuestiones relativas a cómo se realiza este juicio, quién lo realiza, cuánto y cómo queda determinado en los textos constitucionales, qué elementos resultan relevantes para determinar la relevancia, etc. Se trata de cuestiones que exceden el espacio y el objetivo de este trabajo y que quedan pendientes para ulteriores desarrollos de la cuestión. Por ahora me interesa utilizarlo sólo para negar la regla de igualdad que el discurso liberal entiende implícita en el concepto.

rencias), requieren esa intervención. De esta suerte, la vigencia efectiva de las constituciones no requiere ya solamente procesos adecuados para la concreción de una norma aplicable al caso concreto, sino también mecanismos destinados a la especificación del sujeto como elemento determinante para la concreción normativa.

III. “CONSTITUCIONALISMO DE LA IGUALDAD” Y “CONSTITUCIONALISMO DE LA DIFERENCIA”

Hablo en este apartado de “postulados” de la igualdad en el constitucionalismo liberal y de “reivindicaciones” sobre la igualdad en el constitucionalismo de la diferencia porque así como existe una teoría acabada del constitucionalismo liberal y de su articulación jurídica en el Estado de derecho, no existe una teorización comparable del constitucionalismo específicamente social y de la integración constitucional de la diferencia. Las razones pueden ser de diverso tipo, pero sin duda juegan un papel relevante: en primer lugar, el hecho de que nos encontramos ante un proceso en formación, cuyas primeras articulaciones jurídicas son fragmentarias y difíciles de sistematizar más allá del hecho de señalar su contradicción con la filosofía política liberal y la dogmática jurídica que nace de ella; así como, en segundo lugar, el requisito de que una teorización basada en la diferencia y no en la igualdad supone una teorización del todo social no según categorías abstractas ideológicamente orientadas (que es, precisamente, lo que se critica), sino según las concreciones de las relaciones sociales e intersubjetivas realmente existentes, lo que supone una empresa intelectual de proporciones titánicas.

Así las cosas, el reconocimiento y la regulación de la diferencia en el constitucionalismo contemporáneo (asumiendo el carácter singular y fragmentario de sus distintas manifestaciones) no pueden partir de –ni siquiera utilizar como referente– una teorización canónica que englobe y sistematice sus concretas manifestaciones, sino que únicamente puede operar en negativo, poniendo de manifiesto su naturaleza conflictiva. Ello significa que es necesario partir de la substancia social que explica el reconocimiento y la regulación de la diferencia, y que se expresa de una forma específicamente política como contradicción, para analizar sus concretas manifestaciones constitucionales como rupturas con tradiciones filosóficas e interpretativas asentadas. De esta suerte, el constitucionalismo de la diferencia no tiene postulados (teóricos, abstractos, indiscutidos) sino que sólo tiene reivindicaciones (políticas, reales, fragmentarias).

A. LOS POSTULADOS DE LA IGUALDAD EN EL CONSTITUCIONALISMO LIBERAL

La elaboración teórica y la práctica institucional del Estado moderno, desde sus orígenes europeos como Estado absoluto, suponen un esfuerzo por construir unidades políticas frente a la fragmentación medieval. Digo “construir” y no “lograr” porque el proyecto no consiste, al menos originalmente, en un vigoroso complejo de medidas de intervención para realizar la unidad social que fundamente la práctica institucional y dé consistencia empírica a la elaboración teórica. Consiste en la reconstrucción unitaria a nivel conceptual de lo que en la realidad se presenta como esencialmente fragmentario y múltiple. Categorías básicas de la teoría y la regulación constitucional del Estado moderno como “ciudadanía” y “nación” son conceptos abstractos, constructos de la mente que dotan de unidad a la multitud.

Esta forma de operar, esta metodología, permite, por una parte, que las ciencias sociales puedan hacer teoría a partir de construcciones racionales y sistemáticas, es decir mediante un sistema categorial que reduce la realidad a términos manejables y susceptibles de discusión, crítica y reelaboración. Pero es también, bajo su forma de sistematización racional, una construcción ideológica que enmascara la dominación, el carácter autoritario de la forma de Estado.

La “nación” funciona como un centro abstracto de imputación de soberanía, de suerte que la voluntad y el interés que dotan de contenido al derecho y a la acción de gobierno aparecen como un interés compartido y una voluntad común (de la nación), cuando en realidad son el interés y la voluntad del grupo social reducido con acceso al sufragio y a la función representativa. El “ciudadano” es un centro abstracto de imputación de derechos, de suerte que los intereses, necesidades y aspiraciones que justifican los derechos subjetivos son intereses, necesidades y aspiraciones compartidas, bien porque son naturales, estructurales, derivados de una naturaleza común y persistente del ser humano, bien porque se acordaron en una decisión originaria y constitutiva, particularmente racional, consecuente y consciente del ser de las personas.

Lo que nos iguala (la nación y la ciudadanía, entendidas como una voluntad política común y unos mismos intereses, necesidades y aspiraciones) forma el ámbito de lo público, del Estado, de lo necesario, de lo racional, de lo obligatorio, mientras que lo que nos diferencia, bien por elección (la religión que profesamos, la ideología que defendemos), bien por posición (la pobreza, la raza, el sexo, la práctica cultural...), forma el ámbito de lo privado: de la sociedad, de la libertad y de la tolerancia.

Esta construcción tiene una serie de consecuencias de primer orden para el mundo de los derechos:

1. La igualdad es el mundo de los derechos y el mundo de los derechos se agota en la igualdad. Todos los derechos, por definición, son derechos

universales (bien del hombre, bien del ciudadano), por lo que: a. todos somos iguales en el reconocimiento y disfrute de derechos y b. no puede haber otros derechos que los que necesariamente puedan predicarse de modo universal. Además, toda igualdad relevante para el mundo del derecho se expresa en términos de derechos. Aquello que queda fuera de los derechos, o bien son funciones públicas (como el sufragio, que unos ejercen y otros no, precisamente porque no son titulares de un derecho a hacerlo, sino por mandato constitucional), o bien forma parte del ámbito de lo privado, de la libertad. La ciudadanía, por tanto, se define en términos de igualdad y de ella queda fuera el ejercicio de funciones públicas, la vida social y económica.

2. La igualdad que expresan los derechos no se fundamenta en una decisión democrática, sino en un proceso racional. Se trata de descubrir aquello que nos hace iguales: los intereses y las necesidades propios de una naturaleza compartida y necesarios para la acción, libre, autónoma e individual. No se decide ser igual, sino que se es igual. Por tanto, no tiene sentido la lucha política por la igualdad y la reivindicación: no es un problema de presión, sino un problema de fundamentación del carácter común, universalmente funcional a los fines objetivos del ser humano autónomo y libre y a los intereses compartidos. Todo lo que entre en el ámbito de lo público bajo la forma “derechos” debe estar convenientemente fundamentado en estos elementos objetivos de la igualdad humana, ya que en otro caso formará parte de los intereses parciales propios del ámbito de lo privado y, consecuentemente, llamados a hacerse valer a través de los mecanismos de la vida privada, social y económica.

3. La desigualdad sólo existe en el ámbito de los derechos y sólo puede formularse en términos de diferenciación de derechos: que se reconozca un derecho a alguien y no a otro. Es decir, la desigualdad se identifica con la situación anterior de estatutos jurídicos diferenciados en virtud de la posición social. Esta desigualdad es la que está llamada a evitar el derecho y el poder del Estado. Sin embargo, en estos términos, la desigualdad dentro de un Estado liberal sería un contrasentido, puesto que significaría la negación misma de los fines para los que ha sido creado, el retroceso histórico a la Edad Media. Fuera de este supuesto no hay desigualdad sino diferencia, bien como una necesidad organizativa constitucionalmente impuesta (el desempeño de funciones públicas por unos y no por otros), bien como resultado de la libre determinación de los seres humanos en el ámbito de lo privado, en su interacción social y económica, abandonadas a las dinámicas “naturales”.

4. La diferencia en el ámbito de lo privado, siendo fruto de la libertad, no necesita ser fundamentada. Aunque es deseable que los seres humanos ejerzan su autonomía de una forma moralmente recta y tomen sus decisiones conforme a los dictados de la razón y de la prudencia, la libertad no impone la necesidad de que sea así, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito de lo público, donde el carácter obligatorio de los postulados jurídicos responde

a procesos racionales de fundamentación. Así las cosas, el Estado no puede sino ser neutral respecto de las diferencias ya que, siendo éstas consecuencia de la libertad, la intervención del Estado significaría extender al ámbito privado la necesidad y la obligatoriedad propias de su función, negando así la libertad.

B. LAS REIVINDICACIONES SOBRE LA IGUALDAD EN EL “CONSTITUCIONALISMO DE LA DIFERENCIA”

La cuestión de los derechos colectivos es relevante para el discurso sobre la igualdad que aquí se está elaborando por cuanto define los términos en que debe realizarse el juicio sobre la relevancia o irrelevancia de la diferencia. Allí donde prevalece el lenguaje de los derechos individuales de corte constitucional-liberal, las diferencias grupales tienen un sentido sociológico, es decir son fuente ineludible de información y orientación para la legislación, la acción pública y la aplicación del derecho, pero no adquieren una concreción (o estatus) normativa fuerte. Por el contrario, si se introduce la lógica de los derechos colectivos, entendidos como derechos reconocidos a sujetos colectivos en virtud de su diferenciación cultural, el valor de la diferencia se absolutiza, de suerte que a este respecto no es posible realizar juicios sobre la relevancia, sino que este juicio ya viene constitucionalmente dado. Entre uno y otro extremos pueden existir diferentes concreciones normativas, diferentes “estatus” de la diferencia, que hagan más o menos rígido el juicio acerca de la relevancia de las diferencias.

Por lo general, las cuestiones que el multiculturalismo y el comunitarismo reivindican para el entendimiento y régimen jurídico de los derechos suelen plantearse en una perspectiva epistemológica, que no se pregunta acerca de la existencia material de las normas, sino de su aceptabilidad racional, bien según su eventual coherencia con el dominante derecho internacional de los derechos humanos y las exigencias teóricas de la validez (HABERMAS) o razonabilidad (RAWLS). Sin embargo, aquí se pretende poner las cosas en una perspectiva diferente y crítica con la elaboración anterior, que parte de la base material de la fragmentación del sujeto político contemporáneo y el fracaso de la democracia liberal en la integración de los diferentes sujetos que componen las sociedades contemporáneas. Se trata así de exponer las reivindicaciones desde las teorizaciones que han realizado corrientes filosóficas críticas como el comunitarismo y el radicalismo democrático. De este modo, la relación igualdad-diferencia se coloca en la perspectiva de su contribución al reconocimiento de sujetos políticos y de la introducción en la constitución de los conflictos y las contradicciones que cargan.

El punto de partida es considerar que un “consenso mínimo y generalizado –basado en razones de índole filosófico-moral que avale la superioridad de

una concepción de la justicia y la democracia— termina siendo sospechoso de enmascarar una forma de hegemonía”¹². La única forma de desactivar esta sospecha es asumir una visión radical de la pluralidad concibiendo la democracia como resultado de una estrategia prudencial de acomodación de la diferencia y no de un proyecto de fundamentación filosófica. Puesto que se entiende que la función de la política es crítica y emancipadora, la virtud de la democracia no está en el consenso sino en la apertura y en la posibilidad del disenso, en la confrontación democrática. Son las situaciones de pluralismo las que suponen un elemento irreductiblemente conflictivo, pero también la *condición de posibilidad* de una convivencia auténticamente pacífica¹³. Esta condición de posibilidad presupone otra: que realmente exista la posibilidad del *reconocimiento* de las posiciones subjetivas de la pluralidad, a partir de sus propias configuraciones sociales.

Este reconocimiento es el problema propiamente jurídico, que inscribo en el ámbito de la relación igualdad-diferencia y su consideración jurídico-constitucional. Particularmente, las cuestiones que se suscitan son *qué* entendemos jurídicamente por diferencia (cuáles son los aspectos relevantes para realizar el juicio sobre la diferencia previo al juicio de igualdad) y *cómo* debe producirse el reconocimiento jurídico de esas diferencias: en concreto, si debe producirse a través de derechos especiales, diferenciados o colectivos (lo que, en ciertos casos, supondrá el reconocimiento también de sujetos colectivos)¹⁴; si debe hacerse a través de la multiplicación de las “posiciones de sujeto” democráticas, sin que ello implique necesariamente el reconocimiento de derechos diferenciados¹⁵; si, en tercer lugar, debe resolverse en el plano institucional, bien mediante reformas que garanticen realmente la igual representación de los ciudadanos¹⁶, bien mediante el

12 Cfr. R. VARGAS-MACHUCA. “Justicia y democracia”, en A. ARTETA et ál. *Teorías políticas: poder, moral, democracia*, Madrid, Alianza, 2003, p. 169. En el mismo sentido, cfr. IRIS M. YOUNG. “Polity and Group Difference: A Critique of the Idea of Universal Citizenship”, en *Ethics*, vol. 99, n.º 2, 1989, p. 257: “[...] in a society where some groups are privileged while others are oppressed, insisting that as citizens persons should leave behind their particular affiliations and experiences to adopt a general point of view serves only to reinforce the privilege”.

13 Cfr. C. MOUFFE. *El retorno de los políticos. Comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical*, Barcelona, Paidós, 1996, pp. 13, 22-23.

14 En dos versiones, una que intenta una compatibilidad entre el multiculturalismo y los principios liberales, de suerte que los derechos de las minorías vendrían a “completar” nuestra visión tradicional de los derechos humanos (cfr. W. KYMLICKA. *Multicultural Citizenship*, Oxford, Clarendon Press, p. 5-7, 26-33) y otra que los entiende en términos de ruptura, de estatuto jurídico diferenciado (B. PAREKH. “The Rushdie Affair: Research Agenda for Political Philosophy”, en KYMLICKA (comp.). *The Rights of Minority Cultures*, Oxford University Press, 1997, pp. 303-320).

15 Cfr. MOUFFE. *El retorno...*, cit., pp. 22-23.

16 Cfr. sobre la base de las asociaciones intermedias, lo apoyan los autores republicanos, entendidas como “capital social” (R. PUTNAM. *El declive del capital social. Un estudio internacional sobre las sociedades y el sentido comunitario*, Barcelona, Galaxia Gutenberg, 2003) o

autogobierno¹⁷, bien estableciendo procedimientos de decisión alternativos que se sumen a los cauces de mediación representada¹⁸; o si, finalmente, mediante una combinación de todos ellos. A los efectos del presente trabajo, centrado en la problemática del principio de igualdad como igualdad en los derechos, resultan relevantes las cuestiones relativas al *qué* de la identidad y a las formas de reconocimiento que implican derechos colectivos u otras formas especiales de subjetividad.

En la urdimbre de los argumentos multiculturales, las demandas de reconocimiento identitario son, de forma inmediata o mediata, demandas de reconocimiento político y exigencias de nuevos repartos de poder¹⁹. El problema que instala el multiculturalismo no es el reconocimiento de las diferencias sino el tipo de diferencias (étnicas, lingüísticas, culturales, simbólicas y de ideas de felicidad) que prioriza el lenguaje multicultural y la dimensión densa normativa que les atribuye (derechos especiales). Sin embargo, los discursos de orientación multicultural han generado una inercia que conduce a subsumir las demandas de las minorías no etnoculturales bajo sus esquemas conceptuales de cultura, identidad y derechos especiales, de suerte que, aunque antropológica y sociológicamente sea muy difícil sostener la existencia de una cultura gay o una cultura de las mujeres, en términos políticos de desafío a las jerarquías dominantes y a la racionalidad política y jurídica marcada, esta forma de enunciación adquiere eficacia y capacidad de articular sujetos y generar discursos políticos.

Entre las causas objetivas de esta subsunción de los nuevos movimientos sociales en el esquema conceptual del multiculturalismo cabe señalar, en primer lugar, la propia práctica emancipatoria del posmaterialismo, que rompe con el esquema obrerista de organizaciones con altos grados de jerarquización y de distribución funcional, orientadas a las instituciones representativas y burocráticas, y su sustitución por una politización difusa de la sociedad civil

como “sociedad post-liberal” (SCHMITTER. “La democracia post-liberal ¿tiene futuro?”, en J. F. TEZANOS [ed.], *La democracia post-liberal*, Madrid, Sistema, 1996, pp. 21 y ss.).

17 Cfr. KYMLICKA. *Multicultural Citizenship...*, cit., p. 53.

18 En el ámbito del feminismo, cfr. A. PHILLIPS. “Dealing with Difference: A Politic of Ideas or A Politic of Presence”, en S. BENHABIB (ed.). *Democracy and Difference. Contesting the Boundaries of the Political*, Princeton (N. J.), Princeton University Press, 1996 140-141. En la idea de una maximización de la participación sin límites *a priori* sobre lo que puede decidir la voluntad popular, lo asienta F. OVEJERO. *La libertad inhóspita. Modelos humanos y democracia liberal*, Barcelona, Paidós, 2002, p. 153.

19 Cfr. F. COLOM. *Razones de identidad: pluralismo cultural e integración política*, Barcelona, Anthropos, 1998, p. 12: “La ambigüedad del término [multiculturalismo] estriba [...] en que puede entenderse indistintamente como la descripción de un hecho social, de un modelo político o de una ideología. Estas tres dimensiones están en realidad vinculadas, puesto que las políticas calificadas de multiculturales se han diseñado para dar respuesta a una serie de movimientos sociales que reclaman formas específicas de integración en las estructuras de las democracias contemporáneas”.

que se actualiza en prácticas que se sitúan entre lo público y lo privado²⁰. En este esquema, el ser, el estar y el hacer *diferente* se sitúan ya en un plano propiamente político y reivindicativo, sin atender a la existencia de un proyecto de transformación articulado y compartido, sino que la “transformación” es el propio ser, estar y hacer diferente.

La segunda causa es el hecho compartido de la discriminación, base sobre la que se afirma que los reclamos multiculturales y los de las minorías articuladas en movimientos sociales tienen una armonía de propósitos debido a que ambos tipos de grupos han sido excluidos y marginados en virtud de su diferencia²¹. Así se elabora el concepto de “minoría” como grupos que sufren desventajas o discriminaciones en el trato social que reciben, derivadas básicamente de prejuicios²² históricamente arraigados (género, raza, orientación sexual, condición de extranjero, creencias religiosas). No tiene relación con el número, sino que lo relevante es que se enfrentan, por el hecho de su pertenencia, a prácticas discriminatorias en distintos sectores de la vida social, pública y privada (mercado de trabajo, vivienda, autoestima, capacidad de realización individual). Por su parte, la discriminación no consiste en prácticas asiladas, sectoriales o socialmente focalizadas, ni de la tiranía explícita del poder político, sino que se trata de un concepto estructural de tiranía social de unos grupos frente a otros en la práctica diaria de sociedades liberales bienintencionadas²³. Las diferencias no se interpretan, como hace la tradición liberal, como diferencias de opiniones y creencias,

20 Cfr. C. OFFE. *Partidos políticos y nuevos movimientos sociales*, Madrid, Sistema, 1992, p. 167: “Tratan los nuevos movimientos sociales de politizar las instituciones de la sociedad civil de forma no restringida por los canales de las instituciones políticas representativas-burocráticas, reconstituyendo así, por tanto, una sociedad civil que ya no depende de una regulación, control e intervención cada vez mayores. Para poderse emancipar del Estado, ha de politizarse la misma sociedad civil –sus instituciones de trabajo, producción, distribución, relaciones familiares, relaciones con la naturaleza, sus criterios de racionalidad y progreso– por medio de prácticas que se sitúan en una esfera intermedia entre el quehacer y las preocupaciones ‘privadas’, por un lado, y las actuaciones políticas institucionales, sancionadas por el estado, por otro lado”.

21 Cfr. W. KYMLICKA. *Multicultural Citizenship*, cit., p. 19.

22 Entiendo el término “prejuicio” como “una actitud adversa u hostil hacia una persona que pertenece a un grupo, simplemente porque pertenece a ese grupo, y se presume en consecuencia que posee las cualidades objetables supuestas al grupo”. Cfr. G. W. ALLPORT. *The Nature of Prejudice*, Cambridge (Mass.), Addison-Wesley, 1954, p. 7. Esas cualidades objetivas constituyen un “estigma”, entendido como un atributo profundamente desacreditador, determinado por rangos y categorías políticas institucionales de orden social. Cfr. I. GOFFMAN. *Notes on the Management of Spoiled Identity*, Englewood (N. J.), Prentice Hall, 1963, p. 3.

23 Cfr. YOUNG. *Justice and the Politics of Difference*, Princeton, Princeton University Press, 1990, pp. 41, 48-63. Esta autora habla de cinco problemas que afectan sistemáticamente a estos grupos: explotación, marginalización, pobreza, imperialismo cultural y violencia, de la que deriva la relevancia del término “opresión” para estos casos, subrayando su carácter estructural. P. COMANDUCCI habla de “minorías by force” (“Diritti umani e minoranze: un approccio analitico e neo-illuminista”, en *Ragione Pratica*, n.º 2, 1994, pp. 41-43).

sino que se asientan sobre el terreno de la experiencia, particularmente de la experiencia de la exclusión.

El concepto de grupo social se diferencia de los meros agregados de individuos por dos notas: en primer lugar, es una *entidad*, es decir el grupo tiene una existencia aparte de sus miembros, y tiene una identidad, de suerte que puede hablarse del grupo sin hacer referencia a los individuos particulares que resultan ser miembros en cada momento²⁴. Para IRIS YOUNG, los grupos son reales no “como sustancias”, sino como formas de relación social²⁵. En segundo lugar, lo que OWEN FISS llama la “condición de interdependencia” o M. McDONALD simplemente idea de “comunidad”, consistente en que la identidad y el bienestar de los miembros y la identidad y bienestar del grupo están unidos. Los miembros del grupo explican quiénes son por referencia a su pertenencia al grupo y su bienestar y estatus están en parte determinados por el bienestar o el estatus del grupo²⁶.

Para IRIS YOUNG, este sentido colectivo de la identidad procede de una historia compartida de discriminación y prejuicios por parte del resto de la sociedad que, con el tiempo, cristaliza en una conciencia de sí y en una lucha política sobre la base de la situación de opresión que comparten. Las experiencias y formas de vida similares determinan un particular modo de razonar, sentir y expresarse que hace que las personas se identifiquen primariamente como miembros del grupo y se solidaricen con quienes se hallan, real o potencialmente, en sus mismas circunstancias²⁷.

Entre las causas de tipo ideológico cabe señalar, en primer lugar, la idea de que la falta de reconocimiento de las identidades es una forma de opresión²⁸. En este sentido, en la medida en que la opresión pueda conceptuarse como el efecto de una falta de reconocimiento, las identidades no reconocidas tenderán a instalar su lucha en el camino común de las demandas de reconocimiento²⁹.

En segundo lugar, debe hacerse referencia a la ontologización de las identidades. Frente al concepto de identidad del estructuralismo, según el cual la identidad es un fondo virtual al que nos es indispensable referirnos para explicar

24 Cfr. FISS. “Groups and Equal Protection Clause”, en *Philosophy and Public Affairs*, vol. 5, n.º 2, 1976, p. 148.

25 Cfr. YOUNG. *Justice and the Politics of Difference*, cit., p. 44.

26 Cfr. FISS. “Groups and Equal Protection Clause”, cit, p. 148; M. McDONALD. “Should Communities Have Rights”, en *The Canadian Journal of Law*, vol. 4, n.º 2, 1991, p. 219: “a tendency of each group member to see herself as a part of an us rather than a separate me”.

27 Cfr. YOUNG. *Justice and the Politics of Difference*, cit., p. 44-46.

28 Cfr. CH. TAYLOR et ál. *Multiculturalism: Examining the Politics of Recognition*, Princeton (N. J.), Princeton University Press, 1994, pp. 36-37.

29 Que TAYLOR admite expresamente para el caso de las mujeres y los grupos etnoculturales. Cfr. TAYLOR, cit., pp. 33-34. El “reconocimiento” se define como “mantener y apreciar la distinción, no sólo ahora, sino para siempre” (p. 40).

cierto número de cosas, pero sin que tenga jamás una existencia real³⁰, para ciertos autores que se encuadran dentro del comunitarismo, las identidades son reales, siempre han estado ahí, han resistido los embates de las culturas mayoritarias, y ahora se trata de “reconocerlas”. Lo que ocurre es que esta ontologización se hace a través de un concepto débil de “cultura”. No se trata de buscar una identidad perfectamente definida por propiedades objetivas persistentes, sino más bien una red de significados que dotan de una base para la orientación, interpretación y acción en el mundo y en cuya construcción se participa colectivamente³¹. Es decir, aunque se admite el carácter dialógico de la conformación de las identidades, se afirma su existencia real como una necesidad de su afirmación en el espacio público.

Sin embargo, esto no resuelve los múltiples problemas que plantea el reconocimiento de la diferencia con base en identidades, particularmente desde el momento en que se está dispuesto a admitir la artificialidad, fragilidad y contingencia de las identidades: porque una cosa es afirmar la falsedad de la homogeneidad de intereses y de la identidad universalizadora que está detrás del proyecto liberal y otra muy distinta afirmar en términos generales la existencia de identidades reales, continuadas y firmemente ancladas en la sociedad susceptibles de un reconocimiento preciso, rígido y denso por parte del ordenamiento jurídico. Si se afirma que la diferencia es constante e insuprimible en las sociedades complejas, esta afirmación lleva implícita la concepción de cualquier identidad como una materia fluida, en constante evolución con un contexto que, a su vez, también es fluido e inestable³². La lógica de la “identidad”, por el contrario, la concibe como algo sustantivo, inmutable y exclusivo, mientras que la “diferencia” es una cualidad relacional, dependiente de factores contextuales³³.

30 Cfr. C. LÉVI-STRAUSS. *La identidad: seminario interdisciplinario*, Madrid, Petrel, 1981, p. 369. Este libro recoge las intervenciones en un seminario sobre la identidad que dirigió LÉVI-STRAUSS en el *College de France* en 1974/75 y al que invitó a dos de las figuras más representativas del psicoanálisis francés: ANDRÉ GEEN y JULIA KRISTEVA.

31 Esta es la idea que está detrás de conceptos como el de “culturas societales” de WILL WYMLICKA, que pretende poner de relieve el hecho de que no sólo involucran historia o valores compartidos, sino también instituciones y prácticas comunes (cfr. KYMLICKA. *Multicultural Citizenship*, p. 76). De la idea de “encompassing cultures” de JOSEPH RAZ, que subraya el hecho de que la identidad de los miembros del grupo está determinada, al menos en parte, por su cultura (cfr. J. RAZ. “National Self Determination”, en ÍD. *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1994, pp. 129-130); o de la idea de “identidad cultural” de WALDRON, más encaminado a mostrar la adhesión histórica a soluciones comunes a los serios problemas de la vida humana en sociedad (cfr. J. WALDRON. “Cultural Identity and Civic Responsibility”, en W. KYMLICKA y W. NORMAN [eds.]. *Citizenship in Diverse Societies*, Oxford University Press, 2000, p. 161).

32 Cfr. A. GREPPI. *Concepciones de la democracia en el pensamiento político contemporáneo*, Madrid, Trotta, 2006, p. 128.

33 Por ejemplo, IRIS MARION YOUNG afirma que la identidad no es algo *interno* a la auto-comprensión de cada individuo o grupo, sino algo externo, que depende de la posición que cada

Incluso para un caso que podría suscitar acuerdo acerca de la existencia de una auténtica “identidad”, como el de los indios en el contexto latinoamericano, la construcción de las identidades indígenas supone un ejemplo claro del carácter dinámico y relacional del concepto de identidad. Ni la encomienda en su versión primitiva ni los repartimientos y demás formas compulsivas del régimen de trabajo destruyeron a los grupos étnicos. La política de “segregación” más bien hizo posible que los indígenas mantuvieran, reprodujeran y aun desarrollaran identidades propias. Al fomentar la organización en pueblos y barrios (con sus ayuntamientos, sus ejidos, sus tierras de comunidad, sus fiestas, etc.) se permitió el desarrollo de formas comunales de vida e hizo surgir nuevos elementos socioculturales que se convirtieron en materia de una identidad renovada, identidad que no ha dejado de modificarse hasta nuestros días. Por tanto, esas identidades no reflejaban una “conservación” de lo precolombino, sino que se fundaban en las nuevas condiciones en que el poder puso a los indios, de donde estos extrajeron la esencia de la nueva etnicidad. “Es en este sentido que [sic] puede decirse con propiedad que el sistema colonial creó al indio.”³⁴

Por tanto, el término “identidad” no permite –más allá de sus demandas concretas– realizar una distinción general entre minoría cultural y minoría social respecto de su uso dentro de un contexto político reivindicativo como el que se plantea. En ambos casos se trata de tomar conciencia de la discriminación, de la subordinación y de la opresión a la que se está sometido por parte de la sociedad, reputarla como injusta, articular demandas y organizar al grupo para que tal toma de conciencia se externalice como conflicto y llegue a introducir en la agenda institucional las demandas del grupo. Se trata, por tanto, de un proceso de subjetivización política del grupo, de “politización”³⁵.

sujeto asuma en su relación con los demás. Cfr. YOUNG. “Difference as a Resource for Democratic Communities”, en J. BOHMAN y W. REGH (eds.). *Deliberative Democracy*, Cambridge (Mass.), MIT Press, 1997, p. 383. Por su parte, CHANTAL MOUFFE entiende que los referentes básicos de identidad no pueden quedar al margen de un trabajo constante de redefinición política (MOUFFE. *El retorno...*, cit., p. 138).

34 Cfr. H. DÍAZ-POLANCO. *Autonomía regional: la autodeterminación de los pueblos indios*, México, Siglo XXI, 1996, p. 21.

35 Utilizo aquí el término “politización” en el sentido dinámico de descripción del proceso de formación de un conflicto social. Se trata por tanto de un concepto débil, cercano al que desarrollaron las feministas norteamericanas de los años setenta con el objetivo de subrayar que todas las relaciones humanas son intrínsecamente políticas, dando consecuentemente al concepto de politización el significado de “concienciación” del carácter contingente, y por tanto susceptible de ser transformado, de las ideologías y las instituciones. *Vid.*, por ejemplo, K. BOALS. “Review Essay: Political Science”, en *Signs*, n.º 1, 1975, pp. 161-174. Para KAY BOALS, “politización” significa llevar “to conscious awareness the political (*i. e.*, contingent rather than inevitable) nature of existing social arrangements” (p. 173).

C. LAS POSIBILIDADES TEÓRICAS DEL “CONSTITUCIONALISMO DE LA DIFERENCIA”

Desde el punto de vista del derecho constitucional, la novedad más relevante que ha supuesto esta fragmentación del sujeto político ha sido la irrupción en las constituciones de la diferencia y del conflicto que trae consigo. Y no lo ha hecho en cualquier lugar, sino en el núcleo genético de las constituciones: en el ámbito de los derechos. Las contradicciones que supone la reivindicación política de la diferencia no se han canalizado exclusivamente hacia la mediación representativa y la gestión burocrática de los conflictos; antes bien, estos mecanismos parece que comienzan a actuar a partir del estatus jurídico que adquiere la diferencia en el constitucionalismo contemporáneo y a partir de la actividad conformadora del los jueces en atención a ese estatus.

No es extraño que así sea toda vez que, como hemos visto en el punto anterior, la reivindicación de la diferencia parte de la denuncia de la inadecuación de las instituciones representativas y su pretensión de unificación de la voluntad. El movimiento comunitarista y multiculturalista no resuelve el problema de la coexistencia entre las diferencias, de la cohesión social necesaria para un gobierno colectivo, de la hostilidad y el antagonismo que puede generar la construcción colectiva de las identidades. Simplemente remarca sus desacuerdos no solo con la tradición liberal de corte más clásico: también con la idea de democracia como gobierno del interés general del proyecto republicano y con la universalidad de los principios como fundamento de las razones que deben sostener las preferencias diferenciadas que defiende la democracia deliberativa. Su punto central no está en que el conflicto se solucione definitivamente, sino fundamentalmente en que se manifieste, y a ello se encamina la idea de “reconocimiento”. Por tanto, la forma más adecuada de reconocimiento es la del “blindaje” frente a la acción dinámica de las instituciones de gobierno: el lenguaje de los derechos.

Ello supone afirmar que el reconocimiento no es solo una aspiración moral o una exigencia política, sino una obligación de los poderes públicos en los diferentes ámbitos jurídicos, lo que también resulta útil para evitar la vergüenza o el embarazo que puede suponer para grupos caracterizados por la debilidad, la discriminación y la subordinación la insistencia en sus propias reivindicaciones: cuando algo encierra un deber, lo que se recibe es propio y nada más. Cuando aquello a lo que se tiene derecho no se satisface, la reacción adecuada es la indignación.

En este ámbito resulta especialmente relevante la acción de los jueces constitucionales, puesto que, como veremos en el punto siguiente, al intentar cuadrar el entendimiento tradicional del principio de igualdad con la exigencia de diversos tratos diferenciados, fundamentalmente a través del juicio de proporcionalidad en sus distintas manifestaciones, han relativizado el contenido formal y universal de la igualdad y han abierto la vía a la consideración de

la diferencia como un derecho (al tratamiento diferenciado), y no como una simple cuestión de hecho.

La ruptura del universalismo. Los derechos individuales habrían servido como un cerco para la penetración en el derecho de determinados conflictos, debido a que, por su estructura y contenido incontestable, los derechos suponen soluciones a priori de aquellos conflictos que pongan en duda tanto el fundamento como el propio carácter incontestable de los derechos individuales. Sin embargo, este apriorismo no es una solución del conflicto, sino un mecanismo para invisibilizarlo jurídicamente. Es decir, no solucionan tales conflictos, sino que los posponen. La consideración constitucional de la diferencia supondría un mecanismo de relativización no de los derechos individuales en sí, sino de su contenido apriorístico.

La contradicción puede resolverse desde dos puntos de vista: uno coherente, que pretenda interpretar los derechos colectivos o la diferencia en aquello que resulte compatible con una previa definición del contenido y funciones de los derechos individuales, y otra conflictual, en que se asuma la contradicción que existe entre ese contenido y función apriorísticas de los derechos individuales con el tratamiento constitucional de la diferencia, y consecuentemente se redefina el contenido y función de los derechos individuales a la luz de las exigencias de la inclusión de la diferencia. El problema es que este conflicto no se podría resolver de una vez por todas, ya que las concreciones del conflicto que la diferencia introduce en el ámbito constitucional se actualizan en cada caso, por lo que el conflicto no podría resolverse anticipadamente, sino atendiendo las circunstancias del caso y muy especialmente la situación real de los sujetos y las consecuencias de la decisión sobre esa situación real. Los derechos colectivos obligarían por tanto a una complejización de la dogmática y a una extensión del ámbito de acción y decisión de los jueces.

La asunción constitucional de la diferencia tendría ulteriores consecuencias sobre los derechos individuales: la afirmación del carácter histórico del contenido esencial y la dificultad de concebir objetivamente los derechos individuales como principios objetivos del ordenamiento jurídico-constitucional, que no puedo desarrollar aquí.

La ruptura del individualismo. Las consecuencias no se agotan en el ámbito de los derechos individuales, sino que, puesto que las diferencias no se predicen de los individuos, sino de grupos homogéneos, los grupos entran como sujetos en las constituciones que prevén “medios de defensa de los grupos” socialmente dependientes”, como en el ámbito español expresa la sentencia del Tribunal Constitucional³⁶ 4/1981. El reconocimiento constitucional de ciertos colectivos y su carácter garantista supone la asunción por

36 STC en lo sucesivo.

parte de las constituciones de un cierto papel “constuctivista” del colectivo y, consecuentemente, una función de articulación social.

La ruptura de la subjetividad. La previsión de consecuencias jurídicas asociadas a la diferencia supone una ruptura con la tradición exclusivamente subjetivista de fundamentación del derecho. Es decir, no basta ya solamente con la mera “personalidad” para ser reconocido, sino que a ella se añaden una serie de elementos objetivos con valor normativo que conforman, precisamente, la diferencia.

IV. LA INSTRUMENTACIÓN JURÍDICA DE LA DIFERENCIA EN LAS EXPERIENCIAS CONSTITUCIONALES ITALIANA, ESPAÑOLA Y ESTADOUNIDENSE

A. VALORACIÓN Y JUICIO DE RELEVANCIA EN LA EXPERIENCIA CONSTITUCIONAL ITALIANA

La referencia a la experiencia italiana (particularmente a la elección del control de constitucionalidad de las leyes mediante el juicio de *ragionevolezza*, que es a lo que haré aquí referencia) es particularmente ilustrativa de las ideas que se están manejando en este trabajo por dos órdenes de consideraciones. En primer lugar, porque la progresiva ampliación del objeto litigioso al que resulta aplicable el juicio de *ragionevolezza* lo ha convertido en una suerte de principio general o estructural del ordenamiento jurídico italiano³⁷, caso que resulta especialmente ilustrativo del proceso por el que la problemática surgida en el seno del principio de igualdad (singularmente la confrontación entre hecho y derecho, entre diferencia e igualdad) ha ido permeando la totalidad del la problemática constitucional. De esta manera resulta ya imposible sostener que la interpretación y aplicación de la Constitución supone un proceso lógico-deductivo de subsunción de hechos en disposiciones, sino que más bien concierne a un proceso valorativo sobre hechos y disposiciones basado en la *relevancia* otorgada a los mismos según el punto de vista previamente elegido por el intérprete o aplicador. Particularmente, se puede considerar que el juicio de *ragionevolezza* que construyó la Corte

37 Es cierto que los intentos de construir la problemática de la *ragionevolezza* en términos autónomos y dentro de la teoría general son hasta ahora poco frecuentes, incluso en la doctrina italiana, quizá por el hecho de la extraordinaria fragmentariedad de la jurisprudencia de la Corte en esta materia. Sin embargo, debe señalarse muy principalmente A. MORRONE. *Il custode della Ragionevolezza*, Milán, Giuffrè, 2001. También *vid.* G. SCACCIA. *Gli “strumenti” Della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milán, Giuffrè, 2000 y A. D’ANDREA. *ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milán, Giuffrè, 2005. Netamente mayoritaria es la tendencia a considerar la *ragionevolezza* como concepto o principio al servicio de otros principios y conceptos, sobre todo el principio de igualdad y la categoría del exceso de poder.

constitucional italiana desde los años sesenta, fundamentalmente en relación con el principio de igualdad, está detrás de otras dos formas de control de la constitucionalidad de las leyes desarrolladas después por la Corte: el juicio de *razionalità* desarrollado a partir de los años ochenta también dentro del control del principio de igualdad y el juicio de proporcionalidad (*bilanciamento degli interessi*).

En segundo lugar, y estrechamente relacionado con lo anterior, porque cuando el caso sometido a la consideración de la Corte consiste en “diferenciar a los diferentes” y no en la “diferenciación arbitraria de casos iguales” (es decir, en los casos de promoción de la igualdad a través de diferencias legislativas razonables), se someten a consideración del juez constitucional cuestiones de mero hecho (las situaciones subjetivas que están detrás de las normas positivas), de suerte que, al menos a este respecto, los hechos cobran una relevancia que no solo los convierten en *objeto* del enjuiciamiento constitucional (rompiendo así el monopolio de las normas y actos jurídicos como objeto de enjuiciamiento), sino que entran a formar parte del *proceso constructivo* del derecho, de la individuación de las normas aplicables al caso, lo que debilita la exclusividad de la personalidad como fundamento del derecho y de las teorías subjetivistas de construcción del derecho³⁸.

Muy tempranamente la Corte constitucional italiana habría asumido la línea weimarina de entendimiento de la igualdad como obligación de tratar igual al igual y de forma diversa a los diferentes³⁹ (*Gleiches gleich, Ungleiches ungleich*), siempre y cuando una y otra soluciones estuvieran “racionalmente” fundadas. El control de la fundamentación racional por parte de la Corte se denomina en Italia juicio de *ragionevolezza*.

Para la fundamentación racional del trato igual o diverso que el legislador haya dado a las situaciones objeto de control, resulta decisivo por encima de todo el momento de la elección del punto de vista relevante. El punto de vista relevante sirve para determinar el tipo de relación, en términos de igualdad o de diferencia, entre las situaciones que vienen consideradas por la Corte⁴⁰. Es decir, se trata de un juicio sobre la relevancia de la diferencia. Este esquema se resuelve en la alternativa entre la *homogeneidad* o la *deshomogeneidad* de las *situaciones* objeto de juicio. Dos situaciones serán homogéneas cuando se

38 Cfr. a este respecto C. DE CABO. *Teoría constitucional...*, cit., pp. 66-67.

39 Cfr. sentencia n.º 53 de 1958.

40 Cfr., en este sentido, L. PALADIN. “Corte costituzionale e principio generale d’eguaglianza: aprile 1979-dicembre 1983”, en *Giurisprudenza costituzionale*, I, 1984, pp. 222 y ss., que entiende que el concepto de igualdad del artículo 3 de la Constitución italiana no establece ninguna regla específica que deba ser aplicada inmediatamente por la Corte, sino que presupone una pluralidad de términos a confrontar para establecer el tipo de relación que tiene entre sí (de igualdad o de diferencia).

da relevancia a un elemento común y, contrariamente, serán deshomogéneas cuando se pone el acento en una característica no común⁴¹.

Ejemplo de la importancia del juicio de relevancia son las sentencias 30 y 116 de 1976. En la Sentencia 30/76 la Corte declaró constitucional la diferenciación entre trabajadores por cuenta ajena y funcionarios públicos en el régimen de la pensión de invalidez, considerando que las respectivas condiciones subjetivas y objetivas diferenciaban las dos categorías de trabajadores. Por el contrario, en la Sentencia 116 de 1976 ha encontrado injustificada la diferencia de tratamiento normativo entre los trabajadores por cuenta ajena y el personal de los entes públicos en relación con la indemnización por finalización de la relación contractual, afirmando que “*pur non potendosi negare l'esistenza di profili ed elementi pe cui il rapporto di pubblico impiego debba essere tenuto distinto da quello di impiego privato, esistono sicuri punti di contatto e identità*” entre las dos categorías de sujetos, puntos que justifican el fallo de inconstitucionalidad.

En decisiones de este tipo parece evidente que la búsqueda del punto de vista relevante traslade el objeto del control de la verificación de la congruencia o correspondencia lógica entre la disposición y el propio objeto⁴², a la valoración de la correspondencia axiológica entre la solución establecida por el legislador y las consecuencias de la misma en las relaciones sociales⁴³. Por tanto, en el juicio de constitucionalidad en general, pero muy particularmente en este tipo de control, tienen un peso decisivo todos los datos que directa o indirectamente se recaban a causa del proceso interpretativo: no solo las disposiciones impugnadas y aquellas que sirven de parámetro de control, sino los contextos de hecho y de derecho en que las normas están destinadas a operar.

En el ámbito del control de “*eguaglianza-ragionevolezza*” en Italia, las posibilidades valorativas y de elección del punto de vista relevante por parte de la Corte son mucho más amplias y complejas de lo que podría derivarse partiendo únicamente de las disposiciones que configuran el *thema decidendum*. Desde un punto de vista empírico, resulta que la Corte en ocasiones ha

41 Cfr. MORRONE. *Il custode della ragionevolezza*, Milán, Giuffrè, 2001, p. 59.

42 Este sería el tipo de juicio que consiste en controlar la correspondencia lógica entre la regla adoptada por el legislador y los presupuestos de hecho, y se basa en una interpretación del principio de igualdad que reserva al legislador la valoración no susceptible de control de las situaciones objeto de regulación. Se trata de un tipo de control que ha sido aplicado rara vez en Italia y sólo en la primera jurisprudencia de la Corte constitucional italiana, particularmente en las sentencias 3 y 28 de 1957.

43 Este tipo de control presupone la competencia de la Corte para controlar directamente la valoración realizada por el legislador de las situaciones objeto de control y es el que de forma dominante utiliza la Corte italiana desde una primera referencia en un *obiter dictum* de la sentencia 42/1961 (en donde se refería a que el tratamiento diferenciado por parte del legislador obedecía a “criterios de racionalidad”), definitivamente asentada a partir de la Sentencia 7/63.

estimado relevante la diferencia en el ámbito subjetivo de aplicación de las disposiciones analizadas; en otros casos, ha otorgado relevancia a alguno de las características objetivas o de los presupuestos de hecho de las normas impugnadas⁴⁴; en otras ocasiones, cuando el control se realiza entre institutos jurídicos, la Corte pone el acento sobre todo en la función de cada uno, o bien sobre aspectos estructurales de cada una de las disciplinas jurídicas en que se insertan, o sobre los dos al tiempo.

Dentro del control de “*eguaglianza-ragionevolezza*” debemos distinguir dos tipos distintos de control. En su sentido estricto, este tipo de control no lleva a cabo operaciones de carácter subsuntivo, sino únicamente operaciones de control en relación con el principio constitucional de igualdad, por lo que no atiende tanto a realizar la coherencia y la racionalidad del ordenamiento mediante criterios autointegrativos, sino a fundamentar relaciones de igualdad y diferencia en un sentido relativo, es decir limitados al caso contemplado y sobre la base de criterios heterointegrativos⁴⁵. Cuando en este tipo de control entran en juego otros valores o intereses constitucionales, la exigencia de racionalidad sistemática aumenta y se convierte en la auténtica piedra de toque del control, destinado a realizar complejas operaciones de ponderación entre valores que no necesariamente implican un juicio sobre la relevancia de la diferencia o la semejanza entre situaciones de hecho⁴⁶.

Lo que se quiere poner de manifiesto es que en la estructura triádica basada en la relación norma general-norma especial que canónicamente se defiende para el juicio de igualdad⁴⁷, el *tertium comparationis* consiste en el

44 Resultan particularmente interesantes las sentencias 423/88, que estima la diferencia entre convivencia de hecho y convivencia conyugal a efectos de la eximente del artículo 649, n.º 1, del Código Penal); 193/94, que considera relevante la diferencia entre inválidos civiles e inválidos de guerra a efectos con relación a las pensiones; 360/95, diferencia entre consumo y cultivo de drogas blandas en relación con la pretensión de extender la despenalización también a los actos de cultivo; 296/96, diferencia entre cesión y posesión de drogas blandas).

45 Cfr. G. TARELLO. *L'interpretazione della legge*, Milán, Giuffrè, 1980, pp. 352 y ss. y L. GIANFORMAGGIO. “Analogía”, en “*Digesto delle discipline private*”, I, Turín, 1987, p. 325, a la hora de señalar los puntos de contacto entre la analogía y la igualdad jurídica, en el sentido de que ambas se relacionan con la racionalidad de un sistema jurídico, en el sentido del “nucleo rationale dell’idea di giustizia distributiva, cioè all’eguaglianza”. Utilizo los términos “auto-integración” y “heterointegración” en el sentido apuntado por CARNELUTTI (*Teoría general del derecho*, Comares, Granada, 2003) como procedimientos distintos de integración de lagunas legales que apuntan, bien a la utilización del propio ordenamiento en el primer caso (analogía, principios generales del derecho...), bien a la utilización de elementos ajenos al ordenamiento jurídico o pertenecientes a ordenamientos jurídicos distintos (que incluyen la acción creativa de los jueces o la opinión doctrinal).

46 Cfr. MORRONE. *Il custode...*, cit., pp. 77-78.

47 Que consiste en entender que a través del control de igualdad lo que se reclama al juez constitucional es determinar si la norma “x”, al regular un tipo de relaciones de forma distinta a las relaciones que regula una norma “y” (relaciones que se entienden iguales u homogéneas), viola el principio de igualdad entendido como norma parámetro “z”. En este esquema, “y” se

punto de vista relevante o juicio de relevancia de las diferencias que realiza el juez, y que no necesariamente tiene una referencia concreta u objetiva en el ordenamiento jurídico. En estos casos, y muy particularmente cuando se trata de casos que declaran arbitrario el tratamiento igual dispensado por la ley en atención a diferencias relevantes que no se han tenido en cuenta, lo que se pone en el vértice de la relación triangular no es el principio de igualdad en su literalidad constitucional como norma parámetro, sino precisamente el juicio de relevancia acerca de las diferencias que ha realizado el juez⁴⁸ y que supone la derivación de una norma concreta (en principio de caso único para la resolución del caso concreto que se está examinando) de la disposición constitucional que establece el principio de igualdad. Así las cosas, la diferencia no adquiere relevancia jurídica por la constatación de su existencia de hecho (lo que expresamente prohíbe la Corte constitucional⁴⁹), sino por el carácter normativo que a la relevancia de ese hecho le atribuye la voluntad del juez.

El “porqué” o la “causa” que según la Sentencia 89 de 1996 debe hacer expreso el legislador a la hora de homologar legislativamente situaciones diferentes o diferenciar el tratamiento de situaciones análogas no es sino otra forma de referirse al punto de vista relevante que justifica un determinado tratamiento positivo de situaciones jurídicas. La centralidad del momento de elegir el punto de vista relevante (o de realizar el juicio de relevancia) implica dos cuestiones relacionadas entre sí:

En primer lugar, que la elección del punto de vista consiste en juicios de valor relativos a las situaciones de hecho, a la norma objeto de control, al *tertium* y al contenido de la propia norma de parámetro y, en consecuencia, reduce considerablemente la connotación formal y lógico-deductiva que pretende el esquema típico triádico. El carácter valorativo proviene del hecho de que el juicio de igualdad no consiste (ni puede consistir) sólo en un juicio sobre el derecho, sino también en un juicio sobre situaciones, sobre hechos,

entiende como *tertium comparationis* y conforma con “x” los términos de la comparación, mientras “z” constituye los criterios según los que dicha comparación debe realizarse. Para una primera aproximación al esquema en la doctrina italiana al esquema *vid.* L. PALADIN. *Corte costituzionale e principio generale d'eguaglianza*, cit., pp. 222-248; ÍD. *Il principio costituzionale di eguaglianza*, Milán, Giuffrè, pp. 178 y ss. y 188 y ss. Para otras terminologías y otras explicaciones del esquema de control, cfr. G. ZAGREBELSKY. *La giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1988, pp. 151 y ss.; A. CERRI. “Uguaglianza”, en *Enciclopedia giuridica*, xxxii, Roma, IPZS, 1994, pp. 8 y ss.; R. BIN. *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milán, Giuffrè, 1992, pp. 46 y ss.

48 Resulta particularmente relevante, a este respecto, la Sentencia n.º 89 de 1996 ha explicitado lo que se denomina el “principio de razón” o “causa justificativa”.

49 Cfr. Sentencia 16/60. Por “disparidad de hecho” la Corte comprende “quelle differenze di trattamento che derivano da circostanze contingenti ed accidentali, riferibili non alla norma considerata nel suo contenuto preceptivo ma semplicemente alla sua concreta applicazione” (Sentencia 417/96).

que no están destinados simplemente a subsumirse en una norma, sino a servir de parámetro para juzgar la constitucionalidad de un tratamiento positivo a resultas de los efectos jurídicos que ese tratamiento produce⁵⁰.

En segundo lugar, reduce considerablemente la exigencia lógica de disponer de un *tertium comparationis*. Particularmente en las hipótesis en las que el *tertium* no es propiamente una norma general o cuando no es susceptible de una concreción formal – lo que sucede en los casos en que se censuran tratamiento iguales arbitrarios o cuando la relación entre las situaciones se juzga como diferente– o cuando el *tertium* directamente no existe –en cuyo caso lo que se pone en entredicho es la racionalidad intrínseca de la disposición objeto de análisis– el objeto se traslada gradualmente hacia la *ratio legis*, y por tanto sobre las relaciones entre la regulación jurídica en cuestión y el objetivo que pretende producir o que de hecho produce. Se abre así la posibilidad de un juicio sobre la *racionalidad* de la ley. De hecho, desde los años ochenta parece que la Corte italiana ha admitido la distinción entre vicio de *eguaglianza-ragionevolezza* y vicio de *irragionevolezza* en sí, es decir sin referencia a ningún elemento de comparación, hablándose en este caso de “*intrinseca ragionevolezza*”⁵¹.

Por otro lado, la categoría “débil jurídico” ha tenido una aplicación fragmentaria y esporádica en la jurisprudencia italiana. Hay que destacar que en ocasiones ha validado regímenes discriminatorios que se justificaban únicamente en las diferencias económicas entre los destinatarios, cuyo caos paradigmático es la declaración de inconstitucionalidad del instituto del

50 En la doctrina española, al juicio de relevancia, entendido como la evaluación y selección de los rasgos que se consideren relevantes en uno u otros aspecto, cfr. F. J. LAPORTA. “El principio de igualdad: introducción a su análisis”, en *Sistema*, n.º 67, julio, pp. 15 y ss. Sobre la apertura de la relación de adecuación a juicios de valor, cfr. M. ATIENZA. “Para una razonable definición de ‘razonable’”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del derecho*, n.º 4, pp. 189-200 y F. RUBIO LLORENTE. “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en ÍD. *La forma del poder*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 659-661.

51 Cfr. al respecto F. CASAVOLA. “La giustizia costituzionale nel 1992”, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1993, pp. 625 y ss. que habla de “sindacato intrinseco diretto a dimostrare la ragionevolezza della scelta operata, attraverso i lavori preparatori, la sistematica legislativa, i precedenti normativi” y se argumenta cómo la concepción formal de la igualdad según el modelo trilateral es “recessivo nella giurisprudenza” siendo sustituido progresivamente por el “esame finalistico delle discipline paragonate [...] che già introduce nella concezione valutativa dell’eguaglianza”. Singularmente, entre otras muchas, hace referencia al caso del examen de la *ragionevolezza* en sí cuando se controla no una discriminación, sino una igualdad que se considera injustificada (sentencias 29, 67, 248 y 289 de 1992), tanto que incluso llega afirmarse que el artículo 3 de la Constitución italiana contiene los principios de igualdad y de *ragionevolezza* (sentencias 2 y 144 de 1992). La afirmación de la existencia de un control de *ragionevolezza* según el modelo ternario y un juicio de *ragionevolezza* intrínseca, es decir un juicio sobre la *ragionevolezza* del objetivo perseguido y de los medios empleados que “non risente di preoccupazioni dogmatiche, ma si impronta a quell’empirismo necessario ad una concreta giustizia costituzionale”, se encuentra en R. GRANATA. “La giustizia costituzionale nel 1997”, *ivi*, 1998, pp. 2909 y ss. y 2928 y ss.

solve et repete, ya que discriminaba de forma injusta a los contribuyentes más pobres⁵². Tampoco ha admitido la distinción entre ciudadanos y extranjeros residentes para medidas cuyo aspecto relevante es el fin de solidaridad social, declarando inconstitucional una norma de la Región de Lombardía que establecía la posibilidad de acceso gratuito de los inválidos totales que fuesen ciudadanos a los transportes públicos.

B. LA CONSTRUCCIÓN LEGISLATIVA DE LA DIFERENCIA DE GÉNERO EN LA EXPERIENCIA ESPAÑOLA

Por razones de espacio no voy a detenerme en una consideración pormenorizada del caso español, que es bastante similar al italiano en su evolución jurisprudencial a partir de los años ochenta (no en vano, la Corte constitucional italiana es uno de los referentes del Tribunal Constitucional español)⁵³. Sin embargo, en el orden de ideas que estamos analizando, sí resulta oportuno señalar que, desde la construcción explícita y pormenorizada a mediados de los años noventa del principio de proporcionalidad por parte del Tribunal Constitucional⁵⁴, se ha producido un abandono en los juicios sobre igualdad de los esquemas de la *ragionevolezza* y de la *razionalità*⁵⁵, que se entienden más bien como momentos o subprincipios del de proporcionalidad.

Debe también tenerse en cuenta que, en el caso español, además de la problemática del control de la constitucionalidad de las leyes conforme al parámetro del principio de igualdad, se suma la problemática (inexistente en el caso italiano) del control de la diferenciación en la aplicación del derecho por la vía del recurso de amparo, lo que obligaría a extender y complejizar la cuestión. Sin embargo, dado que desde el primer momento no se ha admitido que el artículo 14 de la Constitución española contenga un derecho al tratamiento diferenciado de la diversidad⁵⁶, se inadmiten mecánicamente las demandas de amparo basadas en la “discriminación por indiferenciación”, con lo que se ha cerrado esta interesante vía de reconocimiento constitucional de

52 Cfr. Sentencia 21/61; también, Sentencia 22/80.

53 Sobre ello, cfr. I. PERELLÓ. “El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional”, p. 71.

54 Cfr. SSTC 66/1995, 55/1996 y 207/1996. Particularmente esta última es la que se considera canónica en la equiparación del principio con el que se venía utilizando en el derecho europeo.

55 Mayoritariamente usados en el ámbito de la igualdad desde la formación del Tribunal en los años ochenta. Cfr. SSTC 227/1981, 34/1981, 76/1990, 6/1991 o 158/1993.

56 La primera Sentencia que así lo estableció fue la STC 86/1985, en la que el magistrado ponente FRANCISCO RUBIO LORENTE afirmaba tajantemente que el artículo 14 no permite tutelar a través del recurso de amparo situaciones que, debiendo ser tratadas desigualmente, son sin embargo indiferenciadas por el legislador. Esta jurisprudencia se siguió en las SSTC 52/1987, 109/1988 y 48/1989.

la diferencia. Sin duda, el rechazo del amparo en los casos concretos estaba más que justificado, aunque se discute que el fundamento constitucional del rechazo fuera de forma tajante la interpretación de que el artículo 14 sólo excluye las distinciones, pero no las equiparaciones infundadas.

Cabe preguntarse si los recientes desarrollos legislativos que en materia de igualdad de género han supuesto cambios a este respecto en el ordenamiento constitucional español. Me refiero muy particularmente a la Ley orgánica 1/2004, del 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género que reconoce, por primera vez en el ordenamiento español, un hecho diferencial de género, y que supone un importante acervo normativo para la prevención y la represión de la violencia de género, así como la asistencia a las víctimas. La exposición de motivos justifica la norma por una razón de índole técnico, como es la necesidad de integrar la respuestas parciales que el ordenamiento jurídico llevaba dando a este problema desde 1999, cuando comienza a incrementar la alarma social ante estos delitos, y en la protección integral de los derechos de la mujer a la igualdad, libertad seguridad y no discriminación.

Sin embargo el hecho más relevante que introduce es la reforma del Código Penal, al tipificar determinados delitos relacionados con la violencia de género en función del sujeto pasivo, estableciendo una asimetría de penas en función de esa diferenciación⁵⁷. Parte de la doctrina, junto al dictamen

57 Entran dentro de esta categoría la reforma del artículo 153.1 y dos nuevos numerales que introduce en los artículos 171 y 172 del Código Penal. Artículo 153.1: “El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años”.

Artículo 171.4: “El que de modo leve amenace a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años”.

Artículo 172.2: “El que de modo leve coaccione a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años”.

del Consejo de Estado, consideraba que esta regulación podía ser inconstitucional por tratarse de una medida de acción positiva, medidas que serían adecuadas en otros sectores del derecho, pero no en el derecho punitivo. La STC 59/2008 confirmó la constitucionalidad del artículo 153.1 del Código Penal en la redacción otorgada por la LO 1/2004^[58] y puso algunos argumentos en juego que resultan relevantes para el tipo de consideraciones que aquí se vienen desarrollando.

En primer lugar, cabe resaltar que las consideraciones del Tribunal no son sólo de orden jurídico, sino estadístico, aludiendo a la diferencia porcentual entre los delitos de violencia de género cometidos por hombres en relación con los cometidos por las mujeres, para justificar la mayor necesidad objetiva de protección de la mujer frente a las agresiones del varón y, consecuentemente, como aval de la razonabilidad de la política penal del legislador [FJ 9a]. En el mismo fundamento jurídico, el Tribunal afirma que la adecuación del fin legítimo a la diferenciación legislativa se producirá “si cabe apreciar que estas agresiones tienen un mayor desvalor y que por ello ese mayor desvalor necesita ser contrarrestado con una mayor pena”. Pues bien, este mayor desvalor lo encuentra el Tribunal en la situación objetiva de desigualdad y discriminación en que se encuentran las mujeres, así como en una cultura arraigada que la considera inferiores y sometidas al hombre, dado que la violencia es una manifestación de las relaciones de poder de los varones sobre las mujeres. El fundamento de la razonabilidad de la medida se encuentra en que la violencia sobre las mujeres supone una “pauta cultural –la desigualdad en el ámbito de la pareja” que afecta especialmente la dignidad de la mujer, no solo porque niega su condición de persona, sino porque “hace más perceptible ante la sociedad un menosprecio que la identifica con un grupo menospreciado”⁵⁹.

También resulta interesante el valor que el Tribunal otorga al término “género” para justificar que no estamos ante una discriminación por razón de sexo, al entender que por “género” se alude a una *situación* de desigualdad y a un *estado* cultural de menosprecio hacia las mujeres: “No es el sexo en sí de los sujetos activo y pasivo lo que el legislador toma en consideración con efectos agravatorios, sino –una vez más importa resaltarlo– el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos a partir del ámbito relacional en el que

58 Otras cuestiones de inconstitucionalidad contra el artículo 153.1 CO resueltas en la misma línea en SSTC 76/2008 y 80 a 83/2008.

59 “No resulta irrazonable entender, en suma, que en la agresión del varón hacia la mujer que es o fue su pareja se ve peculiarmente dañada la libertad de ésta; se ve intensificado su sometimiento a la voluntad del agresor y se ve peculiarmente dañada su dignidad, en cuanto persona agredida al amparo de una arraigada estructura desigualitaria que la considera como inferior, como ser con menores competencias, capacidades y derechos a los que cualquier persona merece” (STC 59/2008, FJ 9a).

se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad. La sanción no se impone por razón del sexo del sujeto activo ni de la víctima ni por razones vinculadas a su propia biología. Se trata de la sanción mayor de hechos más graves, que el legislador considera razonablemente que lo son por constituir una manifestación específicamente lesiva de violencia y de desigualdad”⁶⁰.

En la conformación legislativa del sujeto diferenciado “mujer” hay que resaltar también la Ley Orgánica 3/2007, del 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que, al igual que la LO 1/2004, opta por regular de forma transversal el derecho de igualdad de las mujeres con la finalidad de implementar políticas de género a través de la reforma de distintos textos legislativos, encaminadas en este caso a la adopción de técnicas de igualación y medidas de acción compensatoria⁶¹. Aunque, en principio, la ley estaba destinada a incorporar en el ordenamiento español la Directiva 2002/73/CE, relativa al principio de igualdad de trato en el acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesional y condiciones de trabajo, y la Directiva 2004/113/CE sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro, lo cierto es que la ley desborda con mucho las moderadas previsiones de estas directivas: por un lado, por su objeto, que prescinde de la sectorialidad cuando declara que la ley pretende “hacer efectivo el principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres” (art. 1.º), principio que se define de forma negativa en su artículo 3.º como “ausencia de toda discriminación directa o indirecta por razón de sexo, y especialmente las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil”. Y las desborda en las previsiones concretas, no solo por cuanto crea instituciones específicas de fomento de la igualdad entre hombres y mujeres, sino que establece un “Informe de impacto de género en la fase de creación de las normas jurídicas”, y establece exigencias de representación equitativa en las sociedades mercantiles, planes de igualdad en las empresas privadas y cuotas de género en las listas electorales⁶².

La constitucionalidad de esta última previsión fue juzgada por la STC 12/2008, que estimó la constitucionalidad de la reforma del artículo 44 bis

60 Respecto del artículo 171.4 CP, el Tribunal ha confirmado su constitucionalidad, remitiendo en buena parte a la STC 59/2008, en la STC 45/2009.

61 Es de señalar cómo el artículo 11, en su definición de las “acciones positivas”, recoge las exigencias jurisprudenciales acerca de estas medidas, de proporcionalidad y razonabilidad, así como su relación con la finalidad perseguida.

62 Cfr. disposición adicional primera: “Se entenderá por composición equilibrada la presencia de mujeres y hombres de forma que, en el conjunto a que se refiera, las personas e cada sexo no superen el 60 por 100 ni sean menos del 40 por 100”, al tiempo que la disposición adicional segunda prevé una modificación del artículo 44 bis de la LO 5/1985, del 19 de junio, de régimen electoral general.

de la ley electoral introducida por la LO 3/2007. La única argumentación interesante a nuestro respecto es la que fundamenta la constitucionalidad en una supuesta mayor amplitud del artículo 9.2 de la Constitución española⁶³, respecto de sus pares en las constituciones francesa e italiana. Esta mayor amplitud se debe a que el artículo 9.2 “se proyecta expresamente a la participación política y que a la idea de remover añade, además, las de promover y facilitar [...] superando con ello una visión estrechamente formal y trascendiendo a los mandatos de mera remoción de obstáculos para lograr su efectividad –en términos similares a los que figuran desde un principio en la Constitución española, que constituye, obviamente, nuestro único canon de constitucionalidad”.

Dada la escasa utilización autónoma que el Tribunal ha hecho del artículo 9.2, cabe saludar con expectación esta apertura hacia la exploración de sus posibilidades interpretativas y de desarrollo, máxime cuando le da un valor singular a la referencia a la participación política y a la promoción y facilitación. Cabe sin embargo preguntarse sobre las posibilidades de utilizar en el futuro un semejante fundamento constitucional para la creación de cuotas representativas para minorías étnicas (por ejemplo, los gitanos) y sobre si a partir de ahí se pueden augurar cambios en la muy conservadora interpretación que de la soberanía y de la participación ciudadana, ha hecho hasta el momento el Tribunal.

Por otra parte, debe subrayarse que el fundamento jurídico 4.º establece que “[...] la igualdad sustantiva no solo facilita la participación efectiva de todos en los asuntos públicos, sino que es un *elemento definidor de la noción de ciudadanía*”. Mucho me temo que el sentido que el Tribunal quiere dar a esta locución está restringido al ámbito de la participación política, pero no debe perderse de vista que si la igualdad sustancial *define* la ciudadanía, ya no puede concebirse como el fundamento de medias contingentes de carácter instrumental, sino que estamos ante un auténtico principio configurador de las relaciones subjetivas dentro del estado, lo que se compece muy mal con la práctica imposibilidad de hacerlo efectivo mediante garantías jurisdiccionales.

63 “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se inserta sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, social y cultural.”

C. "EQUAL PROTECTION CLAUSE" Y TRADICIÓN
ANGLOSAJONA EN LA EXPERIENCIA ESTADOUNIDENSE

La relevancia de traer a estas páginas ciertas apreciaciones sobre la experiencia estadounidense en materia de reconocimiento de diferencias estaría justificada por una consideración de orden histórico-jurídico y otra de carácter material. Fue allí donde por primera vez se aplicó el control judicial de cumplimiento del principio de igualdad por parte del legislador, como consecuencia de la decimocuarta enmienda⁶⁴ o *Equal Protection Clause*, pero se ha ido dando un desajuste entre la evolución del sistema jurídico-constitucional estadounidense y los desarrollos sociales, que termina produciendo una subrepresentación desde el punto de vista político y una subprotección desde el punto de vista jurídico de los llamados *wronged groups*, que intenta mitigarse mediante políticas sectoriales y fragmentarias que redundan en la objetivación estigmatizante del propio grupo.

El balance de este control inicial de la igualdad es bastante modesto, toda vez que el Tribunal Supremo fue enormemente "deferente" con la legislación y las pautas sociales discriminatorias hacia los afroamericanos⁶⁵. El resto de categorías prácticamente ni existieron, toda vez que en materia de discriminación por razón de sexo el Tribunal Supremo no aplicó la cláusula de igual protección hasta 1971, en *Reed v. Reed*, que anuló una ley del estado de Idaho que, a igualdad de título, prefería los varones a las mujeres en la administración de herencias. Sin embargo, desde el punto de vista material, la falta de una intervención enérgica desde el derecho, unida a la ausencia de una articulación política homogénea y jerarquizada del conflicto social como la que se produjo en Europa con los partidos de masas, liberó la posibilidad de una conformación identitaria como grupos diferenciados (étnica, urbanística, jurídicamente) de los discriminados, que supone la base de la teorización sobre la identidad y la diferencia que hemos visto en el apartado III, y que es mayoritariamente canadiense y estadounidense.

64 "No State shall [...] deny to any person within its jurisdiction the equal protection of laws." El primer caso que motivó fue *Strauder v. West Virginia* (1879), que declaró inconstitucional una ley estatal por considerar sólo a los ciudadanos blancos elegibles para los jurados.

65 Cfr. L. H. TRIBE. *American Constitutional Law*, 2.^a ed., Mineola (N. Y.), The Foundation Press, 1988, pp. 139-143, y G. GUNTHER. *Constitutional Law*, 12.^a ed., Wesley (N. Y.), The Foundation Press, 1991, pp. 602-603. Son particularmente expresivas de este periodo la sentencia de la *Civil Rights Act* (1883), que declaró inconstitucional la ley de derechos civiles de 1875 por cuanto ilegalizaba la capacidad de los particulares de intervenir en el derecho de cualquier persona a entrar en hoteles, transportes y teatros; y la *Plessy v. Ferguson* (1896), en la que el Tribunal Supremo, bajo el criterio "separados pero iguales", aceptó la segregación racial en los transportes públicos, manteniendo la doctrina de que si ambos grupos tenían iguales ventajas, no se violaba la cláusula de igual protección (doctrina que no se revisó hasta la seminal *Brown v. Board of Education* [1954], donde se mantuvo el principio opuesto de que "las facilidades educativas separadas son inherentemente desiguales").

Los aspectos que se quieren poner de manifiesto de la experiencia estadounidense son de dos tipos: por una parte, la singular articulación del control judicial del principio de igualdad que combina, al mismo tiempo, la consideración de que en unos casos corresponde prácticamente en exclusiva al legislador la valoración discrecional de las situaciones objeto de regulación y en otros casos la afirmación de la competencia de control judicial de la valoración realizada por el legislador. Esto supone una matización y complejización del control muy superior a la que, hasta el momento, se ha llevado a cabo en Europa, pero también provoca que se puedan encontrar referentes y fundamentos para posiciones encontradas sobre un mismo supuesto de hecho. Por otra parte, el intento de realizar una lectura en términos sustantivos, grupales y conflictuales de la cláusula de igual protección como un “principio de los grupos desaventajados” que toma nota del famoso voto concurrente del juez BLACKMUN en su opinión concurrente en *Regents of University of California v. Bakke* (1978): “Para superar el racismo tenemos que tener en cuenta la raza. No hay otro camino. Y para tratar a algunas personas igualmente, tenemos que tratarlas de manera diferente”.

La primera cuestión hace referencia no solo a la estructuración en tests o escrutinios de diferente intensidad de control el examen de las alegaciones de violación de la cláusula de igual protección, sino a la variedad de las diferentes formas de articulación de la deferencia hacia las aproximaciones legislativas paso a paso o en materias nueva y complejas, así como la permisividad hacia ciertas estandarizaciones por razones de eficiencia, de facilidad de gestión, urgencia o provisionalidad⁶⁶. En cuanto a los tests, la jurisprudencia se sistematiza ya de forma canónica en tres tipos de tests:

a. Un test estricto (*strict scrutiny*) para las decisiones normativas que afectan derechos fundamentales o son “sospechosas” (porque afectan a la raza y, con menos rotundidad, a la filiación ilegítima). Conforme a este test, los fines de la norma o medida discriminatoria deben ser “perentorios” (*compelling*) y la distinción que introduce “necesaria” (*necessary*) para la realización de tales fines⁶⁷. La “pobreza” como categoría sospechosa se intentó introducir, de forma más retórica que real, por el Tribunal Warren, pero únicamente se aplicó al derecho de voto y al acceso a la apelación en materia penal, que se habían denegado a los indigentes.

b. Un test mínimo (*Rational Basis Test* o *Minimum Rationality Required*), utilizado en principio de forma general y que únicamente exige que los fines sean lícitos (*legitimate*) en el marco de alguna concepción del interés general

66 Cfr. el clásico J. TUSSMAN y J. TENBROEK. “The Equal Protection of the Laws”, en *California Law Review*, vol. 37, 1949, pp. 348-349.

67 La primera vez que se aplicó este escrutinio fue en *Korematsu v. United States* (1944), en la que se verificó la constitucionalidad de la orden de realojo forzoso de los ciudadanos de origen japonés en campos de concentración durante la Segunda Guerra Mundial.

y que la distinción que se opera esté “racionalmente relacionada” (*rationally related*) con ellos.

c. Un test intermedio (*Intermediate Review*) que se ha ido abriendo paso entre los dos anteriores para las distinciones que utilizan categorías “sensibles” pero no “sospechosas” como el sexo, la discapacidad o la edad, y por el que se exige que el fin de la norma o medida sea importante (*important*) y que la distinción esté “sustancialmente relacionada” (*substantially related*) con tal fin⁶⁸.

El entendimiento de la decimocuarta enmienda como un *Group-disadvantaging principle* fue elaborada por OWEN FISS en 1975 a partir de la constatación de que la interpretación tradicional de la cláusula como un principio antidiscriminación suponía un entendimiento muy reducido de la igualdad incapaz de dar cuenta de la realidad social⁶⁹. El *principio de grupos desaventajados* supondría tres contenidos: que la igualdad fáctica es reconducible al derecho a la igualdad; que, consecuentemente, la adopción de medidas favorecedoras para los grupos desaventajados es una obligación constitucional para el legislador, que debe responder tanto por sus acciones como por sus omisiones; y que el sentido material de la igualdad es la forma desde la que se debe interpretar el derecho a la igualdad.

Dicha interpretación tendría un fundamento originalista, por cuanto se basa en la idea de que la intención original del constituyente al estatuir la enmienda fue asegurar el bienestar de los afroamericanos mediante su protección frente a la acción hostil de los estados⁷⁰. El mismo sentido se expresa AMAR que invita a entender las enmiendas posteriores a la guerra civil como una forma de rechazo del constituyente a la existencia de una casta degradada de personas y que, por ello, representan una constitución alternativa: “una visión diferente sobre la economía y la democracia de la que aparece en la constitución original”⁷¹. Pero también tendría un fundamento en el propio uso que de la cláusula han hecho los tribunales, ya que los afroamericanos han recibido un nivel de protección que ningún otro grupo ha recibido⁷².

68 Vid. *Craig v. Baren* (1976).

69 Cfr. FISS. “Groups and Equal Protection Clause”, cit., p. 108.

70 *Ibíd.*, p. 147.

71 A. AMAR. “Cuarenta acres y una mula: una teoría republicana acerca de los derechos básicos”, en R. GARGARELLA (ed.). *Derecho y grupos desaventajados*, Barcelona, Gedisa, 1999, pp. 31-39.

72 Cfr. FISS. “Groups and Equal Protection Clause”, cit., p. 147. La misma estrategia emplea respecto de los inmigrantes cuando se dedica a realzar el rol que ha jugado el Tribunal Supremo en la intención de igualar a los inmigrantes (cfr. FISS. “El inmigrante como paria”, en *Una comunidad de iguales*, Buenos Aires, Miño y Dávila, 2002, pp. 23-39). Singularmente en estos casos lo que subraya FISS es que el tribunal realiza un enfoque estructural, como el que realizó el juez BRENNAN en *Pylar v. Doe*, en donde fundamentó el derecho a la educación primaria y secundaria de los niños inmigrantes ilegales, en que la cláusula de igual protección prohibía la creación de una estructuras de cuasi-castas y de una subclase de analfabetos. En principio, esta

Si embargo, esta propuesta de interpretación doctrinal sólo ha recibido esporádicas aplicaciones en la última jurisprudencia del Tribunal Supremo y, en términos generales, está muy lejos de lo que ha sido la práctica general del Tribunal Rehnquist. En cuanto a su aplicación, se ha seguido produciendo en el ámbito de las oportunidades educativas. Quizá la sentencia más representativa de esta tendencia sea *Sheff v. O'Neill* (1996), que supone una reformulación del criterio de la segregación. La tesis consiste en que, según los datos estadísticos, las escuelas que se encuentran en los distritos centrales de las grandes ciudades estadounidenses (*ghetto schools*) resultan *de facto* escuelas con una inmensa mayoría de población afroamericana, en la que se concentran especiales niveles de pobreza y desintegración; por otra parte, estas escuelas reciben una financiación superior a la media, al tiempo que representan uno de los peores ejemplos de rendimiento académico. Por tanto, una educación segregada *de facto* no puede ser una educación de calidad. Tales escuelas resultarían incompatibles con la *Equal Protection Clause* tal y como fue interpretada en *Brown v. Board of Education* (1954), cuando afirmó que la existencia de instalaciones educativas para blancos y negros resultaba inherentemente desigual. La importancia de *Sheff* radica en reconocer como parte del derecho a iguales oportunidades educativas no solo las discriminaciones de *iure*, sino también las *de facto*; en introducir la pobreza como un elemento material en la construcción de las categorías de sujetos desfavorecidos, y no solo la raza, así como en la idea de que la sola financiación (políticas de la redistribución) no supone *per se* una medida correctora si no va acompañada de medidas de índole cultural (políticas de reconocimiento)⁷³.

A pesar de esta y otras aplicaciones esporádicas, la práctica del Tribunal Rehnquist se ha dirigido a no considerar los derechos de las minorías frente a la discriminación (particularmente los derechos sociales, entendidos como derechos a la acción compensatoria) como auténticos vínculos para

tesis no debe limitarse al derecho a la educación, sino que debe extenderse a la salud, la vivienda y la enfermedad (bonos de de comida, vivienda y asistencia médica) (p. 34).

73 Sin embargo, *Sheff* también plantea un problema respecto de la eficacia directa de los derechos, por cuanto entendió que las medidas correctoras adoptadas por el legislador gozan de mayor aceptación que la decisión obligatoria de los tribunales, remitiendo la solución del problema al legislador, que se limitó a ampliar la posibilidad de traslados interdistritales entre los estudiantes, sin atacar el núcleo del problema, que es la segregación, lo que requiere por tanto medidas “desgregacionistas”. *Vid.* al respecto K. BROWN. “After the Desegregation Era: The Legal Dilemma Posed by Race and Education”, en *Saint Louis University Law Journal*, vol. 37; J. E. RYAN. “Sheff, Segregation and School Finance Litigation”, en *New York Law Review*, vol. 74, 1999, pp. 529-573, e ÍD. “School, Race and Money”, en *The Yale Law Journal*, vol. 109, 1974, pp. 249-316. Para un comentario, cfr. M. CRIADO y A. DE CABO. “La actualidad constitucional en Estados Unidos en 1999”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 5, 2000, pp. 280-282.

los poderes públicos, mediante distintas interpretaciones: en primer lugar, una consolidada jurisprudencia sobre la “deferencia” del poder judicial (lo que supone la denegación de la revisión judicial) respecto de las decisiones de la administración en la aplicación de las leyes (lo que se denomina la “doctrina *Chevron*”⁷⁴); en segundo lugar, a través de una reinterpretación de la undécima enmienda (que se denomina *new federalism*), que permite a los estados desconocer leyes federales en materia de derechos civiles, y, por último, a través de una reinterpretación de la decimocuarta enmienda (*Equal Protection Clause*) en un sentido restrictivo e individualista.

La doctrina de la “deferencia” debe entenderse en un contexto de funcionalidad al proceso de desmantelamiento del *Welfare State* que viene produciéndose desde la época Reagan y que se resume en la conocida frase del presidente CLINTON en el *Discurso sobre el estado de la Unión* de 1996: “*The era of the big government is over*”⁷⁵. La actuación del estado federal en Estados Unidos se ha ido desviando hacia las agencias en un proceso ininterrumpido de delegación de poderes en el que, desde 1935¹⁷⁶¹, el Tribunal Supremo no ha invalidado norma delegante alguna proveniente del

74 Sobre esta doctrina, su desarrollo y consolidación jurisprudencial cfr. CRIADO y DE CABO. “La actualidad constitucional en Estados Unidos en 1997”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 1, 1998, pp. 240-246.

75 Conforme a una doble tendencia: el fomento de la inversión, que se produce mediante la competencia fiscal entre estados, a la desregulación y la participación de las empresas en el diseño de las normas administrativas que les son de aplicación; y la introducción de criterios de gestión empresarial en la regulación administrativa, que provoca que los actos administrativos se realicen según sistemas de incentivos a los funcionarios y de evaluación de resultados, incentivos directamente relacionados a la disminución de los perceptores efectivos de las ayudas compensatorias. Esta disminución no se produce por una mejora de los individuos y las familias, sino por el “filibusterismo” de los propios funcionarios. Así, desde la aprobación de la *Personal Responsibility and Work Opportunity (PRWORA)*, se produjo una reducción del 42% de los beneficiarios de los programas de ayuda a la infancia en familias necesitadas entre 1993 y 1998. A pesar del ciclo económico favorable en que la norma se aplicó, se produjo un aumento del 26% de los niños en familias con ingresos inferiores al 50% del nivel de pobreza; la quinta parte más pobre de las madres solteras sufrió una disminución media anual de sus ayudas de 577 dólares entre 1995 y 1997, lo que significa una caída del 6.7%; por último, en 1999 un tercio de los beneficiarios de ayudas tuvo que introducir recortes en sus comidas, y más de un tercio pusieron de manifiesto que en algún momento del año anterior tuvieron problemas para afrontar los gastos de mantenimiento de su casa (para los datos, cfr. M. DILLER. “The Revolution in Welfare Administration: Rules, Discretion and Entrepreneurial Government”, en *New York Law Review*, vol. 75, 2000, notas 4, 5 y 6). Frente al aumento de la eficacia que se suele asociar a estas medidas, vid. J. F. HANDLER. *Down from Bureaucracy: The Ambiguity of Privatization and Empowerment*, Princeton (N. J.), Princeton University Press, 1996.

76 Cfr. *Panama Refining Co. v. Ryan* (1935). Efectivamente, el Tribunal Supremo ha fijado un estándar de revisión extraordinariamente bajo de las leyes de delegación, el llamado *intelligible principle*, según el cual bastaba una mera “pista” sobre el alcance de la delegación. Este mismo estándar se ha aplicado incluso a casos de delegación en la tipificación penal, incluyendo las agravantes que conducen a la imposición de la pena de muerte. Cfr. *Loving v. United States* (1996).

legislador federal. Debe tenerse en cuenta que en la delegación se incluye no solo la capacidad de dictar actos administrativos (*adjudication*), sino también la capacidad normativa (*rulemaking*), controlada por los tribunales en la medida que se ejerza *ultra vires*. Según la “Doctrina *Chevron*”⁷⁷, los tribunales deben ser “deferentes” hacia la interpretación que las agencias hagan de los límites que la ley de delegación establece sobre su capacidad de dictar normas. Esta deferencia se ha venido aplicando después no solo a la capacidad de dictar normas, sino a cualquier actuación de las agencias, lo que suponía la práctica destrucción del enfoque tradicional de la revisión judicial de la actividad estatal⁷⁸.

El *new federalism* consiste en una reinterpretación tanto del apartado 5 de la decimocuarta enmienda (“El Congreso tendrá el poder de hacer cumplir, mediante una legislación apropiada, las menciones de este artículo”) y de la “inmunidad soberana” (*sovereign immunity*) de los estados que se encuentra en la undécima enmienda, que impide a los jueces federales tramitar acciones de los ciudadanos de los estados contra las propias autoridades estatales⁷⁹. Sobre esta base, el Tribunal Rehnquist ha invalidado múltiples leyes federales que regulan derechos prestacionales y derechos de las minorías⁸⁰ por invadir la esfera de inmunidad competencial de los estados, lo que lo convierte en el tribunal más “activista” de la historia estadounidense (si bien en un sentido contrapuesto a como lo era el Tribunal Warren, que tendía a respaldar las leyes sobre derechos civiles del Congreso).

Respecto de la reconsideración de la cláusula de igualdad, se produce un retorno del Tribunal Supremo a un entendimiento de las discriminaciones positivas similar a la que estableciera en *The Civil Rights Cases* (1883), entendiendo que las discriminaciones positivas a favor de las minorías (raciales

77 Cfr. *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council* (1984).

78 Esta línea culmina en *Smiley v. Citibank* (1996), en que se denegaba la revisión judicial de una decisión de una agencia, pese a que había interpretado un término legal (*interest*) de forma contraria a como lo hacen todos los diccionarios jurídicos, las leyes y los precedentes. CASS SUNSTEIN entiende que esta doctrina viola un principio fundamental del constitucionalismo estadounidense: que aquellos que están limitados por el derecho no pueden decidir sobre el alcance de dicha limitación (en *After the Rights Revolution. Reconceiving the Regulatory State*, Cambridge [Mass.], Harvard University Press, 1990, p. 67).

79 Sobre esta política jurisprudencial, cfr. CRIADO y DE CABO. “La actualidad constitucional en Estados Unidos en 1999”, cit., pp. 271-280.

80 Cfr. AMAR. “The Supreme Court Term. Foreword: The Document and the Doctrine”, en *Harvard Law Review*, vol. 114, 2000, p. 84. Entre las más representativas, *Planned Parenthood v. Casey* (1992), *Kimel v. Florida Board of Regents* (2000) (en la que se invalida la aplicación a los estados de la *Age Discrimination in Employment Act*); *City of Boerne v. Flores* (1997) (en la que invalida la aplicación a los estados de la *Religious Freedom Restoration Act* de 1993); *Seminola Tribe v. Florida* (1996) (donde afirma que el Congreso no puede abrogar la inmunidad estatal frente a litigios en tribunales federales derivados de la *Indian Commerce Clause*); *United States v. Lopez* (1995) (donde afirma que la *Gun-Free School Zones Act* excede las facultades del Congreso según la *Commerce Clause*).

o de otra índole) no serían permisibles en la medida en que estimulan los “estereotipos raciales” y la “balcanización social”⁸¹, de suerte que el Tribunal habría tomado nota de la tendencia al reconocimiento de la diferenciación subjetiva a través de las políticas diferenciadas para minorías y de su progresiva estabilización como derechos subjetivos, pretendiendo poner fin a esta deriva.

Ello resulta claro hasta en las sentencias que autorizan las acciones afirmativas, como es el caso de *Grutter v. Bollinger* (2003), en la que se declara que los programas de admisión de la Facultad de Derecho de la Universidad de Michigan superan el test de escrutinio estricto, si bien no sobre la necesidad de restituir el derecho de un grupo que ha sido tradicionalmente preterido en la educación superior, sino en el interés social general de contar con una enseñanza plural y democrática, coherente con la sociedad compleja en la que deberán desempeñar su labor los abogados. En este sentido, resulta muy esclarecedora la presencia de 69 informes de *amici curiae* en *Grutter*, entre los que se encuentran importantes asociaciones empresariales, el ejército y líderes de la comunidad académica. Tanto el Tribunal como la universidad parecen haber acogido, por un lado, lo que ya es una política común en el cine, la televisión y (en parte) el ejército estadounidenses: la presencia de las diferentes minorías raciales como elemento legitimador ante una amenaza creciente de deslegitimación global; y, de otro, lo que se ha demostrado como una necesidad ineludible del mundo de los negocios: la admisión de la fragmentación de mercados por líneas de raza, identidad o comunidad, que deben ser reconocidas en la publicidad, el diseño de productos, etc. Teniendo en cuenta que el acceso a las facultades de Derecho de elite en Estados Unidos es el camino hacia los puestos directivos de la Administración y de los grandes negocios, la vinculación entre pluralidad social e interés público sólo parece reconocerse por el Tribunal una vez que ha sido admitida por las elites implicadas, y en atención a los propios intereses formativos y laborales de esas elites.

Esta jurisprudencia se ha calificado como una “nueva era Lochner”, en referencia a la sentencia de 1905 del Tribunal Supremo⁸² que declaró inconstitucional una ley del estado de Nueva York que establecía una jornada laboral máxima para los panaderos, por entender que atentaba contra su libertad contractual⁸³. A partir de entonces se inauguró un periodo de cuarenta años, conocido como “era Lochner”, en que el Tribunal Supremo sistemáticamente

81 Como se afirma en *Shaw v. Reno* (1993), *Miller v. Johnson* (1995) y *Shaw v. Hunt* (1996).

82 Cfr. al respecto CRIADO y DE CABO. “La actualidad constitucional en Estados Unidos en 2000”, en *Teroía y Realidad Constitucional*, n.º 7, 2001, pp. 332-334, e Íb. “A vueltas con la rama menos peligrosa: la actualidad constitucional en Estados Unidos en 2003”, *ibíd.*, n.º 14, 2004, pp. 462-468.

83 Cfr. *Lochner v. New York* (1905).

invalidó las leyes estatales que intentaron poner remedio a las prácticas laborales abusivas y, en general cualquier ley estatal que intentase regular la vida económica. Como esta jurisprudencia no es susceptible de ser reeditada, porque resultaría contradictoria con las sentencias del “nuevo federalismo”, el mismo resultado se ha obtenido a través de la *Taking Clause* de la quinta enmienda (“no se tomará la propiedad privada para uso público, sin una justa compensación”) invalidando la legislación social en decisiones tan controvertidas como *Del Monte Dunes v. City of Monterrey* (1990).

Esta doctrina, en su implicación federal, intenta contrarrestar los mandatos que muchas constituciones estatales dirigen al legislador para que ponga en marcha leyes y políticas de protección del bienestar de los ciudadanos⁸⁴, por lo que se utiliza la *Taking Clause* para revisar (y por lo general anular) la legislación y los actos de los estados en aplicación de su propia constitución. Pero si de lo que trata esta doctrina es de convertir en absoluta la protección del derecho de propiedad, en él los tribunales también deberían incluir la provisión de las prestaciones sociales⁸⁵, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Warren que consideró las prestaciones del *Welfare State* como una forma de propiedad protegida por la *Due Process Clause*⁸⁶. De esta manera, la tensión o se produciría ya entre un derecho (de propiedad) y una función pública, sino entre dos contenidos de un mismo derecho, que deberán armonizarse de la manera más satisfactoria para los titulares de uno y otro.

Pero la jurisprudencia basada en *Lochner* tiene ulteriores implicaciones para las consideraciones culturales e identitarias. Según DAVID E. BERNSTEIN⁸⁷, la motivación básica de esta jurisprudencia fue la creencia de los jueces de que la Constitución estadounidense contaba con un número indeterminado de derechos no codificados, y que la cláusula de proceso debido protegía dichos derechos⁸⁸, por lo que cuando el Tribunal Supremo comienza a ser más agresivo en su revisión de la legislación estatal no lo hace basándose en principios de *equal protection*, sino que invoca derechos fundamentales protegidos por la *Due Process Clause*. Estos derechos fundamentales no

84 Por ejemplo, la Constitución del Estado de Washington establece mandatos para dictar leyes de protección del trabajo (art. II, § 35), para regular las corporaciones (art. XII, sección primera), la prestación de servicios y las obras públicas (art. XII, secciones 13, 18, 19 y 20), para la prohibición del trust y el monopolio (art. XII, sección 21), para la propiedad pública de los espacio costeros (art. XVII, sección primera), prohibiendo que ciertos bienes del deudor puedan ser reclamados por el acreedor (art. XIX, § 1), y sobre la salud (art. XX, § 1).

85 Conforme al modelo de “nueva propiedad” integrada por la asistencia pública y la seguridad social), de CH. REICH. “The New Property”, en *Yale Law Journal*, vol. 73, 1964, pp. 733 y ss.

86 Cfr. *King v. Smith*, (1968) y *Goldberg v. Kelly* (1970).

87 D. E. BERNSTEIN. “*Lochner* Era Revisionism, Revised: *Lochner* and the Origins of Fundamental Rights Constitutionalism”, en *Georgetown Law Journal*, vol. 92, n.º 1, 2003, pp. 1 y ss.

88 *Ibíd.*, p. 12.

están en la letra de la Constitución, sino que se derivan de la concepción de la libertad propia del *common law*.

Como demuestra el profesor BERNSTEIN⁸⁹, en la literatura jurídica estadounidense de finales del siglo XIX estaba ampliamente aceptada la existencia en Estados Unidos, como en Inglaterra, de una constitución no escrita que confería derechos a los ciudadanos. La discusión radicaba en si dichos derechos eran judicialmente exigibles⁹⁰. Sin embargo, no existía una fórmula para determinar cuáles eran los derechos fundamentales no escritos de los estadounidenses. Los jueces no utilizaban la teoría de los derechos naturales como una fuente de normas constitucionales “sino como confirmación de los derechos que pensaban que estaban insertos en la tradición angloamericana”⁹¹. Y entre los derechos propios de la tradición angloamericana estaba la libertad contractual absoluta, que implicaba el derecho a buscar libremente un empleo sin interferencias del gobierno.

Desde el momento en que la protección de los derechos propios de la tradición angloamericana se incluyó en la decimocuarta enmienda, los jueces del Tribunal Supremo se convirtieron en una suerte de “guardianes” de una determinada cultura en el país más multicultural que existía en el mundo. En *Washington vs. Glucksberg* (1997) el presidente REHNQUIST formuló una opinión (mayoritaria con los votos de los jueces SCALIA, O’CONNOR, KENNEDY y THOMAS⁹²) según la cual, para evitar que la libertad protegida por *Due Process Clause* se convierta en las preferencias políticas de los miembros del Tribunal, únicamente se protegerán “*those fundamental rights and liberties which are, objectively, ‘deeply rooted in this Nation’s history and tradition’ and implicit in the concept of ordered liberty’ such that ‘neither liberty or justice would exist if they were sacrificed’*”.

Cabe preguntarse cuáles son los intereses enraizados en la historia legal y las prácticas de Estados Unidos. La doctrina LOCHNER deja claro que la tradición angloamericana protege la libertad de los individuos, pero no su igualdad, de manera que en la cultura constitucional estadounidense uno tiene libertad para ser pobre, para usar anticonceptivos, para abortar y, desde 2003, para mantener relaciones sexuales con quien sea de su agrado, siempre que suceda en un ámbito de privacidad⁹³. Pero el criterio cultural “tradicción

89 Ibid., pp. 31-35.

90 Como defendía, entre otros, C. G. TIEDEMAN. *The Unwritten Constitution of the United States 77-78* (1890), basándose en la tesis de A.V. DICEY *The Law of the constitution* 125 (2.^a ed., 1886).

91 Cfr. S. A. SIEGEL. “Lochner Era Jurisprudence and American Constitutional Tradition”, en *North Carolina Law Review*, vol. 70, p. 83.

92 De los cuales REHNQUIST, SCALIA y O’CONNOR fueron nombrados por REAGAN, THOMAS por BUSH padre y KENNEDY por GERALD FORD.

93 El Tribunal ha continuado utilizando el debido proceso para proteger el contenido sustantivo de derechos no reconocidos en la Constitución (*substantive due process review*): en

angloamericana” no tiene por qué ser necesariamente extensivo de la libertad de los individuos, sino que puede ser profundamente restrictivo y antidemocrático. Porque, ¿a qué tradición angloamericana nos estamos refiriendo? ¿A la que admite la propiedad del hombre sobre otro hombre esclavo? ¿A la que extermina comunidades étnicas para construir el ferrocarril y permitir que los nuevos colonos gocen de la propiedad, jurídicamente protegida, de tierras que antes disfrutaban los exterminados? ¿A la que desconoce las libertades civiles de la población afroamericana hasta los años sesenta del siglo xx? ¿A la que considera competencia discrecional del presidente financiar, organizar y dirigir un golpe de Estado en Chile?...

Griswold vs. Connecticut (1965) reconoció el derecho fundamental de una pareja a usar métodos anticonceptivos en su ámbito privado, en *Roe vs. Wade* (1973) reconoció la protección del derecho de las mujeres a poner fin al embarazo (originalistas, como la juez GINSBURG, piensan que hubiera sido preferible resolverlo conforme a la *Equal Protection Clause* basándose en la discriminación que supone para las mujeres las restricciones del aborto. Cfr. R. B. GINSBURG. “Some Thoughts on Autonomy and Equality in Relation to *Roe v. Wade*”, en *North Carolina Law Review*, vol. 63, pp. 375 y ss.) y en *Lawrence vs. Texas* (2003) el derecho a mantener relaciones íntimas homosexuales en la vida privada.