

PRINCIPIO DE IGUALDAD: METAMORFOSIS DE UN TÓPICO¹. Hacia una concepción institucional del Derecho².

Serrana Delgado

“No hay ni siquiera dos hombres iguales en el mundo: uno es ambicioso, el otro es dejado; uno es activo, el otro es haragán; uno quiere progresar, al otro le importa un comino seguir toda su vida como un pobre tinterillo. En fin para qué seguir; el hombre es por naturaleza desigual y es inútil pretender fundar sociedades donde los hombres sean iguales. Además observe que sería una gran injusticia: ¿por qué un hombre trabajador ha de recibir lo mismo que un haragán? ¿Y por qué un genio, un Edison, un Henry Ford debe ser tratado lo mismo que un infeliz que ha nacido para limpiar el piso de esta sala? ¿No le parece que sería una enorme injusticia? ¿Y cómo en nombre de la justicia, precisamente en nombre de la justicia, se ha de instaurar un régimen de injusticias? Esa es una de las tantas paradojas, y siempre he creído que debería escribirse largo y tendido sobre el particular”.

“Sobre héroes y tumbas”. Ernesto Sábato³.

1. Introducción a una introducción⁴.

34.000 personas mueren por día por no tener acceso al agua potable, 3800⁵ de los cuales son niños ¡Lo que nos da que mueren 24 personas por minuto por falta de agua!

¹ Cuando uso la palabra metamorfosis no lo hago porque entienda que cabe hablar de una esencia de algo, en materia de Derecho, es decir no creo en una “naturaleza” del principio de igualdad que haya mutado, al estilo de una “tortuga ninja”, simplemente uso una *metáfora desrealizadora* y pretendo subrayar el cambio en el discurso; y cuando digo tópico no lo hago en el sentido despectivo del término, sino simplemente como asunto o tema.

² Cuando aludo a institucional lo hago en los sentidos referidos por Atienza, M. y Ruiz Manero, J. “La dimensión institucional del Derecho y la justificación jurídica”, en Revista Doha, N° 24, Alicante, 2001, p. 123-124

³ Estas son palabras del mefistofélico personaje Molinari de esta novela del maravilloso autor argentino, todavía vivo, gran conocedor del “alma” humana, quien ha incursionado también en Filosofía (además de ser doctor en Química) y que en esta misma obra puede, con una gran elocuencia, criticar a Borges, al que considera además de deshumanizado, un pseudofilósofo, quien habría confundido, en su opinión, el infinito y lo indefinido en su obra “Biblioteca de Babel”; Sábato, E. “Sobre héroes y tumbas”, Sol, Barcelona, 2000, p. 138 y p. 181-186.

⁴ Considero a todo el trabajo una introducción, porque no puedo plantear en este tema tesis cerradas.

⁵ “Se calcula en 20 litros de agua potable diarios (dos cubos) es la cantidad necesaria para asegurar que los niños puedan beber, lavar sus manos para prevenir enfermedades y cocinar una simple comida. Sin eso, los niños y niñas se convierten en una presa fácil de muchas enfermedades que aparecen por el agua sucia y que pueden amenazar sus vidas. *‘Nuestro fracaso a la hora de garantizar dos meros cubos de agua potable por día a cada niño es una ofensa a la conciencia humana. Demasiados niños y niñas están muriendo como resultado de nuestra inercia y sus muertes se encuentran con un silencio estrepitoso’*”, ha manifestado Carol Bellamy, Directora Ejecutiva de UNICEF.

Se estima también que algunos de los hogares más pobres llegan a pagar hasta diez veces más por agua potable, que los hogares más pudientes⁶. Se calcula que en el mundo existen 854.000.000 de personas que están subalimentadas, es decir consumen diariamente menos de 1900 calorías, 824 millones se encuentran en los países en vías de desarrollo, pobres, para decirlo sin eufemismo. 900.000 niños mueren por día como consecuencia de enfermedades causadas por desnutrición⁷. ¡Lo que nos da que mueren por minuto 625 niños!, estas son cifras de la FAO, Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura y de UNICEF, Fondo de las Naciones Unidas para la infancia. La Organización Mundial de la Salud (OMS) estima que un tercio de la población mundial, o sea 2000 millones de personas no tiene acceso regular a medicamentos esenciales⁸. Se estima que hasta el 2002 el VIH/SIDA mató a 2.4 millones de personas en el África subsahariana y dejó 12 millones de niños huérfanos⁹.

Si vamos a cifras de nuestro país tenemos por ejemplo, que en el año 2004 la pobreza alcanzó el 56,5% de los niños de 0 a 5 años. Entre los niños de 6 a 12 años la pobreza llegó al 50,2%.¹⁰, sobre un total de 982.567 menores de edad. En Montevideo, en el año 2005, por ejemplo 3100 niños, niñas y adolescentes se encontraban en situación de calle, en tanto en el interior urbano la cifra llegaba a 4740 niños¹¹. La lista se podía seguir engrosando con la vivienda, la educación y un largo, largo, etcétera. ¡En los aproximadamente cinco minutos que usted empleó para leer estas primeras líneas tenemos que (o sea mientras usted estaba leyendo): 120 personas murieron por no tener acceso a agua potable y 3125 niños como consecuencia de desnutrición; dependiendo de donde uno viva, si tomamos en cuenta la densidad de población de Montevideo, serían más o menos las personas que viven en una manzana (sin edificios, como la mía por ejemplo) y podemos pensarlo en términos de jardín de infantes, ¿cuántos niños tendrá un jardín de infantes promedio de Montevideo? Si tuviese 125 niños, por ejemplo, tenemos que murieron los niños de 25 guarderías de primaria en 5 minutos, en términos comparativos!

Frente a este panorama sencillamente aterrador, no puedo evitar que además de experimentar desconsuelo y responsabilidad, se añada cierto sentimiento de vergüenza por entrar a considerar determinados tecnicismos, como por ejemplo qué tipo de igualdad cabe considerar si la de mínimos, o una equiparación total, etcétera, de la mano de algunos teóricos de la justicia. Porque francamente, estamos años luz, no de la segunda, sino de la primera. Esas cifras que señalé, detrás de cada una de las cuales hay una persona, con expectativas, intereses, deseos, inquietudes y sobre todo necesidades, ¿a qué otra cosa puede referir sino al tema de la igualdad? Ya que el común denominador de todas estas personas es que no tienen *igual* acceso a bienes y servicios como lo tiene el resto de la humanidad. Es decir, son víctimas de una situación de desigualdad en aspectos básicos como agua, alimentos, salud, vivienda, educación, etc. Porque la mayoría de nosotros puede abrir la canilla de su casa y obtener mucho más de

⁶ “El agua esencial para la vida: un bien escaso”, disponible en línea, en <http://www.congde.org>

⁷ Lo que contrasta dramáticamente con el pronóstico de que en EEUU la principal causa de muerte hacia el 2015 será la obesidad. Sin perjuicio de destacar que de los países desarrollados, es el que cuenta con más número de pobres.

⁸ Al respecto puede resultar ilustrativa una película del Director brasileño Fernando Meirelles: “The constant gardener” (2005), “El jardinero fiel” que informa sobre cómo se maneja la industria de los medicamentos.

⁹ “Acceso a medicamentos esenciales. Un problema social, económico, médico y ético”, disponible en línea.

¹⁰ Ver datos del Instituto Nacional de Estadísticas, disponible en línea, en <http://www.ine.gub.uy>.

¹¹ “Niños, niñas y adolescentes en situación de calle en Uruguay ¿cuántos son?”, Gurises Unidos, inédito, Montevideo, 2005.

20 litros de agua por día. Con lo que desperdiciar agua, se volvería una conducta antiética, en mi opinión. Si algún tema vale la pena considerar, es éste.

En el punto que sigue, me propongo analizar las concepciones más conocidas sobre los “Principios del Derecho”, ya que la norma que alude a la igualdad en los textos Constitucionales es tradicionalmente considerada como un “principio”. Pretendo analizar qué implicancias tiene esta afirmación y qué subyace, discursivamente, detrás de tal noción. En el punto 2.1 voy a hurgar en las raíces del problema haciendo referencia a la polémica Hart-Dworkin, de hace ya unas décadas y desde este primer momento creo que queda claro el papel relevante que ocupó en este tema la jurisprudencia. De paso por las concepciones de Carrió, Hernández Marín y Alexy, voy a centrarme en la postura de Atienza y Ruiz Manero, que probablemente en lengua castellana, sean los que más han estudiado el tópico. También voy a considerar, cómo adquiere vigor la teoría de los principios, de la forma inversamente proporcional que la ley va perdiendo su status dentro del mundo jurídico, como paradigma del Derecho. Analizaré la postura crítica que tiene Guibourg sobre el tema y me concentraré básicamente en la postura de Prieto Sanchís, que en mi opinión, presenta algunas objeciones difícilmente atacables.

Con respecto a la igualdad en el punto 3.1 analizaré las derivaciones que tienen los vínculos entre la igualdad y la libertad, y la opinión que sobre esto han manifestado varios autores, así como las posturas más modernas sobre el particular. En 3.2, me referiré a la posición concreta que en el seminario ha expuesto en reiteradas ocasiones el profesor Cafferla, y ensayaré algunas críticas. En los puntos 3.3 y 3.4 analizo la “filosofía” de la meritocracia, de los talentos y virtudes y la “igualdad de oportunidades”, centrándome en el artículo 8 de nuestra Constitución.

En el punto 4 me refiero a las teorías de la justicia de Rawls, Dworkin y Sen y a la idea de igualdad como concepto relacional.

En el punto 5 analizo la concepción del derecho a la igualdad en el pensamiento de Luigi Ferrajoli.

Básicamente sostendré las siguientes ideas¹², a modo de conclusiones tentativas, presentadas por adelantado¹³:

1. Que no cabe desde el punto de vista morfológico trazar una distinción fuerte entre principios y reglas, ya que muchas veces normas que se presentan como reglas cerradas, tienen el mismo grado de indeterminación en el antecedente, que los llamados principios.

2. Que si bien es posible discernir una tendencia en el sentido anterior, en definitiva la distinción parece más corresponderse con un uso lingüístico/discursivo/argumental, para abogar por una mayor participación de los jueces en la tarea de “corregir” las deficiencias legislativas.

3. Que la libertad y la igualdad lejos de ser opuestos, como lo entendieron algunas corrientes liberales, se corresponden y que en definitiva han evolucionado ambos conceptos. Siendo en la actualidad una *corriente*, ver a la libertad como un derecho inclusivo, que en definitiva se resume en “la vigencia de todos los derechos constitucionales de una sociedad democrática”.

¹² Prefiero usar la expresión “idea”, aunque sea más vaga, que “tesis”, pensando en Wittgenstein, quien escribió: “Si se quisiera proponer tesis en filosofía, nunca se podría llegar a discutir las porque todos estarían de acuerdo con ellas”, Wittgenstein, L. “Investigaciones filosóficas”, Crítica, Barcelona, 2002, p. 131.

¹³ Utilizo la metodología del profesor Blanco empleada en el trabajo presentado en este seminario, por entender que es adecuada, en la medida en que permite al lector saber de antemano cuáles son los argumentos sustentados y la posibilidad de realizar un contralor de si están o no fundamentados, a medida que se va examinando. De aparecer al final, sería más engorrosa la tarea.

4. Que lo anterior no implica que no sea útil a los efectos de la capacidad analítica, discernir ambos conceptos. Cuando el profesor Caffera entiende que la igualdad se subsume en la noción de libertad, se debe, en mi opinión, a que no toma en cuenta el estado actual del discurso en la materia y parte de la premisa de sostener que: “igualdad= discusión dogmática local”. Lo que no da cuenta de por dónde pasa la discusión actual y en consecuencia es una visión reduccionista del problema. Aunque el trabajo tiene la inmensa virtud de poner de manifiesto que a lo que la dogmática llamó “principio de igualdad”, en definitiva se resumía en la noción de libertad y en otros postulados retóricos.

5. Que el artículo 8 de la Constitución de la República ameritaría una reformulación, no sólo porque es insuficiente en la medida que consagra simplemente el principio de no discriminación, sino que es deficiente en la medida en que instala en el texto “la filosofía de la meritocracia”, mediante el empleo de los vocablos “talentos y virtudes”.

6. Que no es posible medir de una manera científica el impacto que el talento, las virtudes, o el mérito tienen en las consecuencias vitales de los individuos.

7. Que el principio del mérito no es adecuado para recompensar a los individuos por sus acciones, en la medida en que no es menos arbitrario que la riqueza o la condición social.

8. Que la idea de la igualdad de oportunidades es una falacia, carente de sentido, que en definitiva refiere a la competencia individualista y egoísta que reposa en el mérito y que no puede razonablemente sostenerse que haya una igualdad de oportunidades al mismo tiempo que una desigualdad de resultados. En consecuencia, no debería ser un concepto tomado en cuenta para la igualdad.

9. Que las teorías de la justicia de Rawls y Dworkin en la medida en que son de medios y de mínimos, no resultan adecuadas. La del primero está impregnada de un individualismo epistemológico y por lo tanto no satisface los requisitos de una Ética del discurso. Ambas mantienen la filosofía de la meritocracia, salvo en materia de mínimos y por lo tanto son insuficientes. La teoría de Sen orientada hacia las capacidades y las necesidades, despojándose de los conceptos de mérito, medios y mínimos resulta mucho más adecuada para orientar políticas públicas en materia de igualdad, en la medida en que afirma que es posible realizar comparaciones interpersonales.

10. Que hay que reflexionar en la igualdad (de la mano de su vínculo con la analogía) como una idea relacional, que siempre involucra al menos tres términos, no tan sólo dos, y que debe apuntar a identificar concretamente a la población objetivo y las normas generales, deben ser acompañadas por una tarea judicial cada vez más involucrada en estos temas.

11. Que el derecho a la igualdad (siguiendo la teoría garantista de Luigi Ferrajoli) no es un concepto vacío, ni un discurso con una finalidad meramente retórica o emotiva, y que tiene un contenido normativo concreto.

2. ¿Corresponde una distinción entre principios y reglas antes de la argumentación?

2.1 El principio de la discusión sobre los principios en la Teoría del Derecho. Breve reseña del debate Hart-Dworkin. La regla de reconocimiento, un círculo: ni virtuoso, ni vicioso.

En el seminario sobre “Principio de igualdad”, ámbito en el que se desarrolla el presente trabajo, el show del debate se lo robó la idea de “igualdad” (y a todos nos

pareció bien porque de eso se trataba), pero me parece que valen la pena unas reflexiones sobre la palabra que está antes de esa tan cargada de valor que motivó nuestros acuerdos y discrepancias, y es la noción o el concepto de principio. Especialmente para las ideas que pretendo desarrollar aquí (ya que no sólo el concepto de principio puede impactar de una u otra forma sobre el tópico de la igualdad), pretendo conectar este concepto (igualdad) con la analogía, se me presenta entonces, una necesidad añadida: tanto la teoría de los principios como la de analogía se mueven en el terreno fértil de lo que podríamos, muy gruesamente, denominar “creación del derecho” y entonces no me resulta posible soslayarlo¹⁴. Por eso la conexión entre el “principio de igualdad” y “analogía” se da en dos sentidos: principio/analogía; igualdad/analogía. Pero además y fundamentalmente porque en una concepción institucional del Derecho, la más germinal pensando en la igualdad, deviene fundamental el papel de los jueces, y de la mano de la Teoría de los principios es donde los jueces pueden desarrollar un accionar más “libre” y no por libre, necesariamente arbitrario.

La noción de principio es una de esas nociones que tiene una referencia temporal y espacial que se hace notoria con el solo enunciado, a diferencia de otras. Necesitamos trazar un corte temporal cuando conceptualizamos algo, y entonces todo tiene un principio; algo similar sucede con la referencia espacial, se da una tendencia (con excepciones desde luego) que todo empieza o tiene un principio en un “lugar” definido en el espacio y diferente de él (los objetos, los seres humanos)¹⁵. Pero antes de esto, la idea de principio como fundamento o cimiento de una disciplina no es propio del Derecho. Así en Física, tenemos los principios de gravitación universal (Newton), el principio de la dinámica y equilibrio de los cuerpos, el principio de la conservación de la energía (Joule), el principio de la conversión del trabajo mecánico en calor; el principio de que las leyes de la física son las mismas en cualquier parte del Universo, el principio de la termodinámica (Boyle, Young), etc.; en Biología el principio de universalidad (bioquímica, células y el código genético), el principio de selección natural (Darwin, Russell, Wallace), el principio de diversidad (variedad de organismos y clasificación en cinco reinos), el principio de continuidad (todos los seres humanos tienen un ancestro común), el principio de homeostasis (adaptación al cambio de los sistemas abiertos), etc.; en Música, los principios de armonía, ritmo y melodía¹⁶; en Lógica, los principios de no-contradicción y del tercero no excluido¹⁷. Así se podría seguir con las demás disciplinas, y es más se podrían enumerar principios de corrientes de pensamiento. El Derecho no es la excepción y la dogmática tradicionalmente ha entendido, que el abanico de las distintas materias en las que se aborda el estudio del Derecho se cimienta en reconocer distintos principios al interior de cada rama.

¹⁴ Prieto Sanchís “Ley, principios, derechos”, Instituto Bartolomé de las Casas, Dykinson, 1998, p. 47-68

¹⁵ Así se pregunta y se responde Guibourg: “¿Qué son el espacio y el tiempo? Son criterios que utilizamos para ordenar los objetos ¿El tiempo y el espacio forman parte de la realidad externa o son meros criterios creados por nuestra conciencia? Nosotros construimos esos criterios a partir de ciertos datos de la conciencia que son comunes a todos los sujetos, de modo que, si tengo que elegir, prefiero decir que ellos integran la experiencia y provienen de la realidad externa, de modo semejante al de los objetos”, en “La construcción del pensamiento. Decisiones metodológicas”, Colihue, Bs. As., 2006, p. 49-55.

¹⁶ Al respecto puede verse Weber, M. “Economía y sociedad”, FCE, México DF, 2005, p.1118-1183. Dedicó el apéndice de su obra a “Los fundamentos racionales y sociológicos de la música”.

¹⁷ Una explicación muy simplificada de estos principios puede verse en Politzer, G., “Principios elementales de la filosofía”, Gradifco, Bs As., 2004, p.117-120.

En 1967 aparece el artículo de Dworkin: “Is the law a sistem of rules¹⁸?” Este trabajo tiene la única virtud ¹⁹(aunque no menor) en mi opinión, de volver a escena²⁰ con una vocación bastante más “universal”²¹, la discusión sobre qué “cosas” componen el Derecho y específicamente la importancia o el papel de los principios. Se trata, como conocemos, de una posición en contra de la sustentada por su antecesor en la cátedra de Oxford, Hart (“The concept of law”²²) quien pensaba en el derecho como un sistema de reglas, con su “regla de reconocimiento” o regla de pedigrí u origen. A esto, como es notorio, sucedió un debate entre ambos autores²³, en el que los dos parecieron ceder algo, aunque se mantuvieron en sus posiciones.

Así Dworkin, abre el debate con el célebre caso Riggs versus Palmer, el nieto que mató al abuelo y se presentaba a solicitar la posesión de la herencia porque no había ninguna norma en Nueva York en 1889 que lo impidiera, pese a que éste había reconocido ser el autor del homicidio y sin embargo el tribunal no se la concedió invocando un principio que se resumiría así: “a nadie debe permitírsele obtener provecho de su propio fraude o sacar ventaja de su propia trasgresión”. Sin embargo, señalan Atienza y Ruiz Manero que la invocación de este caso es contradictoria con dos de las principales ideas que el autor maneja para defender su tesis sobre los principios. Esto es: según Dworkin cuando se da que una regla es válida y aplicable al caso, esta debe sin más solucionarlo y que nunca los principios son suficientes para motivar una decisión judicial por sí solos. Estos dos extremos se dieron en el caso paradigmático que escoge el autor para fundar su tesis y sin embargo el tribunal no lo resolvió de ese modo, o sea aplicó un principio y no la regla válida (es decir la permisión), y todavía nada más que un principio²⁴.

Dworkin sostuvo que el Derecho es un agregado compuesto por reglas y principios. Que los principios a diferencia de las reglas no exigen un comportamiento específico, sino que operan como estableciendo una meta a alcanzar y específicamente una mejora en algún aspecto económico, político o social. No son aplicables a la medida del todo o nada. No establecen condiciones que de cumplirse tengan determinada consecuencia. Lo que sí establecen es una razón para decidir en un sentido, pero no “obligarían” a una decisión. Los “contraenunciados” de los principios no son excepciones. Los principios tienen un peso, a diferencia de las normas que en la concepción de Hart son razones perentorias para la acción (razones protegidas en la versión de Raz), peso que habría que ponderar. Aunque, quien probablemente más haya trabajado esta idea de ponderación sea Alexy²⁵. Para Dworkin la regla de reconocimiento o pedigree propuesta

¹⁸ Este artículo publicado originalmente en 1967, fue recogido posteriormente como capítulo 2 en “Taking rights seriously” (1978), hay traducción en castellano: Dworkin, R. “Los Derechos en serio”, Ariel, Barcelona, 2002.

¹⁹ Dworkin es para mí un autor que maneja bastante rústicamente sus argumentos, aunque hay que reconocer que es uno de los filósofos del Derecho más influyentes en la actualidad, probablemente el más.

²⁰ Digo “volver” porque uno de los autores relevantes que con anterioridad había tratado el tema fue Esser, y esto no dudan en señalarlo varios de los autores que tratan el problema.

²¹ Esto más que mérito de Dworkin se debe a la universalidad de la lengua en la que habla, como lo señala Haba en “Rehabilitación de un no saber en la actual Teoría del Derecho. El bluff Dworkin. Retorno al realismo ingenuo y al apogeo del efecto- Vicente, lanzados por una reencarnación más del Prof. Beale”, en Revista Doxa, N° 24, Alicante, 2001, p. 165-201

²² Aparecido en el año 1961 Hart, H.L.A. “El concepto del Derecho”, Abeledo Perrot, Bs. As, 2004.

²³ Al respecto puede verse Hart –Dworkin “La decisión judicial”, Siglo del hombre editores, Universidad de los Andes, 1997 p. 54 a 61, aquí se recoge el trabajo de Dworkin: “Cómo el Derecho se parece a la literatura” y el trabajo de Hart: “Postscriptum”.

²⁴ Atienza y Ruiz Manero: “Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos”, Ariel, Barcelona, 1996, p.2

²⁵ Alexy, R. “El concepto y la validez del Derecho”, Gedisa, Barcelona, 2004, p.161-174.

por Hart, no es útil para identificar a los principios, no tendría el olfato necesario. La idea de todo o nada que emulan las reglas, no está presente en los principios que más bien tendrían un “peso”²⁶. También los principios, y no sólo las reglas confieren derechos y demandan obligaciones y quizás lo que a mí más me importa en estas reflexiones: los jueces toman sus decisiones en base a principios²⁷. Sobre todo, en lo que Hart denominó *casos difíciles* por oposición a los *casos fáciles*. Los primeros serían aquellos para los que el ordenamiento jurídico cuenta con una solución. Los segundos aquellos para los que no hay una prevista, por lo menos no enunciada en una regla. A esta clasificación Manuel Atienza le agregó la de *caso trágico*, aquél en que la solución prevista en el Derecho va en contra de alguna pauta moral de quien tiene que decidir²⁸.

Hart en su Postscriptum, fundamenta lo que él denominó *positivismo suave* (por oposición al *positivismo del hecho evidente* que el estadounidense le atribuyó), que defendió como una teoría no semántica y no interpretativa, y anticipa: “intento responder a algunas de las amplias críticas suscitadas por Dworkin en muchos de los artículos seminales recopilados en sus libros ‘Taking Rights Seriously’ (1977), ‘A Matter of Principle’ (1985) y ‘Law’s Empire’ (1986). Aquí me he centrado particularmente en las objeciones de Dworkin, pues no sólo ha argumentado que casi todas las tesis importantes de este libro están equivocadas, sino que se opone a la idea misma de una teoría del Derecho y a su propósito implícito”²⁹. Quiero poner énfasis en la acusación que Hart le hace a Dworkin en cuanto a que “se opone a la idea misma de una teoría del Derecho”, con todo lo que esta afirmación implica.

Según Hart, su regla de reconocimiento especifica “alguna característica o características cuya posesión por una regla es considerada como una indicación afirmativa de que es una regla”. Quiere decir, que las reglas para preciarse de ser tales deben satisfacer los criterios establecidos en esa *regla de reconocimiento*. En este sentido le reprochaba Dworkin a Hart conceptualizar el Derecho como un conjunto de reglas (entendiendo por regla, por ejemplo, la norma que establece que no se puede conducir a una velocidad superior a 80 km. por hora), que funcionaba del modo que si se cumplía la condición “c”, debía cumplirse el resultado “r”, que lo llevaba a afirmar que nada que no fuese una regla así formulada podía integrar el Orden Jurídico.

Para Hart, la “teoría del Derecho” propuesta por Dworkin iba por la ruta del *convencionalismo*, del *pragmatismo jurídico* y del *Derecho como integridad*. En definitiva, una “teoría” valorativa y justificativa. Sostiene Dworkin: “una distinción radical entre evaluación y descripción ha debilitado la teoría del Derecho”³⁰. Para Dworkin la teoría del Derecho propuesta por Hart es semántica o adolece de lo que llamó *aguijón semántico*, por la que el Derecho tendría tantos significados como personas hay. Para el inglés, sin embargo esta crítica de Dworkin se debe a que no distinguió *significado* de un concepto, con las formas de su *aplicación*. Reconoce que en los sistemas jurídicos como el de Estados Unidos puede incorporar como criterios últimos de justificación además de la *regla del linaje*, valores o criterios de justicia sustantivos. A la crítica de que el positivismo tiene una veta de *teoría interpretativa* en una versión de *convencionalismo*, que entiende al Derecho como hecho fijado de una manera incontrovertible, que se asienta en una convicción compartida por jueces y abogados, reaccionó Hart sosteniendo que esta crítica de Dworkin, proviene de que

²⁶ Preguntarse dónde adquirir la balanza a esta altura del discurso no parece una pregunta capciosa.

²⁷ Dworkin, op. cit., p. 61-101, conviene decir que en la traducción española, la nomenclatura suele aludir a normas por oposición a principios.

²⁸ Atienza, M.” Los límites de la interpretación judicial. De nuevo sobre los casos trágicos”, en Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, N°6, abril de 1997, Alicante, p. 7-30

²⁹ Hart- Dworkin, op. cit., p.90

³⁰ ídem, p. 94-95

trasladaría ilegítimamente su tesis de que el Derecho sólo sirve para justificar la coerción, cuando en realidad Hart no se preocupa por encontrarle ningún sentido al Derecho, más allá de suministrar una guía para la conducta humana.

Hart en definitiva, sostiene que las reglas no son sólo los enunciados del tipo “la velocidad máxima...”, y que el concepto de regla es bastante más amplio y no por eso dejan de ser reglas y que todas poseen una textura abierta; que en todo caso es predicable también de las reglas, la dimensión de peso y que la propia regla de reconocimiento es periféricamente indeterminada.

Resulta difícil saber, si el pronóstico de Nino³¹, de que la discusión entre iusnaturalismo e iuspositivismo está superada después de los trabajos de Dworkin, es así. Parece que hoy se podría definir el centro del debate en el concepto de neoconstitucionalismo³² y parece que es necesario reconocer que el paradigma de la ley como la fuente más prominente del Derecho se haya en crisis.

Preguntarse por los fundamentos parece algo de lo que no podemos prescindir. Así tanto Bulygin como Ruiz Manero³³ entendieron que Hart fundamentaba de una manera circular la *regla de reconocimiento*. Para Ruiz Manero el fundamento de esa norma tenía que estar necesariamente fuera del Derecho. Plantea la necesidad de acudir a normas morales, como una vía de escape necesaria. Para Bulygin, en la concepción del orden jurídico como sistema debe de haber necesariamente una regla que funcione como un axioma, es decir que no sea necesaria su justificación para que el sistema tenga un sentido. Una regla que sea la última en ser usada. Sostiene Guibourg, que al ser el sistema normativo un sistema deductivo, la regla vista desde dentro del sistema siempre va a tener una justificación circular. Por eso Hart va a distinguir el *punto de vista interno* del *punto de vista externo*. Discernir ambas perspectivas me animo a decir que es uno de los grandes logros de la Teoría del Derecho y resulta imprescindible su discernimiento para la propia teoría. Así, una cosa es la mirada del operador, del que trabaja con las normas, y otra la del observador que la ve de afuera. Con la vista desde dentro, no es posible referir a la norma de reconocimiento, la validez o invalidez, porque es ella misma la que decide ese criterio. Por eso Bulygin se esfuerza, con una visión intrasistémica, por encontrar una justificación a dicha regla. Aceptada que está, entonces funciona como un axioma. En cambio, Ruiz Manero se pregunta por la propia justificación de la asunción de esa premisa, de esa regla primaria, porque tiene la mirada desde afuera, una mirada extrasistémica. Esto es, le preocupa saber si esa regla es aceptada por la Comunidad en la que se desempeña.

Otra distinción importante para la teoría del Derecho es diferenciar los tipos discursivos. Así, dicho muy simplificado, el discurso “descriptivo” se resume a describir o dar cuenta de los hechos, y el discurso prescriptivo por el contrario es estipulativo, no describe ni informa, sino que prescribe. En una sutil e importante distinción Guibourg sostiene que la regla de reconocimiento en Hart opera como un *enunciado prescriptivo* o estipulativo desde *dentro* del sistema y como un *enunciado descriptivo* desde *afuera*, porque da cuenta de que esa norma se apoya en determinada convención social.

Esta última cuestión es la que le preocupa a Ruiz Manero y en tal sentido si la regla de reconocimiento refleja realmente esa convención, entonces será verdadera. En opinión de Guibourg, tanto Kelsen como Hart, usan la *norma fundamental* o *regla de*

³¹ Nino, C. “La validez del Derecho”, Astrea, Bs. As. , 2000, p.p. 145-174.

³² Prieto Sanchís, L. “Justicia constitucional y Derechos Fundamentales”, Trotta, Madrid, 2003, p.175-216. .

³³ Debate reseñado por Guibourg, G., “Hart, Bulygin y Ruiz Manero: tres enfoques de un modelo”, en Revista Doxa, Nº 13, Alicante, 1993.

reconocimiento un *techo* del sistema jurídico y al mismo tiempo un *gancho* para colgar de ella la realidad. La lógica, la matemática y la geometría no tienen los mismos problemas con la realidad que el Derecho, porque aceptan sin más que parten de axiomas, que no necesitan demostración porque además, tal demostración no daría ninguna utilidad. El sistema parte de axiomas que guardan relación con las proposiciones que se derivan, pero no nos aporta razones para pronunciarnos por qué se eligieron tales axiomas, tales conjuntos, o sea, no hacen implícitos los criterios de preferencia. Es necesario advertir que nos movemos dentro de modelos y por lo tanto la relación que el modelo tenga con la realidad va a ser un tanto conflictiva, en la medida en que no va a ser exacto, si lo fuera no sería un modelo³⁴.

Guibourg señala que habrá modelos más preferibles que otros, aunque todos por ser tales serán una representación empobrecida de la realidad. Que lo que nos lleva a elegir un modelo es su grado de *correspondencia*³⁵ con la realidad. Lo que Guibourg no menciona, explícitamente por los menos, es que esta suerte de mediación o de correspondencia entre la realidad y el modelo, se da a través de un medio, de capital importancia para todas nuestras consideraciones en este ámbito: el lenguaje. Termina concluyendo que el modelo, no sólo se escogerá por el criterio de la correspondencia, sino también por el de la utilidad y simpleza. Pero sobre todo, porque como conocemos la realidad en base a modelos, seguramente escojamos un modelo parecido al anterior que teníamos. Me permito agregar la siguiente reflexión: este extremo explica por qué no es común que asistamos a un cambio de paradigma al decir de Kuhn³⁶, por qué es tan raro acudir a una verdadera revolución científica. Sólo cuando la deficiencia del sistema, construido sobre la base de un modelo es tan enorme, creo que acudimos a tales cambios.

2.2 La explicación de Carrió³⁷ de los principios a través de la ley de ventaja del fútbol y Hernández Marín: cuasiproposiciones: ¿cuasiprincipios?.

Para proponer su modelo sobre las reglas Carrió empieza con un ejemplo no jurídico: el de la ley de ventaja del fútbol. De esta forma pedagógicamente interesante el autor argentino reflexiona que en el fútbol existen reglas, como la regla del *hand* que establece que en la zona demarcada como el área sólo puede tocar con la mano la pelota el arquero y que si lo hace cualquier otro jugador la sanción será el penal, que consiste en un tiro directo al arquero desde una distancia de once metros. Así, una agresión física de un jugador a otro jugador, denominada *foul* es sancionada, dependiendo del tipo de infracción, en la mayoría de los casos, con un “tiro libre directo”. También está la infracción de *off side*, etc.

³⁴ Idem, p. 432

³⁵ La idea de correspondencia es una idea fuerza que ocupa un lugar importante en estas consideraciones y aporta bastante a las tesis de fondo de mi trabajo. Quiero simplemente recordar que esta noción de correspondencia fue por ejemplo, la que permitió el pasaje de la poesía del siglo XIX al XX, con el célebre poema de Charles Baudelaire “Correspondencias” integrado en el libro “Las flores del mal” que pese a haberse escrito en el Siglo XIX fue considerado como la apertura al nuevo siglo y a un cambio en el paradigma de la poesía hasta el momento, ya que conectó al poeta con la poesía, con el mundo exterior y marcó el nacimiento de la época moderna en el género lírico. Pienso sostener que la noción de correspondencia y de relación es muy importante para la noción de igualdad y es un punto fuerte de contacto con la analogía.

³⁶ Kuhn, T. “La estructura de las revoluciones científicas”, Fondo de Cultura Económica, México, 2002.

³⁷ Carrió, G., “Notas sobre Derecho y lenguaje”, Lexis-Nexis, Abeledo-Perrot 2006, Bs. As. , p. 199-201.

Ahora, la que nos importa, es la regla denominada “ley de ventaja” que nos dice que una infracción no será sancionada en la medida en que el jugador al que le cometen la falta esté en una situación de ventaja, o sea que la falta que le hicieron sea ineficaz; el jugador sigue con la pelota, pero además se trata de una jugada con cierto riesgo de que termine en gol. Por lo tanto, si el árbitro la sancionara, perjudicaría al equipo que se la cometieron y entonces, pese a que se produjo una infracción, resulta que no hay una sanción. En este sentido se trata de una regla que cumple una función diferente a las otras. Esta regla no habría estado recogida en el reglamento original, se incorporó como resultado que los jueces la aplicaban con frecuencia, lo que Carrió llama “jurisprudencia referil”.

Tal regla presenta cuatro características fundamentales, por las que según él presenta una conexión con los principios. En primer lugar, refiere a la aplicación de otras reglas (la de la mano, la del off side) y en este sentido sería una regla de segundo grado. Como los principios que implican la existencia de otras reglas y suelen abordarlas, como en el caso Riggs versus Palmer de Dworkin. En segundo lugar, es una regla que a diferencia de las otras está dirigida al árbitro y no a los jugadores. Ya que no es posible sostener que esta regla opera como autorizando a los jugadores a cometer faltas ineficaces. Del mismo modo que los principios, más bien se hayan orientados a la conducta del juzgador y no tanto a la de los “súbditos”, o sólo secundariamente hacia ellos. En tercer lugar, se trata de normas que funcionan como una excepción a las reglas de primer orden, para restringir el alcance de éstas y para justificar el accionar del árbitro. Algo similar se puede decir de los principios jurídicos. Por último, presentaría cierto grado de “neutralidad tópica”, o de indiferencia de contenido, ya que se la usa para restringir conductas distintas. De una forma “analógica” funcionó el principio sobre el que se basó la solución del caso Riggs versus Palmer³⁸.

Para Hernández Marín³⁹ los principios son cuasiconceptos o cuasiproposiciones. Se trataría de normas sin disposiciones que las expresen. Para él las normas son proposiciones y las disposiciones son enunciados. Los principios son proposiciones sin enunciados que las expresen, por eso son “cuasiproposiciones”.

Para entender la concepción del autor sobre los principios se impone un somero repaso de aspectos básicos acerca de las entidades lingüísticas. En grandes categorías, dichas entidades se pueden separar en símbolos y expresiones. Los símbolos son grafismos, cuya forma más elemental son las letras en un lenguaje natural y la forma última las palabras. Las expresiones son una cadena finita de símbolos de ese lenguaje. Dentro de las expresiones, a su vez corresponde distinguir dos clases: los términos y los enunciados. Pero antes, distingue el autor español aquellas expresiones que están mal formadas (según las reglas de la sintaxis del lenguaje en cuestión) y las bien formadas, dentro de las primeras pone el ejemplo de la expresión “el satélite de la tierra” y de las segundas “Júpiter es el satélite de la tierra”. Diferencia a su vez a los términos descriptivos, que son los que tendrían sentido por sí mismos, como los nombres propios, de los no descriptivos, que son los que no tendrían sentido por sí mismos, como las preposiciones y las conjunciones. Por término entiende los símbolos descriptivos y los no descriptivos⁴⁰.

Considera que son enunciados aquellas expresiones que tienen un sentido completo y están bien formadas. En el lenguaje natural, las oraciones son enunciados y en el lenguaje artificial lo son las fórmulas. Son entidades lingüísticas las expresiones de un

³⁸ Carrió, g., op. cit., p.200-208

³⁹ Hernández Marín, R. “Introducción a la teoría de la norma jurídica”, Marcial Pons, Madrid, 2002, p.102-104.

⁴⁰ Idem, p.48-49

lenguaje que están bien o mal formadas, que tienen un sentido completo por sí mismas o no. Es decir toda “conjunción de símbolos”.

Para distinguir una entidad semántica se hace necesario, en su opinión referir al sentido de una expresión. Propone el autor el ejemplo de la palabra “mesa”. Está claro que el sentido de esta palabra no es en sí mismo el vocablo “mesa”, ni tampoco el objeto que refiere, que puede ser de distinto tipo de material. Entiende que el sentido no es una idea subjetiva propia de un sujeto en particular (de ser así la comunicación sería imposible), y tampoco es algo que esté en el mundo de los objetos, es decir no es un suceso o un evento.

Entiende entonces, que el sentido es aquello que está en el reino de las ideas, que son entidades que existen objetivamente y que esas entidades ideales o abstractas son las *entidades semánticas*⁴¹. Dentro de las entidades semánticas discierne a los conceptos y a las proposiciones. Los conceptos serían el sentido de un término, y las proposiciones el sentido de un enunciado. Una proposición estaría integrada por conceptos, así como un enunciado estaría integrado por términos. Por eso las proposiciones y los conceptos son entidades semánticas como los enunciados y los términos son enunciados lingüísticos⁴².

Señala además que debe considerarse como categoría de análisis a las cuasientidades que no son, ni entidades lógicas, ni lingüísticas, ni matemáticas. Se daría el caso de ciertas entidades que tienen un parentesco con las semánticas pero que se diferencian de ellas, en tanto no tienen una expresión que las exprese. Por eso son cuasientidades. Dentro de éstas a su vez, cabe distinguir los cuasiconceptos y las cuasiproposiciones. Con respecto a los primeros, así como los conceptos son los sentidos de un término, los cuasiconceptos serían, en opinión del autor, el sentido de un término, pero sin que exista un término que lo exprese. Pone como ejemplos las propiedades “blancura” y “sabiduría”, con independencia de que existan cosas blancas o sabias. Así las cuasiproposiciones son como las proposiciones, pero sin un enunciado que las exprese.

Cita el autor como ejemplos de los principios generales del Derecho, en tanto cuasiconceptos a la equidad, a la igualdad, a la buena fe. En cambio las fórmulas como las que rezan que nadie puede enriquecerse injustamente, o que nadie puede abusar de sus derechos, serían cuasiproposiciones. En ambos casos son entidades cuasisemánticas. Entonces por más que “el legislador” utilice los enunciados de buena fe o de equidad, tales principios son algo diferente a estos enunciados, en la concepción del autor. Además serían algo diferente al propio “sentido” que tendrían tales enunciados.

2.3. La concepción de los principios jurídicos de Atienza y Ruiz Manero: los principios en sentido estricto y las directrices. ¿Una distinción estricta? Alexy y el peso específico de los principios. ¿Dónde encontrar la balanza?

Distinguen estos autores las reglas de acción, que son aquellas que establecen permisiones o imponen mandatos, y se caracterizarían por tener un antecedente y un consecuente o solución normativa. El primero, a su vez se divide en una acción y por otro lado una calificación de esa conducta como permitida, prohibida u obligatoria (los llamados operadores deónticos). Tanto el antecedente, como el consecuente son un

⁴¹ Entiendo que esta forma en que presenta Hernández Marín su teoría sobre la ontología jurídica es defectuosa y puede llevar a malentendidos. Sobre todo no me parece acertado adoptar esta postura de tipo platónico. Me parece mucho más convincente la teoría de Frege, que tendremos oportunidad de ver brevemente más adelante, que distinguió entre símbolo/sentido/referencia/representación de la referencia.

⁴² Hernández Marín, op. cit., p. 52-54.

conjunto de propiedades cerradas, en el sentido que dadas tales o cuales circunstancias establecidas por la norma, debe darse determinada consecuencia⁴³. El intérprete o el aplicador del Derecho, no podría asumir una conducta diversa. Por ejemplo, si se da el caso que se produce la transferencia de un bien o servicio que da a aquel a quien es transferido la posibilidad de disponer económicamente de dicho bien o servicio como si fuera su dueño se habrá configurado el hecho generador del IVA y la consecuencia será que se deberá abonar tal suma de dinero, no cabría otra solución. Sin embargo, todos sabemos que en muchos casos a las normas, que no están formadas por otra cosa que por el lenguaje, no le son ajenos los problemas de ambigüedad y vaguedad que éste presenta⁴⁴.

Por otro lado, distinguen los autores españoles, las reglas de fin, que se caracterizan en su consecuente no por imponer una conducta, o una omisión, o establecer una permisión sino por propiciar determinado *estado de cosas*⁴⁵. Por ejemplo, pensemos en una norma administrativa que impone que los funcionarios de la Dirección General Impositiva tienen que lograr determinadas metas de recaudación o capacitarse para la Reforma Tributaria, éstas normas tienden a producir determinado estado y probablemente también propiciarán a que se dicten otras normas que establezcan los medios para alcanzar esos fines. Sin embargo, no sólo en nuestro Ordenamiento Jurídico⁴⁶ dentro de las categorías normas están las reglas de acción y las de fin, también estarían, en opinión de los autores, los principios, y dentro de éstos a su vez distinguen los autores, entre: *principios en sentido estricto y normas programáticas o directrices*. Los principios justificarían la existencia de determinada regla de acción o de fin. Así, en lo que refiere a la regla de acción del hecho generador del IVA, lo que lo justifica y explica es el principio de legalidad, que a su vez se fundamenta en la libertad del ser humano; lo que justifica la regla de fin de alcanzar determinadas metas recaudatorias o profesionalizarse en la Reforma Tributaria, es el principio de una Administración Tributaria eficiente, principio consagrado por ejemplo en el Decreto 166/005, artículo 1.

Sin embargo, también cabe distinguir los principios que regulan conductas. Estos principios van dirigidos no ya a un universo infinito de sujetos, sino a aquellos que tienen la responsabilidad de establecer o aplicar determinadas normas para resolver casos específicos, la dimensión directiva de los principios se hace manifiesta cuando por ejemplo no existen reglas de conductas aplicables a un caso determinado, cuando éstas son ambiguas o vagas, o cuando las propias reglas parecen estar en conflicto con los principios del sistema. En el antecedente de este tipo de normas no se encuentra un conjunto de propiedades cerradas, sino la oportunidad de aplicar determinado consecuente. Así, el principio de legalidad, establece que siempre que se cree un tributo, está por ejemplo prohibido que tal conducta (la de crearlo) sea realizada por el Poder Ejecutivo. Pero lo característico de los principios es que determinan que sea necesaria la deliberación del aplicador del Derecho (juez, Administración). Específicamente el juez, muchas veces tiene que hacer una ponderación entre principios para poder crear una regla (la sentencia).

⁴³ Atienza, M. y Ruiz Manero, J., “Ilícitos atípicos”, Trotta, Madrid, 2006, p. 17.

⁴⁴ Por ejemplo puede consultarse Blanco, A. “Lenguaje, ciencia y principios económicos en los tributos”, en Revista Tributaria, T. XXXIII, Número 195, IUET, Noviembre- Diciembre 2006, p.783-806.

⁴⁵ Atienza, M. y Ruiz Manero, J., “Ilícitos ...”, cit. p. 17. y 18.

⁴⁶ En cuanto al concepto de Ordenamiento Jurídico, que se trata de un término pacíficamente usado en nuestra dogmática, quiero destacar que hay autores como Enrique Haba, que cuestionan la idea del Derecho como un Orden o Sistema, véase al respecto: Haba, E. “Racionalidad y Método para el Derecho: ¿es eso posible?” en Revista Doxa, N° 7, 1990, Universidad de Alicante, 2001. Tendré ocasión de tratar el problema cuando analice el concepto de analogía y en forma especial el de *laguna*.

Las normas (como razones para la acción) tienen una dimensión directiva y una justificativa. Ordenan una conducta o una omisión, pero al mismo tiempo juzgan esa conducta como valiosa o disvaliosa. Para estos autores, la dimensión justificativa es la que explica la directiva. En una postura contraria a la del positivismo normativista de Kelsen, porque determinada conducta es disvaliosa, por eso está prohibida y no a la inversa.

Se puede calificar como ilícito tanto una conducta (obligatoria o prohibida) como una determinada consecuencia, producto de determinadas acciones u omisiones. Así, si no se alcanzan determinadas metas recaudatorias, lo ilícito será no haber alcanzado determinado estado de cosas. Necesariamente la conducta ilícita, debe ser opuesta a una *norma regulativa de mandato*. La conducta referida a una *norma constitutiva* nunca puede ser ilícita. Las normas constitutivas establecen que cumplidas determinadas condiciones se producirá determinado cambio normativo. Así, si determinadas personas cumplen determinados requisitos, estarán casadas. Contra estas normas no cabe una conducta propiamente ilícita, estarán mal o bien usadas, y en consecuencia se producirá o no el cambio⁴⁷.

Dentro de los principios, que es lo que aquí más nos importa, los autores españoles distinguen varios sentidos en los que puede usarse la expresión “principios”⁴⁸. En primer lugar, como norma muy general que regula casos cuyas propiedades relevantes son muy generales, como entre nosotros por ejemplo el artículo 1291 del Código Civil que hace referencia a la categoría jurídica de los contratos. En segundo lugar, puede ser usada en el sentido de norma redactada en términos especialmente vagos. Por ejemplo, sería el caso, entre nosotros, del artículo 1321 del código Civil que regula lo que se conoce como “abuso de derecho” (aunque la norma específicamente refiere a “exceso”), sin determinar qué hay que entender por exceso. Considero oportuno resaltar que existen muchas normas que son especialmente vagas o indeterminadas y no creo que sea posible sostener (inclusive desde una mirada dogmática) que nos hallamos frente a un principio. Por ejemplo el artículo 10 de la ley número 12.597 que establece que en caso de notoria mala conducta no tiene el trabajador derecho a indemnización por despido. La norma no dice qué debe entenderse por notoria mala conducta. Sin embargo si se repasa la jurisprudencia de los últimos años, se puede apreciar que los jueces están claramente alineados y que en dos conceptos fundamentales basan la hipótesis de que se ha configurado notoria mala conducta⁴⁹. En tercer lugar, la noción de principio como norma programática que estipula la necesidad de perseguir determinados fines. En nuestro Derecho, el artículo 57 de la Constitución (“La ley promoverá la organización de sindicatos...”) es un buen ejemplo. En cuarto lugar, principio como norma que expresa los “valores” de una sociedad y los autores españoles citan el caso de la igualdad. En quinto lugar, principio como norma que está dirigida al aplicador del Derecho, que señala cómo debe interpretarse una norma. Sería el caso entre nosotros del denominado “principio protector” (derivado del artículo 53 de la Constitución) que ha tenido amplia recepción en la jurisprudencia y sostiene, en su vertiente de regla “in dubio pro operario”, que en caso de duda en la interpretación de una norma debe darse a ésta e sentido que más beneficie al trabajador. En sexto, y último lugar señalan los autores españoles, principio como “regula iuris” como máxima de ciencia jurídica, que

⁴⁷ Atienza, M. y Ruiz Manero, J., “Ilícitos ...”, cit. p. 18-20.

⁴⁸ Valencia, H. ”Nomoárquica principalística jurídica o los principios generales del Derecho” , Temis, Bogotá, 1993; este autor señala “la recóndita polisemia de los principios”, ver p. 31 y 32.

⁴⁹ Este caso, junto con el de la figura del despido abusivo o del despido especialmente injustificado (para quienes pensamos que despedir no es un derecho y por lo tanto no puede verificarse ningún abuso), es un caso paradigmático de creación de derecho por los jueces.

persiga la sistematización del orden jurídico. Sería el caso, de la máxima de “racionalidad del legislador” una clara ficción, en mi opinión, pero no por eso carente de sentido⁵⁰.

Como propuesta de clasificación, los autores españoles proponen a los sentidos expuestos en tercer y cuarto lugar; es decir a los principios en sentido estricto y los principios como normas programáticas y directrices. Los ejemplos de la igualdad y de la promoción de los sindicatos. Esto por tener estas acepciones, las notas de exhaustividad y exclusión, en el entendido de que ambos sentidos no se pueden emplear al mismo tiempo en un único contexto argumental. Otra propuesta de clasificación consiste en distinguir los contextos. Tomando una propuesta de Alchourrón y Bulygin, distinguen el contexto del súbdito o también llamado sistema primario, y principios en el contexto del sistema del juez. Deviene relevante entonces, diferenciar aquellos principios que están dirigidos al “común” de los ciudadanos y aquellos que están orientados a normar la conducta de quienes tienen poderes normativos públicos. Habrá principios que sólo estén dirigidos a quienes tiene ese especial poder normativo. Sin embargo, no hay principios sólo dirigidos a los “súbditos” en el marco de un Estado de Derecho.

Una tercera propuesta de clasificación que proponen los autores es la de implícitos y explícitos. Los primeros, son los que se encuentran formulados en textos positivos es decir en enunciados lingüísticos, y los segundos los que no tienen tal consagración, por ejemplo el principio de que “el legislador” es racional⁵¹.

Para ellos los principios son normas, están dirigidos a orientar la conducta humana, y son específicamente “normas de mandato”. Y los diferencian de aquellos enunciados contenidos en textos de derecho positivo, como serían las definiciones, las disposiciones permisivas y las reglas que confieren poderes. Proponen tres enfoques para la distinción entre reglas y principios: un enfoque estructural, un enfoque funcional y un enfoque desde los intereses y relaciones de poder existente en una sociedad.

Para el enfoque estructural usan el concepto de Alchourrón y Bulygin⁵² de las normas como correlaciones entre casos genéricos (conjunto de propiedades) y soluciones (la calificación normativa de una determinada conducta). Para esto es necesario tener presente la distinción entre reglas de acción y reglas de fin, ya explicitada. Las reglas de fin dejan a los destinatarios la elección de los medios para obtener los fines (así en nuestro ejemplo los jefes de la DGI pueden optar por realizar inspecciones en diferentes giros negociales, o por fiscalizar el cumplimiento de determinado impuesto, etc). Entonces, comparando las reglas con los principios en sentido estricto tenemos que los principios configurarían el caso en forma abierta (este sería el punto fundamental de la teoría). Las propiedades, en el caso de las reglas constituyen el caso en forma *finita y cerrada*, en cambio para los principios la lista no está cerrada, porque, sostienen los autores, el tipo de indeterminación que aqueja a los principios es más grande que el de las reglas.

Para esto conviene hacer un breve excursus, para considerar la tesis de Alexy de la noción de los principios como mandatos de optimización. Según el autor alemán, corresponde considerar el sistema jurídico en tres niveles: reglas/principios/procedimiento. El reconocimiento de la existencia de principios es

⁵⁰ Atienza, M. y Ruiz Manero, J. “Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos”, Ariel, Barcelona, 1996, p.3 y 4.

⁵¹ Idem, p.5

⁵² Para ver más ampliamente el concepto puede verse la propia obra de los autores argentinos: Alchourrón, C. y Bulygin, E. “Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales”, Astrea, Bs. As., 1998, p.32-79. El original apareció publicado en inglés bajo el título “Normative systems” en 1971.

necesario debido a que el Derecho presenta “lagunas de apertura”⁵³, que son “llenadas” por tales principios. Si se piensa, sostiene el autor, en un derecho fundamental consagrado en la Constitución, que se reserva al legislador la competencia de reglamentarlo, si tal derecho fuera una regla, entonces estaría a merced del legislador y por lo tanto se vaciaría de contenido. La razón para que este derecho sea reglamentado por el legislador es un principio opuesto, que fue sopesado para llegarse a esa solución. Esta idea está impuesta por la noción de racionalidad práctica. Pero además, quienes sostienen que el sistema es nada más que un sistema de reglas, entienden tradicionalmente que al único principio que hay que atenerse es al de seguridad jurídica. Sin embargo la idea de un sistema exclusivamente de reglas supondría un sistema exclusivamente de principios, algo que no es concebible, porque tal sistema no satisfecería la demanda de certeza o seguridad.

Entiende que las objeciones que se han formulado contra la teoría de los principios pueden agruparse en tres básicamente: una sustancial, una competencial y una metodológica⁵⁴. La sustancial refiere a que una teoría de los principios coincidente con los valores conduciría a la destrucción de la libertad individual, tal como la ha entendido la teoría liberal, porque entienden sus defensores que la circunscripción a valores operaría limitando la libertad. Sin embargo, Alexy contesta sosteniendo que la libertad puede ser recogida en un principio. Por eso, al erigirse como principio, tendrá un peso determinado y habrá que evaluarla cuando aparezcan principios opuestos, y por esto no está limitada de por sí.

La objeción que denomina competencial, referiría al temor que se tiene respecto a que el Derecho sea trasladado desde el Parlamento al terreno de los jueces. Contesta a esta objeción diciendo, que no sólo están los principios sustanciales, sino también los procedimentales, que reconocen la competencia al legislador elegido democráticamente, y en consecuencia, la independencia del derecho legislado.

La objeción metodológica, es la que entiende que en definitiva no se avanza con la noción de principios, porque la presencia permanente de opuestos hace que siempre pueda ser posible cualquier solución, por lo que el sistema de clausura (con respecto al concepto de *lagunas abiertas*) no sería tal y la completitud no estaría en el propio sistema. Esta objeción que sería la más seria, puede ser rebatida si se piensa, aun cuando se esté frente a un *orden débil* (por oposición a un orden duro donde se pueda controlar *intersubjetivamente* la ponderación y en definitiva asegurar la solución) que se cuenta con tres componentes: *un sistema de condiciones de precedencia, un sistema de estructura de ponderación, un sistema de precedencias prima facie*.

Las condiciones de precedencia, pueden ser resumidas en una llamada *ley de colisión* que suministre información sobre el peso relativo de los principios. El segundo elemento, la *estructura de ponderación*, es un derivado de la noción de principios como *mandatos de optimización*, que se ve consagrada en la ley de la ponderación que dispone (sobre la base de las circunstancias fácticas y jurídicas del caso) que el sacrificio de un principio debe ser proporcional al cumplimiento del otro. Por último, el elemento de un sistema de precedencias prima facie, parecería estarle otorgando prioridad al la noción de libertad, pero no con carácter definitivo⁵⁵.

Sostiene Alexy, que una concepción del sistema en tanto compuesto por reglas y principios cumple con las exigencias de una razón práctica. Y fundamentalmente, distingue tres principios constitucionales básicos: dignidad, igualdad y libertad. Pero esta consideración del sistema como reglas y principios es sólo la parte pasiva de tal

⁵³ Alexy, op. cit., p.166

⁵⁴ Idem, p. 168.

⁵⁵ Idem, p. 169-174

sistema. Si se quiere incorporar la parte activa, será necesaria introducir el *procedimiento*. Y un concepto importante que introduce Alexy es que el procedimiento implica dotar de racionalidad al sistema, pero no sólo de racionalidad en la aplicación del Derecho, sino también en la creación.

La consideración sumaria de la postura de Alexy, venía a cuento de la teoría de Atienza y Ruiz Manero, porque éstos discrepan con el autor alemán en que los principios en sentido estricto admitan un cumplimiento gradual, sí las normas programáticas o directrices. Por ejemplo, citan el caso del principio de igualdad que tiene como sanción la no discriminación, éste no admitiría un cumplimiento gradual. Sí que se sopesa con otros principios. Para ellos, la diferencia fundamental con las directrices es que este tipo de normas configuran de forma abierta tanto el antecedente como el consecuente, o sea tanto las condiciones de aplicación, como la conducta prescripta.

Proponen también, un enfoque funcional de la distinción, considerando la distinción entre sistema de súbdito y sistema del juez. Frente al juez las reglas serían razones perentorias para la acción con independencia del contenido. La diferencia con las reglas de fin, se debe a que en éstas el que debe cumplir con ellas se desentiende del resultado. Los principios explícitos, no se comportan como razones perentorias porque no excluyen la deliberación del juez, en tanto la requieren para el contenido de la regla que tengan que dictar en consideración del principio, aunque no son *independientes del contenido*. Por su parte los principios implícitos no son ni razones perentorias, ni son independientes del contenido. Tampoco presentan en opinión de los autores una justicia intrínseca como sostiene Dworkin. Su justicia, se aprecia en virtud de su compatibilidad con otras reglas o principios explícitos⁵⁶.

Para el tercer enfoque vinculado con la idea de poder o intereses en la sociedad, los principios y las reglas son una manifestación de esos intereses, pero también inciden en ellos, consagrando valores que se sobrepondrían a cualquier clase de intereses.

Los principios desplegarían tres dimensiones de funciones: explicativa, justificativa y legitimadora. Por la primera, dan cuenta acabada de lo que el Derecho es, poseen una gran capacidad de síntesis. La dimensión justificadora de los principios es menos contundente que la de las reglas, ya que de ser invocados implican una mayor fuerza argumental y una necesaria ponderación. Sin embargo, son de mayor utilidad que las reglas, en dos sentidos: entran en juego en un mayor número de situaciones y poseen una mayor fuerza expansiva. La dimensión justificadora, se trasunta en que pueden ser usados para la promoción de determinados fines del Estado social, y funcionan como una técnica de ingeniería social⁵⁷.

2.4 La decadencia de la ley: cómo y cuándo cayó el mito.

La importancia que ha adquirido el tema de los principios en la Teoría del Derecho y también en la práctica forense (teoría y praxis) se debe también a la decadencia del “mito de la ley”. La ciencia del Derecho tradicionalmente no ha prestado demasiada atención a la práctica legislativa y se ha dedicado a analizar el Derecho en la etapa de interpretación, cuando la norma ya fue creada. Esto en opinión de Prieto, se debe a dos prejuicios: en primer lugar la idea de que el Estado es soberano y como tal puede disponer cualquier cosa, con independencia de su racionalidad, con base en el procedimiento por medio del cual fueron elegidos los parlamentarios; la segunda, la idea de que para los juristas no importa más que “lo jurídico” de la norma con

⁵⁶ Atienza, M. y Ruiz Manero, J., “Las piezas...”, p.

⁵⁷ Idem, p.

independencia del trasfondo social, o de lo que pueda ayudar la norma para racionalizar las relaciones sociales, de esto deben preocuparse los sociólogos o los economistas, etc.^{58 59}. Una suerte de consagración de la fórmula hobbesiana: “*Auctoritas, non veritas facim legem*”⁶⁰.

Señala el autor español, que no siempre se dio este descuido, en la época de la Ilustración, la mirada crítica estaba dirigida principalmente al legislador y no tanto al juez. Y a través del *Despotismo ilustrado*, digamos que se confundió en una amalgama, el absolutismo (la idea de soberano) con la racionalidad y la justicia⁶¹.

Sin embargo, el problema está planteado en el propio origen de la cuestión, es decir, la ley como norma general y abstracta definitivamente no puede ser una solución para todos los casos. Pero además, la ley aparecía en la época de la Revolución Francesa como una propuesta de solución al conflicto entre individuo y Estado. La solución para que el destino de las personas no quedase en manos del Estado, fue la declaración de determinados derechos como imprescriptibles, inalienables, naturales, que se sobreponían al Estado y a la ley. La paradoja sin embargo estaba, en que no se podía obviar que tales derechos fueran precisados por las leyes, y en tal sentido limitados.

Frente a esta constatación desalentadora, apareció Rousseau⁶², con su necesaria e imprescindible tesis, que la ley es la voluntad general del pueblo y que en definitiva, el pueblo no puede perjudicar al pueblo y esa voluntad está determinada por la razón que guía toda la conducta del ser humano. Las codificaciones que se sucedieron luego, eran una manifestación de esta fe ciega en la ley. Todo codificado: ley coherente, ley precisa, ley uniforme, ley pública: ley justa. He aquí el mito.

La idea de ley como un producto de la razón del ser humano, dejó paso a la concepción de que en definitiva no cabía indagar sobre las razones de tal actividad, porque ésta era producto de la democracia. El esfuerzo del jurista debía dirigirse a interpretar la norma que ya venía dada por el pueblo soberano. Y entonces ése sería el terreno de la racionalidad, la interpretación y por lo tanto se revitalizaría la figura del juez^{63 64}.

La crisis de la ley y de su mano la crisis del Derecho, se debe más que nada a su multiplicación, debido a lo complejo de las sociedades modernas, y a cierta juridización de la vida social, que trae aparejado cierta invasión de la esfera pública sobre la privada, y como consecuencia la traslación del ámbito de decisión de las asambleas al Ejecutivo, y la sustitución de la generalidad de las normas por necesidades del momento. O sea, el predominio de una práctica *decisionista*.

⁵⁸ Prieto, L. “Ley...”, cit., p.6

⁵⁹ Entre nosotros el profesor Oscar Sarlo se ha ocupado del tema y está a cargo de un curso sobre “Ciencia de la legislación” en nuestra Facultad, advirtiendo precisamente el problema de congelar la atención o la importancia del Derecho en sede de interpretación solamente.

⁶⁰ Para ver sumariamente las principales tesis de Hobbes puede consultarse: Touchard, J. “Historia de las ideas políticas”, Tecnos, Madrid, 2004, p. 259-262.

⁶¹ Si se observa simplemente el índice de la obra de Charles-Louis de Secondat, más conocido como Montesquieu “El Espíritu de las leyes”, Istmo, Madrid, 2002, se ve la vinculación de las leyes normativas, con las leyes de la naturaleza, y la distinción por la racionalidad, involucrada en las segundas.

⁶² Para ver sumariamente las principales tesis del autor puede consultarse: García San Miguel, L. “Filosofía política. Las grandes obras”, Dickinson, Madrid, el año de la edición: un enigma, p. 453-462

⁶³ Hierro, L. “El imperio de la ley y la crisis de la ley”, en revista Doxa Nº 19, Alicante, 1996, p. 287-307

⁶⁴ La crisis de la ley va acompañada también de una crisis del positivismo, el que tiene muchas variantes, para ver algo de esta crisis del formalismo puede consultarse: Bobbio, N. “El problema del positivismo jurídico”, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, México DF, 2004,

Si bien es cierto, que cabe distinguir al *decisionismo*⁶⁵ (cuyo primer gran exponente fue Hobbes y su referente más conocido modernamente Schmitt) como corriente de pensamiento, de la necesidad de adoptar decisiones que cierren discusiones parlamentarias en determinado momento, y que más que nada se alude al reglamentarismo y a gobernar en régimen de excepción mediante decretos, cuando se habla de *decisionismo*, también debe reconocerse que muchas veces las normas tienen forma de leyes, pero responden a la voluntad del Poder administrador, de aquel que tiene que aplicar la ley, y no responden a un genuino intercambio de opiniones o puntos de vista, a una *ética del discurso*.

Esto, es lo que se conoce como el pasaje de un Estado legislativo a un Estado administrativo, que se debe también en parte al paradigma de un Estado social de Derecho que interviene más activamente en la esfera económico-social. Concomitantemente, surge la necesidad de establecer algo por encima de la ley, que opere como una garantía para la preservación de los derechos de los individuos. Así, surge la noción de Estado constitucional, que no sólo pone el énfasis en la Constitución como norma de mayor jerarquía que la ley, sino que ha dado lugar a un *neoconstitucionalismo*.

Esto hace que la ley quede en medio de la Constitución y del reglamento, siendo la primera, el paradigma de normas generales y abstractas y los segundos los de normas bastante más específicas, y el papel de la ley queda, en tanto híbrido, relegado a enunciar meras guías de conducta que necesariamente deberán ser completadas por una norma reglamentaria. Lo que ha sido caracterizado por Pérez Luño a la vez como “hipostenia legislativa” e “hipertrofia legislativa”⁶⁶.

El descuido por la ley en la etapa de la creación y su relación con el trabajo de los juristas, se vuelve sintomático si pensamos que en su redacción solemos ser desplazados por los economistas. Entre nosotros esto tiene plena actualidad, si pensamos que una ley de la importancia de la Reforma Tributaria (Ley número 18.083) fue ideada y redactada por un equipo de contadores con alguna puntual y casual colaboración de algún abogado⁶⁷.

A lo anterior se agrega que, en la actualidad cobra una gran vitalidad, las llamadas fuentes sociales del Derecho, de la mano de actores sociales con una creciente participación en la vida pública que no están dispuestos a dejar que su conducta sea regulada por normas impuestas por un parlamento que no discute los asuntos, ni les garantiza una participación aunque más no sea, para escuchar sus perspectivas. Así sucede con los actores del Derecho del Trabajo, los sindicatos y las organizaciones de empleadores, más dispuestos a autorregular sus conflictos. Pero en este caso en particular, existe de la mano de la Organización Internacional del Trabajo, una promoción para que así sea. Es más, se considerada una manifestación de la libertad sindical⁶⁸ como derecho humano fundamental, y de la autonomía colectiva⁶⁹ y la

⁶⁵ Acerca del decisionismo puede consultarse: Flax, J. “La democracia atrapada. Una crítica del decisionismo”, Biblos, Bs. As., 2004

⁶⁶ Citado por Prieto en “Ley...”, cit., p. 27

⁶⁷ Conviene preguntarse dónde quedó aquel pensamiento de Erasmo De Rotterdam: “Los abogados reclaman par sí el primer puesto entre la gente culta. Ninguna otra clase está más satisfecha de sí misma. No cesan de dar vueltas a la roca de Sísifo, ordenando más de seiscientos leyes con el mismo espíritu, sin importarles si sirven para algo. Y viven amontonando glosa tras glosa. Y una opinión sobre otra, como para dar a entender que su profesión es la más difícil de todas. A sus ojos, todo lo que ofrece alguna dificultad o molestia es distinguido”, “Elogio de la locura”, Ed. Altaza, Barcelona, 1993, p. 81

⁶⁸ Al respecto puede consultarse Ermida, O. “Sindicatos en libertad sindical”, FCU, Montevideo, 1984.

⁶⁹ Da cuenta de esta situación un artículo de Hugo Barreto: “Modos de producción del Derecho y Ordenamiento Jurídico: una contribución al estudio de los conflictos colectivos”, en XVII Jornadas de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, FCU, Montevideo, 2006, p. 307-316.

autotutela⁷⁰ por oposición a la heterotutela, como su derivado consagrado en Convenios Internacionales de Trabajo, como el 87 y el 98.

Incluso esto impacta a nivel europeo por el régimen de la Unión, que hace que muchas facultades sean quitadas de la competencia de los legisladores de los Estados nacionales y trasladadas a los ámbitos comunitarios en que el papel de las asambleas representativas es, siguiendo la tendencia nacional, bastante reducido, robándose el protagonismo los órganos de tinte administrativo⁷¹.

Con el advenimiento del Estado constitucional (Prieto señala con acierto, que no es lo mismo que un Estado tenga una Constitución, que decir que se trata de un Estado constitucional), entendiendo por tal la presencia de cuatro características: imperio de la ley; separación de poderes; legalidad de la administración, y respeto de los derechos fundamentales. Sin embargo, la nota característica, o lo que se quiere significar, es precisamente la limitación de poder y sobre todo, del legislativo midiéndose fundamentalmente por la existencia de un eficaz contralor constitucional de las leyes. Este no es el modelo de Estado que primó en Europa y en Latinoamérica en el siglo XIX. En este sentido, la Constitución pasa de ser fuente de fuentes meramente, esto es como norma fundamental dedicada simplemente a una noción formal de administración de competencias, (de quién y cómo, a qué) a tener un contenido material, una verdadera carta de derechos fundamentales^{72 73}.

Este nuevo esquema de concepción oficia aportando una mayor racionalidad a la sentencia y a la ley, vinculándolas más estrechamente. En la concepción tradicional una buena sentencia era aquella que se adecuaba a la ley, con independencia de los criterios racionales que se utilizasen o no para tal adecuación. Ahora, la impronta racional la marca la Constitución, a las cuales deben adaptarse tanto la ley como la sentencia y particularmente al juez se le abre un canal para determinar si la norma legal se adecua o no a la constitucional. Este desemboca, en una cuestión fundamental y es el mayor protagonismo judicial.

Lo anterior no significa que lo que antes se denominaba ley, ahora se llame Constitución. Es más, suele sostenerse que en la Constitución, frente a las actuales sociedades pluralistas, se suelen encontrar mandatos contradictorios, por la propia vocación pacifista en que suele inspirar las cartas. Justamente, esta circunstancia es la que hace que se refuerce la importancia del rol judicial, ya apuntada. Y esta marcada importancia Prieto la sitúa en dos direcciones. En primer lugar: la universalización de la juridización de los asuntos. Todo es trasladable a los tribunales⁷⁴. En segundo lugar, el

⁷⁰ Puede verse Barreto, H. “Cinco temas actuales y polémicos en el Derecho colectivo del trabajo”, en Derecho Laboral, T. XLIX-Nº 224, octubre-diciembre 2006, p. 823-852.

⁷¹ Cómo impacta esto en la normativa laboral concretamente, puede examinarse en: Däubler, W. “La autonomía de las partes en la negociación colectiva ante el desafío de la unión monetaria europea” en “Evolución del pensamiento iuslaboralista. Estudios en homenaje al profesor Héctor-Hugo Barbagelata”, FCU, Montevideo, 1997, p.655-671.

⁷² Prieto Sanchís, L. “Ley...”, p. 31 y 32

⁷³ Kelsen vivió esta etapa de transición, y previó la necesidad de un contralor de las leyes por un ámbito constitucional, sin embargo conceptualizó más la Constitución en tanto norma de atribución de competencias. Probablemente este énfasis puesto por Kelsen en este aspecto y su concomitante descuido se explica históricamente por su preocupación de refutar ciertas tesis del iusnaturalismo. Sobre la concepción de Kelsen de la Constitución, puede verse por ejemplo “Teoría General del Estado”, Coyoacán, México, 2005, p.325-340

⁷⁴ Recuerdo que en el curso que dicta el profesor Sarlo, junto con la profesora Castro, “Teorías de la argumentación jurídica”, en la modalidad de curso de postgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, él puso el ejemplo que en EEUU se sometió al ámbito de los tribunales la situación de que en los *highschools* se enseñaba la teoría de la evolución solamente y se solicitaba a los jueces que obligaran también a que se incorporara en el plan de estudios la teoría del designio inteligente, por parte de los partidarios del cristianismo protestante.

mayor protagonismo adquirido por la Constitución, sobre todo en el ámbito europeo con la creación de los tribunales constitucionales (América Latina se encuentra lejos de esta situación, en mi opinión), aumenta la discrecionalidad de los jueces, y terminan siendo éstos los que deciden qué es la justicia, finalmente⁷⁵.

Considerando lo anterior, personalmente no entiendo la afirmación de Caffer⁷⁶ cuando manifiesta, frente a la vaguedad del principio de igualdad, el riesgo que sea utilizado como mecanismo de modificación de la ley. En todo caso, más que riesgo sería daño consumado. Pero además, esta posición no toma en cuenta que la ley (según todo lo que dije en este numeral) tampoco es la panacea de la democracia. Sobre todo, si tomamos la realidad concreta de nuestros países donde la mayoría de las leyes son normas que son confeccionadas por integrantes del Poder Ejecutivo. O sea, el Poder que tiene que aplicarlas (que yo sepa, no existe una estadística sobre esto, pero sería bueno elaborarla. Esta realidad es patente en algunas materias, pienso por ejemplo en normas tributarias) convirtiéndose en juez y parte. Pero además, esta postura, parece no tomar en cuenta el protagonismo que tienen los jueces no sólo en la aplicación del Derecho, sino también en su creación, aunque en nuestra Facultad se siga repitiendo que la jurisprudencia no es fuente de Derecho, en una consideración ingenua, y de espaldas a la realidad, porque se podrá considerar positivo o negativo, pero negándolo no avanzamos demasiado, salvo cuando es usado en el discurso dogmático de una manera prescriptiva, persiguiendo en realidad la finalidad de que no sea así.

2.5 Una mirada crítica a los principios: las tesis de Guibourg: “convendría sincerarnos” y Prieto Sanchís: “¿De qué hablamos cuando hablamos de principios?” El trasfondo lingüístico del problema.

Con el subtítulo “El espejismo de los principios” sostiene Guibourg⁷⁷ que: “si renunciamos a la forma descriptiva como medio para persuadir a otros de nuestras propias prescripciones, se abre la posibilidad de exponer nuestros criterios y sus justificaciones, compararlos críticamente con los ajenos y, acaso, trazar poco a poco, mediante el diálogo, un mapa de condiciones provisionales para la coexistencia”⁷⁸. Creo que en estas sencillas palabras subyace la raíz del malentendido en materia de principios. La diferencia discursiva que enuncia, aunque no desarrolla Guibourg, aparece muy clara por el empleo de los vocablos “descriptiva” y “prescripciones”.

Basándose en un ejemplo de un concurso académico (como no podía ser de otra forma tratándose de este querido autor argentino), sostiene que la ponderación o el sopeso entre derechos, y la noción de principios derrotables se parece mucho a una lotería. Y esto lleva en su opinión, a que aparezca siempre algún principio que ampare algún interés. Además, decir que los principios son derrotables, sin preocuparse por precisar en qué condiciones los serán y quedarse sólo con enunciar las preferencias

⁷⁵ Resulta sintomático de esta cuestión, que el último libro de Dworkin se titule “Justice in robes”, “Justicia de toga”, “Justicia institucionalizada”.

⁷⁶ Caffer, G. “Igualdad y contrato. Un intento de formalización y una aproximación crítica al debate de la doctrina civilista uruguaya”, ponencia presentada en ocasión de este seminario.

⁷⁷ Guibourg pertenece a la escuela analítica del Derecho, discípulo de Ambrosio Gioja, ha puesto el énfasis en el aspecto metodológico y en la noción de modelo, como una forma de reconstruirnos la realidad para poder comprenderla. Se ha caracterizado por el empleo de ejemplos, como forma de resolver muchos problemas que se plantean en Teoría del Derecho. Al respecto puede verse: Atienza, M. “La Filosofía del Derecho argentina actual”, Depalma, Bs. As., 1984, p.162-170

⁷⁸ Guibourg, R. “Provocaciones en torno del Derecho”, Eudeba, Bs. AS., 2002, p.65.

axiológicas, es para él como pensar que la propia vida es derrotable, sin investigar las enfermedades o probar los medicamentos⁷⁹.

Sería insoslayable identificar las condiciones que hace en cada caso que un principio sea derrotable frente a otro. Pero esto presenta muchas dificultades, ya que muchas veces es difícil distinguir en qué caso una condición se halla presente y en qué medida. Pero la tarea se hace mucho más engorrosa por el propio discurso dogmático. La bandera de trazar grandes líneas se comporta, digamos, como una manera de preservar esta dificultad de trazar ese mapa, que de tenerlo no daría lugar al manejo de principios.

Parece entonces, la propuesta del autor argentino, un sinceramiento en primer lugar para poder hacer ostensibles nuestros postulados valorativos, que podamos compararlos con los de los demás e intentar esbozar tendencias o caminos para explicitar esas condiciones, que en su opinión, es un camino bastante menos ambicioso que el de sendas declaraciones de principios.

Esto (más allá de entender aquí en sentido amplio el concepto de principios⁸⁰) sin perjuicio de reconocer que los principios cumplen una función social, presente desde la temprana socialización en el niño, en el sentido de alejar a los individuos de la racionalidad individual, y como tal egoísta e inmediata y aportar una dimensión de solidaridad importante.

Prieto Sanchís, de una manera más que clara, cristalina, en mi opinión, reduce los postulados que encubre el discurso de los principios (como algo que aglutina posiciones bastante diferentes) así: “más juez que legislador, más pensamiento problemático que razonamiento lógico, más Derecho que ley, más moralidad que Derecho, más pluralismo ideológico que coherencia axiológica, más integración de la diferencias que uniformidad política...para decirlo en palabras de Zagrebelsky un derecho dúctil, en lugar de un derecho a secas”⁸¹.

Bajo la consigna que quizás sea conveniente prescindir del término principios, por todas los sentidos en que es usado el término (basta con remitirme a los sentidos que le atribuyen Atienza y Ruiz Manero hecha un poco más arriba) distingue cuatro problemas conectados con el vocablo principios: “si, y en qué sentido, los principios generales del Derecho constituyen una de las llamadas fuentes del Derecho, si existen diferencias morfológicas dentro del universo de las normas, si algunas técnicas interpretativas justifican que alguna normas se denominen principios precisamente cuando se presentan como el objeto de tales técnicas, y si la moralidad está unida al Derecho a través de alguna clase de normas”^{82 83}.

En cuanto la consideración de los principios generales como fuentes de derecho, si se sitúan estas fuentes como la ley, la costumbre y los principios, planteado el asunto de este modo, que es como suele plantearse, habría que concluir que los principios son entidades metafísicas. Postulado que difícilmente suscriba un positivista. Pero además, cuando se hace esta aseveración normalmente se funda el principio en alguna norma constitucional, legal, o jurisprudencial. Entonces, ya no cabe hablar de principio como fuente sino que fuente sería la ley, la Constitución o la jurisprudencia (costumbre). En tal caso, cuando se alude a principios, a lo que se apunta es al razonamiento que conduce a derivar normas de normas, que asemejaría a los principios con el

⁷⁹ Idem, p. 64

⁸⁰ Guibourg, R. “Pensar en las normas”, Eudeba, Bs. As., 1999, p. 37

⁸¹ Prieto Sanchís, L. “Ley...”, cit., p. 48

⁸² Ibídem, cit., p. 49

⁸³ Para ver también una noción de principios puede consultarse Blanco, A. “Elusión, evasión y fraude fiscales: delimitación, explicación y crítica desde marcos teóricos generales” en “Revista Latinoamericana de Derecho Tributario”, número 2, 2006, p. 149-171.

razonamiento por analogía. Lo anterior presenta varias dificultades. En opinión de Kelsen, no es posible identificar razón con voluntad (él lo señalaba como la gran contradicción de la razón práctica) y también la presenta para quienes sostienen que el Derecho es algo dado (dato). Los principios serían las consecuencias interpretativas de las fuentes normativas. Pero además subraya Prieto, que si los principios son entendidos como normas reformulatorias (tal como él lo plantea), entonces difícilmente sirvan para cumplir el objetivo que tradicionalmente le es encomendado: el de completar las lagunas del Derecho⁸⁴.

En cuanto a la noción de principios explícitos (categoría manejada por Atienza y Ruiz Manero, ya mencionada), en tanto recogidos en normas de derecho positivo de la jerarquía que fuera, corresponde cuestionarse si conviene recoger la categoría de principios, como algo distintos de las reglas, es decir si morfológicamente está justificada la diferencia. Piensa Prieto, que la propuesta de entender los principios como normas cuyo antecedente es más abierto, tal como lo postulan los autores de “Las piezas del Derecho”, es una cuestión bastante vaga y ambigua con fronteras borrosas. Lo mismo sucede si se presentan como aquellas normas especialmente vagas o generales, porque esta es una característica de la mayoría de las normas y no sería entonces relevante la distinción con base en esta característica. Tampoco parece fundada la posición que sostiene la distinción, pese a reconocer que determinados enunciados normativos pueden funcionar algunas veces como reglas y otras como principios, según el contexto argumental, como lo reconoce Alexy (postura que ya analicé resumidamente)^{85 86}.

En mi opinión, de una forma muy contundente, sostiene Prieto que la diferencia entre normas abiertas y cerradas, correspondiendo las primeras a los principios y las segundas a las reglas (considerando a la estructura de la norma como un presupuesto de hecho, un operador deóntico y una sanción o consecuencia) no parece estar justificada tampoco en una diferente carga argumental tratándose de unos y otras. Como propuesta de ejemplo de principio en sentido estricto, por consagrar además un valor para la sociedad, proponían Atienza y Ruiz Manero el ejemplo, del caso que nosotros estamos considerando, el principio de igualdad. Trasladando esta discusión a nuestro Derecho, nosotros podemos decir también que nuestro artículo 8 en tanto consagra la idea de que “Todos los individuos son iguales ante la ley...”, no nos aporta las circunstancias determinantes para resolver cuándo se dará un tratamiento igualitario y cuándo por ejemplo estaría permitido un tratamiento desigual. En nuestro caso, el artículo es especialmente defectuoso para contemplar las preocupaciones actuales sobre el tópico de la igualdad, lo que se explica si pensamos en la época de la sanción de la norma. Por eso sostiene Prieto que esta noción de igualdad requiere siempre de un juicio o razonamiento especial, y la intervención de un *tertium comparationis*, y que la decisión sobre este elemento a comparar siempre dependerá de la decisión discrecional del juzgador (en este caso agrego yo que puede ser tanto el juez, como el Estado cuando defina alguna política social, por ejemplo)⁸⁷.

Pensando también en los criterios negativos, o más que nada en la formulación de no discriminación, como sexo, raza, religión, nuestra Constitución luego de establecer el

⁸⁴ Prieto Sanchís, L. “Ley...”, cit., p. 49-51

⁸⁵ *Ibidem* cit., p. 51-52

⁸⁶ No se me escapa que sobre el tema se dio un debate entre los autores, que fue recogido en la Revista Doxa: Atienza, M. y Ruiz Manero, J. “Objeciones de principio. Respuesta a Alexander Peczenik y Luis Prieto Sanchís”, en Revista Doxa N° 12, 1992, Alicante, p. 327-331 y Prieto Sanchís, L. “Dúplica a los profesores Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero”, en Revista Doxa, N° 13, Alicante, 1993, p. 325-335. Debate que también se haya recogido parcialmente en el libro: “Las piezas...”

⁸⁷ *Ibidem*, p. 53.

artículo 8 tiene otra norma que establece que para dar trabajo se debe priorizar a los nacionales, artículo 53 de la Constitución. Me pregunto si esto no es una discriminación por cuestión de raza o nacionalidad. Sin embargo, si hacemos encuestas a las personas, probablemente sostengan que se trata de una norma justa. Sobre todo si los encuestados son uruguayos. Aquí parece que el bien o valor trabajo se sobrepuso a la idea de no discriminación. Y quizás haya cierta noción de discriminación inversa o discriminación positiva.

Prieto entiende, que supone el mismo esfuerzo argumental (valoraciones) “cerrar” un principio abierto que justificar una regla “cerrada”. Cita como ejemplo el caso de la legítima defensa que opera como para enervar la aplicación de la sanción del homicidio (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad). Y considerando puntualmente el caso de la igualdad, dice que suele entenderse que la norma que consagra que las personas son iguales ante la ley es un principio abierto, sin embargo la que consagra que los trabajadores no pueden ser discriminados por razones de religión, parece una regla cerrada. Entiende que el supuesto está bien configurado: relación de trabajo y no discriminación por religión. Sin embargo, por ejemplo, determinar si a un mensajero, se le aplica la calidad de trabajador puede resultar tan complejo como el propio principio de igualdad. Por lo tanto, la norma de referencia presenta similares problemas argumentales. Es decir, determinar entre otros asuntos, si aunque no tenga la calidad de trabajador cabe tratarlo como si la tuviera para la aplicación de esta regla, etc.^{88 89}.

Se me ocurre que alguien podría contestarle a Prieto, que en este caso está acudiendo a principios y que la ambigüedad o la vaguedad no sería de la regla sino de tales principios. Sin embargo, me parece que hay un argumento difícilmente levatable: la norma se presenta como cerrada, y de todos modos presenta una carga argumental similar. Entonces esta crítica supuesta, serviría para corroborar la tesis de Prieto, no sólo los principios y las reglas no presentarían una diferencia morfológica justificada, sino que ni siquiera parece relevante analizar si morfológicamente las reglas y los principios (como lo hacen varios autores, especialmente Atienza y Ruiz Manero) presentan tales diferencias.

Trasladando el ejemplo a normas que son aplicables en nuestro Derecho, podríamos citar las normas de los artículos 1 y 3 de la ley número 16.045 de 2 de junio de 1989 que dispone en su artículo 1: “Prohíbese toda discriminación que viole el principio de igualdad de trato y de oportunidades para ambos sexos en cualquier sector o ramo de actividad laboral” y el artículo 3 dispone: “no constituirá discriminación el hecho de reservar a un sexo determinado la contratación para actividades en que tal condición sea esencial para el cumplimiento de las mismas ni las excepciones que resulten de los Convenios Internacionales⁹⁰ de trabajo ratificados por el país”. En este caso, que en la clasificación de reglas y principios entrarían dentro de la categoría de reglas cerradas porque se trata de un ámbito laboral y de una razón de género, la carga argumental de determinar qué se entiende por “discriminación” en el artículo 1 y qué se entiende por “esencial” en el caso del artículo 3 presenta las mismas dificultades que la aplicación del artículo 8 de la Constitución, en cuanto a precisar supuestos⁹¹.

Esta situación se agrava si pensamos que la propia norma en el inciso segundo del artículo 3 establece que: “Asimismo la discriminación de carácter compensatorio

⁸⁸ Ibídem, p. 54

⁸⁹ Sobre discriminación y trabajo puede verse: Valdés del Re, F. “Los derechos fundamentales de la persona del trabajador”, en “XVII Congreso mundial de Derecho del trabajo y de la seguridad social, 2 al 5 de setiembre de 2003”, FCU, Montevideo, 2003, p. 37-160.

⁹⁰ Pueden verse los CIT números 100, 111 y 156 (los tres ratificados por ley 16.063)

⁹¹ También puede consultarse el Decreto 37/997 de 5 de febrero de 1997.

orientada a promover la igualdad de oportunidades y trato para ambos sexos en situaciones concretas de desigualdad, no se encuentra comprendida en la prohibición consagrada en el artículo 1º de la presente ley”. Se trata de una norma legal que consagra la idea de la discriminación inversa^{92 93}.

En cuanto a las directrices políticas, que en la caracterización de Atienza y Ruiz Manero, presentan la peculiaridad de tener no sólo el antecedente abierto sino también el consecuente, había puesto como ejemplo la norma del artículo 57 de la Constitución en materia de promoción de sindicatos, la mayoría de los Convenios Internacionales de Trabajo que estipulan conductas para los Estados y que nadie duda de catalogar como normas jurídicas presentan estas características, porque imponen a los Estados miembros y ratificantes determinado fin, pero no le indican los medios en concreto para el cumplimiento de tales objetivos. Estas normas, entendidas como mandatos de optimización en la caracterización de Alexy, admitirían un cumplimiento gradual. Sin embargo, en este caso señala Prieto, las normas que consagran directrices guardan un parentesco muy cercano, con por ejemplo las normas, que establecen en general obligaciones de medios, o con conceptos tan familiares entre nosotros como “buen padre de familia”, “buen hombre de negocios”, que en definitiva implican el uso de determinado grado de diligencia también ponderable. A su vez, las directrices servirían más en la tarea de fundamentar una norma que a la hora de exigir la sanción de nuevas. Entonces por ejemplo la norma que consagra la promoción del sindicalismo, servirá para justificar que se sancionen determinadas leyes (como la ley número 17.940, por ejemplo)⁹⁴.

Otra característica importante para marcar la diferencia entre reglas y principios ha sido la forma cómo se comportan reglas y principios cuando entran en conflicto entre ellos. Así, si dos reglas son consideradas para ser aplicables a un caso se dice que al optar por una, la otra ya no sería válida. En cambio, tratándose de principios que uno se aplique en lugar de otro, no torna al que deja de aplicarse inválido. Esto se debe a que los principios tienen un peso y cuando se aplican, lo que hace es ponderárselos. De esto se ocupó Alexy, como ya lo expuse más arriba. Es la llamada “ley de colisión” la que establece la relación de prelación entre los principios, pero esta precedencia no es como en las reglas, es decir no se comporta como una excepción sino que se trata de una prelación condicionada por las circunstancias del caso. Esto implica, que la diferencia se presente según cómo es usado. Así, pone el ejemplo Prieto, que trasladándolo a nuestro Derecho también resulta aplicable, el caso de la libertad de expresión y la dignidad personal, por ejemplo en el delito de difamación e injurias. No se puede establecer de antemano cuál de los dos derechos deberá prevalecer, antes de considerar las

⁹² Sería una suerte de consagración legal del denominado caso Kalanke. Muy a “brocha gorda” en este caso se trataba de la aplicación por una empresa alemana de un convenio colectivo de trabajo que establecía que en el caso de que para ocupar un cargo, en las pruebas de oposición y méritos mujer y varón obtuvieran el mismo puntaje y las mujeres se encontrasen subrepresentadas en el sector, el cargo debería darse a la mujer. Este caso fue muy comentado porque el Sr. Kalanke (que había perdido el cargo) accionó ante la jurisdicción y el caso terminó en el ámbito del Tribunal Constitucional Alemán, el que entendió que no podía aplicarse tal solución prevista por el Convenio colectivo de trabajo por ser violatorio de la normativa comunitaria en materia de igualdad. Al respecto puede verse Atienza, M., “Un comentario al caso Kalanke” en Revista Doxa, Nº 19, Alicante, 1996, p. 111-122 y Ruiz Miguel, A., “La discriminación inversa y el caso Kalanke”, en Revista Doxa, Nº 19, Alicante, 1996, p. 123-140

⁹³ Sobre igualdad y género pueden consultarse: Valenzuela, M. E. “Mujeres, Pobreza y mercado de trabajo. Argentina, Paraguay”, OIT, Santiago de Chile, 2004 y “Políticas de empleo para superar la pobreza. Argentina”, OIT, Santiago de Chile, 2004; Abramo, L. y Rangel, M. “Negociación colectiva y equidad de género, América Latina”, OIT, Santiago de Chile, 2005 y Márquez, M. “Uruguay, Negociación colectiva y equidad de género (1996-2000), OIT, Santiago de Chile, 2003.

⁹⁴ Prieto Sanchís, L. “Ley...” p. 54-55

circunstancias de cada caso. Si la prioridad de uno u otro pudiera establecerse con carácter absoluto, entonces estaríamos frente a dos reglas. En este contexto se comportan como principios. Pero entonces nótese que la diferencia no está en el enunciado lingüístico como tal, sino en su uso, y yo agrego: uso argumental⁹⁵.

Parece difundido el uso de la categoría principios cuando se quiere apuntar que una norma es especialmente vaga o imprecisa. Este es de los pocos aspectos que merece un consenso prácticamente unánime entre los juristas, tratándose de principios. Sin embargo ya se sostuvo que la diferencia, considerando los enunciados lingüísticos, parece bastante borrosa. Donde resultaría más notoria, en todo caso, la diferencia morfológica sería entre principios en sentido estricto y directrices. Si se observa lo que suele postularse (la postura concreta de Atienza y Ruiz Manero) como diferencia entre principios en sentido estricto y directrices, esto es que para los primeros lo que permanece abierto es el antecedente y en las segundas el antecedente y el consecuente, se observa como dos tendencias contradictorias. Es decir, suele reconocerse que los principios abren un amplio margen de discrecionalidad judicial. Como requieren, por lo menos de parte del juez, otra carga o esfuerzo argumental, suelen abrir un amplio cauce para la decisión judicial. Si se piensa en las directrices, en definitiva éstas se presentan como normas que no obligan, por lo menos no prescriben una conducta determinada. Entonces serían las menos utilizadas por los jueces, en la medida en que no cabe reclamar su obligatoriedad, ya que se presentan como normas que sirven para justificar la sanción de determinadas leyes, porque señalarían la ruta de una especial política legislativa. Catalogar a tales normas de principios, viene a contramano de la idea más difundida de que son normas que permiten un amplio margen a la tarea judicial. Por eso quizás, la diferencia más trascendente entre ambos, sea el contexto argumental en el que se utiliza. Pero sobre todo en la lectura de Alexy, vendría a ser posible la diferencia luego de realizar determinada tarea interpretativa⁹⁶.

Con el constitucionalismo de posguerra, el tema de los principios aparece muy conectado a los textos constitucionales. Es frecuente encontrar autores que sostienen que las normas constitucionales son principios y las normas legales son reglas. Pero fundamentalmente el tema cobra relevancia, si se piensa en el papel de los jueces. Antes, el paradigma de una buena labor judicial era el de una concepción mecanicista. Era un buen juez aquel que realizaba una adecuada tarea de subsunción silogística. Siendo la norma legal la premisa mayor, el caso la premisa menor y la conclusión la sentencia. La tarea más importante consistía en encontrar la ley aplicable al caso. Con el advenimiento de los Estados constitucionales, con Constituciones que consagran una pluralidad de valores, los jueces adquieren un protagonismo relevante. Siendo los sujetos sobre los que reposa la tarea de sopesar los distintos valores

Es por este mayor protagonismo que sobrecoge a algunos el temor de que las decisiones judiciales sean arbitrarias y se comporten como sustituyendo la voluntad del legislador. De todos modos, si bien cabe reconocer una tendencia que esta discrecionalidad pueda ser mayor en materia de principios, que de reglas (porque de eso justamente se trata), la complejidad de las sociedades contemporáneas, hace que también en el caso en que el conflicto se comporte involucrando a reglas, también se puede dar, porque además detrás de toda regla siempre parece que cabe invocar la presencia de algún principio. No puede negarse que la función judicial deviene en una de las más importantes, de la forma en que operan los sistemas jurídicos actuales. Sería necesario que esta plataforma fáctica se tome en cuenta para regular quizás de otra manera esta función en la actualidad. Sobre todo, dotando a la magistratura de las

⁹⁵ ibídem, p. 57-59.

⁹⁶ Ibídem, p. 59-62.

herramientas necesarias (en todos los sentidos posibles), para que en definitiva sus decisiones tengan la mayor cuota de racionalidad posible. Porque en definitiva, si la función del legislador está justificada más que nada por el modo de su elección, la del juez debería estarlo por la función en sí misma

Suele ser un lugar común, sostener que los principios intentan ser una nueva forma de conectar a la Moral con el Derecho. Es decir una superación de las principales tesis positivistas que preconizaban una moral neutra. Sabemos que muchas de estas tesis hicieron crisis cuando se tuvo que explicar el Derecho nazi, por ejemplo. El abanderado de esta idea, de los principios como vehículo de la Moral, ha sido Dworkin, quien entiende que existen en el Orden Jurídico, aunque no estén formulados explícitamente, ciertos principios morales universalizables. Esta postura es pasible de todas las críticas que ha sufrido el iusnaturalismo. Por eso algunos como Alexy, la matizan y sostienen que por lo menos impregnan al discurso de los juristas de cierta argumentación moral. Sin embargo, sostiene Prieto que la presencia de principios en el Derecho no implica necesariamente la moralidad del sistema, como se ha sostenido⁹⁷.

3. ¿Dónde reposa el consenso cuando hablamos de igualitarismo?

3.1 La libertad y la igualdad: ¿amigas o enemigas?

Suelen distinguirse el principio de igualdad, del “derecho” a la igualdad. El seminario que motiva este trabajo se titula “principio de igualdad”. La idea del principio de igualdad que aparece recogido en las primeras Constituciones del siglo XX, más que nada en realidad debe traducirse como el “principio de no discriminación” o “igualdad formal”. Tan es así, que cuando se habla de igualdad se refiere tradicionalmente la distinción entre ambos tipos de igualdad. La no discriminación, como principio que dispone que todos los seres humanos son iguales ante la ley y que no habilita la distinción en el trato legal por motivo de género, raza, religión u origen social, en realidad es más que nada una manifestación de la libertad. La libertad frente al Estado.

Este tipo de consagración de la igualdad ante la ley o no discriminación, fue la primera en aparecer en la historia y fue una reacción a los beneficios estamentales del Antiguo Régimen contra los que reaccionó la Revolución Francesa. Parte del supuesto del hombre considerado abstractamente (por oposición al hombre concreto que es considerado por la igualdad sustancial) y pone el énfasis en dos aspectos: el primero es que hay una cualidad común que parece sobreponerse a las diferencias raciales, de género o de religión u origen social, y es lo que muchos autores han denominado la dignidad del ser humano, esta dignidad es la que le permite autodeterminarse en varios sentidos, sobre todo en un sentido moral y ético y que por tal razón lo hace acreedor del tratamiento igualitario por la ley. Este principio se diferencia también de la noción de identidad⁹⁸ y reposa necesariamente en la noción de diferencia. Si dos cosas o dos personas fueran idénticas sería totalmente vana o vacua la formulación de este principio de igualdad consagrado en textos constitucionales e internacionales. No se justificaría que la Constitución mande a la ley a tratar dos cosas como iguales si fueran idénticas. Imaginemos lo absurdo de una norma legal que diga que a una persona se la va a

⁹⁷ Ibidem, p. 62-68

⁹⁸ Lo que ha sido discernido y puesto de manifiesto por el Profesor Sarlo, en el trabajo presentado en ocasión de este seminario.

considerar igual a sí misma⁹⁹. No tiene sentido porque uno es idéntico¹⁰⁰ a sí mismo (más allá de que podamos entender que el tiempo y el espacio influyen en esto y que con cada experiencia uno se transforma y cambia minuto a minuto, no es tal aspecto el que me importa considerar aquí). Esto quiere decir que la igualdad es algo diferente de la identidad y que como tal supone necesariamente la diferencia. Igualdad y diferencia están muy lejos de ser opuestos dialécticos, se trata de conceptos convergentes, que se necesitan mutuamente. No es posible considerar a la igualdad sin pensar en la diferencia.

Se reconocen entonces, dos principios formando parte del principio de igualdad: el principio de no discriminación, la parte negativa, que prohíbe hacer diferencias sobre consideraciones arbitrarias o no razonables y el principio de discriminación inversa. El segundo principio involucra, lo que algunos denominan principio de protección, y refiere a lograr “una discriminación inversa”. Se señala también que la discriminación en sí, lingüísticamente, es una valoración neutral que refiere básicamente a distinguir. Así, declaraciones internacionales sobre no discriminación lo que hacen es establecer criterios sospechosos o rasgos críticos, entre ellos se destacan: las características ligadas a la genética (etnia y género); los que están determinados culturalmente (idioma, religión, origen social y situación económica); los condicionados políticamente (nacionalidad); y los decididos individualmente (como cierta orientación política). Se entiende que hay un acto discriminatorio cuando se afectan derechos o libertades básicas del ser humano¹⁰¹.

Este tratamiento de igualdad formal, del hombre en tanto ser abstracto no requiere de una carga argumental. Se trata de un tópico que nosotros asumimos pacíficamente y que goza de un consenso casi universal en el mundo occidental. Sin embargo, para introducir una desigualdad material que haga posible una igualdad sustancial, por aquella máxima que la igualdad supone tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, impone la necesidad de argumentar, de dar razones. Supongo que esto refleja la evolución de nuestras sociedades y que al principio debe haber pasado algo similar con la igualdad formal. Es decir, alguien en algún momento fundamentó extensa y apasionadamente por qué la esclavitud no era una institución ética. Hoy no parece necesario, tal argumentación (aunque no estoy afirmando que no exista la esclavitud). Sin embargo, desde ya quiero adelantar una corrección a la máxima antedicha y muy en boga, y es que parte de la idea de que hay dos individuos iguales, lo cual es una falacia como ya lo expresé. En realidad tal expresión simplemente opta por valorar más, o darle más importancia desde el punto de vista axiológico a la igual condición de ser humano, que a lo que puedan tener de diferentes los individuos.

Es más, la idea del respeto de las diferencias y de distinguir la igualdad de la uniformidad, es puesta de manifiesto por Prieto, quien pone el acento en las minorías culturales, que también suelen ser minorías socioeconómicas, en el sentido de padecer pobreza. Por eso reflexiona, que la proyección sobre la idea de promover la igualdad a

⁹⁹ Aunque también se discute que uno sea idéntico a sí mismo, así expresa el personaje Fernando Vidal Olmos: “¿Hay una inviolable relación, acaso, entre mi cuerpo y mi alma? Siempre me pareció portentoso que alguien pueda crecer, tener ilusiones, sufrir desastres, ir a la guerra, deteriorarse espiritualmente, cambiar sus ideas, transformar sus sentimientos y sin embargo seguir recibiendo el mismo nombre: Fernando Vidal”, Sábato, E., op. cit., p. 267. Esta porción del texto forma parte de “Informe sobre ciegos”, capítulo III, que se ha publicado también en forma separada.

¹⁰⁰ Este principio de identidad (distinto de igualdad) fue abordado por Martin Heidegger. Al respecto puede consultarse en <http://www.heideggeriana.com>

¹⁰¹ Rabossi, E. “Derechos humanos: el principio de igualdad y la discriminación”, en “El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario”, Marcelo Alegre, Roberto Gargarella, coordinadores, Lexis Nexis, Bs. As., 2007, p. 45-60.

través de políticas públicas, sólo puede llevarse a cabo en la medida en que se proyecte sobre bienes o servicios, pero no en estas diferencias culturales. En este caso la diferencia, adquiere una connotación positiva¹⁰².

Tenemos entonces que la igualdad es un concepto diferente del de uniformidad y del de identidad.

Muchas veces se ha tratado de entender que hay una oposición entre igualdad y libertad y en el discurso de varios liberales se consideró que la igualdad conspira contra la libertad. Es posible que si le preguntamos a varias personas por cuáles son los principales valores de la democracia, nos respondan: la libertad y la igualdad. Y sin embargo, para ciertas corrientes liberales de raíz utilitarista, se ha presentado como una pareja de opuestos, abanderados con la idea que una mayor igualdad puede conspirar contra la libertad y en este caso, es necesario optar por esta última. Reflexiona Squella, considerando el pensamiento de Norberto Bobbio, que éste entiende posible que una democracia al mismo tiempo que proteja las libertades de las personas, pugne por una sociedad más igualitaria, donde no existan unos pocos que vivan en la riqueza y el derroche y otros no tengan satisfechas sus necesidades más elementales como la alimentación, la vestimenta, la vivienda, la salud y la educación¹⁰³. Hoy podemos decir que lejos de ser incompatible, es un imperativo de la democracia.

Así como la idea de igualdad ha experimentado una evolución y se conceptualiza junto con la igualdad formal una igualdad material, la noción de libertad ha sufrido una evolución similar y ha dejado de ser un típico derecho civil y político, de primera generación, para ser el paradigma de un derecho inclusivo¹⁰⁴, que implica a los demás sin desplazar a nadie, a diferencia de por ejemplo, el derecho de propiedad que es un derecho exclusivo y excluyente. Las más modernas tesis consideran a la libertad como “la vigencia de los derechos en una sociedad democrática”.

Son compatibles la idea de igualdad y libertad y pueden satisfacerse de manera conjunta. Voy a seguir en esto a Alegre¹⁰⁵ en una postura muy interesante. Sostiene Alegre, que hay autores que han planteado las dos nociones de una forma, que hace que la relación entre ambas pueda resultar conflictiva. Tal forma consiste en presentar ambos conceptos en términos absolutos, por ejemplo cita el autor argentino el caso de Berlin, que ponía el ejemplo de la libertad del propietario de esclavos y la libertad del torturador. Resulta, que esta es una forma estipulativa de presentar la libertad. Con este concepto, una noción de igualdad que tratara de poner fin a la esclavitud, no sería compatible con esta idea de libertad. Pero aquí, como en casi todas las discusiones, el problema es un problema lingüístico. Resulta que se puede sustentar una versión *moralizada* o *valiosa* de la idea de libertad, y siguiendo a Dworkin, plantea Alegre, sostener que la libertad no es un poder o una licencia, sino “el haz de derechos civiles y políticos reconocidos y protegidos por las democracias constitucionales”. “Una

¹⁰² Prieto Sanchís: “Minorías, respeto a la disidencia e igualdad sustancial”, en Revista Doxa, N° 15-16, Alicante, 1994, p. 367-387.

¹⁰³ Squella, A. “Libertad e igualdad en el pensamiento político de Norberto Bobbio: ¿se puede ser liberal y a la vez socialista?”, en Revista Doxa, N° 21-I, Alicante, 1998, p. 359-360

¹⁰⁴ Considero que el concepto de libertad ha tenido un desarrollo casi inconmensurable en relación con cómo se entendía este derecho humano fundamental en la época de las declaraciones de la Revolución Francesa; ahora la libertad deviene en un derecho de tipo inclusivista y quizá no más como un típico derecho civil y político sino también social, al respecto considero una exposición interesante la de Ermida, O. “Ocupaciones y conflictos colectivos”, que puede verse en “XVII Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Minas 12 y 13 de agosto de 2006”, F.C.U., Montevideo, 2006, p. 260 y 261.

¹⁰⁵ Alegre, M. “¿Quién le teme a la igualdad?” en “El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario”, Marcelo Alegre, Roberto Gargarella, coordinadores, Lexis Nexis, Bs. As., 2007, p. 61-89.

sociedad ideal en materia de igualdad, sería una sociedad ideal en términos de libertad. Piénsese en una sociedad donde todos tengan un poder más o menos igual para influir en las relaciones sociales. Esa sociedad también sería una comunidad ideal en términos de libertad”¹⁰⁶.

Por eso el argumento hayekiano en materia de igualitarismo estaría errado. En opinión del autor de *The road of serfdom*,¹⁰⁷ el Estado igualitario sería un enorme aparato dispuesto para planificar y controlar en detalle la vida personal de los individuos. Sin embargo, sostiene el lúcido autor argentino, tal Estado imaginado por Hayeck, sería desigualitario en la medida en que de por sí supondría la concentración del Poder en manos de unos pocos. Pone el ejemplo de la Unión Soviética y sostiene que la caída del muro de Berlín fue un triunfo de la igualdad, tanto como de la libertad y que países que tiene fama de ser liberales como EEUU, tienen una pobre historia en materia de respeto a los Derechos Humanos, como el caso del McCartismo; y otros como Suecia, que son el paradigma de un Estado de Bienestar, tienen una excelente tradición en materia de respeto de los derechos civiles y políticos. Después de la experiencia de los países del norte de Europa, la predicción de Hayeck de la conexión entre Totalitarismo e igualitarismo puede ser enterrada en el mismo cementerio donde reposan algunas de las predicciones de Marx, sostiene Alegre¹⁰⁸. A mí, personalmente me cuesta pensar que el cementerio sea el mismo, sin por lo menos una lucha entre gusanos.

Sostiene Laski que: “aquellos que viven en condiciones desiguales (económicas, sociales, culturales) no piensan en forma igual, y, por ende, el sentido común de los valores y la voluntad de comprensión recíprocas, que son requisitos previos de la democracia, pueden quebrarse si las condiciones llegan a ser excesivamente desiguales. Una comunidad con desigualdad vive siempre teniendo divisiones intestinas. La gente de la comunidad sólo tendrá un interés similar en la libertad, cuando, para decirlo con términos imprecisos, tenga un interés similar en sus resultados. La libertad, pues, y a la larga, no podrá subsistir sin la igualdad”¹⁰⁹.

Señala García Manrique¹¹⁰ que es necesario plantearse tres premisas, para pensar en la teoría de la igualdad dentro de una teoría de los derechos humanos: “1. Una teoría de los derechos humanos es una teoría normativa (en el entendido en que su objetivo consiste en proponer normas). 2. Una teoría de los derechos humanos es una teoría de la justicia. 3. Los seres humanos son básicamente iguales, en tanto igualmente capaces de autodeterminación moral”. Entiende el autor, que cada una de estas tres premisas implican necesariamente a la igualdad. Piensa que la propia idea de norma, que pretende regular casos iguales de una manera igual, reposa en cierta idea de igualdad. Señala, recordando la máxima de Radbruch que la *médula de la justicia* es la noción de igualdad. En la tercera propuesta, la autodeterminación moral, siguiendo a Rawls, implica que las personas son capaces de tener un sentido de su propio bien y un sentido

¹⁰⁶ Ibídem, p. 76.

¹⁰⁷ Von Hayeck persuadió a varios con su doctrina, tanto que Nozick, quien había militado en el movimiento conocido como New Left (Nueva izquierda), abrazó y se convirtió en un apóstol de sus postulados liberales; parecido le pasó a Popper que antes de la Segunda Guerra había militado en el socialismo y cuando regresó de su exilio en Nueva Zelanda, intercambió ideas con él, éste le consiguió un trabajo en una Universidad londinense, y más allá de la polémica, parece que por lo menos logró persuadirlo de varias de sus tesis.

¹⁰⁸ Ibídem, p. 77.

¹⁰⁹ Squella, A., cit, p. 361, quien a su vez toma la cita de Alf Ross.

¹¹⁰ García Manrique, R. “En torno a la libertad, la igualdad y la seguridad como derechos humanos básicos. (Acotaciones a Liborio Hierro), en Revista Doxa, N° 23, Alicante, 2000, p. 377-391.

de la justicia. Pero considera que la idea de igualdad así entendida, en definitiva no es más que la de la libertad y en consecuencia no cabe la distinción entre ambos conceptos.

Hans Kelsen, en relación con el principio de igualdad expresó: “Tomemos ahora el principio especial de la llamada igualdad ante la ley. No significa otra cosa sino que los órganos encargados de la aplicación del derecho no han de reconocer distinción alguna que no esté establecida por el derecho a aplicar. Si el derecho otorga derechos políticos únicamente a los varones y no a las mujeres, a los ciudadanos nativos y no a los extranjeros, a los miembros de determinada raza o religión y no a los de otra, el principio de igualdad ante la ley será respetado cuando los órganos encargados de la aplicación del derecho resuelvan en los casos concretos que una mujer, un ciudadano extranjero o un miembro de determinada raza o religión no tiene ningún derecho político. Este principio raramente se relaciona con la igualdad. Expresa únicamente que el derecho deberá ser aplicado de acuerdo con su propio sentido. Se trata del principio de juridicidad o legalidad, que por esencia propia es inmanente a todo ordenamiento jurídico, no interesando que tal ordenamiento sea justo o injusto”¹¹¹. Este interesante comentario de Kelsen, a mi juicio, muy acertadamente y con una claridad casi cristalina, al mismo tiempo que de una forma sencilla, pone el acento en que la idea de igualdad ante la ley, no es más que la idea de libertad.

La idea de igualdad, impacta necesariamente en la de libertad. Es decir, si las personas no cuentan con determinados recursos básicos, o no tienen sus necesidades satisfechas, entonces va a ser muy difícil que sean libres para autodeterminarse o para elegir determinadas opciones. Van a estar más preocupados por satisfacer estas necesidades, que por pensar con libertad sobre distintos aspectos de su vida. Así, las personas que no tengan garantizados determinados recursos básicos, no son libres y tal estado no se aleja demasiado del de la esclavitud. Pensemos, en todas las cosas que las personas con recursos pueden hacer, desde trasladarse, tener acceso a determinada información (veremos cómo la carencia informacional es considerada por autores como Sen como una de las más graves), tener ocio, tener acceso a medios de opinión pública y poder manifestar su pensamiento. Aquí están involucradas la libertad de pensamiento, de expresión, de circulación. Todas libertades básicas consagradas hace más de 200 años en textos cosmopolitas que gozan de un consenso casi unánime en el mundo occidental.

Sin embargo, si las personas no cuentan con recursos financieros, su libertad de expresión no va a ser igual al que sí tiene tales recursos, por ejemplo no van a poder opinar en un medio de prensa, mediante un aviso por ejemplo. Pero antes de la libertad de expresar su pensamiento, no va a tener la misma libertad de pensamiento, porque el pensamiento propio se forma conociendo el pensamiento ajeno, y en un fructífero intercambio, se adquiere determinada profundidad y capacidad de reflexión. Si unas personas no tienen recursos económicos para comprarse libros o diarios, entonces no van a tener la misma libertad de pensamiento que las que sí lo tienen. Porque en el intercambio verbal de ideas, es más difícil llegar a un grado profundo de reflexión.

Así sucede con la libertad de circulación, si una persona no tiene posibilidad de acceder a medios de transporte, no podrá trasladarse libremente o lo suficientemente lejos, como una persona que sí lo tiene. Caminando no se pueden recorrer muchas distancias y además es necesario estar bien alimentado y con buena salud.

Pero, considerar que por lo menos tienen la potencialidad de hacerlo, en el sentido de que no está prohibido en una democracia meramente formal como la que impera en

¹¹¹ Kelsen, H. “¿Qué es la justicia?”, Editorial Leviatán, Buenos Aires, 1991, p. 77-78.

América Latina¹¹², no parece ser contundente, porque los derechos potenciales no sirven a ninguna causa. O se gozan o no se gozan. El Derecho tolera y regula en muchas ocasiones el cercenamiento de libertades. Piénsese por ejemplo en un trabajador en relación de dependencia. Mientras dura su jornada de trabajo pierde mucho de la libertad de pensamiento, ya que debe concentrarse en su trabajo, no goza de libertad de circulación, tiene que permanecer en su lugar de trabajo y también pierde parcialmente su libertad de expresión. Si bien es cierto, que la pérdida de determinada libertad se da siempre que dedicamos nuestras energías o fuerzas a hacer determinadas actividades (en el sentido que como no somos omnipresentes, no podemos estar en dos lados a la vez y siempre tenemos que dejar de hacer otras actividades), en el mundo del trabajo, la pérdida de libertad se compensa o se indemniza, con un salario y esto hace a la diferencia fundamental con el resto de las situaciones donde no hay otro detrás de esa pérdida de libertad, no hay otro exigiéndola, demandándola y con derecho a reclamarla y a ejercer determinado poder de dirección (que en algunas declaraciones de derechos internacionales, esta potestad disciplinaria aparece consagrada, curiosamente, como derecho humano fundamental¹¹³), ideas que han sido célebremente recogidas en conceptos como alienación, enajenación, etc¹¹⁴.

Marx expresó en Crítica del Programa de Gotha: "unos individuos son superiores física o intelectualmente a otros y rinden pues, en el mismo tiempo, más trabajo, o pueden trabajar más tiempo; y el trabajo, para servir de medida, tiene que determinarse en cuanto a duración e intensidad; de otro modo, deja de ser medida. Este derecho igual es un derecho desigual para trabajo desigual. No reconoce ninguna distinción de clase, porque aquí cada individuo no es más que un obrero como los demás; pero reconoce, tácitamente, como otros tantos privilegios naturales, las desiguales aptitudes de los individuos y, por consiguiente, la desigual capacidad de rendimiento. En el fondo es, por tanto, como todo derecho, el derecho de la desigualdad. El derecho sólo puede consistir, por naturaleza, en la aplicación de una medida igual; pero los individuos desiguales (y no serían distintos individuos si no fuesen desiguales) sólo pueden medirse por la misma medida siempre y cuando se les mire sólo desde un aspecto determinado; por ejemplo, en el caso concreto, sólo en cuanto obreros, y no se vea en ellos ninguna otra cosa, es decir, se prescinda de todo lo demás. Prosigamos: unos obreros están casados y otros no; unos tienen más hijos que otros, etc., etc. A igual rendimiento y, por consiguiente, a igual participación en el fondo social de consumo, unos obtienen de hecho más que otros, unos son más ricos que otros, etc. Para evitar todos estos inconvenientes, el derecho no tendría que ser igual, sino desigual ...y el derecho igual...sigue siendo el derecho burgués"¹¹⁵.

El anterior excursus sobre el mundo del trabajo, pretendió simplemente evidenciar que así como hay desigualdades toleradas y legitimadas por el Derecho (como por ejemplo el artículo 53 de la Constitución, que consagra el priorizar la condición de ciudadano para otorgar trabajo, norma que inspiró por ejemplo a la Ley número 15.921 de Zonas Francas, en cuanto les exige que el 75% de su personal sea nacional uruguayo a los usuarios directos e indirectos para concederles beneficios fiscales), también hay carencias de libertad no sólo toleradas, en el sentido de ignoradas o no corregidas, sino

¹¹² Al respecto puede verse: Squella, A. "Democracia e igualdad en América Latina", en Revista Doxa N° 4, Alicante, 1987, p. 367-379

¹¹³ Me refiero a la declaración socio laboral del Mercosur.

¹¹⁴ Para ver una más que interesante perspectiva acerca del trabajo puede consultarse de la genial Hannah Arendt, "La Condición Humana", Paidós, Bs. As, 2003.

¹¹⁵ Marx, K. "Crítica del Programa de Gotha", Progreso Moscú, Moscú, 1977, p. 17 y 18

legitimadas, en tanto reguladas. Esto apunta a fundamentar que no puede señalarse una prioridad de la libertad por encima de la igualdad.

La igualdad resume la noción de derechos prestacionales y como tal, a diferencia de la noción de libertad, que pretende o exige una abstención del Estado, por lo menos en su versión clásica, impone un activismo estatal y sitúa al individuo, en tanto ser humano concreto, en una posición de acreedor, que demanda la concreción de determinados derechos, como prestaciones concretas.

*3.2 ¿Puede subsumirse el concepto de igualdad en el de libertad, sin que perdamos en capacidad analítica? Réplica a Caffera y a su aigualitarismo o libertarismo*¹¹⁶.

Personalmente no creo que el derecho a la igualdad (distinto al principio de igualdad, como ha sido entendido por la dogmática jurídica clásica en su versión de “igualdad ante la ley”) pierda en rigor y precisión, y en consecuencia en utilidad en tanto concepto, por remitir a los derechos sociales. Digo esto, porque en el seminario se dijo en varias ocasiones por Caffera, que cuando se hablaba de “igualdad” se terminaba hablando de cualquier tema, o cualquier tópico. Pienso que esto puede sostenerse, solamente si se piensa en el principio de igualdad, tal como lo ha entendido la dogmática local. En una discusión que parece además anclada en el pasado, por lo menos tal como la abordan algunos manuales. Por eso, cuando Caffera se pronuncia por un libertarismo en el entendido que se confirmaría un *aigualitarismo*, porque bajo el tema de la igualdad se aglutinan varios tópicos, se incurre, en mi opinión, en premisas que no se fundamentan y por lo tanto entiendo del caso formular seis críticas. La primera es que esta apreciación aunque parezca descriptiva, encubre un enfoque prescriptivo (porque no considera el discurso actual sobre el asunto y da por sentado que cabe entender por principio de igualdad tal cosa, prescribiendo que debería ser así, para después formularle críticas), como su afirmación del riesgo en que el principio sea utilizado para modificar la ley, al que ya aludí más arriba (en el punto 2.3) y que en definitiva significa abogar porque no sea usado de esa manera, en un concepto cuasimítico de panacea de la ley.

Así, afirma Caffera que: “Ha sido esta relación bicondicional entre las permisiones y prohibiciones que conforman la Libertad y los enunciados que describen la incidencia de la actuación de una conducta respecto de la posibilidad o imposibilidad de actuación de esa conducta por otros, lo que a nuestro juicio, sin ninguna ventaja teórica, se ha considerado como una manifestación concreta de un cierto tipo del principio de igualdad (igualdad de libertades) cuando en realidad es parte esencial de la propia definición del principio de libertad”.

El postulado de Caffera parte del supuesto de resumir el principio de igualdad al tratamiento que ha recibido en la dogmática local (segunda crítica, la anterior refería al uso prescriptivo en el discurso, ésta al contenido de su postulado) y su ensalada de preposiciones (“ante”, “en”, “entre”, “por”, menos mal que por lo menos “bajo” no fue una preposición de las propuestas; en Derecho Tributario Valdés Costa, también agregó “entre”, con la única finalidad, en mi opinión, de prescribir la aplicación del derecho de las obligaciones a esa rama), con varias décadas además de antigüedad y pretende soslayar el discurso actual sobre el tópico. Tiene el defecto de no considerar, el

¹¹⁶ Las críticas que siguen, no hacen, en definitiva, más que evidenciar, el impacto que me provocó la tesis de Caffera de que la igualdad como tal sería una suerte de “mistificación”. Sin importar, si esta tesis es o no la más adecuada, lo cierto es que se trata de una muy original y “cuasirrevolucionaria”. Sólo por eso vale la pena considerarla, y por, y para ello, criticarla. Entendiendo la crítica, en esta ocasión, como lo opuesto a la apatía o la indiferencia.

consenso o discurso que asume el derecho a la igualdad en la actualidad. Si examinamos los textos jurídicos internacionales, o la jurisprudencia comparada tenemos que sobre el tópico de la igualdad reposan fundamentalmente las siguientes ideas: “igualdad y género”, “derechos prestacionales”, “judicialización de los derechos sociales”, “discriminación inversa”, etc. ¿Quién dice, que por principio de igualdad corresponde entender la discusión tal como se dio en la dogmática local de ya unas cuantas décadas? Caffera introduce una premisa que no argumenta: ¿por qué deberíamos entender por principio de igualdad el discurso dogmático? Partiendo de esa premisa, desarrolla su exposición. En teoría de la argumentación se distingue: “el contexto de descubrimiento” y “el contexto de justificación”¹¹⁷, el primero apunta a la justificación de la asunción de determinada hipótesis, el segundo a la corrección lógica del razonamiento, tradicionalmente ligado a uno del tipo *modus ponens*. Voy a utilizar un argumento civilista. Enseña el profesor Sarlo en sus clases que el Código Civil, no decía lo mismo cuando lo redactó Tristán Narvaja, que después que el profesor Gamarra escribió su conocido Tratado de más de una veintena de tomos. Sería ingenuo pensar que dice lo mismo. El tratado recoge un consenso dogmático y jurisprudencial. Entonces, de la misma forma, no creo que se pierda capacidad analítica si se entiende el derecho a la igualdad abarcando estos tópicos, es más entiendo que se pierde si no se distingue.

Coincido con Caffera en que no hay una oposición entre libertad e igualdad, como pretendieron plantearlo los liberales de tradición utilitarista. Fundamenté la correspondencia entre ambas en el punto anterior. Y coincido también en que la vertiente de la igualdad ante la ley o igualdad negativa remite en definitiva a la idea de libertad. Ahora esto es muy distinto a sostener que el derecho a la igualdad pueda quedar resumido en el de libertad. Con base en una “ética del discurso”¹¹⁸, hay que observar dónde reposa el consenso, y de qué hablamos cuando hablamos de igualdad. Porque los conceptos también cambian con el transcurso del tiempo. Y pensando en una idea de la verdad como consenso, o mejor dicho de aceptabilidad racional como consenso (Habermas¹¹⁹) no ya como correspondencia (Aristóteles), hay que examinar sobre qué gira la discusión en la actualidad y entonces concluir la conveniencia o no de la distinción.

Pensando en Frege^{120 121}, cuando distingue los conceptos de *signo*, *sentido*, *referencia*, y *representación de la referencia*, él vincula la idea de igualdad (aunque reconoce que se refiere a la identidad) con un concepto relacional, sobre esto pretendo volver luego, pero ahora quiero decir que por sentido, en términos de Frege, es posible entender el pensamiento, no como el acto subjetivo de pensar sino su contenido objetivo que es capaz de ser propiedad común de muchos. En este caso la referencia del principio de igualdad puede ser los libros que hablan sobre ella (aunque como lo explica muy bien el lógico, no todo signo que tenga un sentido tiene una referencia), pero el sentido, es el pensamiento intersubjetivamente compartido (como diría Habermas) y que por ser

¹¹⁷ Para ver un concepto de esto puede consultarse Atienza, M. “Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica”, Cuzco, Palestra, 2006, p. 31-36

¹¹⁸ Al respecto puede verse: Habermas, J. “Aclaraciones a la ética del discurso”, Trotta, Madrid, 2003.

¹¹⁹ En cuanto al concepto de racionalidad, véase HABERMAS J. “Acción comunicativa y razón sin trascendencia”, Paidós, Bs. As., 2003 y “La ética del discurso y la cuestión de la verdad”, Paidós, Bs. As. 2004; en esta última obra, que recoge un seminario dado por el autor, parece haber variado su tesis de la verdad como consenso, para considerar que más que de verdad debería hablarse de aceptabilidad racional, entendiéndolo que no cabe tal valor como un absoluto.

¹²⁰ Tengo que agradecerle al profesor Andrés Blanco la sugerencia de esta lectura y con ella, tácitamente el abordaje del problema desde un punto de vista lingüístico.

¹²¹ Frege, G. “Sobre sentido y referencia. Ensayos de semántica de la lógica”, Tecnos, Madrid, 1998., p.84-111.

“inter” precisamente deja de ser subjetivo para ser objetivo. Esta noción de sentido propuesta por Frege, guarda mucha relación con la idea de discurso y de consenso desarrollada por Habermas. En consecuencia, para analizar el sentido sobre la igualdad es necesario ver dónde reposa el consenso sobre este tópico en la actualidad y a nivel internacional, y entonces no es posible reducirlo a la discusión dogmática local¹²².

Siguiendo en la vinculación entre igualdad y libertad y pensando en un concepto fundamental en esto como lo es el de necesidades básicas, Nino¹²³ por ejemplo, sostiene que las necesidades no dependen del estado mental subjetivo, sino de la realidad, distinguiendo necesidad de deseo. Y entiende que la aceptación de la autonomía moral deviene en un presupuesto básico para ingresar como interlocutores del discurso (otra vez Habermas), para intercambiar ideas sobre estos temas. Considera que en una concepción liberal de la sociedad no tendría ningún sentido poder elegir planes de vida, pero no poder materializarlos, o materializar planes de vida que no se eligieron. Y maneja un concepto importante: que la autonomía también es pasible de redistribución. Con esto quiero resaltar: que la libertad quizás también se puede redistribuir.

La tercera crítica, en mi opinión, la formulo en relación con sostener o pensar en la libertad en términos de permisión-prohibición, como surge de la cita transcrita. Si bien considero acertado la reflexión de la libertad en su proyección colectiva (que como decíamos en el ámbito local fue desarrollado por Ermida, tomando la teoría del garantismo de Ferrajoli), creo que el planteo lo sigue remitiendo Cafferla a una idea de libertad como poder o licencia. Ya vimos con Alegre, que hoy el concepto de libertad adquiere una dimensión diferente, o sea remite a la “vigencia de los derechos civiles y políticos en una democracia constitucional”.

La cuarta crítica, parte en pensar que la libertad como tal siempre ha sido lo mismo, o sería el único concepto riguroso desde el punto de vista lógico-discursivo-normativo, porque en definitiva esto es lo que se desliza cuando se pretende resumir la idea de la igualdad a la libertad, podíamos preguntar ¿por qué no a la inversa? Porque no decir que todo remite a lo que llamamos igualdad. En definitiva sería una cuestión lingüística. Pero esto no nos ayuda, porque una concepción del análisis reposa en la necesidad de distinguir (*distinguishing*) y si reflexionamos en el estado actual del discurso, no creo que los temas de “discriminación inversa”, “igualdad y género”, “judicialización de los derechos sociales”, etc., puedan subsumirse, de una manera analítica válida en la noción de libertad. Me parece que conviene discernir. Entiendo que las posturas escépticas

¹²² Parece que Frege, según Habermas, se concentró en la función expositiva del lenguaje. En la fuerza asertórica de los enunciados, en las proposiciones simples que afirman algo y pasaría por alto, al igual que Heidegger, la pragmática formal. Wittgenstein también entendió la proposición como expresión de sus condiciones de verdad. Frege, habría defendido junto con la idea de que cada palabra contribuye a la verdad de las proposiciones (“principio contextual”) un “principio de composición”. Wittgenstein le correspondió en el *Tractatus* con la idea (partiendo de Frege) de que para que un lenguaje sea lógicamente transparente y cumpla *exclusivamente* la función de representación de los hechos, debe estar formado por proposiciones “veritativo-funcionales”. La fórmula fundamental de Frege: “sentido, referencia, verdad”, *circumscribe* la discusión a la función expositiva del lenguaje. Por eso la tesis de Frege, metodológicamente *restringida*, no alcanzó para redactar la partida de defunción de la filosofía mentalista. Sólo Wittgenstein habría puesto en crisis ese paradigma. Wittgenstein abandonó después del *Tractatus* la idea de un lenguaje como figura de los hechos con la adopción de la idea de los juegos. Pero según Habermas, *siguió ateniéndose* al carácter *constituidor* del lenguaje cuando pasó de la dimensión expositiva a la acción. ¿Quién pierde con la visión restringida a lo expositivo? La racionalidad comunicativa, la ética del discurso. Por eso Habermas propone una “teoría pragmática del significado”. Al respecto puede consultarse Habermas, J. “Verdad y justificación. Ensayos filosóficos”, Trotta, Madrid, 2003. Para ver algo sobre Wittgenstein puede consultarse: Narváez Mora, M. “Wittgenstein y la teoría del Derecho”, Marcial Pons, Madrid, 2003

¹²³ Nino, C. “Autonomía y necesidades básicas”, en Revista Doxa, N° 7, Alicante, 1990, p. 21-34.

muchas veces son el producto de la caída de un mito y un escepticismo exagerado, es producto de una fe antes también exagerada¹²⁴.

La quinta crítica responde a que Caffera pone el énfasis en la distinción entre igualdad e identidad acertadamente, pero parece asimilar los conceptos de diversidad y diferencia (p. 1 y 2 de su trabajo). Ya analicé, citando a Prieto más arriba, cuando él trata de las minorías étnicas que cabe distinguir: la identidad, la igualdad y la uniformidad. La diversidad no deviene en el estado actual del discurso, en un valor negativo, que tenga que ser sometido a acciones positivas o de discriminación inversa, por el contrario debe respetarse. Las minorías refieren a la necesaria y saludable *diversidad* cultural que presentan las actuales sociedades democráticas. Y en todo caso la pobreza, (diferencia) requiere de acciones positivas, el ser portador de costumbres culturales que no son las mismas que la mayoría de la sociedad (y por eso *minorías*) en la que se convive (diversidad) no debería.

Por otro lado, Caffera aborda cuestiones que refieren a la discriminación inversa o acciones positivas, que tradicionalmente no han sido consideradas por el discurso dogmático, pero en mi opinión parte de una distinción inadecuada, que a su vez parte de otra distinción. Plantea el punto de partida en distinguir tres tipos de igualdades: la de atributos (condiciones o recursos), la de oportunidades o posibilidades y la igualdad fáctica de resultados. Contra las dos primeras voy a argumentar en los dos apartados siguientes y cuando analice las Teorías de la Justicia de Rawls y Dworkin. Con respecto a la tercera, Caffera la asocia a la vertiente de igualdad *en y por* la ley. Sin embargo, la distinción entre atributos personales e impersonales (sexta crítica) parte de la premisa de que el género, o la religión, etc., lo que Caffera llama “inmutables”, sólo cabe tratarlos sobre los resultados, y los “impersonales” mutables por acción humana, no correspondería. Él formaliza ambas vertientes (juntamente con la igualdad en su versión “ante”), en una propuesta, en mi opinión, novedosa e interesante; sin embargo no cuestiona el fondo de la cuestión (y en definitiva es el fundamento principal de mis críticas): es decir si cabe entender de esta manera a la igualdad. Porque el género, la religión, o la etnia objetivamente son como tener el pelo corto, medio largo, o por la cintura, o como tener los ojos marrones, negros o verdes. El problema es que hay consecuencias, *resultados*, negativos asociados socialmente a estas características. Entonces, no vale ni siquiera plantearse desde sí mismos. Sólo tienen algún sentido desde los resultados. Ahora, lo más importante, es esta distinción entre “impersonales” o “personales”, porque todo es personal, todo termina impactando en la persona. Pero sobre todo, asoma detrás cierta concepción de Dworkin, de no concebir la comparación entre los individuos en cuanto determinados atributos personales y que en este caso no cabe hablar de redistribución. Voy a detenerme en el punto 4.2 sobre el particular.

Es evidente que las formalizaciones, son formalizaciones de conceptos, como resulta obvio. Con esto quiero decir, que por reducir ideas a símbolos lógicos no está garantizada la “corrección” de tales ideas. O sea, es necesario fundamentarlas con la misma carga de argumentación. Haba¹²⁵ por ejemplo ha sostenido que con la utilización de símbolos formales en el lenguaje no se pierde *mágicamente* la ambigüedad y la vaguedad del lenguaje natural.

¹²⁴ Como reflexiona Atienza en “Sobre el sentido del Derecho .Carta a Tomás Ramón Fernández.”, en Revista Doxa, Nº 23, Alicante, 2000, p. 737.

¹²⁵ Haba, E. “Semiótica ilusionista y semiótica desencantadora. Mitomanías de la razón <<constructivista>>: ¿racionalidad de los juristas o racionalidad de los iusemióticos? (Por una semiótica realista crítica del Derecho, como alternativa ala idea de <<sistema>> jurídico y a la vocación celestial de la Semiótica Jurídica racionalista”, Revista Doxa, Nº23, Alicante, 2000, p. 561-596

La tesis de Caffera sería aceptable con la siguiente corrección: “el principio de igualdad, *tal como lo ha entendido la dogmática civilista local*, no presenta una diferencia teórica de la noción de libertad”. Cabe resaltar que por principio de igualdad o por derecho a la igualdad no cabe entender necesariamente lo que a su vez haya entendido la dogmática nacional y en consecuencia por lo menos, me parece que cabe concluir, que la relevancia de tal tesis debe ser bastante matizada.

Más allá de lo anterior, considero al trabajo del profesor Caffera un gran trabajo, que constituye una innovación a la que no estamos acostumbrados los juristas y tiene la gran virtud de poner de manifiesto o al desnudo, que la discusión dogmática sobre el principio de igualdad no recoge a la igualdad material, sino que ha sido usado o abusado para plantear prescriptivamente otras tesis.

3. 3 El artículo 8 de la Constitución (aludido frecuentemente como principio de igualdad): una consagración de la desigualdad material. Los talentos y virtudes: la consolidación de la meritocracia ¿Qué talentos y qué virtudes? ¿Dónde se consigue el esforcímetro o el meritómetro?

“Todas las personas son iguales ante la ley, no reconociéndose otra distinción entre ellas sino la de los talentos o las virtudes” dispone el artículo 8º de la Constitución. Se trata de una consagración de la igualdad negativa o más propiamente del principio de no discriminación. Así es entendido la vertiente de la igualdad ante la ley. La preposición *ante*, está dicha a texto expreso. Y aparece también la palabra *distinción*, que evoca la idea de que la norma no está pensando en una igualdad de tipo sustancial o en la igualdad en sentido positivo, sino que está apuntando más que nada a una situación de *no hacer*, si se quiere, a una pasividad del Estado. Esta es la primera vertiente de la igualdad desde el punto de vista histórico, que como veíamos en el punto anterior está muy conectada con la idea o la noción de libertad. Me importa detenerme en este punto en los conceptos de “talentos” y “virtudes”. Estos dos vocablos conectan a la norma o la impregnan de un fuerte contenido moral y particularmente de la moral imperante en el tiempo en que la norma se incorporó en la Constitución.

Si el texto Constitucional terminase en “ley” sería insuficiente, pero no deficiente. El problema radica en la introducción de los conceptos ya aludidos de *talentos* y *virtudes*, que en definitiva pueden resumirse en la idea más moderna de mérito, y en consecuencia en la filosofía de la meritocracia. Parte del supuesto que los individuos son culpables o responsables de sus talentos y sus virtudes. Parecería partir de la hipótesis que las personas nacen con tales cualidades y soslaya una discusión bastante árida en psicología¹²⁶. Este artículo se podría ejemplificar como una carrera donde todos los corredores se suponen que parten del mismo punto de inicio. Sin embargo esa imagen es falaz, si pensamos que en rigor, el aspecto sincrónico de la norma, la foto que saca encuentra ya a los sujetos con una parte del recorrido realizado, sin decirnos cuándo salió cada uno de los corredores y cuál es el *peso* en esta carrera de la vida que transporta cada uno. Este peso es el dado por el origen social, por la educación, por el cuidado familiar que haya tenido el individuo y un largo etcétera.

Se puede llegar a afirmar, que genéticamente algunos individuos son más talentosos que otros desde su nacimiento, (cosa que yo personalmente no creo), ahora también es plausible, por lo menos es frecuente oírlo a los médicos, que la nutrición de la madre es fundamental para el adecuado desarrollo del feto y que los primeros años del niño son fundamentales para todo su desarrollo vital. Pensemos en las opciones que tiene un niño

¹²⁶ Me refiero a las ideas de natura/nurtura y el ejemplo ya célebre de los gemelos, uno que es abandonado en una selva y criado por simios y otro que es educado en una pudiente familia inglesa.

que padeció desnutrición desde su gestación y que la sufre durante sus primeros años de vida. También creo que es indiscutible que no se ha inventado un aparato científico (por lo menos yo no lo conozco) que pueda seriamente medir qué proporción del talento o la virtud de un individuo se debe a su carga genética y cuál a su origen social, a la educación que pudo obtener, etc. (aclaro por las dudas que esta afirmación no tiene nada que ver con la posibilidad de realizar comparaciones interpersonales o la posibilidad de medir la desigualdad, cosa que creo posible y que después abordaré de la mano de Sen).

Ahora bien, supongamos que damos por bueno que un individuo es más talentoso que otro, no por su nivel de riqueza o por la educación que pudo acceder, sino que lo es por genética. No creo que las personas tengan la “culpa” (porque en definitiva muchas de las aseveraciones de los liberales se basan en la idea medieval de culpa, es más el régimen de responsabilidad en el Derecho, históricamente se basó en esta idea, y ahora si bien es superado en algunos institutos, permanece incambiado en otros) de quiénes son sus padres y que tampoco hereden la culpa de la elección que haya hecho la madre, por ejemplo, de quién sería el padre de su hijo, para el caso que la haya hecho. Esto significa que por su talento, ya sea por acceso a la educación en un sentido amplio, o por el lugar dónde nació, o por quiénes son sus padres, el individuo no merecería ser responsabilizado, es decir, no se le deberían de atribuir consecuencias. Frente a esto reaccionó Rawls con su célebre expresión de la *lotería natural*.

Podemos pasar a otra categoría relevante: el esfuerzo. Alguien puede sostener que los individuos merecen ser recompensados por su esfuerzo. Porque mientras hay personas que viven cómodamente y sin sacrificarse, hay otras que trabajan mucho y entonces merecen ser recompensadas y acceder a más bienes y servicios, a más reconocimiento social porque aportan más a la comunidad, y coloquialmente hay otros que son unos “vagos”, que pasan todo el día mirando televisión, por ejemplo (pensamiento muy difundido que subyace en la frase del mefistofélico personaje de la obra de Sábato que elegí como encabezado de este trabajo). Entonces, si bien es injusto que las personas padezcan necesidades graves, es moralmente correcto que haya algunos que tengan más que otros porque algunos se esfuerzan más que otros. Seguidamente voy a analizar qué hay atrás de esta suerte de filosofía estoica.

Esta cultura del sacrificio y del esfuerzo fomentada por una competencia individualista¹²⁷ (competencia que subyace en el artículo 8 de la Constitución), adolece del mismo problema que la anterior tesis. Es decir, la vida no se nos presenta como un partido de fútbol. En un partido de fútbol nosotros podemos decir o juzgar en los

¹²⁷ Cultura de la competencia instalada desde la escuela y que se transmite tempranamente a los niños. Este individualismo de la competencia es abordado por Habermas en su obra “Ciencia y técnica como ideología”, Tecnos, Madrid, 1986. La tesis fuerte que el conspicuo integrante de la Escuela de Francfort sostiene, en este magistral trabajo, que dedicara a Hebert Marcuse, en ocasión de su 70 aniversario, muy reducidamente y haciendo una pequeña digresión, es la siguiente: de acuerdo con la creciente intervención estatal y con el modelo de Estado vigente en la sociedad actual, se habría operado una suerte de intercambio de roles, que implica no poder aplicar a la sociedad moderna la dualidad entre *base* y *superestructura* marxista. La política, en la concepción habermasiana, ya no sería un fenómeno superestructural. La sociedad ya no se autorregula. No se puede criticar a la sociedad con una teoría de la economía política, en tanto crítica de la *ideología*. Ahora la economía depende de la base política y viceversa. La legitimación del dominio político, no se encontraría ya más, a través del libre *intercambio de equivalentes*. Esta *ideología* del libre cambio es reemplazada por, lo que Habermas llama, *programa sustitutorio*, que desplaza al paradigma del mercado por el del Estado; del paradigma de la ideología burguesa del rendimiento individual a asegurar un mínimo de bienestar. Por otro lado, junto con el nuevo modelo de Estado se alzan la ciencia y la técnica, que relativizan el peso del valor trabajo. Esta idea de competencia individual es abordada por una interesante película del año 2006: “Little Miss Sunshine”, de los Directores Jonathan Dayton y Valerie Faris, que se hizo acreedora a dos premios Oscar, a mejor guión original y mejor actor de reparto.

noventa minutos que dura, cuál jugador se esforzó más, “sudó la camiseta”, corrió por toda la cancha y buscó todas las pelotas y cuál es el jugador más talentoso que parece que nació con la pelota pegada a los pies (como Maradona) y de repente no corrió las pelotas, pero llegó a una e hizo una jugada magistral. La vida no es un partido de fútbol (por suerte para nosotros en los últimos tiempos, al menos). No podemos juzgar a las personas como si estuvieran jugando un partido de fútbol, en el seno de la competencia de un deporte, porque no debería tratarse esto de competencia. Aunque sabemos que entre la tradición liberal utilitarista¹²⁸ económica, con la idea del mercado¹²⁹ y la libertad de competencia, parece ser la ley más imperante, precisamente ésta, la del libre juego de la oferta y la demanda.

Ahora bien: ¿tiene el individuo la responsabilidad de tener una profesión que en el contexto temporal y espacial en el que le tocó vivir el mercado no recompense del mismo modo, desde el punto de vista económico, su trabajo? O sea, supongamos que un individuo le gusta la industria de la metalúrgica y es obrero de una fábrica, estudió para eso varios años y otro es un ingeniero informático que desarrolla un adecuado programa de software (que además tiene la ventaja de gozar de incentivos tributarios). El mercado le paga una gran cantidad de dinero al segundo y un salario bastante más bajo al primero. Sin embargo, supongamos que ambos estudiaron la misma cantidad de años y el obrero metalúrgico trabaja diez horas al día, mientras que el ingeniero pudo desarrollar su programa en dos horas. Aquí hay claramente una situación desigual, podemos discutir si es moralmente adecuada.

Tampoco parece ser posible responsabilizar a las personas por su vocación o por la suerte que hayan tenido o las oportunidades para dedicarse a cualquier trabajo. Pero en cuanto al esfuerzo, o la capacidad de trabajo (que como cualquier capacidad se adquiere y desarrolla por determinados hábitos de socialización), sucede que las personas que se han dedicado a prepararse más para su trabajo, normalmente encuentran más satisfacción en lo que hacen, que alguien que cumple un trabajo mecánico, o automatizado. Por eso, una persona puede gratificarse más por su trabajo, que por mirar televisión, por ejemplo. Y no porque tenga la cultura estoica del sacrificio.

En definitiva, todas estas nociones de sacrificio, esfuerzo, trabajo, talento, virtud, se resumen en lo que se conoce como mérito. No pongo en duda que sea más *justo* como criterio el mérito, que la etnia, el género, el origen social, etc. El tema es que muchas veces el mérito aparece como muy condicionado por esos criterios sospechosos. El mérito respondería entonces a *cualidades relevantes*. Ahora ni siquiera, puede afirmarse que en todos los casos las personas más capaces o más calificadas son las más meritorias. El gran asunto, en todo caso, es si es posible trazar una frontera entre aquellas características del individuo que son producto de la *lotería* natural y aquellas que son meritorias, y además qué cabe entender por meritorio.

Fue James Fishkin quien propuso su conocido trilema conformado por los principios de igualdad, libertad y mérito que según él serían valores que no pueden ser

¹²⁸ El profesor Andrés Blanco hace un análisis impecable y pormenorizado de las consecuencias que en el plano económico tiene esta tradición utilitarista marginalista (que además ha imperado en la educación universitaria de nuestros países), citando además estudios empíricos de rigor científico, en “Lenguaje, ciencia y principios de los tributos”, en Revista Tributaria, Tomo XXXIV, Número 196, IUET, Montevideo, Enero-Febrero 2007, p. 35-66.

¹²⁹ Refiriéndose al mercado escribió Karl Polanyi en “La gran transformación. Crítica del liberalismo económico”, Las Ediciones de La Piqueta, Madrid, 1989, en p. 26: “La tesis defendida aquí es que la idea de un mercado que se regula a sí mismo era una idea puramente utópica. Una institución como ésta no podía existir de forma duradera sin aniquilar la sustancia humana y la naturaleza de la sociedad, sin destruir al hombre y sin transformar su ecosistema en un desierto”. La edición de Fondo de Cultura Económica cuenta con un prólogo de Stiglitz.

satisfechos a la vez, porque la combinación de dos de esos principios da lugar a tres posiciones que en definitiva no serían liberales: “la meritocracia (autonomía familiar + principio del mérito), la igualdad fuerte (principio de mérito + igualdad de oportunidades) y la discriminación inversa (igualdad de oportunidades + autonomía familiar). Rivera se dedica a demostrar que esto no es así si se adopta una versión restringida de los principios por oposición a su versión fuerte¹³⁰.

Fue Rawls en su obra “Teoría de la Justicia” quien puso de relieve que su primer principio propuesto, (que las personas gocen de la mayor cantidad igualitaria de libertad y la idea de una estructura que neutralice las desigualdades de nacimiento y de clase social) no era suficiente para atender a las desigualdades remanentes producto de los talentos y en consecuencia deberían ser atendidas por el *principio de diferencia*. En opinión de Alegre, sin embargo ambos son principios de igualdad (Caffera diría de libertad), lo único que pautan a igualdades diferentes. El primero refiere a la igualdad en el sentido de no discriminación y el segundo el producto de las contingencias azarosas¹³¹.

Dworkin también con su tesis de la *igualdad de recursos*, propone un sistema económico que sea sensible a las decisiones de los individuos e insensible a las cuestiones del azar. Su teoría arranca con una suerte de subasta imaginaria donde se subastasen todos los recursos materiales, con excepción de los personales (talentos, virtudes, capacidades). Para solucionar las diferencias de talento considera Dworkin que hay que preguntarse qué seguro en promedio optarían por contratar los individuos, si conocieran sus talentos, pero ignoraran cuál sería la recompensa social para tales talentos. Tal decisión racional sería contratar un seguro que permita acceder a un salario modesto. Sin embargo ninguno de los dos autores estadounidenses está de acuerdo en propugnar una igualación absoluta en materia de ingresos¹³². Volveremos después sobre estas teorías de la justicia.

3.4 La falacia detrás de la idea de “igualdad de oportunidades” ¿Cómo puede darse una igualdad de oportunidades y una desigualdad de resultados a la vez?!

En definitiva, la igualdad de oportunidades es otra expresión que refiere a lo mismo que las teorías del mérito o de los talentos. Con la diferencia, que acá deliberadamente se procuran excluir aquellas diferenciaciones claramente arbitrarias. Pienso que no me equivoco, si traduzco la frase “igualdad de oportunidades” como “competencia leal”. Es sintomático que la mayoría de los autores que compulsé, cuando tratan el tema de la igualdad de oportunidades citan casos o ejemplos de concursos académicos o competencias deportivas¹³³. Por ejemplo Atienza¹³⁴ en “Tras la justicia”, en el capítulo 3 bajo el título: “¿Qué significa igualdad de oportunidades?, trata de varias decisiones sobre la fijación de criterios para ocupar plazas de profesores en la Enseñanza media. El tema entonces, se centra en un ámbito de competencia, donde los individuos tienen que competir, por bienes y servicios en sentido amplio (incluido también el prestigio).

¹³⁰ Rivera, E. “Igualdad, libertad y mérito ¿Valores en conflicto?”, en “El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario”, Marcelo Alegre, Roberto Gargarella, coordinadores, Lexis Nexis, Bs. As., 2007, p. 91-106

¹³¹ Alegre, M., op. cit., p. 78.

¹³² Ibidem, p. 79.

¹³³ Rivera, E., op. cit., p. 99-100.

¹³⁴ Atienza, M. “Tras la justicia”, Ariel, Barcelona, 2003, p.62-87.

Ahora bien, el problema radica en que si existiera una verdadera igualdad de oportunidades, entonces los individuos tendrían las mismas calificaciones y en consecuencia los mismos resultados. Esta idea de igualdad de oportunidades la solemos ver con simpatía, si no reflexionamos mucho en qué es lo que quiere decir, porque suena muy democrática. Pero el asunto es: ¿cuál es esa igualdad? Podemos definir oportunidad como ocasión. Y da la sensación de una carrera, donde todos salieran al mismo tiempo del mismo punto de partida (como reflexionábamos antes). Normalmente refiere a que no se beneficie o premie a alguien por su condición social, por quiénes son sus padres, por su riqueza o por otros factores arbitrarios. Sin embargo, ya Rawls sostuvo que no es más meritorio que alguien haya nacido inteligente que rico. Porque en definitiva: ¿por qué tenemos que valorar o considerar menos arbitrario una cosa que otra, en la medida en que así como este individuo hipotético heredó su riqueza también heredó la inteligencia? Lo mismo sucede con las capacidades físicas. Pensemos que las diferencias de capacidades físicas, da lugar de la mano de la seguridad social, a que la sociedad reaccione con solidaridad frente a una persona que nació con deficiencias físicas o mentales que lo incapacitan para trabajar.

Si un individuo tiene más capacidades que otro, puede ser porque tuvo un proceso de socialización y con agentes que participaron en su vida y colaboraron para que fuera así. Pero todas estas circunstancias no deberían incidir en los bienes y recursos con los que cuenta una persona. Porque si las diferencias de capacidad repercuten en que una persona se pueda colgar en el cuello un pedazo de metal, como en una competencia atlética, y recibir los aplausos de un grupo de gente, salir en la prensa unos días y tener alta su autoestima, probablemente esto no es tan grave, pero sí lo es cuando nos referimos a aquellas cosas que las personas necesitan. Muchas veces se trata del acceso a un empleo y en contextos de desempleo como en nuestros países, entonces importa ver de qué hablamos cuando nos referimos a tal igualdad de oportunidades.

Pienso que no tiene ningún sentido igualitario el concepto de igualdad de oportunidades, en la medida en que no aporta nada diferente, que no esté ya contenido en el principio de no discriminación. Porque parte del error de suponer que las personas que cuentan con determinadas calificaciones la tienen porque se la merecen. Pero basta analizar quiénes son los que acceden a educación universitaria, por ejemplo, para saber que no funcionan así las cosas. Existen muchas estadísticas que avalan la anterior afirmación. Entonces si alguien tiene una carrera universitaria no podemos decir como regla, que se lo merezca más que otro, porque ese otro quizás también hubiese estudiado si hubiese contado con apoyo familiar. Así podría seguir con más ejemplos.

La objeción de la tesis que estoy sosteniendo es muy clara: muchos podrán decir que hay ejemplos que pueden ser claros de personas que tenían iguales oportunidades y uno decidió vivir una vida disipada y el otro hacer un sacrificio y estudiar. Pero el problema es que “la cultura del esfuerzo” también es un proceso de socialización. Pero sobre todo lo importante es que no contamos con ningún procedimiento científico que nos permitan anular aquellas diferencias que son del azar y heredadas, o para decirlo claramente que no se deban al proceso de socialización más ventajoso, en términos de mercado, a los que haya tenido acceso un individuo. Porque si elimináramos todas las diferencias (cosa prácticamente imposible) eso debería conducir a una igualdad de resultado. Por eso la tesis que voy a sostener refiere a que esta igualdad de oportunidades, de libre y legítima competencia, es una falacia, y cualquier igualdad, para ser tal, en mi opinión, necesariamente debe apuntar a los resultados.

El caso Kalanke (aludido más arriba) es un caso paradigmático. Hay una tendencia, por cómo funcionan nuestras sociedades, que a la mujer obtener determinados resultados le cuesta mucho más que al hombre. Porque normalmente, se puede verificar

una tendencia asociada con la maternidad, de que las mujeres son las que sobrellevan las mayores cargas familiares, también cuando hay algún familiar que necesita ayuda frente a una discapacidad física temporal, por enfermedad por ejemplo. Puedo presentar un estudio empírico muy casero: si observo y cuento los libros de mi biblioteca tengo que tan sólo el 10% está escrito por mujeres contra el 90 % que escribieron hombres. Normalmente la mujer es la que más atiende a los niños, pese a que ya hace unas cuantas décadas que compite en el mercado de trabajo junto con el hombre, percibiendo sin embargo, salarios más bajos. Tradicionalmente, la mujer tiene asignado el rol del hogar y en consecuencia, la producción de bienes que se consumen rápidamente y que no contribuyen a su autodeterminación personal.

Pensemos en cuántas mujeres hay en nuestras Cámaras de Representantes y Senadores (lo que motivó la presentación de un proyecto denominado “ley de cupo”, que duerme en el Parlamento desde el 8 de marzo de 2006), cuántas presidentas en el mundo, etc. Sumado a los siglos de exclusión social que sufrimos las mujeres, exclusión de la que todavía padecemos las consecuencias y que en definitiva, no necesito argumentar con muchos ejemplos más.

Por eso, los sindicatos europeos establecen en sus cláusulas que cuando las mujeres en determinado cargo obtienen el mismo puntaje que los hombres y se encuentran subrepresentadas deben acceder al cargo. Apunta al resultado, esto es lo que se llama discriminación inversa. La única manera de contrarrestar las desigualdades sociales, producto del sistema económico social imperante, es por medio de una desigualdad en sentido inverso o contrario, pero en el resultado. Porque en los medios o las oportunidades o capacidades es prácticamente imposible. Es decir, no alcanza que se subvencionen guarderías, o que se establezca un horario de trabajo más reducido o las normas prevean licencia por lactancia. Aun cuando pasen siglos intentándose corregir con políticas sociales, siempre sería necesario establecer la diferencia en el resultado¹³⁵.

4. Las teorías de la justicia más difundidas y la igualdad. Hacia una concepción relacional que apunte a los resultados.

4.1 La igualdad en los bienes primarios de Rawls: una igualdad de medios y necesariamente primaria.

Me propongo analizar brevemente las teorías de la justicia de Rawls, Dworkin y Sen y su conexión con la igualdad. Dentro de las teorías distributivas de la justicia, cabe distinguir las teorías de medios de las teorías bienestaristas¹³⁶. Las primeras se han situado en un lugar donde la comparación interpersonal no considera con especial atención la variabilidad subjetiva, y por lo tanto presentan el inconveniente para las teorías bienestaristas (de tradición utilitaria), de no detenerse en la comparación de las personas y en el beneficio utilitario de la mayoría. Sen, distanciándose de las teorías bienestaristas, puso de manifiesto la carencia de las teorías de medios, en cuanto pasan por alto aspectos relevantes del ser humano. Las teorías de Rawls y Dworkin son de medios y la de Sen se centra en las capacidades y apunta a los resultados.

¹³⁵ Por eso discrepo con Macario Alemany en cuanto a que haya que apuntar a la igualdad de oportunidades y haya que preferir las acciones positivas a la discriminación inversa, porque en definitiva esta última implica discriminar a alguien. Entiendo personalmente que será necesario emplear ambas cosas, por lo menos en un régimen de transición. Alemany, M., “Las estrategias de la igualdad. La discriminación inversa como un medio de promover la igualdad”, Isonomía N° 11, Alicante, 1999.

¹³⁶ Por las dudas aclaro, que estas teorías de raigambre utilitarista, no tiene nada que ver, pese a la coincidencia terminológica, con el concepto de Estado de Bienestar.

Dice Atienza: “la justicia no es un ideal irracional. Es simplemente un ideal o, si se quiere, una idea regulativa; no una noción de algo, sino una noción para algo...”¹³⁷. y refiriéndose a la justicia y a la igualdad reconoce que esta tiene una multitud de significados, incluso en la propia Constitución española. Piensa que en materia de justicia se pueden distinguir seis grandes criterios: “a cada uno lo mismo; a cada uno según lo atribuido por la ley; a cada uno según su rango; a cada uno según sus méritos o su capacidad; a cada uno según su trabajo; a cada uno según sus necesidades”¹³⁸.

Y Nino se pregunta: “¿Qué es la justicia? ¿Una virtud de las personas? ¿La primera de las cualidades de las instituciones políticas y sociales? ¿El resultado de un procedimiento equitativo? ¿Lo que surge de un proceso histórico en el que no se violan los derechos fundamentales? ¿Un ideal irracional”¹³⁹?

En la actualidad, de la mano de la ética del discurso de Habermas, a la que ya he aludido, cobra relevancia la idea de una justicia de tipo procedimental. Es decir es muy difícil tener un consenso sobre qué es lo justo, sobre todo si consideramos a las sociedades del mundo entero y no tan sólo las de occidente. De esta forma algo será justo, si lo es el procedimiento. Es decir, si se establece un procedimiento donde todos los afectados potenciales puedan participar, de manera que el consenso que se haya logrado esté de esta forma legitimado.

A theory of Justice apareció en 1971 y fue rápidamente traducida a varios idiomas. La primera edición en español (“Teoría de la Justicia”¹⁴⁰) es de 1979. La teoría de la de la justicia formulada por John Rawls es probablemente la más difundida. No me voy a detener a considerarla. Sólo pienso poner de manifiesto algunas críticas que le formular a Habermas¹⁴¹ y cómo impactan éstas en el tema de la igualdad. Rawls, como ya adelanté, no es partidario de una igualdad en términos absolutos.

Si bien Rawls emplea el concepto de lotería natural, no le da la extensión, que en mi opinión, tendría que haberle otorgado. Porque él dice expresamente que la capacidad o el talento no deberían de ser aquellos que justifiquen la distribución de los bienes en una sociedad, porque en definitiva no es más justo recompensar por estos motivos que por la condición social, por ejemplo. Y dice expresamente: “Más aun, el principio de igualdad de oportunidades sólo puede realizarse imperfectamente, mientras exista la institución de la familia”¹⁴².

Sin embargo, sólo está de acuerdo con garantizar a los individuos aquellos bienes que son necesarios para su autodeterminación como personas, para su dignidad humana. Pero está de acuerdo en que se recompense diferencialmente a los talentosos debido, a que sino, se daría lo que se conoce como “esclavitud de los talentosos”, (concepto que recoge también Dworkin). Es decir, los individuos si no se les recompensa por sus talentos dejarían de aportar a la sociedad “al acervo común”, y así se perjudicarían todas las personas. En el fondo, sostiene Alegre¹⁴³, que en realidad lo que trasunta su teoría es el temor por dar lugar a formas de Estados que no respeten la libertad individual. Entonces, claramente se pronuncia por una igualdad de mínimos.

¹³⁷ Atienza, M. “Tras la justicia”, cit., p. IX.

¹³⁸ Atienza, M. “Introducción al Derecho”, Fontamara, Barcelona, 1998, p. 92-98.

¹³⁹ Nino, C. “Justicia”, en Revista Doha, N° 14, Alicante, 1993, p.61

¹⁴⁰ Rawls, J. “Teoría de la Justicia”, FCE, Madrid, 1995. Probablemente una traducción más correcta hubiese sido: “Una teoría de la justicia”, lo que reflejaría más la modestia de Rawls, de presentar su teoría de la justicia, nada más que como “una” posible.

¹⁴¹ Melkevik, B. “Rawls o Habermas. Un debate de filosofía del derecho”, Universidad externado de Colombia, Bogotá, 2006.

¹⁴² Rawls, J., op. cit., p. 79.

¹⁴³ Alegre, M., op. cit., p. 79

Como es conocido, el *velo de ignorancia* (en que los hombres no conocen cuál será su fortuna en el reparto de bienes) de Rawls, cumple la función que cumplía el contrato social, en los contractualistas. El punto de partida de su teoría de la justicia, ha sido criticado por presentar un individualismo epistemológico. Pero las críticas de Habermas, van a la raíz filosófica de Rawls, que según el estaría en una filosofía de la conciencia. Distinguiendo a los liberales de los republicanos, los primeros que velaron por las libertades, los segundos por los derechos políticos de representación. Rawls pretendió, en opinión de Habermas, un acercamiento entre ambas corrientes (cosa que habrían evitado tanto Rousseau como Kant), con base en una filosofía equivocada, que termina proponiendo un monólogo liberal. Habermas critica a Rawls por su concepto de autonomía. En un doble sentido. Lo critica en tanto monólogo y lo critica en tanto se fundamenta en una concepción individualista del ser humano. Proceso, que en opinión de Habermas, se hace todavía más notorio en su obra “Liberalismo Político”.¹⁴⁴

Rawls ha fundamentado la noción de autonomía en dos sentidos: la posibilidad que los individuos tiene de tener un sentido de justicia y la posibilidad de elegir una concepción del bien¹⁴⁵. Esta manera de concebir la autonomía es para el integrante de la Escuela de Frankfurt una forma egoísta que reposa en la consideración del “yo”. Soslaya el diálogo entre los ciudadanos y al individuo le basta con tener ciertos conceptos lógico-políticos para establecer su consideración del bien. No hay consenso en la elección durante el *velo de ignorancia*¹⁴⁶.

En la posición original, los individuos no podrían pragmáticamente establecer tampoco las instituciones y el papel que les cabe dentro de un Estado de Derecho, por eso la crítica de Habermas, también se soporta en la visión de la Democracia propuesta por el estadounidense. En la medida en que los individuos que tiene que decidir son un conjunto de personas que son juristas constitucionales, en definitiva la posición de Rawls sigue en la misma línea de Stuart Mill, quien reservó las cuestiones públicas para una “clase política” especial.

En cuanto al aspecto concreto de la igualdad que aquí importa, aunque lo anterior, las críticas realizadas por Habermas al egoísmo de Rawls que considero fundadas, sirven para afirmar la posición deficitaria que presenta su teoría en tanto se presenta como de medios, no atiende a las consideraciones personales de los individuos, y no aparece como una teoría colectiva. Pero sobre todo no hay ninguna evidencia empírica ni justificada, que haga pensar que los individuos más talentosos dejen de aportar su talento a la sociedad, si no se los retribuye más. Se trata de una teoría deficiente en términos de *ética del discurso*.

4.2 La igualdad de recursos de Dworkin ¿A qué tenemos que recurrir?

Como adelanté Dworkin propuso una *igualdad de recursos*, que de ningún modo supone una igualdad absoluta. Dworkin hace una propuesta contrafáctica, por medio de su mercado hipotético de seguros que está previsto para compensar a las personas por las circunstancias que están más allá de su elección y control. Como el azar y la dotación de la naturaleza¹⁴⁷. Dworkin parte de dos supuestos: la necesidad de los hombres de los recursos para satisfacer sus necesidades básicas y la escasez de tales

¹⁴⁴ véase Rawls, J. “Liberalismo político”, De Bolsillo, Barcelona, 2004, p. 33-77.

¹⁴⁵ Rawls, op. cit., p. 466.

¹⁴⁶ Melkevik, B., op. cit., p. 43-64

¹⁴⁷ Voy a seguir, para analizar la teoría de Dworkin, al autor uruguayo Gabriel Pereira en un interesante artículo en el que intenta aproximar la teoría del estadounidense con la de Sen; Pereira, G. “Justicia distributiva: medios y capacidades”, en Revista Diánoia, V. XLIX, Número 53, Noviembre de 2004, F.C.E., México D.F., p. 3-30.

recursos¹⁴⁸. Para Dworkin, a diferencia de Sen, no es posible la compensación de las diferencias personales, en tanto creencias, preferencias que están en la esfera interior del sujeto. Como no es responsable de lo que le sucede por el azar o las circunstancias, por eso merece ser compensado.

El proceso de distribución comienza con una subasta ideal. En esta subasta se reparten aquellos recursos que son transferibles por ser impersonales, bienes y servicios en general. En cambio, las condiciones personales no pueden transferirse como los talentos, las virtudes, las capacidades. Pero entonces señala Dworkin que la igualdad inicial de la subasta es distorsionada rápidamente por los recursos personales de los individuos y por lo tanto es necesario establecer algún procedimiento que conserve la igualdad de partida. Acá es donde entra el mercado hipotético de seguros. Además de los recursos de la subasta, los individuos pueden contratar pólizas de seguros que los cubran contra riesgos esenciales. Para que los individuos no contraten pólizas diferentes y entonces puedan ser beneficiados, en este modelo propuesto, la póliza que se contrata es la media. Este mercado opera a su vez como guía para el diseño de políticas públicas que asegure que los diferentes talentos de los individuos distorsionen la igualdad así propuesta. Este seguro cubre el mínimo de igualdad al que tiene derecho una persona en tanto portadora de dignidad¹⁴⁹.

Dworkin no propone una igualdad de bienestar en términos absolutos porque no considera que haya ningún impedimento ético para que aquellos individuos que se esfuerzan más y son más ambiciosos (ambición y esfuerzo), no que sean más talentosos, reciban más cosas de la sociedad. Porque si se pretende un igualitarismo absoluto, se corre el riesgo de lo que se dio en llamar por alguno críticos de las teorías de la justicia distributivas “la esclavitud de los talentosos”, en el sentido de que aquellos que son talentosos reciben menos de la sociedad en su conjunto y por lo tanto se tiene que esforzar más que el resto. Con el agregado que si no se los recompensara más, dejarían de aportar a la Comunidad, con la consiguiente pérdida para todos. La suerte y el talento hay que compensarlas, no así el esfuerzo y la ambición¹⁵⁰. Vale decir, que la compensación del mercado de seguros no es sólo de bienes y recursos materiales sino que también tiene cierto enfoque en el individuo y pretende trabajar también sobre las habilidades. Enfoque que conectaría las teorías de Dworkin con la de Sen en opinión de Gustavo Pereira, conexión que personalmente no me convence, pese al importante y lúcido esfuerzo argumental del uruguayo.

Señala Pereira, que la compensación del mercado de seguros puede ser asimilada a una compensación de capacidades. En tanto la capacidad es representativa, en la teoría de Sen, de un conjunto de funcionamientos, que puede hacer un individuo y como tal forjar su libertad o dignidad personal, lo que asemejaría ambas teorías. Para el autor nacional la teoría de Sen es pasible de críticas en tanto perfeccionista¹⁵¹, ya que no se pronuncia por una igualdad de mínimos, como lo hace el estadounidense, sino que deja abierta la posibilidad de una igualdad absoluta y por lo tanto, esto traería consecuencias negativas para la tolerancia y el pluralismo en aquella sociedad que se pretenda aplicar. Y como consecuencia final marginará otras concepciones del bien, ya que en las sociedades actuales multiculturales hay varias opiniones o concepciones sobre el bien.

¹⁴⁸ Dworkin, R. “La Comunidad liberal”, Universidad de los Andes, Siglo del Hombre Editores, Santafé de Bogotá, 1996.

¹⁴⁹ Pereira, G., op. cit., p. 4-6

¹⁵⁰ Ibídem, p. 9.

¹⁵¹ El autor no argumenta qué cabe entender por perfeccionismo, pero por el contexto es posible pensar que quizás se refiere a “la concepción según la cual es una misión legítima del Estado hacer que los individuos acepten y materialicen ideales válidos de virtud personal”, como enseña Nino, C., en “Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación”, Astrea, Bs. As., 1989, p. 413.

Por eso él vincula las dos teorías y ve la teoría de Dworkin como una teoría de medios y capacidades¹⁵².

Personalmente entiendo, que hay siempre similitudes en las teorías de la justicia, más cuando hemos dicho que ambas son distributivas. Sin embargo, me parece que ver la propuesta de Dworkin como una igualdad de capacidades, no es lo que ha sustentado el estadounidense. Es más, él ha referido expresamente a recursos, y lo que hace el mercado de seguros y la subasta primordialmente, es redistribuir bienes y recursos. Además, se ha manifestado en contra de las teorías bienestaristas y partidario de una igualdad de mínimos, aunque por mínimos entiende aquellos que otorgue una vida digna.

Me parece que estos aspectos distancian bastante esta teoría, de la del economista indio. Y creo que es pasible de las críticas formuladas a la meritocracia, que ya realicé en el punto 3.3 y 3.4, en tanto toma al esfuerzo y a la ambición como categorías válidas para justificar una desigualdad de ingresos. Pero además, cuál es la diferencia entre el mérito y la ambición ¿dónde está la frontera?

4.3 La igualdad de capacidades de Sen. Apuntando a los resultados.

Amartya Kumar Sen, se esforzó por medir la pobreza. Por tal esfuerzo obtuvo en 1998, el premio Nobel de Economía (aunque la familia Nobel no conceptualiza esta disciplina dentro de las que pueden ser galardonadas). Además, cuenta con el enorme mérito de haber impregnado a la Economía de Ética, en contra de la mayoría de sus colegas

Especialmente midió la desigualdad¹⁵³. Y entendió posible las comparaciones entre personas. Propuso que la función de bienestar social era útil para realizar comparaciones entre los individuos, entendió que si una persona puede reflexionar: “prefiero ser la persona A antes que la persona B en esta situación”, es posible realizar comparaciones entre las personas, aunque no podamos transformarnos en A o en B. Y entendió que si bien puede ser arbitrario el conjunto de propiedades escogidas para medir el bienestar de las personas, no son admisibles las *variaciones arbitrarias relativas* en el marco de la *comparabilidad plena*¹⁵⁴.

Pero además, para proponer otra forma de medición del bienestar que el ingreso, y manejándose siempre con esa fórmula intuitiva de reflexionar qué persona quisiéramos ser en determinada situación, Sen reflexiona que una persona preferirá ser sana y no tener más ingreso debido por ejemplo a contar con un riñón enfermo. Esto que puede parecer obvio, lo utiliza Sen, simplemente para apuntar que el bienestar y el ingreso aunque están muy relacionados no son lo mismo.

Su propuesta de fundar una igualdad de capacidades, se distancia de la igualdad de bienes y recursos de Rawls y Dworkin. Una misma persona no puede hacer lo mismo con idénticos bienes y recursos que otra. Así si a mí me proporcionan media docena de huevos, cacao, manteca, harina y azúcar (puede que omita algún ingrediente), de esos bienes o recursos yo probablemente no obtenga una torta de chocolate (cuando probablemente muchas otras personas sí), porque tendría que usar del ensayo y error, ya que no cuento con la capacidad, o la habilidad, o el conocimiento previo (elementos de

¹⁵² Pereira, G.,cit., p. 11-12.

¹⁵³ Al respecto puede verse Blanco, A. “Igualdad, redistribución de la riqueza y tributos”, trabajo presentado en ocasión de este seminario.

¹⁵⁴ Sen, A. “La desigualdad económica. Edición ampliada con un anexo fundamental de James E. Foster y Amartya Sen”, FCE, 2001, p.30-31

precomprensión diría Gadamer) en materia de gastronomía, seguramente necesite más bienes. Entonces, es necesario ser más sensible a la individualidad de cada persona.

Analizando el caso de la Revolución China y del salto hacia delante que cambiara el régimen de incentivos del trabajo de la Comunas por un régimen de que atendiera a las necesidades, Sen considera que vale la pena más una idea de igualdad, o mejor dicho que tienda a la desigualdad, que conceptualice las necesidades que el merecimiento y esto porque las necesidades son mucho más fáciles de medir que el mérito. Y entiende que solo cabe una redistribución pensado en las necesidades. Algo que se enfocarse en el mérito no sería igualdad, no sería distribución. Un régimen de incentivos al mérito es antes un medio, que un fin en sí mismo.

Dar más bienes o recursos a las personas más talentosas, equivale a darle menos a los menos talentosos. Esto incluye a grupos especialmente vulnerables como los bebés, a los enfermos, y a los ancianos.

“Un sistema basado en las necesidades parecería tener un uso mayor para la idea compleja que llamamos humanidad. Aun para la aplicación limitada del principio del mérito podría argüirse que la medida del mérito es específica de cada cultura. Aunque muchos podemos estar contentos de vivir en una sociedad que valúa la capacidad de dictar conferencias más que, digamos, la capacidad para producir ruidos fuertes, estridentes, soplando intensamente por la nariz, podríamos ser perfectamente capaces de dictar extensas conferencias acerca de posibles sociedades en que la última cualidad sería la virtud más deseada. El mérito es un poco accidental, no sólo en su origen, sino también en el hecho que sea tratado como mérito”¹⁵⁵.

Pretendo conectar la división entre teorías de medio y bienestarristas con la noción de consecuencialismo y de justicias deontológicas. No debe confundirse el consecuencialismo sustentado por Sen¹⁵⁶, con el de la tradición utilitaria¹⁵⁷.

Tradicionalmente en teoría económica, se han distinguido dos grandes corrientes: la llamada teoría económica positiva, que intenta explicar y predecir la realidad, utilizado básicamente modelos lógicos y matemáticos, y la teoría económica normativa, que pretende orientar a la hora de tomar decisiones de corte político. La primera ostenta la pretensión de estar desprovista de valoraciones, aunque sabemos que, ésta es sólo una etiqueta, en realidad toda la teoría económica y no sólo la normativa ha abordado el tema de la ética y en consecuencia realizado juicios de valor. Así lo ha señalado Sen, quien propone dos orígenes de la economía, uno precisamente en la ética, a través de la obra aristotélica y otra en la obra de Smith, con su obra “Teoría de los sentimientos Morales”, en la que independiza a la economía de la política y la moral^{158 159}.

Hecha esta aclaración cabe concluir que cuando la ética de corte utilitaria se preocupa por las consecuencias en la aplicación de una determinada política pública en definitiva se está preocupando por el reparto y entonces por la justicia, aunque no lo diga expresamente, en muchas ocasiones. Genéricamente es posible sostener que en materia de teoría moral hay dos procedimientos básicos para fundamentar la adopción de políticas: el que evalúa por las consecuencias y el *deontológico*, que lo hace por los principios involucrados. Una teoría deontológica de justicia, analiza lo justo con independencia de los resultados. El análisis consecuencialista de raíz utilitaria pone el

¹⁵⁵ Sen, A. “La desigualdad.”, op. cit., p. 128.

¹⁵⁶ Sen, A. “Sobre Ética y Economía”, Alianza Editorial, Madrid, 1987.

¹⁵⁷ Conforme lo expuesto por Gargarella, R., “Las teorías de la justicia después de Rawls”, Paidós, Barcelona, 1999, p.45-67.

¹⁵⁸ Citado por Gamboa, L. En “Una discusión en torno al concepto de bienestar”, Universidad del Rosario, Economía, Serie Documentos, 1999, p.5. He seguido al autor para la distinción anterior.

¹⁵⁹ Voy a seguir en esto a Hernández, A. “Amartya Sen: Ética y Economía. La ruptura con el bienestarrismo y la defensa de un consecuencialismo amplio y pluralista”, disponible en línea.

énfasis en la observación de las consecuencias a la hora de tomar determinadas decisiones en política pública. Además a la hora de elegir, la elección debe hacerse pensando concretamente en las consecuencias que provocará la adopción de tal política, es más: debe elegirse según éstas. Pero las consecuencias que cabe tener presente no son de cualquier clase, se trata de aquellas que refieren al mayor bienestar del individuo, medido en términos de utilidad.

El logro de esta teoría consecuencialista utilitaria reposa, en que parece evidente no ser posible tomar ninguna decisión en materia de política pública o social sin atender a las consecuencias o resultados que provocarán estas decisiones. Se trata en algún sentido de la idea misma de racionalidad. Desde Weber, sabemos que un individuo cualquiera a la hora de emprender cualquier tipo de acción pesa el resultado de la misma. La Administración Pública debe estar dotada de idéntico proceder racional. Se vincula, en mi opinión este concepto, al paradigma de una Administración por objetivos y sobremanera a los conceptos de eficiencia y eficacia. Así una determinada política pública o social será eficaz si cumple con los objetivos que se propuso y eficiente si la relación entre costo-beneficio es adecuada. Las dos insuficiencias principales de esta teoría, de las cuales las restantes que puedan observarse son sólo derivados, son: el sólo atender a las consecuencias, lo que implica una grave insuficiencia en la información; y en la categoría de consecuencias que deviene relevante para esta tesis. Las señalaré por oposición al análisis consecuencialista sugerido por Sen, en su doctrina de la economía del bienestar.

Sen¹⁶⁰ ha destacado la necesidad de un enfoque consecuencialista más amplio que el propuesto por la doctrina utilitaria. Apunta su crítica en lo que refiere al enfoque utilitario en cuanto a su limitación e inadecuación cuando analiza los beneficios o las utilidades de las personas y se basa en éstos a la hora de proponer la distribución de bienes o recursos. Lo interesante es que este sensible teórico, no desecha esta categoría de análisis sino que la reformula y la hace más amplia, más democrática si se quiere. Rechaza la justicia deontológica en cuanto no observa los resultados, y ve a los derechos como restricciones ya que en su concepción es necesario analizar el cumplimiento de estos derechos¹⁶¹. En el marco de las teorías deontológicas se inscribe la de Nozick¹⁶², quien juzga rectos los resultados, si se siguen determinados procedimientos con independencia de que los resultados sean justos o injustos. También pone hincapié, el economista indio, en que es necesario comprender que las personas al ser diferentes pueden evaluar de un modo distinto un mismo estado de cosas, es decir en definitiva la utilidad y el beneficio; ya que otra insuficiencia derivada de la teoría utilitaria consiste en no prestar atención a lo que el autor denominó preferencias del agente.

El denominado principio ordinal de la teoría del bienestar clásica, plantea que no es posible medir con una misma escala, la utilidad que experimentan las personas en tanto seres humanos dotados de individualidad y en consecuencia diferentes. Sin embargo para Sen, esta postura no hace sino empobrecer todavía más el análisis. Es esta idea de la imposibilidad de establecer comparaciones científicas, entiende el autor, la raíz de que muchos economistas creyesen que no tiene sentido establecer vínculos entre la ética

¹⁶⁰ Sen, A. op.cit., capítulo I.

¹⁶¹ Quiero precisar que aun cuando la teoría de la justicia de Rawls pueda entenderse como deontológica, el autor ha dicho que cualquier doctrina ética digna de atención, debe tomar en cuenta las consecuencias cuando juzga la corrección, si alguna no lo hace, no es racional. Con lo que no toda concepción deontológica de la justicia merece el mismo reproche, por otra parte Sen ha reconocido su deuda con la teoría del estadounidense. Véase Rawls, J. "Teoría...", op. cit., p. 69

¹⁶² Gargarella, R. "Las teorías de la justicia después de Rawls", Paidós, Barcelona, 1999, p.99-123

y la economía¹⁶³. Este preconceito ha significado carencias en la economía predictiva. Por eso entiende que es posible realizar comparaciones entre las personas a efectos de medir el bienestar, la comparación la propone Sen no ya bajo la métrica de la utilidad, sino de: las realizaciones, funcionamientos y capacidades de los individuos^{164 165}.

Quizá la insuficiencia más importante de la teoría consecuencialista¹⁶⁶ en su versión utilitaria sea las serias *restricciones informacionales* con las que cuenta. Se trata para Sen de un enfoque de tipo monista cuando sólo toma en cuenta el beneficio o la utilidad. Es en gran medida arbitrario cuando en realidad existen otros aspectos que son muy importantes en la vida de las personas. Sobre todo cuando lo relevante es la suma de las utilidades individuales. Una de las fallas del análisis consecuencialista se basa en que el principio moral por el que se rige es el del egoísmo y no por ejemplo, el de responsabilidad. Sen plantea que esta falta de visión se debe a que no se considera al ser humano como *agente*. El ser humano cuenta con objetivos, metas y asume obligaciones que no dependen del bienestar económico sino que se fundamentan en principios éticos o políticos. El desinterés que muestra el análisis consecuencialista propio de la ética utilitaria no obedece a un ingenuo descuido, se trata de un desinterés *prescriptivo*. En consecuencia para el autor, no alcanza sólo con evaluar aspectos de beneficio o de utilidad, se impone considerar qué logra por ejemplo una política pública, en términos de *logros de agencia*. No se trata de tomar en cuenta cualquier interés de las personas, sin importar cuál sea éste; de lo que se trata es de ir más allá de la utilidad económica, y pensar en los fines que persigue determinada persona, en sus intereses quizá no medibles en términos económicos. Pone énfasis también en el concepto e libertad para alcanzar determinados logros. Tradicionalmente la ética bienestarista interpretó el concepto de libertad sólo en un sentido instrumental. Omite en consecuencia prestarle atención a la libertad de las personas para alcanzar su propio bienestar. Importan más los resultados, el estado de cosas, que las personas.

Rawls en su teoría de la justicia, le reprocha a la ética utilitaria lo que él llamó *gustos ofensivos*; en el entendido de que no se respeta a los individuos a la hora de juzgar el bienestar social; en la medida en que si el placer de una persona implica un perjuicio para otra esto no representa un problema para la ética utilitaria. Dice Rawls:

¹⁶³ El gran teórico de la ética económica confiesa que costó mucho que sus profesores y tutores académicos pudiesen entender que la tesis que él proponía tuviese algún sentido. Luego en 1998, en alguna medida, la comunidad científica reconocería que sus aportes sí fueron valiosos. Piensa que la teoría económica marxista tuvo un papel preponderante en su formación, durante su juventud en la India; considera que la Economía le debe más a Smith que a Ricardo y confiesa que mientras pesaba a los niños indios durante las terribles hambrunas, si alguien le hubiese preguntado qué estaba haciendo en ese preciso momento hubiese respondido: ¡economía del bienestar! Klammer, A. “Una conversación con Amartya Sen”, disponible en línea.

¹⁶⁴ Al respecto véase Casas, A., Cortés, D. y Gamboa, L. “Las comparaciones interpersonales y la evaluación de estados sociales alternativos” en Revista de Economía Institucional, primer semestre, volumen 5, número 8, 2003, Universidad Externado de Colombia.

¹⁶⁵ Esta tesis de Sen implicó un desafío al *teorema de la imposibilidad* de Arrow, una explicación breve de este teorema puede verse en Höffe, O. “Estudios sobre Teoría del Derecho y la Justicia”, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política”, México D.F., 2004, p.169-174.

¹⁶⁶ Dentro de los análisis de tipo consecuencialista cabe considerar también la teoría del óptimo de Pareto. Sin perjuicio de que no corresponde aquí extenderse al respecto, el óptimo de Pareto, es también consecuencialista, como toda la tradición utilitarista, porque exige que todas las elecciones de acciones y aún las instituciones satisfagan su tesis de la optimalidad. Adolece de las mismas insuficiencias que el resto de las teorías propias de la ética utilitaria con el agravante que representa un serio problema en materia de justicia distributiva ya que su óptimo garantiza que no se realice ningún tipo de cambio para que nadie se encuentre en mejor situación, si esto implica que otro se encuentre en peor situación. Es decir que una política pública que se inspire en esta doctrina no podrá sacarle a un rico para darle a un pobre.

“Así, si los hombres obtienen placer discriminándose mutuamente, o sometiendo a los demás a un grado menor de libertad como medio para aumentar su propia estima, entonces debemos considerar la satisfacción de estos deseos junto con los demás, valorándolos según su intensidad u otro criterio”¹⁶⁷. Quiere decir que otra insuficiencia, o quizás en este caso notoria deficiencia, sea ésta de los *gustos ofensivos*.

Nozick presenta una teoría de la justicia. Entiende que no es posible una redistribución basada en una idea de igualdad porque no es posible promover la igualdad contra la voluntad de algún sujeto, se basa para esto en su concepción de las transacciones voluntarias entre adultos, con una raíz en una concepción empirista. Aboga no sólo por un Estado de tipo mínimo sino que además sostiene su imperiosa necesidad moral. Deriva la justificación moral de la apropiación de recursos externos de la idea de la propiedad de uno mismo. Lo importante, a los efectos de lo que nos ocupa, es que rechaza una teoría de tipo consecuencialista y sostiene una teoría de tipo deontológico acerca de la justicia¹⁶⁸.

Lo que me importa resaltar es que las dos teorías de la Justicia, la de Rawls, y Dworkin, rechazan de plano los análisis de tipo consecuencialistas, es decir aquellos que miran los resultados. Sen, en cambio en un análisis que me parece que aporta mucho, sobre todo a las políticas públicas y en consecuencia al igualitarismo, no desecha el valor de los resultados, pero tampoco cuenta con la estrechez de la tradición utilitaria, sobre todo no presenta su tesis la misma *carencia informacional*.

4.4 La igualdad como una idea relacional y sus vínculos con la analogía.

Aristóteles escribió, refiriéndose a la virtud: “no es suficiente limitarse a generalidades en este tópico. Es necesario además mostrar cómo estas teorías son acordes con los casos particulares. Efectivamente, cuando se reflexiona sobre los actos humanos, las generalidades sirven de poco, y los análisis especiales, son más acordes a la verdad, puesto que los actos son siempre particulares y a ellos deben convenirse las teorías¹⁶⁹”, esta conclusión del Estagirita, la considero trasladable a tópico de la igualdad.

Habría sido Norberto Bobbio, el primero en conectar la idea de la analogía con el principio constitucional de igualdad formal¹⁷⁰. Atienza recoge expresamente esta tesis de Bobbio y sostiene que el fundamento de la analogía es el principio de igualdad¹⁷¹. Normalmente, cuando en Derecho se utiliza el recurso de la analogía, el esfuerzo argumental no está en demostrar por qué dos casos de verificarse que son “iguales” merecen “idéntico” tratamiento sino, en mostrar precisamente esa pretendida igualdad. Lo primero se da por supuesto.

Es importante destacar que caben distintos sentidos de analogía. Así en lógica, se distingue el razonamiento inductivo, que por oposición al deductivo no pretende establecer la verdad de sus conclusiones sino tan sólo su probabilidad, y resalta como uno de los razonamientos inductivos más usado el razonamiento por analogía. La mayoría de nuestros razonamientos cotidianos, señala Copi, están fundados en razonamientos de tipo analógico. Así, por ejemplo, compro zapatos nuevos en una zapatería, con base en que los anteriores zapatos que compré en ese lugar me dieron

¹⁶⁷ Rawls, J. “Teoría...”, cit. p. 30.

¹⁶⁸ Para un desarrollo de esta teoría véase el análisis de Gargarella, R., op. cit. p. 45-67.

¹⁶⁹ Aristóteles, “Ética”, Ediciones Libertador, Bs. As., 2003, p. 51-52

¹⁷⁰ En su tesis doctoral “L’analogia nella logica del Diritto”, Universidad de Turín, Turín, 1934, p. 113-131.

¹⁷¹ Atienza, M. “Sobre la analogía en el Derecho”, Civitas, Madrid, 1984.

resultado. Lo mismo con el libro de un autor, interpreto que será bueno, porque el anterior lo era¹⁷². No es este el sentido que voy a considerar acá.

Perelman y Olbrechts-Tyteca en su “Tratado de la argumentación” se encargaron de poner de manifiesto que la analogía es la parte más débil de la serie “identidad/ semejanza/ analogía”, y que los antiguos la rechazaron como medio legítimo de prueba. Sostienen, que la analogía se presenta como una similitud de estructuras, de una manera de proporcionalidad “A es a B” como “C es a D”. La analogía se comporta como una conexión entre el *término* y el *foro* y, en definitiva suele ser un argumento de difícil éxito, debido que se comporta como un péndulo entre aquellos que la invocan, que se ven tentados a afirmar que hay más que una analogía, y sus negadores que tienden a negar lo relevante de la semejanza o el sentido que pueda tener la comparación. Así por ejemplo Moore ataca la analogía de Wittgenstein, según la cual los enunciados son para los hechos como los surcos de un disco para los sonidos, como mofándose de la burda comparación. El problema radica en lo subjetivo de la semejanza o la comparación. Esto me hace acordar, cuando las personas opinan, al nacer un bebé a cuál de sus familiares se parece. Es probable que encontremos opiniones de todo tipo y todos están invocando una semejanza (y aquí, a mí también en este momento, cualquier lector puede cuestionar esta semejanza que he introducido del parecido del bebé). De todos modos Perelman y Olbrechts-Tyteca no niegan el frecuente uso argumental que presenta el argumento por analogía¹⁷³.

En nuestro Derecho y en el Derecho continental (a diferencia del sistema del Common Law, donde la analogía parece como un problema de interpretación), la analogía se vincula con un problema de integración¹⁷⁴ en el Derecho y en consecuencia con la teoría de las fuentes¹⁷⁵ y con la noción de laguna^{176 177}.

Es importante reflexionar, aunque no puedo detenerme aquí demasiado, que tanto la analogía como los principios del Derecho son mecanismos que todos estos autores, citan como hábiles para la integración del Derecho.

Si sumamos a esto que Kelsen¹⁷⁸ reflexionó, en cuanto al concepto de laguna, que posee un fuerte contenido ideológico y que en verdad no puede decirse que en Derecho existan, sino que es un mecanismo por parte del intérprete o del aplicador para no darle al caso la solución prevista por la norma porque no la considera adecuada o justa, vemos que el tema de la analogía y los principios se vincula en términos de uso discursivo. El tema de las lagunas en el Derecho, ha cobrado relevancia por la obra de los argentinos Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin¹⁷⁹ y recientemente ha suscitado un debate entre iusfilósofos¹⁸⁰.

¹⁷² Copi, I. “Introducción a la lógica”, Eudeba, Bs. As., 397-416.

¹⁷³ Perelman, Ch. y Olbrechts-Tyteca, L. “Tratado de la argumentación. La nueva retórica”, Gredos, Madrid, 1989, p.569-609.

¹⁷⁴ García Máñez, E. “Introducción al estudio del Derecho”, Porrúa, México D.F., 2004, p. 365-370.

¹⁷⁵ Al respecto puede verse Ross, A. “Teorías de las fuentes del Derecho. Una contribución a la teoría del derecho positivo sobre la base de investigaciones histórico-dogmáticas”, Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Madrid, 2007, p. 383-416.

¹⁷⁶ Cossio, C. “La plenitud del Ordenamiento Jurídico”, Editorial Los Andes, Buenos Aires, 2005 p. 217-244.

¹⁷⁷ Bobbio, N. “Teoría General del Derecho”, Temis, Bogotá, 1997, p. 233-238

¹⁷⁸ Kelsen, H. “Teoría Pura del Derecho”, Eudeba, Bs. As.

¹⁷⁹ Alchourrón, C. y Bulygin, E., op. cit.

¹⁸⁰ Atria, F., Bulygin, E., Navarro, P., Ruiz Manero, J., Rodríguez, J. y Moreso, J. “Lagunas en el Derecho”, Marcial Pons, Madrid, 2005. El debate se trabó más que nada entre Fernando Atria y Eugenio Bulygin

En el Derecho se suele distinguir entre la *analogía legal* y la *analogía jurídica*¹⁸¹. En la primera la premisa normativa de la que se parte es tan solo una y en el caso de la legal estarían involucradas más de una norma. También se ha distinguido la analogía de la interpretación extensiva (lo que ha sido recogido a título expreso en algunos códigos, como por ejemplo el Código Tributario), sin embargo corresponde señalar que ya Bobbio apuntó lo artificial y arbitrario de la distinción.

Este es el uso dogmático y retórico que tiene la analogía, pero a mí, a los efectos de este trabajo lo que me importa reflexionar, es en la analogía en tanto una idea relacional. Tampoco creo, como lo sostienen Bobbio y Atienza, que la analogía esté fundada en el principio de igualdad. Porque pienso que su uso es discursivo prescriptivo, en tanto fundada en la idea de laguna. La idea de establecer algún vínculo se genera a dos bandas: porque refiere a alguna noción de igualdad y porque, como los principios, abre la posibilidad de una mayor participación de los jueces.

Me interesa seguir en esto a Malherbe^{182 183}, quien se distanció¹⁸⁴ del papel argumentativo de la analogía tal como había sido entendido por la dogmática, para detenerse en la noción de igualdad que subyace tras el concepto. Y para hacerlo utiliza el principio de identidad de “Identidad y diferencia” de Heidegger¹⁸⁵, al que aludieron varios de los seminaristas.

En la fórmula $A=A$, se escapa, por tratarse de una mera igualdad, la esencia de la verdadera fórmula de identidad “A es A” y esto implica que se deja de lado lo más importante de la noción de identidad y es la idea relacional. “Todo A es él mismo el mismo, consigo mismo”. La identidad implica aquí la relación marcada por la preposición con”¹⁸⁶. La identidad se trata de una pertenencia mutua. De una conexión o nexo.

Acá simplemente lo que pretendo apuntar, compartiendo la distinción entre igualdad e identidad, es que la igualdad necesariamente es una idea relacional. Esto significa que siempre habrá por lo menos tres términos y no tan solo dos. Que cuando se hace referencia a la igualdad siempre es necesario pensar *igualdad de qué* (Sen). Y este puede ser el tercer término. Dos sujetos, o dos grupos de sujetos, *identificados* o individualizados que se los compara con relación a algo: vivienda, alimentación, ingreso, necesidades de todo tipo, etc. Porque como reflexionaba Aristóteles la generalidades en estos casos, cuando afectan a seres humanos, no aportan demasiado.

Esto implica, que en materia de políticas públicas o sociales de igualación, que sí son posibles, mediante la redistribución de riqueza, por ejemplo, estas deben ser lo más relacionales posibles y lo más concretas posibles. Esto impacta necesariamente en la consideración de que las leyes, como tales no son suficientes para la igualdad y de la mano de la consideración del Derecho en su carácter institucional, requiere la

¹⁸¹ Klug, U. “Lógica Jurídica”, Temis, Bogotá, 2004, p. 139-176

¹⁸² Tengo que agradecerle al Profesor Oscar Sarlo la sugerencia de esta lectura.

¹⁸³ Malherbe, H. “La analogía en la ciencia del Derecho”, FCU, Montevideo, 1998.

¹⁸⁴ Distancia que le valió que el tribunal que tuvo que analizar su tesis para aspirar al cargo de Profesor Adscripto en nuestra Universidad le solicitara que lo reformulara, cosa a la que se negó y presentó un trabajo alternativo. Razón por la cual la publicación de su trabajo se demoró más de 20 años. Véase al respecto al interesante perspectiva sobre el particular en Sarlo, O. “La analogía en el pensamiento de Malherbe”, en Revista Relaciones, disponible en línea, en <http://www.chasque.net/frontpage/relacion/9911/pensamiento.htm>.

¹⁸⁵ Malherbe, H., op. cit., p. 31-36.

¹⁸⁶ Malherbe, H., op. cit., p. 32

intervención de todas sus instituciones y especialmente de los jueces, de la mano de la judicialización de los derechos sociales¹⁸⁷.

5. ¿Es el derecho a la igualdad un concepto vacío, que cumple nada más que una función retórica o emotiva? La concepción de la igualdad en el pensamiento de Luigi Ferrajoli¹⁸⁸.

5.1. La evolución histórica de los modelos de diferencia.

Ferrajoli distingue cuatro modelos históricos jurídicos *de configuración de la diferencia*. El primero es el de *indiferencia jurídica de las diferencias*. En este modelo, impera el paradigma hobbesiano, que confía a la fuerza la defensa o la opresión de las diferencias. No se tutelan, ni se reprimen a las diferencias, simplemente se las ignora.

El segundo modelo es el de *diferenciación jurídica de las diferencias*. Aquí a las diferencias ya no se las ignora, sino que se las valoriza y desvaloriza. Las diferencias de identidades son tomadas en cuenta por el Derecho para la asignación de poderes y derechos, y se las recubre de un falso universalismo, pero en realidad están pensadas para el individuo *macho, blanco y propietario*. Las diferencias se encuentran en este modelo, sancionadas como efectivas desigualdades, y como fuente de privilegios y discriminaciones (las identidades de mujer, judío, analfabeto, etc., se hayan desvalorizadas).

El tercer modelo, es el de *homologación jurídica de las diferencias*. Este modelo aparece marcado por una afirmación abstracta de una idea de igualdad. Aquí las identidades de mujer, negro, judío, etc., no aparecen asociadas como un valor o disvalor, sino que son desconocidas o neutralizadas, y por lo tanto violadas en atención a una pretendida noción de identidad. Por ejemplo, en este modelo, a la mujer se la considera como idéntica al varón, y se finge que cuenta con los mismos derechos que el varón. Al desconocerse *de derecho*, tal diferencia de identidad, resulta penalizada *de hecho*.

El cuarto modelo es el de *igual valoración jurídica de las diferencias*. Este modelo se basa en el *principio normativo de igualdad* en los *derechos fundamentales* y en su sistema de *garantías* para su efectividad. Tales diferencias de identidad, no son ignoradas o desvalorizadas, sino que son el objeto de las leyes de los más débiles, que son los propios derechos fundamentales. Prescribe para todas las diferencias igual respeto y trato. “La igualdad en los derechos fundamentales resulta así configurada

¹⁸⁷ Al respecto puede consultarse: Abramovich, V. y Courtis, C. “Los Derechos sociales como derechos exigibles”, Trotta, Madrid, 2002.

¹⁸⁸ Luigi Ferrajoli nació en Florencia, Italia, en 1940. Ejerció como juez entre 1967 y 1975. Ha defendido una teoría general del Derecho que denominó garantista, o también conocida como neoconstitucionalismo garantista, que él autocalifica como de positivismo crítico, en atención a que cuestiona alguna de las tesis del positivismo kelseniano, o paleopositivismo. Es partidario de una teoría axiomatizada del Derecho. Una de sus tesis centrales es la separación entre los derechos y sus garantías y también su apuesta por una definición formal de “derechos fundamentales”. Recientemente –diciembre de 2007–, este autor (al que considero uno de los teóricos del derecho más sólidos de la actualidad), acaba de publicar “Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia”. Esta obra, marca un hito, un antes y un después, en la Teoría del Derecho. Desde hace treinta años viene trabajando en esta teoría, y por primera vez pienso que nos encontramos frente a una propuesta seria de sustitución del paradigma del positivismo kelseniano, con todo lo que eso implica. De ser así, podríamos estar en presencia de una “revolución científica”, comparable quizás con la obra de Newton en Física (“Philosophia naturalis. Principia Mathematica”), siempre que se considere que es posible el abordaje científico del Derecho. La obra consta de 3000 páginas, en tres volúmenes, y ha sido publicada en Italia por la editorial Laterza. En español, hasta donde he indagado, la editorial Trotta piensa editarla en el año 2009.

como el igual derecho de todos a la afirmación y a la tutela de la propia identidad, en virtud del igual valor asociado a todas las diferencias que hacen de cada persona un individuo diverso de todos los otros y de cada individuo una persona como todas las demás”. Ferrajoli, cita como ejemplo de tal carácter de proyecto y de principio normativo de igualdad, a la disposición del artículo 3 de la Constitución italiana, que en sus párrafos 1 y 2 adoptan una concepción formal y sustancial de igualdad con base en la “igual dignidad” de las diferencias afirmando la “igualdad de todos ante la ley” y “la igual dignidad social”, sin distinciones de “sexo, raza, religión, opiniones políticas, condiciones personales y sociales”. Reconoce el texto constitucional, el carácter normativo (y no descriptivo) de tal idea de igualdad con un giro de sinceridad (digno de imitar) reconociendo su virtual ineficacia por obstáculos de orden económico y social que la limitan de hecho¹⁸⁹.

5.2 La conexión entre los derechos fundamentales y el derecho a la igualdad.

Ferrajoli conceptualiza el principio de igualdad, al que le agrega el adjetivo de *moderno*, como un derivado de la categoría axiológica de *valor de la persona* y del *principio de tolerancia*. Se trata de un principio que incluye las *diferencias personales* y excluye las *diferencias sociales*. Distingue la *igualdad formal o política* y la *igualdad sustancial o social*. En ambos sentidos, sostiene el profesor italiano, la igualdad no es una *tesis descriptiva*, sino *prescriptiva*, o sea un *principio normativo*, o más propiamente un *metaderecho*, un juicio de valor que parte de la premisa de que los hombres son distintos. Con una normatividad opuesta en uno y otro caso. Desde la igualdad formal se predica que los hombres *aunque diferentes* en sexo, identidad, lengua, etc., *deben ser tratados como iguales*; la *igualdad social* prescribe que los hombres pese a ser diferentes, *deben ser hechos tan iguales como sea posible*, teniendo presente el hecho de que son económica y socialmente desiguales. Propone la nomenclatura de *diferencias* para las primeras y de *desigualdades* para las segundas. Las primeras deben ser reconocidas para ser respetadas o tuteladas, las segundas también deben serlo, pero para ser corregidas o superadas.

Ambas vertientes del mismo derecho¹⁹⁰ a la igualdad aparecen definidas en torno a la igualdad en derechos fundamentales. La primera vertiente reposa básicamente en un derecho a ser diferente al resto de las personas, la vertiente sustancial reposa en el derecho a ser igual o tener derecho a iguales condiciones sociales y económicas de supervivencia. Y estos *derechos fundamentales* se distinguen notoriamente de las *situaciones jurídicas*¹⁹¹ y especialmente se distinguen de los derechos patrimoniales

¹⁸⁹ Ferrajoli, L. “Derechos y garantías. La ley del más débil”, Trotta, Madrid, 2006, p. 74-76.

¹⁹⁰ Ferrajoli, a diferencia de Alexy y otros, no es proclive a utilizar la ya clásica fórmula lingüística de “principios”, porque según él esto puede contribuir a diluir la fuerza normativa que tienen ciertos derechos fundamentales consagrados en cartas constitucionales. García Figueroa, A. “Entrevista a Luigi Ferrajoli”, en Carbonel, M. y Salazar, P., “Garantismo. En torno al pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli”, Trotta, Madrid, 2005, p. 523.

¹⁹¹ Para distinguir las situaciones jurídicas de los derechos fundamentales conviene tener presente la clasificación de normas jurídicas propuesta por Ferrajoli entre normas *téticas* y normas *hipotéticas*. “Tratándose de dos neologismos que designan una distinción tan ignorada como de esencial importancia en la teoría del Derecho resulta oportuno exponer, aunque sea en términos sumarios, las definiciones de ‘norma tética’ y de ‘norma hipotética’ que propongo en mi trabajo de teoría del derecho. He definido como *norma tética* cualquier norma que atribuya inmediatamente situaciones jurídicas o status a determinadas clases de sujetos. Por ejemplo, la norma “prohibido fumar”, las normas del código penal que configuran los comportamientos que prohíben como delitos, las adscriptivas de derechos fundamentales, los artículos 1 y 2 del Código Civil que confieren capacidad jurídica a los seres humanos desde el momento del nacimiento y la capacidad de obrar a los que han alcanzado la mayoría de edad.

(como el derecho a la propiedad y el crédito) en tanto no son negociables o transables y en cuanto corresponden a todos las personas o ciudadanos¹⁹².

Los derechos fundamentales en la teoría de Ferrajoli, aparecen como constitutivos del derecho a la igualdad y se distinguen de las situaciones jurídicas porque éstas corresponden a deberes o poderes adquiridos mediante un título o causa, que son ejercidos mediante actos potestativos que pueden producir efectos jurídicos en la esfera propia o en la ajena. Los derechos fundamentales, sin embargo, son reconocidos a todos con independencia de cualquier título.

Ferrajoli ha adoptado una definición puramente formal o estructural de derechos fundamentales, como: “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a ‘todos’ los seres humanos en tanto dotados del status de personas, de ciudadanos o de personas con capacidad de obrar; entendiendo por ‘derecho subjetivo’ cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por ‘status’ la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas”¹⁹³.

Conviene tener presente, que Ferrajoli utiliza la expresión “derecho subjetivo” por tradición lingüística, pero considera oportuno desterrar esta categoría, porque en su opinión, ha sido utilizada para designar modalidades deónticas de contenido opuesto como la propiedad y la libertad. Porque tanto la propiedad como el crédito, más que “derechos” son “poderes”. Los derechos fundamentales no producen efectos jurídicos y no son causados por ningún acto. “En esta perspectiva de mejoramiento conceptual y lingüístico, critiqué en fin el uso indiscriminado de la palabra ‘derecho subjetivo’ referida a un similar cúmulo de figuras heterogéneas, viendo en ese uso el vehículo de una especial operación secular de mistificación a la que han contribuido tanto la tradición liberal como la socialista: la primera, con objeto de acreditar la propiedad, como derecho del mismo tipo que los derechos de libertad, mediante el valor comúnmente asociado a las libertades; y la segunda con el fin de desacreditar las libertades como ‘derechos burgueses’ del mismo tipo que la propiedad, mediante el desvalor asociado a las situaciones de poder representadas por el derecho de propiedad y los demás derechos patrimoniales”¹⁹⁴.

La igualdad se alza, en esta teoría, como un eje implicado y a su vez con implicancias para esta distinción entre “situaciones jurídicas” y “derechos fundamentales”. El conjunto de situaciones jurídicas caracteriza a las desiguales

Conforme a ellas, sin la mediación de ninguna otra prescripción jurídica, sus destinatarios son titulares de las situaciones y los status correspondientes. He definido, en cambio, como *norma hipotética* a cualquier norma que predisponga situaciones o status como efectos de los actos previstos como hipótesis. Por ejemplo, las normas de los códigos de procedimiento, las del código penal que predisponen penas como efectos de los delitos... Claro que si la clase de los destinatarios de las normas téticas está vacía, no existe ningún sujeto titular de los derechos adscritos y, por lo tanto, ningún derecho subjetivo. Si la clase tiene un solo miembro, como en el ejemplo de Guastini, existirá un titular y, por consiguiente, un derecho adscrito a él; si, como ocurre a menudo, tiene una pluralidad indeterminada de miembros, existirán otros tantos titulares y otros tantos derechos adscritos. En cambio, en el supuesto de las normas hipotéticas, en caso de que se den los presupuestos previstos en ellas como hipótesis, el derecho adquiere existencia, existiendo al menos un titular del mismo”. Ferrajoli, L. “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, Trotta, Madrid, 2005, p. 155 y 156.

¹⁹² La ciudadanía es para Ferrajoli el último gran bastión de la desigualdad en las democracias constitucionales contemporáneas. “De los derechos del ciudadano a los derechos de las personas”, en “Derechos y garantías”, op. cit., p. 97-123

¹⁹³ Ferrajoli, L., “Los fundamentos...”, op. cit., p. 19

¹⁹⁴ Ferrajoli, L. “Derecho y razón. Teoría del garantismo penal”, Trotta, Madrid, 2006, p. 909.

condiciones jurídicas de los sujetos: los propietarios, los arrendatarios, los deudores, los acreedores, los dependientes, etc. La suma de derechos fundamentales, sin embargo, reposa en la igual condición de personalidad jurídica de las personas. Como los derechos fundamentales no reposan en títulos, ni hallan causas, ni son negociables, y al no producir efectos, son la base de la igualdad jurídica. En cambio, las situaciones jurídicas, constituyen la base, al mismo tiempo que, productores de desigualdades jurídicas, y se fundamentan en relaciones de poder y dominación entre desiguales¹⁹⁵.

5.3. El derecho a la igualdad y los niveles discursivos¹⁹⁶.

No es difícil explicar por qué siendo para cualquier persona, un concepto tan familiar o cercano la igualdad, y siendo concebido desde la Revolución Francesa, junto con la libertad y la fraternidad, uno de los pilares del pensamiento liberal, motiva reacciones que podríamos calificar de tipo “péndulo”, que oscilan entre considerarlo el sentido de todo y aquellas que optan por pensar que no tiene ninguno. Así, para un optimismo de tipo ingenuo, el derecho a la igualdad se halla plenamente vigente en las actuales sociedades democráticas, y del otro lado corrientes escépticas han considerado que ni siquiera cabe hablar de una “igualdad” a absolutamente nada.

Ya vimos el abuso que ha experimentado este “principio de igualdad” por parte de la dogmática (doctrina y jurisprudencia) a quien le ha servido como una suerte de moneda de cambio, para justificar decisiones del más variado tipo¹⁹⁷, y sucede con frecuencia, que cuando algo sirve para explicar todo, no termina explicando nada.

Sin embargo, a mí personalmente se me hace contraintuitivo¹⁹⁸ pensar que este “derecho a la igualdad”, sea un concepto vacío. Más bien tiendo a pensar que esta concepción, expuesta por alguno de los expositores de este seminario, es más bien un efecto “reacción”, frente al uso fuertemente retórico que ha tenido. Es más, hasta podría pensar que persigue cierta finalidad pedagógica implícita, motivada por cierto objetivo de denuncia. Creo que si distinguimos los niveles discursivos implicados, podemos concluir que el derecho a la igualdad (aunque abusado) tiene un contenido bastante claro y bastante obvio, y escojo para hacerlo la propuesta teórica de Ferrajoli.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 910 y 911.

¹⁹⁶ Importa destacar que es imprescindible tener presente los distintos niveles discursivos manejados por la teoría ferrajoliana, ignorarlos, es en mi opinión, lo que ha motivado varias de las críticas que se le han formulado. Ha distinguido básicamente cuatro niveles discursivos o enfoques disciplinarios: a) teórico-jurídicos, b) dogmático-interpretativos, c) sociológicos o historiográficos y d) filosófico-políticos. Buena parte de la teoría de Ferrajoli reposa en la distinción clásica entre ser y deber ser, en la raíz de esta distinción iuspositivista, reposa la distinción a su vez, entre discurso descriptivo y discurso normativo o prescriptivo. Sin embargo, Ferrajoli, le da un vuelco importante a esta distinción original y en su opinión, con el advenimiento de los Estados Constitucionales, esta diferenciación penetra al seno del propio Derecho y entonces tenemos Derecho “que es”, pero que no “debe ser”. Sin que esto implique la asunción de ninguna tesis de corte iusnaturalista. Por esta misma razón la Teoría del Derecho, contrariamente a lo que tradicionalmente se sostiene, debe asumir una función prescriptiva, y no tan sólo descriptiva. Más allá de que algunos autores, como Kuhn por ejemplo, en la posdata a “La estructura de las Revoluciones científicas” sostuvo que esta distinción entre ser y deber ser no tiene ningún sentido, puesto que es imposible marcar un límite entre discurso prescriptivo y discurso descriptivo, no es posible pensar que existan discursos puros de uno u otro tipo. Ferrajoli, L. “Garantismo. Una discusión sobre Derecho y Democracia”, Trotta, Madrid, 2006.

¹⁹⁷ Recientemente, en la sentencia 49/008 la Suprema Corte de Justicia utilizó este principio de igualdad para justificar una decisión que declara inconstitucional el Impuesto a las Rentas de las Personas Físicas, que recae sobre las jubilaciones, pensiones y prestaciones de pasividad de similar naturaleza, creado por la ley 18.083 de reforma del sistema tributario.

¹⁹⁸ En el pensamiento aristotélico el *nous* (intuición), si bien se distingue claramente del *episteme* o saber científico, de alguna manera lo implica, o es un paso previo.

En el punto 1 de este capítulo 5 hice referencia a los distintos modelos históricos normativos de la diferencia y por lo tanto de la igualdad. A su vez, con el título de este trabajo “Metamorfosis de un tópico”, pretendí poner énfasis en la evolución histórica de esta idea, pensando sobre todo en Nietzsche¹⁹⁹ y en su admonición de atender a la historia de cualquier concepto. Por eso las mismas disposiciones normativas, por ejemplo de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano leída en el momento en que se sancionó, no tiene verosímilmente el mismo contenido que tiene leerla hoy en día. Históricamente, y esta idea persiste hoy entre algunos pensadores, igualdad y diferencia son opuestos, sin embargo actualmente cobra relevancia la idea de que son conceptos que necesariamente se implican.

Esos modelos dan cuenta de que la igualdad ha sido fingida de hecho y de derecho, ignorada de hecho y de derecho, reconocida de hecho y de derecho, valorizada de hecho y también de derecho. Cuando la igualdad se da como hecho, no resulta más que una mistificación. Cuando se asimila a la mujer, con el varón, al propietario con el no propietario, al alfabetizado con el analfabeto. Entonces aquí aparece sobre la base de una “ficción” de un “como si”, una igualdad abstracta teorizada de hecho y en consecuencia, negada de derecho. La igualdad no es una tesis descriptiva, no aparece en términos de *ser*, sino de *deber ser*, se trata de una prescripción²⁰⁰.

¿En qué consiste este derecho a la igualdad, teniendo presente la diferencia discursiva? La respuesta es sencilla de dar, aunque la igualdad resulte difícil de alcanzar: “ ‘Igualdad ‘ es término normativo: quiere decir que los ‘diferentes’ deben ser respetados y tratados como iguales... Diferencia(s) es término descriptivo: quiere decir que de hecho, entre las personas, hay diferencias, que la identidad de cada persona está dada, precisamente por sus diferencias, y que son, pues, sus diferencias las que deben ser tuteladas, respetadas y garantizadas en obsequio al principio de igualdad. Y entonces, no tiene sentido contraponer ‘igualdad’ y ‘diferencia’ ”²⁰¹. Esta es la vertiente de igualdad formal.

Los derechos civiles y políticos se ampliaron. En un momento histórico sólo los tuvieron los libres, propietarios, alfabetizados y machos. Después fueron alcanzados por los analfabetos, los desposeídos, las mujeres (desde hace no tanto en la historia). El derecho a la igualdad, normativamente prescribió que las mujeres, por ejemplo debían tener derecho al voto, *igual* que el hombre. Y todavía hoy prescribe que deberían tenerlo por ejemplo, los presos o los inmigrantes, *igual* que la categoría privilegiada de los ciudadanos (último bastión de desigualdad formal). En tanto todos *iguales* en su condición de personas

La vertiente de *derecho a la igualdad sustancial*, prescribe que todos los seres humanos por su igual condición de tales, tienen derecho a ser equiparados en sus condiciones socioeconómicas vitales, *igual* que alguien que se encuentra en situación de estar gozando de tales derechos. Porque si se alza en un imperativo ético y normativo, que las personas no padezcan necesidades, y tengan derecho a salud, educación, vivienda, trabajo, etc., se alza todavía más, si consideramos que hay unos pocos que los tienen, y unos muchos que los tienen negados, y entonces esos muchos tienen *igual* derecho que aquellos pocos.

¹⁹⁹ “Se puede decir que el pecado original de los filósofos, no es ni más ni menos, que la falta de sentido histórico”, Nietzsche, F. “Humano. Demasiado humano”, Ediciones Libertador, Bs. As, 2004, p. 18

²⁰⁰ Ferrajoli, L. “Derechos y garantías”, op. cit., p. 78.

²⁰¹ *Ibidem*, p. 79 y 80

No se trata de un concepto autosatisfactivo o saturado, que pueda operar solo, como tampoco puede hacerlo ningún otro derecho fundamental concreto. Pero además, opera como *metaderecho*, por su nexo particular con el resto de los derechos fundamentales.