

CAPÍTULO TERCERO

ARBITRARIO COMO DISCRIMINATORIO

I. LA IGUALDAD COMO LÍMITE AL PODER

El análisis realizado hasta ahora nos ha permitido resaltar, en primer lugar, la conexión entre la noción controvertida de poder *arbitrario* y aquellas prácticas de ejercicio del poder del gobernante que se pretende *libre* de restricciones y límites. En segundo lugar, se investigó el tema específico de las limitaciones formales a la decisión que pretende ser, en algún sentido, *no arbitraria*, a través de la figura del gobierno *per leges*, que se expresa con normas *generales* y *abstractas* y su inversión en el gobierno “por decreto”, en el que se caracteriza la adopción de decisiones particulares, tomadas (casi) caso por caso. Esta reconstrucción, sin embargo, todavía no nos dice nada sobre el contenido de las leyes generales y abstractas, dejando así abierta la cuestión de los márgenes de *arbitrariedad* del poder al ordenar tratamientos jurídicos dirigidos a ciertas categorías. El *exemplum fictum* de una ley —de forma general y abstracta— que aumenta las penas por el delito de robo *sólo* a los ladrones de ojos azules es un caso claro de violación del principio de igualdad, al menos en un primer e intuitivo sentido: fruto de un poder caprichoso, despótico y *libre*.

Según Herbert Hart:

De un hombre culpable de enorme crueldad hacia su propio hijo se dirá a menudo que ha hecho algo malo, moralmente reproachable o incluso malvado. Que ha descuidado su *obligación* o deber

moral hacia su hijo. Pero sería extraño criticar su conducta como injusta... La palabra “injusto” sería apropiada si ese hombre hubiera elegido arbitrariamente a uno de sus hijos para aplicarle un castigo más severo que el infligido a otros culpables del mismo acto.²³⁴

Arbitrario es, por tanto, aquel poder que contrasta con la regla de justicia —que prescribe tratar *a los iguales por igual y a los desiguales de manera diferente*—; que discrimina a partir de razones *particulares* que no pueden ser generalizadas ni justificables, como en el caso del padre que, ante dos hijos culpables del mismo delito, castigó sólo a uno, porque le era menos querido.²³⁵

El problema de la *discriminación* arbitraria queda bien ejemplificado, una vez más, en el caso de la ley Calderoli. Entre los aspectos más controvertidos de la ley electoral italiana destaca el del premio de mayoría que atribuye automáticamente 55% de los escaños de la Cámara de Diputados a la coalición que obtenga la mayoría de los votos. Desde muchos sectores se ha señalado que tal sistema viola de alguna manera el principio de igualdad de todos los ciudadanos en el voto, atribuyendo un poder desproporcionado a aquellos que orientaron su elección hacia la coalición que obtuvo la mayoría. En definitiva, el voto de quienes se encuentren del lado ganador pesará más que el de los demás a la hora de repartir los escaños.

Sin embargo, según el Tribunal Constitucional italiano, la simple deformación de las preferencias de los votantes en el momento de la transformación de los votos en escaños (desigualdad *de llegada*) no es una razón automática de conflicto con el principio de igualdad de votos. Esto se violaría claramente si no se mantuviera el principio de “una persona, un voto”, según el cual cada elector tiene sólo un voto (desigualdad *de inicio*). De hecho, si

²³⁴ Hart, Herbert L. A., *Il concetto di diritto*, (1961), trad. al italiano, Turín, Einaudi, 2002, p. 185.

²³⁵ Sobre la regla de justicia en Hart, véase Winston, Kenneth I., “On Treating Like Cases Alike”, *California Law Review*, vol. 62, núm. 1, 1974.

la alteración de la relación proporcional entre votos y escaños se configurara automáticamente como perjudicial para el artículo 48 de la Constitución, sería inconstitucional tanto un sistema de mayoría uninominal, donde sólo están representados quienes eligen al candidato ganador, sin importar ya sea que sean elegidos con 51% o 99% de los votos —o ya sea un sistema que prevea cualquier umbral— en el que el voto de los partidos pequeños es irrelevante para la distribución de escaños.

La opinión sobre la constitucionalidad de la ley Calderoli no es unívoca, a pesar de la combinación de un premio potencialmente desproporcionada y de umbrales diferenciados que corren el riesgo de volver a una composición parlamentaria profundamente distorsionada en comparación con las orientaciones que surgieron en las urnas. Determinar cuáles son los costos democráticos “aceptables” —es decir, los umbrales “aceptables” de distorsión— para que el sistema “funcione” es una cuestión compleja y a menudo influenciada por el clima político, más que por la interpretación de las reglas. Sin embargo, hay al menos un elemento de la compleja legislación electoral conocida como *Porcellum*, que es difícil de defender desde el punto de vista del principio de igualdad: la exclusión de los votos de los ciudadanos de la región del Valle de Aosta en el recuento del premio de mayoría. De hecho, a la pequeña región, con estatuto especial, le corresponde un único representante en la Cámara de Diputados, elegido con un mecanismo uninominal sobre una base regional. Al asignar el premio de mayoría de 55% de los escaños —calculado a nivel nacional y que se activa incluso si la diferencia entre las dos mayores coaliciones es de sólo un voto— no se cuentan las preferencias de los ciudadanos del Valle de Aosta, discriminando así a los estos últimos, los únicos entre los electores italianos que no han intervenido en la creación de la gran mayoría parlamentaria resultante de la alquimia de la ley Calderoli.²³⁶

²³⁶ Cabe señalar que incluso la llamada “circunscripción extranjera” queda excluida del recuento de votos a efectos de atribuir el premio de mayoría a la Cámara.

Esta enésima declinación del ejemplo arroja luz sobre otro posible significado de la noción de poder arbitrario: un poder que discrimina *libremente*. Lo que ocurre en el caso analizado es la construcción de una categoría jurídica —“todos los electores que contribuyen a crear las condiciones para la atribución del premio de mayoría”— de la cual los electores del Valle de Aosta son *arbitrariamente* excluidos, *discriminados* en sentido estricto. Este aspecto de la ley parece basarse en la presencia de una excepción idéntica desde el Decreto Legislativo núm. 74 del 10 de marzo de 1946 (título VII, artículos 66-67), que contenía las normas para la elección de la Asamblea Constituyente.²³⁷ En este caso, el legislador procedió a construir la regla a partir de observaciones particulares, probablemente basadas en leyes anteriores, sin considerar que una misma excepción puede crear efectos diferentes en contextos normativos diferentes. De hecho, en este caso, el paso de un sistema electoral “casi” puramente proporcional a un sistema que lo distorsiona “profundamente” como es el de la ley Calderoli, la misma regla crea una situación de disparidad entre los habitantes del Valle de Aosta y los otros ciudadanos. Una situación que no se produjo en casos anteriores. El resultado es una ley *discriminatoria*, impuesta a partir de consideraciones *particulares*, ya que no pueden ser *generalizadas*.

El problema de la *no-arbitrariedad* como *no-discriminación* —es decir, del respeto a algún principio de *igualdad*— también es muy evidente en el segundo de los ejemplos abordados en los capítulos anteriores. La fortuna de la figura del gobernador regional, de hecho, también está ligada al tema de la *proximidad*, entendida como

²³⁷ Retomado en la ley electoral en vigor de 1948-1993. Incluso la llamada “ley del fraude” tuvo en cuenta el problema de incluir los votos del Valle de Aosta en el cálculo de la atribución del premio de mayoría, insertando una disposición al respecto en el artículo 3o.: “Para la elección uninominal en la circunscripción del «Valle de Aosta», siguen en vigor las normas previstas en el título VI del citado texto, excepto las relativas a la segunda vuelta. Para efectos de la determinación de la mayoría prevista en el párrafo cuarto del punto II de esta ley, así como de la cifra electoral de las agrupaciones, sólo se tendrán en cuenta los votos obtenidos por los candidatos en la primera votación”.

la característica del líder “cercano al ciudadano”, más parecido a él y, por tanto, más capaz de comprender sus necesidades. La relevancia del tema de las *semejanzas y diferencias* adquiere a menudo las características de políticas identitarias que ponen “al centro de sus preocupaciones la «pureza»” de la “sustancia”²³⁸ en un sentido excluyente, haciendo de quienes “atacan nuestra identidad... una especie de enemigo”.²³⁹ Las metáforas comunitarias en las que se expresa esta visión se basan en el carácter “informal, afectivo [y] espontáneo” de las relaciones entre sus miembros, frente a las relaciones “formales, burocráticas [e] impersonales”²⁴⁰ de sociedades más complejas. Una vez más, la atención a la dimensión particular de la política, entendida aquí como la proximidad (casi) identitaria entre electores y electos, lleva a dejar en un segundo plano el problema de los límites al poder, legitimando la ampliación de los márgenes de acción del gobernante.

El significado de arbitrariedad que más se acerca a la noción de “discriminación” está conectado con los analizados hasta ahora de “irracionalidad” e “ilegalidad”, pero no se agota en ellos. Una ley que impusiera diez latigazos a todos los jóvenes pelirrojos de veinte años sería *irracional* —tanto como una ley que impusiera el idioma flamenco a los ciudadanos venezolanos—, además de *ilegal* en cualquier sistema en el que existan las más mínimas garantías penales. Sin embargo, esta norma también sería *arbitraria* en un tercer sentido, quizás el más específico, precisamente porque aborda una categoría jurídica construida a partir de características que son *irrelevantes* para lo que se quiere regular. Este significado, además, no se resuelve con la introducción del principio de igualdad en la gran mayoría de las Constituciones contemporáneas, a menos que se trate de casos simples como el de los azotes. Los límites a la posibilidad de construir categorías que traten “igual a los iguales” —y las garantías correspondientes—

²³⁸ Remotti, Francesco, *L'ossessione identitaria*, Roma-Bari, Laterza, 2010, p. XIV.

²³⁹ *Ibidem*, p. XV.

²⁴⁰ Pazé, Valentina, *Il comunitarismo*, Roma-Bari, Laterza, 2004, p. 9.

es una cuestión controvertida. La misma categoría de “veinteañeros pelirrojos” puede utilizarse sin que parezca inapropiado, por ejemplo, para excluir a un joven de pelo castaño de veinte años o a un pelirrojo de cincuenta años de la audición para una película sobre jóvenes irlandeses.

En un contexto diferente, la cuestión de la *relevancia* del “pelo rojo” en algunas situaciones y de la *irrelevancia* del mismo rasgo —en el sentido de característica adecuada para la construcción de una categoría *universal*—²⁴¹ está en el centro del problema de la arbitrariedad como *discriminación*. Las leyes de segregación contra las personas negras en Estados Unidos, las cuales sobrevivieron por mucho a la abolición de la esclavitud y a la aprobación de la 14a. enmienda constitucional, fueron ciertamente creadas para defender los privilegios de una parte (los blancos) respecto a la otra; y, en ese sentido, son *arbitrarias*, pero su validez era legitimada a partir de prejuicios generalizados sobre la *relevancia* de la diferencia “racial” respecto a algunas cuestiones jurídicas específicas. Se podría decir que estas reglas son arbitrarias en dos sentidos: por un lado, porque pretenden defender los intereses *particulares* de quienes ven protegidos sus propios privilegios y los de su grupo a costa de la *discriminación* de otro grupo. Por el otro, porque su justificación se basa en argumentos empírica o racionalmente refutables. La exclusión de las mujeres para ejercer su derecho al voto es, sin duda, una defensa de los privilegios masculinos justificada por el *prejuicio* de que las mujeres, a diferencia de los hombres, no saben pensar en política. Una vez más, el poder *arbitrario* se define a través de razones *particulares* que subyacen a las decisiones que se adoptan. Con la expresión “razones particulares” se pretende designar tanto los intereses particulares del gobernante “prepotente” como los argumentos “no generalizables” que pretenden defender una decisión y, por tanto, “injustificable”.

²⁴¹ En este sentido, “universal” es una afirmación que puede traducirse en una proposición precedida por el cuantificador universal “todos”, por ejemplo: “toda persona pelirroja es admitida a la audición de la película x”.

Este capítulo estará dedicado al significado de la noción de *arbitrariedad* que más se acerca al campo semántico en el que se usa la palabra *discriminación*. En primer lugar, se reconstruirá la categoría de “justicia como igualdad” como específicamente distinta de la de “justicia como legalidad”, luego se procederá al análisis del problema específico de los diferentes criterios de justicia y los diversos enunciados históricos del principio de igualdad, en busca de los más útiles para la argumentación. Finalmente, se abordará el tema específico de la construcción de categorías jurídicas como un problema intrínsecamente vinculado al de la discriminación *en la ley*.

II. LA JUSTICIA COMO IGUALDAD

Para analizar el tema del poder que discrimina arbitrariamente, conviene partir de nuevo de la distinción aristotélica entre “justicia como legalidad” y “justicia como igualdad”. La primera, como ya se ha señalado, corresponde a lo que Aristóteles define como “virtud total”, que incluye todas las virtudes particulares: quienes siguen la ley se comportan *como si* fueran valientes, templados, generosos, etcétera. Sin embargo, al reconstruir los usos comunes del término “justicia”, Aristóteles reconoce que esta noción adquiere recurrentemente un significado más específico. La justicia, de hecho, también aparece en la lista de virtudes particulares que son “parte” de la justicia total.

[Según Aristóteles:] Quien actúa según los demás vicios ciertamente comete injusticia, pero no pretende otra cosa: por ejemplo, quienes tiran el escudo por cobardía, quienes por mala educación hablan mal o quienes por antiliberalidad se niegan a dar ayuda económica. En cambio, cuando uno tiene mayores pretensiones, a menudo no actúa por ninguno de estos vicios, ni siquiera por todos los vicios, sino por cierta malicia (de hecho, lo culpan) o sea, por injusticia. Hay, pues, otra forma de injusticia como parte de la total, y una persona justa que forma parte del justo total.²⁴²

²⁴² Aristóteles, *Ética nicomaquea*, *cit.*, p. 1130a.

Hay, entonces, un significado de justicia que se refiere a una virtud específica, a una cualidad específica moralmente aceptable. El hombre justo es, en este segundo sentido, aquel que “respeta la igualdad”,²⁴³ que no exige para sí ni más ni menos de lo que le corresponde. El criterio de “punto medio” (*medietà*) como connotación de virtud²⁴⁴ también se aplica, y, quizá, más claramente, al caso de la justicia como igualdad: injusto es aquel que exige *de más* (como en el caso de una remuneración) o *de menos* (como en el caso de un castigo) de lo que le “corresponde”.

El concepto de igualdad, al igual que el de legalidad, tiene que ver con el tema del orden. Si bien cada teoría política propone su propia teoría del orden,²⁴⁵ al mismo tiempo (casi) no hay ninguna teoría de la política que no aborde también el de la justicia junto con el problema del orden. La mayoría de las construcciones teóricas que se refieren a la coexistencia entre personas no se detienen en la necesidad de institución (e imposición) de algún orden social. Ese es, de hecho, el valor primario de la política, pero no el valor último. Un mandato o comando no es, entonces, necesariamente obedecido sólo porque sea funcional a la defensa de la ciudad o del Estado, también porque forma parte de una *orden* reconocida como *legítima* —y, por tanto, *obedecida*, según la

²⁴³ *Idem.*

²⁴⁴ La teoría moral aristotélica ha sido definida como “ética del justo medio”, ya que recupera la noción —ya presente en el *Político* de Platón— de “mesura” como aquella cualidad que excluye el exceso y el defecto. Según Aristóteles: “toda persona que tiene conocimiento escapa del exceso y del defecto; en cambio, lo que busca es el justo medio y esto es lo que elige... Por otra parte, la virtud tiene por objeto las pasiones y las acciones, en las que el exceso constituye un error y se censura el defecto, mientras que el medio es alabado y logrado: ambas son características de la virtud. La virtud es, por tanto, una especie de intermediación, porque tiende hacia el medio”. Aristóteles, *Ética nicomaquea*, cit., p. 1106b.

²⁴⁵ Si asumimos una definición leibniziana de orden —como cualquier disposición de entidades en el espacio, rastreable a una regla—, el anarquismo también puede considerarse una teoría del orden, ya que presupone que, una vez eliminada la opresión estatal, los individuos vivirán en paz sin tratar de dominarse unos a otros.

famosa reconstrucción weberiana— a la luz de un determinado sistema de distribución de cargas y honores, de derechos y deberes, pero también de penas o remuneraciones.

Desde las primeras páginas de su obra más famosa, John Rawls afirma que una sociedad “bien ordenada” requiere alguna concepción pública más o menos compartida de la justicia (distributiva); éste sería el núcleo formal que une todas y cada una de las teorías de la justicia: “las instituciones son justas”, dice Rawls, “cuando no se hace ninguna distinción arbitraria en la asignación de derechos y deberes fundamentales de las personas, y cuando las reglas determinan un equilibrio apropiado entre las pretensiones contrastantes respecto de las ventajas de la vida social”.²⁴⁶ La prohibición de “distinciones arbitrarias” de la que habla Rawls pone de relieve que la noción de igualdad, en los ámbitos moral, político y jurídico, requiere especificaciones adicionales para ser comprendida: las más diversas teorías sobre la “sociedad justa” dependen de los supuestos valorativos de cada individuo. El complejo de estas teorías, además, constituye una parte fundamental de la historia del pensamiento político.

Para preguntarnos sobre la posibilidad de encontrar alguna característica que una las diferentes concepciones de lo que debe considerarse una *distinción arbitraria*, debemos tener en cuenta que tanto en matemáticas como en derecho, la igualdad es meramente una relación, y eso requiere, por tanto (al menos), dos términos. Además, para poder decir que jurídicamente dos sujetos deben ser tratados como iguales, es necesario especificar los derechos, obligaciones, roles y penas a que se refiere el trato. En definitiva, no tiene sentido hablar de igualdad si no se hacen preguntas como “¿igualdad entre quién?”, “¿igualdad en qué?” e “¿igualdad según qué criterios?”.²⁴⁷

La norma más general a la que se hace referencia al analizar los problemas de la igualdad de justicia es la llamada “regla de justicia”: “tratar a los iguales por igual y a los desiguales de

²⁴⁶ Rawls, John, *Una teoría della giustizia*, cit., p. 23.

²⁴⁷ Bobbio, Norberto, *Eguaglianza e libertà*, Turín, Einaudi, 1995, p. 3.

manera desigual”. Esta regla es siempre formal y prescribe que dos casos idénticos no implican tratos diferentes y que el mismo tratamiento no se debe aplicar a dos casos diferentes. En un sentido intuitivo, tratar de manera diferente a dos ladrones de pan o de igual manera a un ladrón de manzanas y a un ladrón de diamantes parece igualmente injusto. Aristóteles afirma: “Si no hay igualdad entre las personas, no tendrán lo mismo y de ahí surgen discusiones y recriminaciones, cuando personas iguales no obtienen cosas iguales y personas desiguales tienen u obtienen cosas iguales”.²⁴⁸

La regla de justicia es formal²⁴⁹ en el sentido de que su observancia “garantiza la regularidad, seguridad e imparcialidad en la administración de la justicia, pero no está en grado de juzgar sobre las reglas mismas”.²⁵⁰ Esta regla, de hecho, no dice nada sobre quiénes son los iguales (y los desiguales). Por ello, incluso si es una poderosa herramienta en defensa de la preservación del orden establecido, si se entiende como una regla de aplicación, debe considerarse como indeterminada.

La regla de justicia se aplica a las dos *formas* mediante las cuales Aristóteles propone clasificar la “justicia como igualdad”: la justicia conmutativa (o correctiva) y la justicia distributiva. La

²⁴⁸ Aristóteles, *Ética nicomaquea*, cit., p. 1131a.

²⁴⁹ En un artículo de principios de la década de 1990, abordando la cuestión del indulto a Renato Curcio, Bobbio escribió: “quienes están en contra del indulto sostienen que Curcio es igual a todos aquellos que han cometido delitos y continúan cumpliendo sus condenas. Y, por tanto, Curcio también debe permanecer en prisión. Quienes lo apoyan, sin embargo, sostienen que por los delitos cometidos es igual a muchos que por una razón u otra disfrutaron de diversos beneficios a pesar de tener delitos más graves que él. Y así podría ser liberado. Es un caso típico en el que un juicio de valor como el emitido sobre la base de una regla abstracta como la regla de justicia puede tener formulaciones opuestas, ya que está respaldado por juicios fácticos opuestos. Es justo que Curcio no sea liberado (juicio de valor) si otros como él permanecen en prisión (juicio de hecho). O, es justo que sea liberado (juicio de valor), si otros como él o incluso más culpables que él son libres o semilibres (juicio de hecho)”. Bobbio, Norberto, “I limiti della ragione”, *La Stampa*, 11 de agosto de 1991, p. 1.

²⁵⁰ Perelman, Chaïm, *op. cit.*, p. 33.

primera encuentra expresión en el principio *neminem laedere*, el segundo en el principio *suum cuique tribuere*; ambos están contenidos en la máxima de Ulpiano “*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi. Iuris praecepta sunt haec: honeste vive, alterum non laedere, suum cuique tribuere*”.²⁵¹

Al igual que la ley bíblica “del talión”,²⁵² la justicia conmutativa se expresa con lo que Aristóteles define como una relación “aritmética” —es decir, una relación entre sólo dos términos— y se aplica, por ejemplo, a los intercambios económicos. Independientemente de las diferencias específicas de las partes en un contrato privado, si éste se viola, “el juez restablece la igualdad y, como si una línea estuviera dividida en dos partes desiguales, quita la parte cuyo segmento mayor excede de la mitad y se la agrega al segmento menor. Y cuando el todo se divide en dos, entonces se dice que se tiene lo propio, es decir, cuando se ha obtenido lo mismo”.²⁵³ El mismo criterio “aritmético” se aplica a la justicia penal, también llamada correctiva, donde la asignación de penas proporcionadas a los delitos se basa en las características de las acciones realizadas, pero independientemente de las características personales de quien comete el delito.²⁵⁴

Cuando hablamos de justicia distributiva —que más bien se refiere a la concesión de derechos y deberes, honores y cargas, ventajas y desventajas— entran en juego aquellas diferencias específicas de los sujetos, que parecían *irrelevantes* en relación con la justicia conmutativa. Por ejemplo, en el caso de un concurso donde se evalúa el “mérito” de los candidatos. Aristóteles, refiriéndose a un tipo de relación que llama “geométrica”, afirma que “es necesario, por tanto, que lo justo consista al menos en

²⁵¹ Ulpiano, *Digesto*, 1.1.10pr. Nótese que la máxima también incluye el precepto *honeste vivere*, que se refiere a la dimensión legalista de la justicia, tema del capítulo anterior.

²⁵² Véase Miller, William I., *Occhio per occhio* (2007), trad. al italiano, Turín, Utet, 2008.

²⁵³ Aristóteles, *Ética nicomaquea*, *cit.*, p. 1132a.

²⁵⁴ Sobre la llamada justicia “retributiva” como “justicia aritmética”, véase Portinaro, Pier Paolo, *La giustizia introvabile*, Turín, Celid, 2012, pp. 99 y ss.

cuatro términos. Porque dos son aquellos para quienes es justo, y dos son aquello en lo que es justo, es decir, las cosas”.²⁵⁵ Lo que se necesita para lograr una “distribución justa” es establecer una proporción correcta, es decir, una relación de igualdad entre dos relaciones, la de los “objetos” a distribuir y la de los “sujetos” entre los cuales se distribuyen. Será “justo” atribuir objetos iguales (en valor) a sujetos iguales entre sí (en méritos); u objetos diferentes en proporción a la diversidad de los méritos de los propios sujetos. Será “injusto” no respetar esta relación de igualdad entre relaciones —la que existe entre (los valores de) los objetos a distribuir y la que existe entre (los méritos de) los sujetos a quienes deben distribuirse—, es decir, no respetar la proporción, establecer o imponer *arbitrariamente* una distribución *desproporcionada*, que produzca ventajas y desventajas *indebidas*, privilegios y discriminaciones *injustificadas*.

III. LOS CRITERIOS DE JUSTICIA

Si nos referimos al problema de la igualdad, entonces el tema de la *arbitrariedad* de las decisiones puede declinarse de muy diversas maneras, terminando por coincidir con uno de los posibles significados de la elusiva noción de justicia. Proudhon, criticando las leyes penales francesas, escribió:

Un hombre pobre cuyos hijos se quejan de hambre, sube a un granero por la noche, fuerza la cerradura y roba una hogaza de cuatro libras. El panadero hace que lo condenen a ocho años de trabajos forzados: así es la ley... Mientras que, en cambio, el mismo panadero, acusado de haber puesto yeso en lugar de harina y ácido sulfúrico como levadura en el pan, es condenado a una multa de cinco liras: es la ley. Ahora la conciencia grita que este traficante es un monstruo y la ley misma es absurda y odiosa.²⁵⁶

²⁵⁵ Aristóteles, *Ética nicomaquea*, *cit.*, p. 1131a.

²⁵⁶ Proudhon, Pierre-Joseph, *La giustizia nella Rivoluzione e nella Chiesa*, (1858), citado en Perelman, Chaïm, *op. cit.*, p. 88.

En este caso, la elección del gobernante (del legislador) es considerada arbitraria por Proudhon porque establece penas desproporcionadas para unos delitos respecto de otros. La ley se define entonces como *odiosa* —porque beneficia a los más ricos sobre los más pobres— y *absurda* —porque parece injustificable a la luz de un criterio de juicio socialmente compartido que considera el asesinato más grave que el robo—. La ley “odiosa” y “absurda” coincide aquí con el carácter “arrogante” e “injustificable” de la discriminación hasta ahora definida como *arbitraria*.

Si pasamos del análisis de los casos de justicia conmutativa o correctiva —en la que sólo cuentan las acciones realizadas (u objetos intercambiados), pero no las características de los individuos— a los de la justicia distributiva —en la que estas características vuelven a cobrar relevancia— el problema de la igualdad se superpone al de la “distribución justa”. Desde la antigüedad se ha hecho coincidir el principio de justicia distributiva, en el lenguaje teórico, con la fórmula ciceroniana *suum cuique tribuere*.²⁵⁷ De esta máxima puramente formal surgen las más variadas concepciones de justicia, que se diferencian según los distintos valores que permiten establecer el *suum* de cada persona. Por ejemplo, para conceder un honor, el criterio que se sigue principalmente es el del “mérito”, mientras que para el reconocimiento de una subvención es el de la “necesidad”. Estos parámetros se indican tradicionalmente con la expresión “criterios de justicia” y permiten establecer, situación por situación, cuándo una distribución debe considerarse justa, basada en escalas de valores compartidas o propuestas de reparto.

Dado que ningún individuo es jamás igual a otro en todos los aspectos,²⁵⁸ el problema de los “criterios de justicia” se refiere a la decisión sobre qué similitudes y qué diferencias de hecho, en-

²⁵⁷ Cicerón, *De legibus*, trad. al italiano, Turín, Utet, 1974, p. 19.

²⁵⁸ Tal principio —llamado identidad de los indiscernibles— fue formulado de la siguiente manera por Leibniz: “hinc non dari posse in natura duas res singulares solo numero differentes” (En la naturaleza no pueden existir dos cosas singulares que sólo difieran en número). Leibniz, Gottfried W., “Verità prime”,

tre sujetos y entre objetos, deben considerarse relevantes para la finalidad del tratamiento jurídico de los sujetos.²⁵⁹ En otras palabras, dado que el uso de la noción de igualdad implica “excluir (provisional o definitivamente) la relevancia de las diferencias”,²⁶⁰ entonces “proceder en la asignación de bienes o males, incentivos o desincentivos, a través de reglas implica siempre necesariamente el establecimiento de la igualdad: entre los miembros de la clase distribuida [los objetos] y entre los miembros de la clase de los destinatarios de la distribución [los sujetos]”.²⁶¹

Las diferentes reconstrucciones de los criterios de justicia difieren considerablemente. En las diferentes listas, los criterios a menudo se confunden, se superponen y pueden diferir aún más entre ellos. Perelman, por ejemplo, enumera los siguientes criterios en su reconstrucción: “a cada uno lo mismo”, “a cada uno según sus méritos”, “obras”, “necesidades” y “rango”.²⁶² Evidentemente, todavía se podrían añadir los criterios de “talento”, “capacidad”, “esfuerzo”, “verdad revelada por las (más diversas)

(1686), trad. al italiano, en Leibniz, Gottfried W., *Discorso di metafisica – Verità prime*, Milán, Rusconi, 1999, p. 217.

²⁵⁹ Según Blackstone, estos criterios tienen que ver con los objetivos que se tienen en mente cuando se formula un juicio de igualdad entre dos o más entidades, situaciones o individuos, *cf.* Blackstone, W. T., “On the Meaning and Justification of the Principle of Equality”, *Ethics*, vol. 77, núm. 4, 1967, p. 241. Esta postura la explica Letizia Gianformaggio a través del siguiente ejemplo: “si digo que un libro de lógica y uno de astrología son iguales, y otro dice que realmente no lo son, significa que, a diferencia de ella, yo pretendo hacer lo mismo con ambos (por ejemplo, ponerlos en el mismo estante). Por tanto, lo que nos divide no son los significados que atribuimos al término “igualdad”, más bien son los criterios que utilizamos para formular juicios de igualdad: son, por lo tanto, en última instancia, nuestros objetivos”. Gianformaggio, Letizia, “Valori giuridici fondamentali: eguaglianza, tolleranza, identità”, (1993), en Gianformaggio, Letizia, *Filosofia e critica del diritto*, Turín, Giappichelli, 1995, pp. 95 y 96.

²⁶⁰ Tarello, Giovanni, “*Su uguaglianza*”, en Castiglione, Silvana (ed.), *L'opera di Giovanni Tarello nella cultura giuridica contemporanea*, Bolonia, Il Mulino, 1989, p. 351.

²⁶¹ *Ibidem*, p. 353.

²⁶² Perelman, Chaïm, *La giustizia*, (1945), trad. al italiano, Turín, Giappichelli, 1959, pp. 38 y ss.

escrituras sagradas”, el criterio “estético” —en caso de que sea necesario redactar el reglamento de un concurso de belleza— y muchos más.

La larga historia de las teorías basadas en el criterio del rango —uno de los más antiguos cánones de justicia— muestra muy bien cómo estructuras políticas que parecen altamente desigualitarias pueden calificarse razonablemente como estructuras políticas “justas”, para las cuales la justicia consistiría en la distribución jerárquica de roles sociales.²⁶³ En el Libro IV de la *República*, Platón afirma: “De hecho, hemos establecido, y lo hemos repetido varias veces, si no recuerdan mal, que cada uno debe realizar sólo una de las actividades incluidas en la ciudad, aquella para la que su naturaleza es más adecuada”.²⁶⁴ El “rango” fue sin duda el criterio dominante de justicia en la mayoría de las sociedades premodernas rígidamente divididas en clases, las cuales estaban al mismo tiempo dispuestas en un orden jerárquico. Según estas concepciones aristocráticas de la justicia, cada una de estas clases

²⁶³ Esta concepción es prevalente en la historia premoderna de las instituciones y el pensamiento político; sin embargo, no desaparece en la modernidad, basta pensar en Maquiavelo quien, parafraseando a Aristóteles, afirma: “Los hombres que sirven a las artes mecánicas en las repúblicas no pueden saber mandar como los príncipes cuando son nombrados magistrados, habiendo aprendido siempre a servir. Y por eso quieren alzarse para mandar a quienes nunca han obedecido excepto a los reyes y a las leyes, como los que viven de sus rentas”. Machiavelli, Nicolò, “Sentenze diverse”, *Opere, VII, Il Teatro e tutti gli scritti literari*, Milán, Feltrinelli, 1965, p. 223. Incluso Montesquieu argumenta: “Siempre existen en un Estado personas ilustres por su nacimiento, su riqueza o sus honores. Si estuvieran mezclados entre el pueblo, y tuvieran una sola voz como la de los demás, la libertad común sería su esclavitud, y no tendrían interés en defenderla porque la mayoría de las resoluciones serían contra ellos. La parte que tienen en la legislación debe, por tanto, ser proporcionada a las demás ventajas que disfrutan en el Estado”. Montesquieu, *op. cit.*, vol. I, p. 281.

²⁶⁴ Platón, *República, cit.*, p. 433a. A este respecto, véase Vegetti, Mario, *Quindici lezioni su Platone, cit.*, pp. 98 y ss. Vegetti señala que, en Platón, “esta creencia no produce ningún sistema de castas: la pertenencia a grupos funcionales no depende del nacimiento, sino de las cualidades individuales y, por lo tanto, los movimientos de arriba hacia abajo y viceversa siempre son posibles”. Vegetti, Mario, *Il problema della giustizia nella Repubblica di Platone, cit.*, p. 33.

tiene derecho a diferentes privilegios y obligaciones; como señala Perelman “el dicho *noblesse oblige* es la expresión de una aristocracia consciente de sus deberes particulares”.²⁶⁵

La tradición liberal ha exaltado la “distribución según el mérito”,²⁶⁶ precisamente en oposición al criterio de “rango” propio de las sociedades del *ancien regime* donde, según Thomas Jefferson, existía “una aristocracia artificial basada en la riqueza y el nacimiento, sin virtudes ni talentos”.²⁶⁷ La idea que subyace a estas consideraciones se opone a los privilegios de nacimiento contra los que la burguesía en consolidación luchó en nombre del talento en los negocios y la ciencia. Según los liberales, por tanto, el mérito y no el rango es el que debería servir como criterio predominante para justificar una determinada estructura social.²⁶⁸ Esta posición fue “superada por la izquierda” por el pensamiento socialista que exige una mayor atención al problema de las necesidades. En la *Crítica del Programa de Gotha*, Karl Marx reivindica como “correcto” el criterio “de cada uno según su capacidad, a cada uno según sus necesidades”.²⁶⁹ La doctrina liberal es considerada una “igualdad de puntos de partida”, mientras que la marxista es una “igualdad de puntos de llegada”. En el primero, es justa la sociedad en la que todos tienen iguales oportunidades

²⁶⁵ Perelman, Chaïm, *La giustizia*, cit., p. 48.

²⁶⁶ Nótese que Aristóteles en la *Política* ya identifica el criterio del “mérito”, entendido como el “valor personal” de los sujetos (*axia*) como genéricamente apropiado para la justicia distributiva. Según Aristóteles, “la igualdad puede entenderse en dos sentidos: puede ser numérica o proporcional al mérito”. *Política*, p. 1301b.

²⁶⁷ Jefferson, Thomas, “To John Adams, October 28th, 1813”, en *The Political Writings of Thomas Jefferson*, Chapel Hill, The University of North Carolina Press, 2002, p. 174.

²⁶⁸ Véase Michaud, Yves, *Qu'est-ce que le mérite ?*, París, Bourin, 2009. Sobre el uso contemporáneo del criterio del mérito y sobre la ideología neoliberal de la así llamada “meritocracia”, me permito reenviar a Cuono, Massimo, *Bureaucratiser l'inégal, l'extraordinaire, le particulier*, cit., pp. 183 y ss.

²⁶⁹ Marx, Karl, *Crítica al programa di Gotha*, (1875), trad. al italiano, Roma, Editori Riuniti, 1990, p. 18.

de que se valoren sus capacidades específicas, independientemente de lo que Rawls define como “factores arbitrarios”²⁷⁰ vinculados a los privilegios de nacimiento. De la igualdad inicial se llega después a las desigualdades sociales, considerada funcional para el desarrollo económico, social y cultural. En cambio, para las doctrinas socialistas el ordenamiento es justo si las capacidades determinan las desigualdades en los deberes —el trabajo debe dividirse según las capacidades, cuyas diferencias no son más que diferentes formas de “privilegios naturales”—,²⁷¹ mientras que las necesidades son decisivas para la igualdad en las condiciones de llegada.

La evolución histórica del criterio “a cada uno lo mismo” recorre una pista paralela. El primer artículo de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (“todos los hombres nacen y son libres e iguales en derechos”) y de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (“todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”),²⁷² son, sin duda, buenos ejemplos de la aplicación de este criterio. Del mismo modo, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000, o Carta de Niza, reconoce, en su artículo 20, que “todas las personas son iguales ante la ley”; o también, el artículo 1o. de la Constitución de los Países Bajos, donde son

²⁷⁰ Rawls, John, *Una teoría della giustizia*, cit., p. 75. Para una discusión de esa cuestión, véase, por ejemplo, el capítulo “Giustizia distributiva”, en Nozick, Robert, *Anarchia, stato e utopia*, (1974), trad. al italiano, Milán, Il Saggiatore, 2000, pp. 164 y ss.; el capítulo “Problemi di convergenza” en Nagel, Thomas, *I paradossi dell'eguaglianza*, (1991), trad. al italiano, Milán, Il Saggiatore, 1993, pp. 97 y ss.; y el capítulo dedicado a Rawls en Sen, Amartya, *L'idea di giustizia*, (2009), trad. al italiano, Milán, Mondadori, 2010, pp. 65 y ss.

²⁷¹ Marx, Karl, *op. cit.*, p. 16.

²⁷² Nótese que en ambas formulaciones, el supuesto de valor se confunde con la justificación dada para el valor de la igualdad en los derechos mismos. En el caso del documento revolucionario de 1789, el hecho de que los seres humanos nacen iguales se sitúa en el fundamento del valor, según el cual deben ser tratados como iguales; en el caso de la Declaración de las Naciones Unidas de 1948, es el hecho de que los hombres nacen iguales en dignidad, lo que implícitamente se refiere al valor de la igualdad de todos los individuos en derechos.

iguales ante la ley holandesa “todas las personas en los Países Bajos”.²⁷³ El uso de estas expresiones, que establecen una clase lógica (y en consecuencia un supuesto jurídico) en la que se incluye a todos los seres humanos, a menudo construida sobre “todos los ciudadanos” y no sobre “todos los individuos”,²⁷⁴ remite a un enfoque teórico que reconoce como irrelevante toda característica empíricamente observable sobre la base de la cual los individuos se distinguen a efectos de un tratamiento específico (por ejemplo, el reconocimiento de un derecho fundamental). Dicho en términos generales, el criterio “a cada uno lo mismo” no sólo remite a algún principio universalizador, sino que es también, respecto de los sujetos, el único verdaderamente universalista.

Es más, es invocado tanto por los liberales que defienden la igualdad de todos los seres humanos en los derechos de libertad (y en los llamados derechos civiles) como por los socialistas que proponen la igualdad de todos en los derechos sociales. El problema de los criterios de justicia complica aún más el análisis de las decisiones arbitrarias del poder. Si en el caso de la justicia conmutativa la elección es arbitraria —“autoritaria” y/o “injustificada” —, lo que crea una desproporción entre dos casos, en el caso de la justicia distributiva hay quienes podrían sostener la arbitrariedad de una disposición que asume el criterio de mérito en la distribución de subsidios o el de necesidad en el caso de un cargo público.

En el caso de una ley que prescribiera despojar a todas las personas de cabello oscuro de todos sus bienes, redistribuyendo su riqueza entre los rubios, la decisión del juez de expropiar los bienes exclusivamente de algunas personas de cabello oscuro o de

²⁷³ Así también: “Consideramos que las siguientes verdades son evidentes: que todos los hombres son creados iguales”. Declaración de Independencia de los Estados Unidos, 1776; “Todos los hombres son iguales por naturaleza y ante la ley”. Constitución francesa, 1793, artículo 3o. La lista de diferentes enunciados de este principio es muy larga y caracteriza a la gran mayoría de las constituciones modernas.

²⁷⁴ Bovero, Michelangelo, “Diritti e democrazia costituzionale”, en Ferrajoli, Luigi, *Diritti fondamentali*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 239.

excluir sólo a algunos rubios de la distribución sería ciertamente arbitrario, pero aún más “odiosa” y “absurda” —para citar las palabras de Proudhon— parece la elección del criterio del color del cabello —o de la piel— para tal tratamiento: Odiosa (y autoritaria) porque fue elegido en el interés particular exclusivo de las rubias, y absurdo (e injustificado) porque presupone alguna conexión entre el color del cabello y los derechos de propiedad, alguna regla general (es decir, no particular) que relaciona una característica distintiva de un grupo con un tratamiento legal específico. Sin embargo, la historia está llena de parejas igualmente arbitrarias comparadas con la que quiere (legalmente) que rubias y morenas sean diferentes en dignidad: castellanos y *moros*, *rubios* y judíos, o más simplemente blancos y negros.

IV. FORMULACIONES HISTÓRICAS DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD

De manera paralela al desarrollo teórico del tema de la “justicia como igualdad”, se ha consolidado el uso jurídico del así llamado “principio de igualdad” incluido en muchas Constituciones modernas y contemporáneas. Con el fin de enriquecer las herramientas conceptuales para el análisis de la problemática relación entre *arbitrariedad* y *discriminación*, en este punto resulta útil examinar las formulaciones históricas de este principio en el derecho positivo.

Si miramos, por ejemplo, la vasta literatura sobre el artículo 3o. de la Constitución italiana,²⁷⁵ inmediatamente encontramos

²⁷⁵ Véase, entre otros, *Corte Constitucional y principio de igualdad. Actas de la conferencia en memoria de Livio Paldin*, Padova, Cedam, 2002; “Principio di eguaglianza e principio di legalità degli ordinamenti giuridici”. *Memorias del XIII Convegno Annuale dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, Padova, Cedam, 1999; Cerri, Augusto, *L’eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milán, Giuffré, 1976; Cerri, Augusto, *L’eguaglianza*, Roma-Bari, Laterza, 2005; Esposito, Carlo, “Eguaglianza e giustizia nell’art. 3 della Costituzione italiana”, en Esposito, Carlo, *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, Cedam, 1953; Ghera, Federico, *Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana e nel diritto comunitario*, Padova, Cedam,

una distinción general entre el principio de “igualdad formal” definido por los constitucionalistas en el primer párrafo,²⁷⁶ y el de “igualdad sustancial”, que se encuentra en el segundo párrafo.²⁷⁷ Respecto a la igualdad formal, hablamos a continuación de la diferencia entre el perfil subjetivo y el perfil objetivo del principio de igualdad. El perfil subjetivo se refiere a la igualdad de derecho (igualdad *de* o *en* la ley), que en la Constitución se afirma mediante el reconocimiento de la “igual dignidad social”. Esta es la misma afirmación contenida en los documentos que sostienen que “todos los hombres nacen iguales en derechos”, el cual en el lenguaje de la teoría, se define comúnmente como igualdad *en la ley* (*égalité dans la loi*). Por otro lado, el llamado perfil objetivo del principio de igualdad formal —que aparece como una especificación del subjetivo— tiene que ver más bien con el contenido de la ley y no con su forma. Si se adopta, de entre los posibles significados de igualdad, el de garantía de imparcialidad por parte de quienes juzgan, de este principio deriva la igualdad *ante* la ley.

En este ámbito se encuentra el llamado “núcleo fuerte de la igualdad”, es decir, la prohibición de la discriminación por motivos de “sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas y condiciones personales y sociales”. Esta lista debe ser considerada como un “juicio negativo de relevancia”, una lista de diferencias irrelevantes con respecto a cualquier situación:

2003; Giorgis, Andrea, *La costituzionalizzazione dei diritti dell'eguaglianza sostanziale*, Nápoles, Jovene, 1999; Paladin, Livio, *Il principio di eguaglianza*, Milán, Giuffrè, 1965; Rossano, C., *Il principio di eguaglianza nell'ordinamento costituzionale*, Milán, Giuffrè, 1966; Zagrebelsky, Gustavo, “Sul giudizio di uguaglianza e di giustizia. A proposito del contributo di Livio Paladin”, *Quaderni Costituzionali*, vol. 22, núm. 1, 2002.

²⁷⁶ “Todos los ciudadanos tienen igual dignidad social y son iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas, condiciones personales y sociales”.

²⁷⁷ “Es deber de la República eliminar los obstáculos económicos y sociales que, al limitar efectivamente la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país”.

...una especie de recordatorio destinado a señalar cuáles fueron en el pasado los factores más frecuentes a partir de los cuales se produjo la discriminación. Este elenco de factores representa una admonición, una advertencia para el legislador, para el juez de constitucionalidad y cualquier otro para que no vuelva a caer en los errores del pasado, pero no expresa una norma rígida que imponga o excluya cualquier otra diferenciación.²⁷⁸

Desde un punto de vista teórico, más allá de las diferentes interpretaciones posibles del principio de igualdad, en el texto del artículo 3o. es inequívoca la referencia a la igualdad *frente a la ley* (*égalité devant la loi*) como precepto para el juez que la aplica. Esto, evidentemente, tiene que ver con el ideal de gobierno *per leges* como requisito de un sistema compuesto principalmente por normas generales y abstractas.²⁷⁹ Las garantías de igualdad formal y de seguridad jurídica, que derivan del carácter general y abstracto de las normas, sólo son efectivas en presencia de la subordinación del juez (únicamente) a la ley. Según Letizia Gianformaggio, el ideal de igualdad ante la ley corresponde a una “concepción del derecho como sistema, es decir, como sistema unitario, pleno y lógicamente coherente, a partir de cuyas reglas generales es necesario, e incluso antes posible, deducir de manera lógicamente correcta determinadas sentencias jurídicas”.²⁸⁰ Los ideales (regulatorios) de gobierno *per leges* y de la igualdad *frente a la ley* son, por tanto, preceptos mutuamente complementarios, uno dirigido al legislador y el otro al juez.

El uso consolidado de la expresión “igualdad ante la ley” como precepto dirigido al juez no excluye que un principio simi-

²⁷⁸ Pizzorusso, Alessandro, *Che cos'è l'eguaglianza*, Roma, Editori Riuniti, 1983, p. 47.

²⁷⁹ Véase Marshall, G., *Notes on the Rule of Equal Law*, en Pennock, J. Roland y Chapman, John W. (eds.), *Nomos IX: Equality*, Nueva York, Atherton, 1967, p. 268.

²⁸⁰ Gianformaggio, Letizia, *op. cit.*, p. 98. Nótese que los ideales de plenitud, certeza y coherencia no pueden ser otra cosa que ideales relativos, y, por tanto, no realizables en términos definitivos.

lar pueda aplicarse también al legislador. La reflexión en esta dirección permite comprender la génesis histórica de algunos usos jurídicos del principio de igualdad que se afirman en controversia con los sistemas típicos de las sociedades de clases del *Ancien Régime*. Las Constituciones surgidas de la Revolución francesa, y el Código Civil napoleónico de 1804, sancionan la ruptura definitiva con la tradición jurídica anterior al superar el derecho diferenciado por clases, y establecen un derecho común a todos los franceses: un sistema basado en el principio de igualdad de ley y la “igual dignidad” de los ciudadanos. Todos los individuos deben someterse a la misma ley y ser juzgados por los mismos tribunales. En el *Código Napoleón* desaparecen las figuras del noble, del prelado y del trabajador, protagonistas éstas de la versión “feudal” de lo que Dumézil definió como la “ideología trifuncional indoeuropea”.²⁸¹ En el *Segundo Tratado sobre el Gobierno*, Locke afirma que las leyes deben seguir “una regla para ricos y pobres, para el favorito de la corte y para el campesino en el campo”.²⁸² La forma más neutral de este “igual derecho” es la igualdad jurídica, generalmente entendida como el reconocimiento igualitario de la capacidad jurídica para todas las personas, al menos potencialmente.²⁸³

La formulación más antigua que entra en el espectro de posibles declinaciones de la expresión “igualdad de derecho” (que es su versión casi literal) es la griega de *isonomía*, a menudo en-

²⁸¹ Dumézil, Georges, *Mito e epopea. La terra alleviata. L'ideologia delle tre funzioni nelle epopee dei popoli indoeuropei*, (1968), trad. al italiano, Turín, Einaudi, 1982. De hecho, el modelo de división social trifuncional de origen indoeuropeo fue revitalizado con la división entre *oratores*, *bellatores* y *laboratores*, vigente en los ordenamientos y en las relaciones sociales medievales. A propósito, véase Duby, Georges, *Lo specchio del feudalesimo. Sacerdoti, guerrieri e lavoratori*, (1978), trad. al italiano, Roma-Bari, Laterza, 1980.

²⁸² Locke, John, “Secondo trattato sul governo”, *cit.*, p. 335.

²⁸³ En la actual legislación italiana, por ejemplo, a ningún individuo se le niega la posibilidad de adquirir la “capacidad de obrar”; las personas *menores* de edad aún no la adquieren, mientras que las personas *interdictas* ya no la tienen.

tendida como una condición de la democracia de los antiguos.²⁸⁴ Los ciudadanos atenienses, de hecho, eran iguales en derechos de participación política, como la libertad de hablar en la asamblea (*isegoria*)²⁸⁵ y la posibilidad de ser elegidos para cargos públicos (*isotimia*). El significado que, en cambio, se deriva de las disposiciones constitucionales italianas, como en muchas de las llamadas “Constituciones del constitucionalismo”, es el de igualdad *de derechos*, es decir, la igual atribución y garantía de algunos derechos fundamentales a todos los individuos.²⁸⁶

Hay, sin embargo, otro significado según el cual el principio de igualdad puede interpretarse como un precepto dirigido al legislador: la declaración de la “prohibición de discriminación” parece indicar en esta dirección. En este caso podemos hablar de igualdad en el derecho (*égalité dans la loi*), donde el principio de igualdad toma la forma de una restricción real de “no arbitrariedad” en la definición de tratamientos jurídicos para “categorías de iguales”. Cuando el legislador afirma que las diferencias fácticas entre dos sujetos (o categorías de sujetos) son *relevantes* a los

²⁸⁴ La expresión es usada, por ejemplo, en Herodoto, *op. cit.*, p. 80. A propósito, véase Hansen, Mogens Herman, *op. cit.*, pp. 126 y ss.; Vernant, Jean-Pierre, *Mito e pensiero presso i greci*, (1965), trad. al italiano, Turín, Einaudi, 1978, pp. 219 y ss.; Bovero, Michelangelo, *Contro il governo dei peggiori. Una grammatica della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2000, pp. 7-25.

²⁸⁵ Bovero señala que “el significado democrático de isegoria no radica en ser una libertad sino, como evidentemente resulta de la construcción del término con el prefijo iso, en ser una igualdad”. Bovero, Michelangelo, *Contro il governo dei peggiori, cit.*, p. 9. A propósito, véase Finley, Moses I., *La democrazia degli antichi e dei moderni*, (1973), trad. al italiano, Roma-Bari, Laterza, 1973, pp. 19 y ss.

²⁸⁶ Ver, por ejemplo, Mazzarese, Tecla, “Principio d’eguaglianza e diritti fondamentali: una (ri)lettura dell’articolo 3 della costituzione”, en Maniaci, Giorgio (ed.), *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, Milán, Giuffrè, 2006. Se trata de aquello que Luigi Ferrajoli define como el modelo del “igual valor jurídico de las diferencias” como de un modelo “basado en el principio normativo de igualdad en los derechos fundamentales” —políticos, civiles, de libertad y sociales— y al mismo tiempo de un sistema de garantías capaz de asegurar su efectividad”. Ferrajoli, Luigi, “La differenza sessuale e le garanzie dell’eguaglianza”, *Democrazia e Diritto*, vol. 2, 1993, p. 51.

efectos de un trato jurídico diferenciado, parece legítimo preguntarse si esta distinción está, de alguna manera, *justificada*.²⁸⁷

Así como ha florecido una literatura rica y compleja sobre el problema de la igualdad *frente* la ley, también se ha escrito mucho sobre la igualdad *a través de* la ley. En el informe preliminar de la primera subcomisión de la Asamblea Constituyente, elaborado por Lelio Basso, leemos:

Ninguna actuación o servicio del Estado puede determinar situaciones de privilegio de facto injustificado en beneficio de individuos o categorías de ciudadanos. Con esta norma contribuimos a la implementación de la igualdad en la República. Es necesario, por tanto, que, así como los servicios de los ciudadanos al Estado se basan en la igualdad y el igual sacrificio contributivo, los servicios y prestaciones del Estado no generen situaciones de privilegio a favor de individuos o grupos de beneficiarios. Evidentemente, la norma no excluye medidas particulares que se inspiran en necesidades particulares que es necesario satisfacer con urgencia, pero tiende a impedir que el Estado cree situaciones favorables, carentes de toda justificación legítima y, por tanto, situaciones de desigualdad sustancial.²⁸⁸

Esta propuesta serviría como borrador para la redacción del segundo párrafo del artículo 3o., al que la jurisprudencia se refiere como “principio de igualdad sustancial”. Se trata de la posibi-

²⁸⁷ Según Paolo Comanducci, por ejemplo, “dada la positivización del principio (o más bien, de los principios) de igualdad en las Constituciones de todos los países civilizados, y, en general, en los respectivos ordenamientos jurídicos, a este nivel no se plantea la cuestión: «¿Por qué igualdad?». Es decir, no debemos justificar la igualdad, sino aplicarla (en las leyes, en la acción gubernamental, en las negociaciones, etc.). Sin embargo, las desviaciones de la igualdad deben justificarse”. Comanducci, Paolo, “«Uguaglianza»: una proposta neo-illuminista”, *Analisi e Diritto*, 1992, p. 86.

²⁸⁸ Véase la Constitución italiana, en especial los trabajos preparatorios de la Asamblea Constituyente. *Costituzione della Repubblica Italiana nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, Roma, Camera dei Deputati – Segretariato generale, 1971, vol. IV, pp. 699 y ss.

lidad de introducir medidas diferenciadas que garanticen la promoción de grupos económica y socialmente desfavorecidos. En la base de esta disposición está la opinión de que las desigualdades de hecho no son modificables sólo a través de la garantía de igualdad formal. Un Estado que reconoce, en su ley fundamental, la igualdad como fin,²⁸⁹ tiene entre sus funciones la de eliminar las desigualdades *a través de* la ley. Esto se vincula con el concepto de “redistribución”,²⁹⁰ el cual también resulta problemático, ya que puede referirse tanto a formas clásicas como la tributación progresiva o los impuestos sobre sucesiones (un instrumento liberal fundamental para la llamada “igualdad como punto de partida”), como a los efectos redistributivos de los derechos sociales.²⁹¹

Otro significado en el que nos referimos a la igualdad *a través de* la ley se puede encontrar en la literatura sobre las llamadas *affirmative action* o acciones afirmativas, entendidas como políticas que introducen temporalmente un trato diferenciado a través de

²⁸⁹ Bobbio, Norberto, *Eguaglianza e libertà, cit.*, p. 40.

²⁹⁰ En cuanto a la actualidad del tema de la redistribución, también a escala supranacional, véase Fraser, Nancy, “Giustizia sociale nell’era della politica dell’identità: redistribuzione, riconoscimento e partecipazione”, en Fraser, Nancy y Honneth, Axel, *Redistribuzione o riconoscimento? Una controversia politica*, (2003), trad. al italiano, Roma, Melteni, 2007.

²⁹¹ En el ensayo *El costo de los derechos*, Stephen Holmes y Cass Sunstein sostienen que todos los derechos garantizados constitucionalmente, no sólo los sociales, tienen efectos redistributivos, ya que es necesario comprometer dinero público para su implementación: “Si el derecho a la libertad de expresión y el derecho de voto implican gastos públicos, si ambos presuponen opciones de naturaleza redistributiva y son bienes relativos más que absolutos, es probable que lo mismo sea cierto para los demás derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico”. Holmes, Stephen y Sunstein, Cass R., *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, (1999), trad. Bolonia, Il Mulino, 2000, p. 121. Siguiendo el mismo texto, obsérvese que por “carácter relativo” de los derechos nos referimos a la cuestionable tesis de que “nada que tenga un costo puede tener un valor absoluto: ningún derecho cuya protección presuponga un gasto necesariamente selectivo del dinero de los contribuyentes puede, por lo tanto, en última instancia, protegerse unilateralmente por el poder judicial, sin tener en cuenta las consecuencias financieras, de las cuales los organismos estatales son los principales responsables (p. 101).

la ley, con la finalidad de eliminar la discriminación de facto.²⁹² Las “acciones positivas” o “discriminación inversa”, consisten, en otras palabras, en “medidas y disposiciones que a primera vista [parecen] discriminatorias, pero que tienden a establecer igualdades y equilibrios impedidos o alterados por discriminaciones jurídicas o sociales previas”.²⁹³

La jurisprudencia estadounidense se ha ocupado de estas cuestiones al menos desde la *Civil Rights Act*²⁹⁴ del 64, seguida de sentencias importantes de la Corte Suprema, como *United Steelworkers of America v. Weber*²⁹⁵ (1979) y *Johnson v. Transportation Agency of Santa Clara County*²⁹⁶ (1987). Esta última resume las posiciones a favor y en contra de la acción afirmativa si comparamos la opinión mayoritaria escrita por William J. Brennan y la disidencia

²⁹² La literatura en la materia es interminable. Véase, a título de ejemplo, Rosenfeld, Michel, *Affirmative Action and Justice. A Philosophical and Constitutional Inquiry*, New Haven, Yale University Press, 1991; Ainis, M., “Azioni positive e principio di eguaglianza”, *Giurisprudenza costituzionale*, 1992; Gianformaggio, Letizia, “Politica della differenza e principio di eguaglianza: sono veramente incompatibili?”, (1992), en Gianformaggio, Letizia, *Filosofia e critica del diritto*, cit.

²⁹³ Scarpelli, U., “Classi logiche e discriminazione dei sessi”, *Lavoro e Diritto*, 1988, p. 615. En este artículo, Scarpelli sigue un razonamiento teórico basado en supuestos de estricta observancia liberal, dejando de lado algunas aclaraciones contenidas en la sentencia que ya responden a las dudas planteadas por él, como lo demuestra Ballestrero, Maria V., “Azioni positive e discriminazioni alla rovescia. Un breve resoconto della sentenza”, *Lavoro e Diritto*, 1988, pp. 56 y 57.

²⁹⁴ Esta ley, deseada por Kennedy y aprobada durante la administración Johnson, declara ilegítima cualquier forma de segregación racial y prevé, entre otras cosas, en el Título VII, la prohibición de discriminar en la contratación y el despido por motivos de “raza, color, religión, sexo, origen nacional” (Pub.L. 88-352, 78 Stat. 241, July 2, 1964).

²⁹⁵ La sentencia rechaza el recurso de un trabajador blanco (el señor Weber) que creía haber sido excluido injustamente de un curso de especialización profesional cuyo acceso estaba regulado por un plan de acción positiva destinado a promover el trabajo profesionalizado entre los negros.

²⁹⁶ La sentencia rechaza el recurso del empleado de una agencia de transporte público que, a pesar de haber obtenido una puntuación ligeramente superior, no había obtenido un ascenso, y que recayó en una mujer, en el marco de una política de reequilibrio de la relación entre hombres y mujeres dentro de las agencias.

de Antonin Scalia. Brennan, quien creía que la acción afirmativa era compatible con la ley estadounidense, escribió:

De hecho, sería irónico (o paradójico) si una ley (como el Título VII), provocada por el remordimiento nacional por siglos de injusticia racial, destinada a mejorar las condiciones de grupos de población excluidos durante mucho tiempo del *American Dream*, se convirtiera en la primera prohibición legislativa de todo sector privado y un esfuerzo voluntario consciente para abolir los modelos tradicionales de segregación racial.²⁹⁷

Scalia, por el contrario, afirmó: “Una ley destinada a crear lugares de trabajo sin color ni sexo se ha convertido ahora en una poderosa máquina de racismo y sexismo, que no sólo permite la discriminación sexual y racial intencional, sino que a menudo la produce mediante manipulaciones prácticamente forzadas del sistema legal”.²⁹⁸ La igualdad *a través* de la ley sería entonces el principio que justifica la promulgación de leyes que introduzcan discriminaciones jurídicas con el fin de modificar *desigualdades de facto*, consideradas más graves por el legislador.²⁹⁹

V. LA CONSTRUCCIÓN DE LA CATEGORÍA DE IGUALES

El análisis de los diversos problemas relacionados con la compleja noción de “justicia como igualdad” lleva a identificar en el concepto de “igualdad *en* la ley” (también en relación con el tema del reequilibrio *a través* de la ley) el meollo del problema de la relación entre *arbitrariedad* y *discriminación*. La propia naturaleza del derecho

²⁹⁷ 480 U.S. 616.

²⁹⁸ *Idem*.

²⁹⁹ Sobre el tema específico de las cuotas reservadas a las mujeres en los órganos representativos, véase, a modo de ejemplo, Cedroni, Lorella, “Rappresentanza, potere, quote. Una questione ancora aperta”, en Simone, Anna (ed.), *Sexismo democratico. L'uso strumentale delle donne nel neo-liberismo*, Milán, Mimesis, 2012.

implica distinciones: según Carlo Esposito, “tratar del mismo modo al ladrón y al caballero sería eliminar el derecho”.³⁰⁰ El mecanismo de igualación y diferenciación a través de la construcción de casos legales está, de hecho, en la base de los conceptos mismos de norma³⁰¹ y orden.³⁰² Por tanto, construir categorías jurídicas para conectarlas con ciertos tratamientos jurídicos es la actividad principal de ese poder de crear normas, que es el poder político.

En un intento de abordar los problemas relativos a los límites de esta facultad, se ha consolidado en la literatura jurídica el uso de la noción de *ratio legis*.³⁰³ El análisis de la *ratio* de una determinada disposición —y más específicamente del proceso de igualación y distinción implementado por la propia disposición— se centra “en si esa distinción se basa en elementos objetivos, relevantes y justificables”.³⁰⁴ En estos términos es posible calificar de arbitrario el comportamiento de aquel gobernante que hace leyes construyendo categorías jurídicas cuya *ratio* no reside más que en su propio interés *particular* (particular como *prepotente*) o en su *particular* evaluación puramente subjetiva (particular como *injustificada*). Si bien el análisis de la *ratio legis* no es un procedimiento “ni unívoco ni cierto”,³⁰⁵ es posible definir como arbitrario —en el nunca simple intento de hacer *virtuoso* al círculo de la interdefinibilidad de lo arbitrario y lo injustificado— el comportamiento del poder que discrimina sin otras “motivaciones” que las subjetivas y contingentes: *particulares* en los dos significados asumidos hasta

³⁰⁰ Citado en Cerri, Augusto, voz “Eguaglianza” (principio costituzionale di), en *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. 32, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1994. Ver también Esposito, Carlo, *op. cit.*, pp. 8 y ss.

³⁰¹ Véase, por ejemplo, Crisafulli, Vezio, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. I “Introduzione al diritto costituzionale italiano”, Padova, Cedam, 1970, pp. 7 y ss.

³⁰² Paladin, Livio, *op. cit.*, pp. 3 y ss.

³⁰³ La elaboración y el uso de ese concepto es sumamente controvertido. Para una reconstrucción analítica, véase Moscarini, Anna, *Ratio legis e valutazioni di ragionevolezza della legge*, Turín, Giappichelli, 1996.

³⁰⁴ Dogliani, Mario, “Articolo 3. Il principio di eguaglianza”, en Neppi Modona, Guido (ed.), *Stato della Costituzione*, Milán, Il Saggiatore, 1995, p. 15.

³⁰⁵ *Idem*.

ahora. Buscar la *ratio* de una norma, entonces, significa interpretarla a la luz de sus posibles justificaciones *erga omnes*; razones plausibles en apoyo de la tesis de la *relevancia* de una característica específica de un grupo para un tratamiento específico, sin olvidar la advertencia de Hart, según la cual “un niño puede tener la misma altura que un adulto pequeño, un invierno cálido misma temperatura que un frío verano, y un diamante falso puede ser una auténtica antigüedad”.³⁰⁶

Tomemos, por ejemplo, la norma que impone obligaciones tributarias sólo a las personas empleadas. La diferencia de trato entre trabajadoras y desempleadas parece justificable ya que los primeros tienen ingresos, pero los segundos no. Lógicamente este razonamiento se puede dividir en dos momentos. Se trata, en primer lugar, de analizar la construcción, por parte del legislador, de la “categoría jurídica de iguales” definida por la característica de percibir un salario y que incluye al grupo de las personas *empleadas*, pero no al de las *desempleadas*. Esta categoría corresponde a lo que, en la escolástica medieval, se llamaba “universal”.³⁰⁷ Más allá de las disputas ontológicas y epistemológicas en torno a su naturaleza, desde el punto de vista lógico, un universal es un predicado, ya que puede ser predicable por muchos sujetos.³⁰⁸ La categoría legal de *empleado*, por ejemplo, se puede aplicar (normativamente) a cualquiera que reciba un salario. Lógicamente se dice, entonces, que para cada x , si x posee la característica c (percibir un salario), entonces x entra en la categoría de *empleado*.³⁰⁹ La simple formación de una categoría es el resultado de una convención (o de una abstracción), por eso hablamos de “construcción” de categorías (lógicas). Como dice Scarpelli: “la condición trascendental de las afirmaciones de igualdad o paridad es, por tanto,

³⁰⁶ Hart, Herbert L. A., *op. cit.*, p. 188.

³⁰⁷ Sobre la disputa de los universales, véase Bonino, Guido, *op. cit.*

³⁰⁸ El juicio “A y B son iguales”, simplemente reconoce que tanto A como B presentan efectivamente los requisitos que se incluirán en esa fecha. *Cfr.* Bovero, Michelangelo, *Contro il governo dei peggiori...*, *cit.*, p. 13.

³⁰⁹ Véase Aristóteles, *Analitici primi*, trad. al iatliano, en *Organon*, Milán, Adelphi, 2003, pp. a16-20.

la capacidad de pensar y hablar en conceptos correspondientes a clases lógicas, es decir, de forma abstracta”.³¹⁰

Una vez analizada la construcción de la categoría, es necesario abordar el problema del tratamiento de las diferentes categorías (lógicas) de iguales a partir del reconocimiento de un vínculo de *relevancia* entre la característica que identifica la categoría (percibir un salario) y el tratamiento jurídico (la obligación de pagar impuestos). Así, el análisis del juicio de relevancia se sitúa en el centro del problema de la arbitrariedad como discriminación: las leyes raciales, por ejemplo, se basan en *razones* prepotentes e injustificadas (odiosas y absurdas), cuya base es la afirmación de la relevancia del “origen étnico” —característica que ya puede ser criticada a nivel científico—³¹¹ para ciertos tratamientos, como, entre otros, la prohibición de asumir cualquier cargo público.

El análisis de los nexos de relevancia permite reflexionar sobre una norma al tratar como analíticamente distintas la cuestión de “quiénes son los iguales” —relativa al momento de construcción de la categoría lógica y a los requisitos para pertenecer a un conjunto específico— y la de “cómo deben ser tratados por igual”, lo que incluye el juicio de relevancia de las características para los tratamientos. Sin embargo, si tomamos el punto de vista del legislador, el procedimiento parece al revés; la construcción de cualquier categoría jurídica, de hecho, no puede ignorar los problemas que el derecho pretende resolver y las materias que pretende regular. Parece razonable pensar que en los códigos penales elaborados por el legislador se introducirá una categoría como la de “todos los ladrones”, que considera el robo socialmente perjudicial, mientras que la de “todos los ladrones de manzanas”, donde se cree que los robos de diferentes bienes deben ser tratado de otra manera. La cuestión de la “igualdad en qué” —en este caso en las penas relacionadas con el delito de

³¹⁰ Scarpelli, U., *op. cit.*, p. 618.

³¹¹ Nótese obviamente que fueron precisamente las argumentaciones (pseudocientíficas) contenidas en el *Manifiesto de la raza* las que se usaron como justificación y fundamento de las leyes raciales fascistas de 1938.

robo— precede pragmáticamente (al menos) a la cuestión de la “igualdad entre quién”.

Desde esta perspectiva, el problema de la relevancia también adquiere importancia en el análisis de lo que podrían parecer, en una primera investigación, meros errores lógicos cometidos por el legislador al adscribir una clase de sujetos a una categoría más amplia. Quien crea, por ejemplo, que el requisito fundamental para la titularidad de los derechos políticos consiste, en una democracia, en el hecho de estar “sujetos a un sistema jurídico” que juzgará que no se incluya a los residentes que no tienen la condición de ciudadanos. Si, en efecto, se cree que sólo aquellos que tendrán que someterse a esas leyes deben votar por los representantes encargados de hacerlas, la categoría de electorado activo en la que existe una especie de “defecto de adscripción” simplemente parece mal construido: en el sentido de un error esencialmente lógico por falta de reconocimiento de la pertenencia de un sujeto a una categoría determinada, así como de una *especie* a un *género*. Lógicamente, este defecto puede ser excluyente (*por defecto*) —si se supone que el *género* “polígono” no incluye la *especie* “triángulo”— o inclusivo (*por exceso*) —si se supone que el *género* “polígono” incluye la *especie* “pirámide”—. Si tomamos el ejemplo de la categoría de “electorado activo” y el criterio según el cual quienes están sujetos a la ley deben formar parte de ella, la exclusión de los residentes sin ciudadanía se configura como un vicio de adscripción *por defecto* (únicamente) sobre la base del establecimiento de un vínculo de relevancia entre el derecho a votar y la sumisión al ordenamiento jurídico. Sólo bajo la misma condición podría darse el ejemplo de un vicio *por exceso* si los derechos políticos se extendieran a los ciudadanos residentes en el extranjero. La definición (explícita o implícita) de lo que debe entenderse como “electorado activo” y cuáles características contribuyen a su definición es, por tanto, una cuestión de decisión que se deja a la discreción del legislador.

Además, encontrar un vínculo de relevancia puede parecer un juicio de hecho. Es intuitivo, por ejemplo, que una ley que

prevé la exclusión de las mujeres de los derechos políticos se base en tesis refutables —aunque muy afortunadas en la historia del pensamiento y las instituciones políticas—, como el supuesto de que las diferencias de género influyen en la capacidad de tomar decisiones políticas. Pero no todos los casos son igualmente sencillos, puede suceder que las características (racionalmente) relevantes en una situación dada sean más de una y estén en conflicto entre sí. Consideremos el caso de la diferenciación jurídica entre adultos y menores en la posibilidad de estipular contratos, debido a la llamada “inmadurez” de los menores. El derecho suele recurrir a convenciones pragmáticamente útiles y compartidas, que al mismo tiempo son fácilmente cuestionables. Es posible argumentar que, a pesar de la falsabilidad de la generalización (el caso de un joven de dieciséis años que es más que “maduro”), existen igualmente “razones” suficientes para mantener esta diferencia de trato. Entre estas razones se encuentra la oportunidad pragmática de establecer un límite convencional como umbral para alcanzar la mayoría de edad. Así, basándose en la evidencia empírica de que un recién nacido no puede votar, resulta clara la necesidad de fijar un umbral de edad mínima por debajo de la cual se negarán derechos políticos a personas “aún no maduras”, pero también es evidente con cuánta facilidad se puede encontrar menores capaces de articular argumentos políticos de una manera mucho más refinada que muchos votantes adultos. Asumiendo la característica *c* (ser maduro) como relevante en la situación jurídica *d* (goce de derechos políticos), el legislador está llamado a establecer una diferenciación de trato basada en alguna convención.

Obviamente, esto no significa que algunas diferencias de trato sean igualmente fáciles de reconocer como *discriminaciones arbitrarias*. Las mismas pruebas que se recuerdan en el caso de los menores, de hecho, no pueden encontrarse en el caso de la exclusión —bastante frecuente en la historia del derecho— de las mujeres o de los negros en los derechos políticos. En estos casos que (hoy) parecen fáciles de resolver, la *irrelevancia* puede demostrarse a partir de meras comprobaciones de hecho: la exclusión del voto de categorías enteras, como las mujeres o los esclavos,

por presunta inferioridad intelectual es un ejemplo de discriminaciones jurídicas basadas en supuestos que luego se revelaron como inaceptables para las ciencias naturales.

El problema de la *irrelevancia* surge, entonces, cuando se examinan las llamadas verdades estadísticas.³¹² Como señala Flavio Baroncelli: “En ocasiones sucede que no sabes cómo responder a objeciones como esta: «Dices que los hombres son todos iguales, pero en Times Square a las dos de la madrugada si te encuentras con una multitud de jóvenes negros te pones nervioso». Lo cual es muy cierto”.³¹³ Continúa Baroncelli:

[E]l igualitario que intenta negarlo está destinado a la derrota en la discusión (o a creer que puede ganarla con exclamaciones escandalizadas) y, si es coherente, también tiene muchas posibilidades de que le roben; una vez robado, también le resulta fácil volverse racista. La cuestión es que debemos comprender plenamente la importancia del lugar y el tiempo: en Times Square a las dos de la madrugada es racional y nada inconsistente con el igualitarismo referirse a las estadísticas de criminalidad. Pero la cuestión es que las mismas estadísticas no tienen por qué decirme nada sobre mi vecino. El antirracista que desafía las estadísticas en Times Square a las dos de la madrugada y el racista que desprecia a un solo individuo basándose en estadísticas se encuentran en situaciones casi simétricas.³¹⁴

El legislador se encuentra a menudo razonando sobre este tipo de “generalizaciones arbitrarias”. Si nos fijamos en el “principio de ofensiva del derecho penal”, consagrado en el artículo 49 del Código Penal italiano, encontraremos un buen ejemplo de argumento jurídico planteado para mostrar la *arbitrariedad* de algunos procedimientos de diferenciación jurídica. Si, de hecho, el derecho penal debe referirse sólo a las acciones realizadas por

³¹² Schauer, Frederick, *Di ogni erba un fascio. Generalizzazioni, profili...*, cit.

³¹³ Baroncelli, Flavio, *Il razzismo è una gaffe...*, cit., p. 72.

³¹⁴ *Idem*.

un individuo, cualquier norma que prevea el establecimiento del supuesto “todos los ladrones con ojos azules” violaría la prohibición de construir clases jurídicas que se refieran a la identidad de las personas, y no exclusivamente a las acciones cometidas en violación a la ley. El impacto histórico de la construcción de las llamadas “categorías sospechosas” muestra la importancia no solo teórica del ejemplo.

Una definición plausible de arbitrario como discriminatorio no parece en este momento capaz de ignorar el problema de las razones *particulares* asumidas para la formulación de juicios de relevancia que son de alguna manera injustificables, como *odiosos* —es decir, basados en meros intereses *particulares* y/o *absurdos*— en tanto que no son *generalizables*.

Sin embargo, muchas de las justificaciones sobre las que se basan los juicios de relevancia pertenecen a la esfera de los juicios de valor: en la base de una norma jurídica que excluye a los más pobres de los derechos políticos pueden estar las razones de quienes, para preservar sus privilegios, sostienen que el parlamento debería ser elegido exclusivamente por quienes pagan impuestos para asegurar un mayor desarrollo económico. Por “prepotente” que pueda parecer este razonamiento, parece difícil considerarlo pura y simplemente “injustificado”. El problema de las opciones de valor propuestas de vez en cuando por el legislador para el reparto sólo puede llevarnos a ser cautelosos en la búsqueda de criterios últimos capaces de identificar las categorías jurídicas —y los tratamientos correspondientes— construidos “arbitrariamente”.

El filósofo Bernard Williams escribió: “El principio según el cual los hombres deben ser tratados de manera diferente, en relación con su bienestar, simplemente en consideración de su color, no es un tipo particular de principio moral, sino (en todo caso) la expresión de una decisión completamente arbitraria; no menos que la de un nuevo Calígula que decidió condenar a muerte a todas las personas cuyo nombre tuviera tres «r»”.³¹⁵

³¹⁵ Williams, Bernard, *L'idea di eguaglianza*, (1973), trad. al italiano, en Carter, Ian (ed.), *L'idea di eguaglianza*, Milán, Feltrinelli, 2001, p. 26.

A pesar del atractivo retórico de este argumento, lo analizado hasta ahora arroja serias dudas sobre la posibilidad de desarrollar una teoría de la igualdad que establezca definitivamente un límite entre las “distinciones jurídicas” y la “discriminación arbitraria”. Incluso dando crédito a lecturas teleológicas que trazan en la historia moderna un camino de la sociedad hacia la extensión de la igualdad entre sus miembros, no se pueden negar las innumerables contradicciones de este camino. Baste decir que el padre de los derechos fundamentales estadounidenses, Thomas Jefferson, que luchó para garantizar que las libertades de todos los ciudadanos estuvieran protegidas frente al Estado, era un esclavista convencido y un propietario de esclavos.

Se puede argumentar, esto es cierto, que la esclavitud (por ley), así como la nobleza por nacimiento, son instituciones premodernas, obsoletas, incluso bárbaras, y esto incluso independientemente de la existencia de un sentido común mayoritario que las rechace. De hecho, en la historia moderna se pueden encontrar “razones” (un ejemplo, sobre todo, la falsificación científica de teorías racistas y sexistas) y motivos ideales que acompañaron las batallas políticas en torno a reivindicaciones igualitarias. Sin embargo, sostener que la igualdad no necesita razones, y que sólo la desigualdad las necesita,³¹⁶ parece no tener en cuenta el hecho de que el “criterio inestable de similitud relevante”³¹⁷ varía, a menudo y profundamente, dependiendo de las opciones de valor generalizadas en un contexto histórico, social y político específico.

³¹⁶ Esta es la cita completa: “Se supone que la igualdad no necesita razones y que sólo la desigualdad las necesita; que la uniformidad, la regularidad, la semejanza, la simetría, la correlación funcional de determinadas características con los derechos correspondientes no necesitan una explicación especial, y que, en cambio, las diferencias, el carácter no sistemático de la conducta, la inconsistencia de la conducta requiere una explicación y, por regla general, una justificación”. Berlin, Isaiah, *L'uguaglianza*, (1956), trad. al italiano, en Berlin, Isaiah, *Il fine della filosofia*, Turín, Comunità, 2002, p. 104.

³¹⁷ Hart, Herbert, *op. cit.*, p. 188.