

7 Igualdad y diferencia

LUIGI FERRAJOLI

- 7 Cuatro modelos de configuración jurídica de la diferencia.
- 11 “Igualdad” como norma, “diferencia” como hecho.
- 16 Igualdad en *droits*, identidad, diferencias, desigualdades y discriminaciones.
- 19 Diferencias sexuales y derechos fundamentales de las mujeres.
- 22 Discriminación sexual y garantías sexuadas de la diferencia.
- 29 Diferencia, igualdad y derecho sexuado.
- 31 Bibliografía.

Igualdad y diferencia*

LUIGI FERRAJOLI

Cuatro modelos de configuración jurídica de la diferencia

Tengo la impresión de que la mayor parte de las críticas dirigidas durante estos años a la idea de igualdad por el pensamiento feminista de la diferencia parten de una contraposición entre *igualdad* y *diferencia* que se apoya en la ambigüedad del primero de estos términos; y de que, además, lo que contestan no es el *valor* de la igualdad, sino el *concepto* de "igualdad jurídica" tal como fue construido por la tradición liberal en los orígenes del Estado moderno. Es tan cierto, que estas críticas, por lo general, no proponen el abandono o la descalificación del principio de igualdad y del universalismo de los derechos, sino una refundación y una redefinición de uno y otro que no hagan abstracción de la diferencia sexual.¹ Por consiguiente, puede ser útil

* Publicado originalmente en Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid, Trotta, 1999, pp. 73-96. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez. Agradecemos a la Editorial Trotta su generosa autorización para reproducir el texto.

Por ejemplo, M. G. Campari y L. Cigarini (1989: 6-7) proyectan un "derecho femenino que producirá, como es típico del derecho, reglas y mediaciones universales, es decir, que valgan para los hombres y las mujeres", si bien a partir de la "constatación de que los sexos son dos"; de manera que "su universalidad es una forma histórica y lógicamente nueva". I. Dominijanti (1989: 75) propone un cambio de paradigma en la concepción de la igualdad que ponga en discusión la categoría de la "igualdad moderna", basada en la "amnesia de la diferencia sexual", sobre el presupuesto, no obstante, de que la oposición es "no diferencia sexual contra igualdad, sino diferencia sexual contra la noción de igualdad que acompaña al paradigma de la política moderna". Del mismo modo, M. L. Boccia sostiene una noción de "igualdad como forma de una relación en la que la diferencia no se estructura dentro de un orden jerárquico sino, por el contrario, se pone como fundamento de la reciprocidad". Dicho de forma más precisa, la idea de una "igualdad compleja [...] entre identidades no reducibles a una medida común", cuya relación con la diferencia "no es resoluble en la distinción lógica entre particular y general" y a la que se "reconducen algunas ideas guía de la práctica feminista", como "la parcialidad del sujeto que es correlativa al principio mismo de la diferencia sexual", "el vínculo de la interdependencia", "la indisponibilidad" del cuerpo y "la no prevalencia de ningún bien sobre los demás", ni siquiera el "representado por el poder político" (1989: 84).

tratar de hacer un (enésimo) análisis de los conceptos de igualdad y de diferencia para aclarar las relaciones –de negación o de implicación– que se siguen de los diversos significados que pueden asociársele.

Con ese fin distinguiré cuatro posibles modelos de configuración jurídica de las diferencias y, a partir de ellos, de la igualdad y de la diferencia. Advierto que hablaré a menudo indistintamente de “diferencia” (sexual) y de “diferencias”. En efecto, asumiré la diferencia de sexo, a causa de su carácter originario e insuperable, como una diferencia paradigmática, en el sentido de que ella ofrece el arquetipo idóneo para iluminar las restantes diferencias de identidad (de lengua, etnia, religión, opiniones políticas y similares) en oposición a las desigualdades que, en cambio, no tienen nada que ver con las identidades de las personas sino únicamente con sus discriminaciones y/o con su disparidad de condiciones sociales.

El primero de los cuatro modelos de la relación entre derecho y diferencia(s) es el de la *indiferencia jurídica de las diferencias*. Según él, las diferencias no se valorizan ni se desvalorizan, no se tutelan ni se reprimen, no se protegen ni se violan. Simplemente se las ignora. Este es el paradigma hobbesiano del estado de naturaleza y de la libertad salvaje, que confía a las relaciones de fuerza la defensa o, por el contrario, la opresión de las diversas identidades.

Un paradigma anarquista, que en sus formas extremas coincide con la ausencia no sólo de derecho sino de derechos, mientras que en sus formas intermedias tiene realización en las sociedades paleoliberales, singularizadas por el carácter mínimo del derecho y de los poderes del Estado y por el juego libre y desregulado de los poderes privados. En tales sociedades el destino de las diferencias aparece confiado a las relaciones de fuerza. Y, en particular, el de la diferencia de sexo se resuelve en la sujeción de hecho de la mujer al poder masculino y en su relegación al papel doméstico *natural* de mujer y de madre.

El segundo modelo es el de la *diferenciación jurídica de las diferencias*, que se expresa en la valorización de algunas identidades y en la desvalorización de otras, y, por lo tanto, en la jerarquización de las diferentes identidades. Esto es, las identidades determinadas por las diferencias valorizadas (de sexo, nacimiento, etnia, fe religiosa, lengua, renta y otras) resultan asumidas como estatus privilegiados, fuentes de derechos y de poderes, e incluso como base de un falso universalismo modelado únicamente sobre sujetos privilegiados; mientras otras –la de mujer, pero también la de judío, negro, hereje, apóstata, extranjero, apátrida, etcétera– se asumen como estatus discriminato-

rios, fuentes de exclusión y de sujeción y, a veces, de persecuciones. Este es el paradigma discriminatorio de los ordenamientos jerarquizados de casta o de clase propios de las fases más arcaicas de la experiencia jurídica y todavía dominantes en el mundo jurídico premoderno. También es el paradigma que persiste en los orígenes de la modernidad, cuando la igualdad y los consecuentes derechos *universales* aparecen pensados y proclamados en las primeras constituciones liberales, únicamente con referencia al sujeto macho, blanco y propietario, al extremo de haber podido convivir hasta la actualidad con la discriminación de las mujeres en materia de derechos políticos y de muchos derechos civiles y, en Estados Unidos, con el mantenimiento de la esclavitud hasta bien avanzada la mitad del siglo XIX. Es claro que las diferencias –a comenzar por la sexual– se encuentran en este modelo pensadas y sancionadas como desigualdades, es decir, como privilegios y discriminaciones, poco importa si cubiertas con el manto de un falso universalismo.

El tercer modelo es el de la *homologación jurídica de las diferencias*. Las diferencias, empezando por la de sexo, son también en este caso valorizadas y negadas, pero no porque algunas sean concebidas como valores y las otras como desvalores, sino porque todas resultan devaluadas e ignoradas en nombre de una abstracta afirmación de igualdad. Más que transformadas en estatus privilegiados o discriminatorios resultan desplazadas, o, peor aún, reprimidas y violadas, en el cuadro de una homologación, neutralización e integración general. Se trata de un modelo en algunos aspectos opuesto y en otros análogo al precedente. Opuesto, porque apunta no a la cristalización de las diferencias en desigualdades sino, por el contrario, a su anulación; análogo, por la común desvalorización de las diferencias y por la implícita asunción de una identidad –ya sea connotada en términos de sexo, clase, adhesión ideológica o religiosa– como *normal* y, al mismo tiempo, *normativa*. Es el modelo de la serialización, propio de los diversos socialismos reales y burocráticos. Es también, con las debidas diferencias, el modelo de la asimilación propio de los ordenamientos liberales, que sin poner en cuestión la parcialidad del sujeto universalizado del modelo precedente, lo asumieron como término normal y normativo de la relación de igualdad, idóneo para incluir a los demás sólo en cuanto homologados con él.⁷ Así, la dife-

⁷ Para un análisis más profundo de este modelo consultese M. Minow (1990: 22 y 51-60). Véase también L. Gianformaggio (1993a: 220-222) quien habla de un ter-

rencia femenina no sufre discriminación en el plano jurídico, puesto que en este plano resulta desconocida, ocultada y enmascarada: las mujeres tienen los mismos derechos que los varones en cuanto son consideradas o se finge que son (como los del) varón y se asimilan a ellos en los estilos de vida y en los modelos de comportamiento. Pero, precisamente porque es desconocida por el derecho, aquella resulta penalizada de hecho –lo mismo para las mujeres que se asimilan que para las que no se asimilan– por los amplios márgenes de ineffectividad de la proclamada igualdad.

Existe también un cuarto modelo de configuración jurídica de las diferencias, el de la igual *valoración jurídica de las diferencias*, basado en el principio normativo de igualdad en los derechos fundamentales –políticos, civiles, de libertad y sociales– y al mismo tiempo en un sistema de garantías capaces de asegurar su efectividad.

A diferencia del primero, este cuarto modelo, en vez de ser indiferente o simplemente tolerante con las diferencias, garantiza a todas su libre afirmación y desarrollo, no abandonándolas al libre juego de la ley del más fuerte sino haciéndolas objeto de esas leyes de los más débiles que son los derechos fundamentales. Del segundo se distingue porque no privilegia ni discrimina ninguna diferencia, sino que las asume a todas como dotadas de igual valor, prescribiendo para todas igual respeto y tratamiento. Del tercero lo separa el dato de que no desconoce las diferencias sino que, por el contrario, reconoce todas y las valoriza como otros tantos rasgos de la identidad de las personas, sobre cuya concreción y especificidad cada una funda su amor propio y el sentido de la autonomía en las relaciones con los demás. La igualdad en los derechos fundamentales resulta así configurada como el igual derecho de todos a la afirmación y a la tutela de la pro-

cer sentido “ni descriptivo ni prescriptivo”, sino “valorativo”, en el cual “igualdad” y “diferencia” son usados respecto de la relación varón/mujer. En este tercer sentido, “igual” y “diverso” no designan propiedades relativas, transitivas y recíprocas entre términos intercambiables conforme a una “unidad de medida común” a ambos, sino “propiedades absolutas”, que se refieren “siempre a una operación de medida ya realizada” y expresan “la relación de comparación entre la entidad medida y la unidad de medida”. “De manera que decir que *A* es igual a *B* significa decir que *A* es conforme al modelo constituido por *B*. Y si *B* constituye el modelo no puede decirse que –él– es diverso y tampoco igual [...]. Reléase la frase de MacKinon: ‘¿Por qué habría que ser iguales que los hombres blancos para tener lo que ellos tienen si, para tenerlo, los hombres blancos no deben ser iguales a nadie?’”, escribe Gianformaggio. Véase de la misma autoría, “Identity, Equality, Similarity and the Law” (1993b) y “Law, Justice and the Stat.” (1993: 121-134).

pia 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. Pero este igual derecho es, precisamente, una norma destinada, como todas las normas, a ser violada en algún grado y medida. De ello se sigue que las diferentes identidades pueden ser reconocidas y valorizadas en la misma medida en que, partiendo no de la proclamación de su abstracta igualdad, sino del hecho de que pesan en las relaciones sociales como factores de desigualdad en violación de la norma sobre la igualdad, se piensen y elaboren no sólo las formulaciones normativas de los derechos sino también sus garantías de efectividad.

Me parece que esta es la clave conforme a la que deben ser interpretados los párrafos primero y segundo del artículo 3 de la Constitución italiana que, en su conjunto, diseñan un modelo normativo integrado de igualdad formal y sustancial basado en la *igual dignidad* de las diferencias y, a la vez, en la garantía de su efectividad. En efecto, mientras el párrafo primero afirma la “igualdad de todos ante la ley” y la “igual dignidad social” de todos los ciudadanos “sin distinciones de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas, condiciones personales y sociales”, el segundo párrafo explicita el carácter normativo y de proyecto de tal igualdad, partiendo del reconocimiento de su virtual ineffectividad en presencia de los “obstáculos” de orden económico, social y cultural que la limitan “de hecho” —como los que producen en concreto las múltiples discriminaciones de las mujeres en la vida social, sobre las que se prescribe que deben ser “removidas” mediante la introducción de las garantías adecuadas.

“Igualdad” como norma, “diferencia” como hecho

Me parece que —excluido el primer modelo, caracterizado por la absoluta anomia y, así, por la irrelevancia en derecho y la relevancia fáctica de todas las diferencias— las ideas de igualdad contestadas por el pensamiento feminista son esencialmente dos. La primera, históricamente combatida y derrotada por el pensamiento emancipacionista, es la que subyace al segundo modelo: la igualdad como falsa universalización del sujeto masculino que también en el plano normativo excluye —no contempla, desplaza, ignora— al sujeto femenino, discriminándolo en el goce de muchos de los derechos que se dicen universales. La segunda, criticada por el pensamiento de la

diferencia y siempre presente en el sentido común, es la que está en la base del tercer modelo: la igualdad en los derechos del hombre y del ciudadano que, sin embargo, precisamente porque está basada, al igual que en el modelo precedente, sobre la asunción del sujeto masculino como parámetro, se resuelve en la asimilación jurídica de las mujeres a los varones y, por consiguiente, en una ficción de igualdad que deja de hecho sobrevivir a la desigualdad como producto del desconocimiento de la diferencia. La igualdad del primer tipo es una igualdad amputada también en el plano jurídico, relativa sólo a una parte privilegiada de seres humanos arbitrariamente confundidos con la totalidad. La del segundo tipo es una igualdad jurídica que, al no hacerse cargo de las diferencias y de su concreta relevancia en las relaciones sociales, está destinada a permanecer ampliamente inefectiva y a ser desmentida por las desigualdades concretas en las que de hecho se transmutan las diferencias.

En ambos casos la igualdad contestada se opone a las diferencias, en cuanto es entendida no como valor sino como hecho (o ficción de un hecho), no como principio normativo sino como tesis descriptiva (o presuntiva), no como deber ser sino como ser; por negarla a partir del hecho de que *existen* diferencias, o por afirmarla debido al hecho de que *no existen* (se finge, o se presume que no existen) diferencias. Los seres humanos son iguales entre sí en cuanto identificados únicamente con los sujetos varones, ciudadanos, blancos, alfabetizados y propietarios, en el primer caso, y en cuanto las mujeres, los no ciudadanos, los negros, los analfabetas y los que nada tienen sean igualados o asimilados a tales sujetos, en el segundo. Correlativamente, las diferencias resultan en un caso reconocidas no sólo de hecho sino también de derecho, mientras que en el otro aparecen ignoradas no sólo de derecho sino también de hecho.

El mérito del pensamiento feminista ha sido haber denunciado también el alcance discriminatorio de este último modelo, siempre operativo en la cultura corriente, y haber demostrado su carácter de tributario en relación con el primero. A mi juicio, esta denuncia se encuentra expresada con la máxima claridad en los escritos de Adriana Cavarero. En efecto, la crítica de la igualdad moderna desarrollada por esta autora va dirigida, precisamente, al hecho de que se predica, en el tercer modelo, sobre la base de una "ficción" y, por tanto, de un "como si" (1989: 79 y ss) (que las mujeres no existieran, que el género humano no estuviera compuesto de varones y mujeres, o que las mujeres fueran [iguales que los] hombres): es decir, de una hipótesis empírica

que niega o ignora las diferencias o que, en todo caso, hace indebida abstracción de ellas.³ De este modo, es claro que la *igualdad*, al configurarse como un hecho, resulta una mistificación.

Esta concepción es, sin duda, la dominante en el pensamiento político clásico. En toda esta tradición, de Aristóteles a Hobbes, de Locke a gran parte del pensamiento ilustrado, la tesis de la igualdad (o, correlativamente, de la desigualdad) ha sido siempre razonada de hecho con argumentos de tipo cognoscitivo: los hombres, decía Hobbes, son iguales porque todos mueren y, además, porque se encuentran todos en la misma situación de hacerse daño unos a otros;⁴ o porque, escribía Locke, tienen las mismas inclinaciones y facultades.⁵ Es claro que semejantes tesis eran argumentos muy débiles en apoyo (del valor) de la igualdad y sirvieron del mismo modo —a veces en el mismo autor, como es el caso de Locke—⁶ para sostener la tesis opuesta de la desigualdad. Incluso es probable que, precisamente, la larga persistencia de la concepción de la igualdad como *hecho* esté en el origen de la configuración de la igualdad como *así-*

³ De la misma autora véanse también: "Per una teoria della differenza sessuale" (1987: 43 y ss); "L'emancipazione diffidente. Considerazioni teoriche sulle pari opportunità" (1988a: 43 y ss), e "Il modello democratico nell'orizzonte della differenza sessuale" (1990: 221-241).

⁴ Esta idea de Thomas Hobbes puede consultarse en *De cive* (1999: vol. I, apartado 3, p. 17); *Leviatán* (1999: cap. 13, pp. 105 y ss), y *Elementos de derecho natural y político* (1979: primera parte, cap. XIV, párrafos 2-3, pp. 201-202), donde el principio de igualdad se deriva de la igual capacidad de los hombres de hacerse daño y matarse unos a otros.

⁵ John Locke, *Segundo tratado sobre el gobierno civil* (cap. 2, apartados 4-5, pp. 36-37), funda "la igualdad natural entre los hombres" en el hecho de que son "criaturas de la misma especie y rango, nacidas todas ellas para disfrutar en conjunto de las mismas ventajas naturales y para hacer uso de las mismas facultades".

⁶ Véanse de John Locke, *Segundo tratado sobre el gobierno civil* (cap. 6, apartado 60), donde la desigualdad se afirma: "Si por causa de las deficiencias que puedan tener lugar al margen del curso ordinario de la naturaleza hay alguien que no alcanza un grado de razón en el que pueda suponérselle capaz de conocer la ley y de vivir conforme a sus reglas [...] de modo que éste] nunca podrá ser un hombre libre, nunca podrá dejársele a disposición de su voluntad. Pues un hombre así no tiene conocimiento de los límites de ésta, ni tiene entendimiento, que es la guía apropiada para los actos voluntarios", y *Della guida dell'intelligenza nella ricerca della verità* (1993: cap. II, p. 60), en donde se asevera: "Es de todos conocido que el ingenio humano varía de uno a otro y que algunos son por naturaleza tan superiores a los demás que no hay potencia de arte o fuerza de habilidad que pueda hacer a unos capaces de realizar lo que los otros ejecutan sin esfuerzo y fatiga; la desigualdad natural permanece incluso entre los hombres educados del mismo modo".

milación de las diferencias, propia del tercer modelo antes ilustrado, y de sus ambiguas coincidencias con el segundo. Pero el principio de igualdad, tal como resulta proclamado en la *Declaración de derechos* de 1789 y después en todas las cartas constitucionales admite también –a despecho de la representación simbólica de tipo masculino que está en sus antecedentes– una interpretación completamente diversa: no como tesis descriptiva, sino precisamente como principio normativo; no como aserción sino como prescripción; no en términos de ser sino en términos de deber ser. La gran innovación introducida por la *Declaración* de 1789 –incomprendida, incluso, por algunos grandes pensadores del tiempo, como Bentham,⁷ que la entendió como una poco hábil traducción en forma de ley de una (falsa) tesis de filosofía política– fue haber hecho del principio de igualdad una norma jurídica. Esto quiere decir que desde entonces la igualdad no es un hecho, sino un valor; no una aserción, sino una prescripción, establecida normativamente, según nuestro cuarto modelo, precisamente porque se reconoce (descriptivamente) que de hecho los seres humanos son diversos y se quiere impedir que sus diversidades pesen como factores de desigualdad.

Ahora bien, me parece que las críticas dirigidas por Cavarero al concepto de igualdad tienen que ver más bien con su uso asertivo, conforme al esquema clásico, que con el normativo: la igualdad, en sus propias palabras, como producto de “un esfuerzo de abstracción de la teoría dirigido a la eliminación de cualquier diferencia” (Cavarero, 1988b). Prueba de ello es el hecho de que tales críticas consisten esencialmente en argumentos asertivos: “ningún neutro en

⁷ Véase Jeremy Bentham (1840: 507), donde la *Declaración* es atacada como un “gran error”, incluso como “un concentrado de errores”, en el cual “se reconocen los miembros dispersos de Mably, Rousseau, Raynal, Condorcet, Diderot, Price, Priestley y otros muchos” que allí comparecen, pero no como “teorías” de autores individualmente considerados sino como un conjunto de “falsos principios sancionados por una asamblea” bajo la forma de “enunciados legales”. En particular, escribe Bentham, la proclamación de los “derechos naturales e imprescriptibles del hombre” en el artículo 2 es una proposición “absolutamente falsa”, fruto de “una confusión de ideas tan grande que no es posible asociarle algún sentido”, dado que “no existen derechos anteriores a la institución del Estado” (1840: 511-512). Sin comprender que la *Declaración* no era, en efecto, una teoría sino, precisamente, una norma que transformaba en derechos “positivos” los derechos “naturales” hasta entonces sólo teorizados, inaugurando así el paradigma constitucional del Estado de derecho como sistema de límites y vínculos normativos impuestos también al legislador.

carne y hueso ha sido visto jamás en circulación" (1988b: 71); "en este mundo nacen y viven varones y mujeres, y no varones neutros y universales" (1990: 233). El equívoco es aún el premoderno de la igualdad como aserción, verificada o refutada por otra aserción, que estaba justamente en la base de los mismos argumentos con que Joseph de Maistre contestaba, en *Considérations sur la France* de 1797, los derechos del hombre: "La Constitución de 1795 está hecha para el *Hombre*. Pero en el mundo no hay *hombres*. He visto, en mi vida, franceses, italianos, rusos. Y sé también, gracias a Montesquieu, que se puede ser persa. Pero declaro no haber encontrado en mi vida al *Hombre*; si existe, yo no lo conozco" (1841: 50).

Es claro que si hacemos semejante uso asertivo de la idea de "igualdad", el principio de igualdad resulta *contradicción* –como sucede en nuestro tercer modelo, que ignora y asimila las diferencias– por la constatación de hecho de que las personas son diferentes y que, en particular, no son neutras, sino sexuadas como varones o como mujeres.

Sin embargo, la contradicción desaparece si se reconoce que la igualdad, en el uso que de ella se hace en las normas constitucionales es, cabalmente, una norma. Y que, por consiguiente, existe asimetría entre igualdad y diferencias. "Igualdad" es término normativo: quiere decir que los *diferentes* deben ser respetados y tratados como iguales; y que, siendo ésta una norma, no basta enunciarla sino que es necesario observarla y sancionarla. "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 éstas las que deben ser tuteladas, respetadas y garantizadas en obsequio al principio de igualdad. Y entonces no tiene sentido contraponer igualdad a diferencias. Y si una diferencia como la sexual resulta de hecho ignorada o discriminada, ello no quiere decir que la igualdad es contradicha, sino simplemente que es *violada*.

Es lo acontecido con las *Declaraciones* del siglo XVIII, que entraron en contraste no sólo con la realidad de las relaciones sociales sino también con el derecho entonces vigente. Es bien cierto que esta antinomia fue originada, y al mismo tiempo largamente ocultada, por el hecho de que el modelo normativo de la igualdad había sido pensado con referencia exclusiva al sujeto macho, blanco, propietario y ciudadano. Es también cierto que semejante operación se basaba en una implícita e inconfesada teoría descriptiva de la igualdad y de la desigualdad que, del mismo modo que en nuestro segundo modelo, entendía como iguales, y antes aun como personas, sola-

mente a los varones blancos, propietarios, instruidos y ciudadanos, y sólo por sucesivas asimilaciones, de idéntica forma que nuestro tercer modelo, a todos los seres humanos diferentes de ellos.

Es así como, efectivamente, el modelo universalista ha podido ser desatendido durante mucho tiempo, no sólo en el plano de los hechos, sino también en el del derecho, a través de las múltiples discriminaciones a mujeres, proletarios, analfabetas y, hoy todavía, de todos los no ciudadanos, siempre excluidos de la clase de los iguales. Ello quiere decir, simplemente, que aquel modelo ha sido y continúa siendo violado, como por desgracia ha acaecido y sigue acaeciendo con muchos otros principios y derechos constitucionales. De otra parte, sólo si se acepta esta asimetría de estatuto entre igualdad como norma y diferencias como hechos el principio de igualdad adquiere sentido, en tanto criterio de valoración que permite reconocer y contestar, junto a la divergencia que siempre puede existir entre normas y hechos, la inefectividad de la primera respecto del tratamiento de hecho de las segundas.

Igualdad en *droits*, identidad, diferencias, desigualdades y discriminaciones

Ahora es posible analizar la relación entre igualdad como norma y diferencia(s) como hechos a partir de los argumentos jurídico-normativos, con referencia a los cuales la igualdad se establece normativamente.

Estos argumentos no son otra cosa que derechos: “*les hommes* –dice el artículo 1 de la *Declaración* de 1789– *naissent et demeurent libres et égaux en droits*”. La *igualdad jurídica* es precisamente esta igualdad *en droits*. Es la relación que unifica a una clase de sujetos en la titularidad de aquellos derechos que –en cuanto reconocidos y garantizados a todos y en igual medida– son llamados “universales” o “fundamentales”. También la *desigualdad jurídica*, lo digo inmediatamente, es una desigualdad *en droits*, sólo que ésta hace referencia a la titularidad de aquellos derechos subjetivos, como los derechos patrimoniales de propiedad y de crédito, que son *excludendi alios*, que pertenecen a cada uno en diversa medida y con exclusión de los demás. La igualdad jurídica es, entonces, un principio normativo sobre la forma universal de los derechos que se ha convenido sean fundamentales: del derecho a la vida a los derechos de libertad, de los derechos políticos a los sociales, hasta ese metaderecho que es el derecho a la igualdad, es decir, al tratamiento igual ante la ley. Decir que un determinado derecho es fundamental quiere decir que *todos* son

igualmente titulares del mismo. De ahí se derivan dos consecuencias: una relativa a las dimensiones de la igualdad jurídica, la otra a la distinción entre diferencias, desigualdades y discriminaciones.

Las dimensiones de la igualdad dependen, por un lado, de la extensión de la clase de sujetos (todos) a que se refiere la igualdad; por el otro, de la cantidad de los derechos que les son reconocidos y garantizados de forma universal. Bajo ambos aspectos, universalismo de los derechos fundamentales e igualdad jurídica son exactamente la misma cosa. El primero es el significado de la segunda y ésta crece con el incremento de aquél: en el plano intensional con el aumento de la cantidad de los derechos fundamentales y, por consiguiente, de las expectativas negativas (de ejercicio sin obstáculos de las libertades) y positivas (de satisfacción de necesidades vitales) garantizadas a todos del mismo modo mediante su sustracción a la disponibilidad del mercado y a la discrecionalidad del Estado; en el plano extensional con el desarrollo del proceso de universalización de la clase de sus titulares, hasta la coincidencia de ésta con la totalidad de los seres humanos. Así, en el esquema hobbesiano la única igualdad jurídica está en el derecho a la vida, que es el único derecho fundamental garantizado por el contrato social, mientras que, por lo demás, todas las diferencias, empezando por la sexual, quedan abandonadas a las dinámicas "naturales" y, así, destinadas a convertirse en desigualdades. En el paradigma lockiano y luego en el de las primeras constituciones liberales, la igualdad se amplía a la garantía de los derechos de libertad y de autonomía privada, pero queda por mucho tiempo subjetivamente limitada a los ciudadanos varones, alfabetizados y propietarios. En fin, en el curso de los últimos dos siglos el modelo se expande, de un lado con la multiplicación de los derechos fundamentales, ya no sólo civiles y políticos sino también sociales; del otro con la progresiva desaparición de las diferenciaciones jurídicas de estatus –por nacimiento, censo, instrucción y, sólo al final, por sexo–, excepción hecha del último privilegio de estatus, la ciudadanía, que a causa de los confines "estatistas" del derecho moderno continúa excluyendo, como un gran *apartheid* mundial, a todos los no-ciudadanos del goce de la mayor parte de los derechos fundamentales. De cualquier modo, la igualdad jurídica no será nunca otra cosa que la idéntica titularidad y garantía de los mismos derechos fundamentales independientemente del hecho, e incluso precisamente por el hecho, de que los titulares son entre sí diferentes.

La igualdad jurídica se detiene aquí. Al margen de la igualdad de derecho en la titularidad de los derechos fundamentales, todas las

personas son de hecho diversas unas de otras por diferencias “de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas, condiciones personales y sociales”, según la fórmula del artículo 3.1 de la Constitución italiana. También son diversas, de derecho y de hecho, en la titularidad de los derechos no fundamentales. Del mismo modo que la igualdad jurídica se define a través de los derechos fundamentales y viceversa, la desigualdad jurídica depende en su definición de la esfera de los derechos patrimoniales de los que cada uno es titular con exclusión de los demás, así como de los múltiples papeles de poder personificados o sufridos por cada uno. Y son, en fin, diversas de hecho, pero no de derecho, por las desigualdades producidas –estas últimas *antijurídicas*–, en violación del principio de igualdad, por las discriminaciones de sus diferencias.

A partir de estos presupuestos se comprende el nexo que, por la vía de los derechos, liga las diferencias a la igualdad y las opone a las desigualdades y a las discriminaciones. Las diferencias –sean naturales o culturales– no son otra cosa que los rasgos específicos que diferencian y, al mismo tiempo, individualizan a las personas y que, en cuanto tales, son tutelados por los derechos fundamentales. Las desigualdades –sean económicas o sociales– son en cambio las disparidades entre sujetos producidas por la diversidad de sus derechos patrimoniales, así como de sus posiciones de poder y sujeción. Las primeras concurren, en su conjunto, a formar las diversas y concretas *identidades* de cada persona; las segundas, a formar las diversas *esferas jurídicas*. Unas son tuteladas y valorizadas, frente a discriminaciones o privilegios, por el principio de *igualdad formal* en los derechos fundamentales de libertad; las otras son, si no removidas, al menos reducidas o compensadas por aquellos niveles mínimos de *igualdad sustancial* que están asegurados por la satisfacción de los derechos fundamentales *sociales*. En ambos casos la igualdad está conectada a los derechos fundamentales: a los de libertad en cuanto derechos al igual respeto de todas las diferencias; a los sociales en cuanto derechos a la reducción de las desigualdades.

De otra parte la igualdad, al ser un privilegio normativo, puede resultar inefectiva en diversos grados, como todas las normas, tanto en su dimensión formal como en sus mínimos sustanciales, a causa de las múltiples discriminaciones con las que de hecho puede ser violada mediante lesiones fácticas de los derechos fundamentales. Precisamente, las discriminaciones son las *desigualdades antijurídicas*, puesto que consisten, a causa de la violación del principio de igual-

dad establecido por el artículo 3.1 de la Constitución italiana, en el desigual tratamiento de las diferencias tuteladas y valorizadas por él. En consecuencia, son las discriminaciones las que deben ser analizadas y reconocidas como productos ilegítimos de esos "obstáculos" de orden social y cultural que, como dice el artículo 3.2 del mismo ordenamiento, "limitan de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos". La elaboración teórica y la realización práctica de *garantías idóneas* a "removerlas" es el problema más difícil, pero también el principal objetivo de cualquier política democrática del derecho.⁸

Diferencias sexuales y derechos fundamentales de las mujeres

¿Cómo retroactúa este paradigma normativo de la igualdad sobre la diferencia de sexo? Ésta, seguramente primaria y paradigmática, ¿es por ello pensable, valorizable y garantizable o, por el contrario, impone una posterior revisión o cuando menos una precisión y, tal vez, la elaboración de alguna forma de *derecho de la diferencia* o de *derecho sexuado*?

Me parece que puede ser útil articular la respuesta a estas preguntas distinguiendo dos órdenes de cuestiones. El primero –ligado a la dimensión teórica de la *normatividad* del principio de igualdad– es el de la posible relevancia de la diferencia sexual sobre la estructura o sobre la naturaleza misma de los derechos fundamentales de los que se sustancia la igualdad. El segundo –ligado a la dimensión práctica de la *efectividad* del mismo principio– es el de las discriminaciones a las mujeres a las que se viola este principio y de las específicas garantías jurídicas requeridas para su remoción.

Después de lo dicho hasta ahora, me parece claro que también la valorización de la diferencia sexual se funda esencialmente en el principio normativo de la igualdad, en el sentido indicado de que consiste en el igual valor de las diferencias como rasgos constitutivos de la identidad de la persona y es como tal asegurada por el carácter universal de los derechos fundamentales. De ello se sigue que nuestro paradigma, al identificar el derecho a la igualdad con el derecho a la

⁸ Para un análisis más detallado de la relación entre igualdad, diferencias, desigualdades y derechos fundamentales y patrimoniales remito a mi *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (1998: 905-920) y a "Note critiche ed autocritiche intorno alla discusiones su *Diritto e ragione*" (1993: 505-512), en respuesta a las intervenciones de Michelangelo Bovero, M. Jori y C. Luzzati en el mismo volumen.

identidad diferente, excluye que las diferencias sean erigidas en estatus, incluso con el loable intento de conseguir una más incisiva tutela y valorización de las mismas, y confía en cambio su afirmación únicamente a los derechos de libertad, es decir, a la igualdad en su libre expresión y autodeterminación. En suma, con esta base ninguna identidad-pertenencia debe asumir la relevancia jurídica de un estatus personal diverso y específico. El paradigma normativo aquí delineado significa que las diferencias –entre varones y mujeres, al igual que entre blancos y negros o entre cristianos y musulmanes– no se afirman ni se defienden retrocediendo al paradigma premoderno de la diferenciación jurídica entre estatus, sino con la afirmación de los derechos fundamentales sobre los que se mide la igualdad y, por otro lado, con el desarrollo de sus técnicas de garantía.

Dicho esto, hemos de preguntarnos si justamente la definición aquí propuesta de igualdad en *droits* no conlleva una diferencia no sólo de hecho sino también de derecho entre mujeres y varones, ligada a la existencia de derechos fundamentales específicamente femeninos. ¿Existen derechos fundamentales de las mujeres y *sólo* de las mujeres? En el debate feminista han emergido principalmente tres: la libertad femenina, la inviolabilidad del cuerpo de la mujer y la autodeterminación en tema de aborto. No obstante, me parece que la libertad personal y la inviolabilidad del cuerpo no son derechos sólo de las mujeres. Ahora bien, estas libertades exigen, además de las garantías previstas para todos los seres humanos, formas específicas y diferenciadas de garantías ligadas, como veremos, a la especificidad de las violaciones a que están expuestas sobre todo las mujeres. Pero esto tiene que ver con la segunda de nuestras dos cuestiones, la ligada a la dimensión de la efectividad de los derechos y no la relativa a su dimensión normativa, que es la aquí analizada. Hay, en cambio, un derecho relativo únicamente a las mujeres, que es la autodeterminación en materia de maternidad (y, consecuentemente, de aborto), del que hay que decir enseguida que no sólo no se encuentra reconocido todavía en ninguna legislación pues, por lo general, su ejercicio no está ni siquiera enteramente despenalizado, sino que a lo sumo se encuentra sujeto a formas de legalización más o menos controladas. Se trata de un derecho que es al mismo tiempo fundamental y exclusivo de las mujeres por múltiples y fundadas razones: porque forma un todo con la libertad personal, que no puede dejar de incluir la autodeterminación de la mujer en orden a la opción de convertirse en madre; porque expresa lo que John Stuart Mill llamaba la “soberanía”

de cada uno sobre la propia mente y el propio cuerpo;⁹ porque cualquier decisión heterónoma, justificada por intereses extraños a los de la mujer, equivale a una lesión del segundo imperativo kantiano según el cual ninguna persona puede ser tratada como medio o instrumento —aunque sea de procreación— para fines no propios, sino sólo como fin en sí misma; porque, en última instancia, a diferencia de cualquier otra prohibición penal, la del aborto equivale a una obligación —la de convertirse en madre, soportar un embarazo, parir y criar un hijo— en contraste con todos los principios liberales del derecho penal.¹⁰ En efecto, no sólo se trata de una fundamental libertad negativa (de no convertirse en madre y, por tanto, de abortar), sino de una inmunidad de construcciones y de servidumbres personales que es complementaria de una fundamental libertad positiva: el derecho-poder de generar, traer personas al mundo, que es un poder por así decirlo *constituyente*, de tipo *pre* o *meta*-jurídico, puesto que es el reflejo de una potencia natural inherente de manera exclusiva a la diferencia femenina. No se trata sólo de un derecho de libertad, sino también de un derecho-pretensión al que deben corresponder obligaciones públicas, concretamente exigibles, de asistencia y de cuidado, tanto en el momento de la maternidad como en el del aborto.

Ahora bien, si es cierto que por todas estas razones semejante derecho debe corresponder exclusivamente a la mujer, al menos en relación con este derecho varones y mujeres no son (o mejor, visto que este derecho no ha sido todavía reconocido, no deberían ser) jurídicamente iguales. Al menos para este derecho la diferencia sexual debe traducirse en derecho desigual o, si se quiere, sexuado. Y, sin embargo, con paradoja aparente, este derecho de género no contradice sino que, al contrario, está implicado por nuestro paradigma normativo de la igualdad, y precisamente en su nombre debe ser reivindicado. En efecto, el derecho a la maternidad voluntaria como autodeterminación de la mujer sobre el propio cuerpo le pertenece de manera exclusiva porque en materia de gestación los varones no son iguales a las mujeres, y es sólo desvalorizando a éstas como personas y reduciéndolas a instrumentos de procreación como los varones han podido expropiarlas de esa su personal potencia, sometiénd-

⁹ “Sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y espíritu, el individuo es soberano” (Stuart Mill, 1970: 66).

¹⁰ Para un análisis de todas estas razones remito a mi trabajo: “Aborto, morale e diritto penal” (1976: 397-418). Véase también *Derecho y razón...* (1998: 459-479).

dola al control penal. No puede, por tanto, configurarse un derecho a la *paternidad voluntaria* análogo y simétrico al derecho a la *maternidad voluntaria*, por la simple razón de que la gestación y el parto no pertenecen a la identidad masculina sino sólo a la femenina. Allí donde la decisión de traer o no un hijo al mundo a través de un cuerpo femenino estuviera subordinada también al acuerdo con los potenciales padres, la decisión de éstos sería sobre el cuerpo de otra persona y equivaldría, pues, al ejercicio de un poder del hombre sobre la mujer que violaría, al mismo tiempo, la libertad de las mujeres y el igual valor de las personas.

Por lo demás, un discurso análogo vale para todos los derechos conexos a la maternidad, como el de un periodo de baja y otras formas de tutela previstas en el derecho del trabajo, que son derechos de las mujeres en el sentido de que no pueden más que estar referidos exclusivamente a ellas, siendo sólo un enmascaramiento de esta especificidad asimilarlos, según el paradigma de la homologación, a la baja por enfermedad y decir que, como los demás derechos de los trabajadores, corresponden a todos sólo si son (o cuando resultan ser) también mujeres, además de trabajadores.

Discriminación sexual y garantías sexuadas de la diferencia

La segunda cuestión antes apuntada, la de las múltiples discriminaciones que de hecho violan el principio normativo de la igualdad entre varones y mujeres, es mucho más importante.

En cuanto norma, en efecto, la igualdad no describe sino que prescribe, y como todas las normas está destinada a un grado más o menos elevado de inefectividad. El problema jurídico, teórico y práctico, planteado por la diferencia sexual es entonces el de la elaboración y la puesta a punto de garantías, que bien se podrían llamar *garantías sexuadas*, idóneas para reducir la divergencia que siempre existe entre normas y hechos, entre normatividad y efectividad, entre valores jurídicos y realidad práctica. Es claro que tanto la identificación de tal divergencia como la de las garantías capaces de reducirla deben partir, según el esquema indicado en el artículo 3.2 de la Constitución italiana, no de las normas, sino de los hechos; no partir de la igualdad, sino de sus violaciones, es decir, de las discriminaciones sufridas por la diferencia.

La naturaleza y el grado de tales discriminaciones dependen de la diversa estructura de los diferentes derechos fundamentales y de las

correspondientes garantías. A tal fin, es necesario distinguir dos clases estructuralmente diversas de derechos fundamentales: los derechos de libertad o de autonomía, sean éstos “libertades de” (o *facultas agendi*) o “libertades frente a” (o inmunidades), a las que corresponden prohibiciones de lesión o de impedimento impuestas a otros sujetos, públicos y/o privados; y los derechos-expectativas o “derechos a”, a los que corresponden obligaciones positivas de prestación o de satisfacción por parte de otros sujetos. Es evidente que las garantías de los derechos de libertad y de autonomía son las que menos se prestan a discriminaciones. En efecto, estos derechos –de la libertad de conciencia a la libertad de manifestación del pensamiento, de la libertad de asociación y de reunión a la libertad personal frente a arrestos arbitrarios, de los derechos políticos de sufragio activo a todos los derechos civiles– están igualmente garantizados, para las mujeres y para los varones, por otras tantas prohibiciones que sancionan sus violaciones como inválidas, cuando sean debidas a organismos públicos, o como ilícitas, cuando sean cometidas por particulares.¹¹

Hay, sin embargo, una específica libertad *frente a* o derecho–inmunidad de cuya violación son víctimas, por lo general, las mujeres y siempre por obra de los varones: la libertad sexual y la inviolabilidad del cuerpo por violencias o molestias de naturaleza sexual. Ya he dicho que esta libertad es un derecho fundamental no exclusivamente femenino, estando en principio reconocida y garantizada asimismo a los varones. No obstante, sus violaciones, puesto que de ellas son víctimas sobre todo las mujeres y siempre por parte de los varones, hacen de ellas un derecho prevalentemente femenino, confiriéndole el carácter de un específico *habeas corpus* de la mujer cuya tutela requeriría de garantías sexuadas concretas. Aquí me limito a señalar dos, una de carácter penal, la otra de carácter procesal, que en su conjunto servirían para tutelar y valorizar la subjetividad de la parte ofendida. En el plano penal, la violencia y la molestia sexual deberían ser configuradas como

¹¹ El primer caso es el de las violaciones (también) de derecho, las cuales consisten en normas jurídicas; el segundo es el de las discriminaciones (sólo) de hecho, que consisten en prácticas sociales. Sin embargo, también las discriminaciones de derecho se configuran como hechos respecto del principio normativo de igualdad, que es generalmente un principio de rango constitucional: en efecto, todo fenómeno normativo es configurable como norma en relación con los hechos que regula y como hecho en relación con las normas de grado superior por las que es regulado. Como consecuencia del proceso de emancipación femenina, y en particular de las reformas en materia de derecho de familia y de ciudadanía de los años 70 y 80, las discriminaciones de derecho casi han desaparecido y la igualdad de derecho está ampliamente realizada.

delitos cuyo elemento objetivo depende necesariamente de la valoración de la parte ofendida, la única que puede cualificar un hecho como violencia o como molestia sexual, es decir, nominarlo como tal en cuanto sea para ella subjetivamente molesto o no deseado,¹² que es una cuestión, téngase en cuenta, del todo diversa e independiente de la de la prueba del hecho señalado como violento o molesto que, obviamente, no puede sustraerse al principio general de la presunción de inocencia hasta prueba en contrario.¹³ En el plano procesal, el mismo carácter de imprescindible de la valoración subjetiva de la mujer, además de la tutela de su autodeterminación, deberían asignarle un poder no fiscalizable en materia de acción penal: en tal dirección se movía la enmienda Gramaglia-Bassanini a la propuesta de ley sobre la violencia sexual que –superando la vieja contraposición entre procedibilidad de oficio y querella de parte– proponía introducir, junto a aquélla, un derecho de oposición a favor de la mujer que le permitiría impedir el proceso en los 15 días precedentes a la incriminación.¹⁴

¹² Esta es la opción acogida por la propuesta de ley 546, de agosto 5 de 1992, titulada “Normas para la tutela de la dignidad y libertad de la persona que trabaja frente a las molestias sexuales en los lugares de trabajo”, cuyo artículo 3 define como molestias sexuales: “Todos los comportamientos no deseados con connotación sexual o cualquier otro tipo de comportamiento basado en el sexo que ofenda la dignidad de las mujeres y de los hombres en el mundo del trabajo, comprendidas las actitudes puramente verbales o escritas”. Sin embargo, me parece que semejante noción, tomada del artículo 16 de la ley, sobre el castigo para delito de las molestias sexuales, es excesivamente vaga y exigiría, para estar conforme al principio de “taxatividad” y de estricta legalidad penal, una mayor, aunque no fácil, determinación semántica. Otra cuestión es la de la oportunidad de atribuir a la ley penal –y no a la regulación administrativa y, por otra parte, a la tutela civil– la disciplina y las sanciones de las simples molestias sexuales. Sobre el sentido de la valorización de lo “penal” en la movilización de las mujeres contra la violencia sexual y en la construcción colectiva de la identidad femenina, véanse de T. Pitch, “Tra diritti sociali e cittadinanza. Il movimento delle donne e la legge sulla violenza sessuale” (1983: 192-214) y *Responsabilità limitate. Attori, conflitti, giustizia penale* (1989: 84 y ss. y 19.3 y ss).

¹³ Me parece inaceptable, y equivalente a la medieval *probatio diabolica*, la “inversión de la carga de la prueba” (no es la mujer la que “debe demostrar que ha sido molestada”, sino el acusado “el que debe ocuparse de demostrar la propia inocencia”) sostenida por Anna Maria Seganti en una entrevista concedida a Claudia Arletti, “L’avvocato: ‘Senza prove in tribunale succede così’”, en *L’Unità* 6 de abril de 1993, p. 10.

¹⁴ La enmienda se encuentra ilustrada, en sus motivaciones y detalles técnicos, en el *Appello* publicado en *Il Manifesto* de 8 de febrero de 1989, p. 1, y con más amplitud, en respuesta a las objeciones producidas, en mi “Soluzione, non mediazione” (1989: 1 y 12).

Sin embargo, donde la discriminación de las mujeres llega al más alto grado es en la satisfacción de los derechos-expectativa o *derechos a*, como el derecho al trabajo, los derechos políticos de sufragio pasivo, los de acceso y carrera en la función pública y, más en general, todos los de distribución de recursos. Es sobre todo aquí donde se revela el alcance discriminatorio de la igualdad como homologación la cual, precisamente porque está pensada como *hecho* modelado sobre la normalidad masculina, vale sólo para las mujeres que se asimilan a los varones actuando como ellos, imitando sus estilos y opciones de vida, aceptando sus tiempos y reglas. Es aquí donde la diferencia resulta desvalorizada de hecho y discriminada con menoscabo de las mujeres por los muchos obstáculos de tipo social y cultural que las penalizan en beneficio de los varones, banalizando en la práctica el principio de igualdad. Es, pues, tomando en consideración estos obstáculos y el modo en que operan al discriminar las diferencias como deben elaborarse las garantías sexuadas.

Éstas pueden ser de dos tipos, según que la igualdad perseguida con ellas imponga que la diferencia *no tenga* relevancia como fuente de discriminación o de privilegios o, por el contrario, que *tenga* relevancia para no ser discriminada. En las garantías del primer tipo, dirigidas a evitar que aparezca la diferencia, está comprendida la prohibición en materia laboral de las *contrataciones mediante convocatoria nominativa*. Se trata de una vieja garantía conquistada a través de las luchas sindicales de los años 70, hoy de hecho ineficaz, y que debería completarse con la exclusión de la *oferta de trabajo sexuada*, es decir, la dirigida a discriminar a las mujeres en el reclutamiento del personal dependiente, pero también, quizás, de la destinada a favorecerlas en actividades laborales de carácter subalterno (“se necesita secretaria” o “empleada del hogar”).

Entran, en cambio, entre las garantías del segundo tipo, previstas con el fin de evidenciar la diferencia, las ofrecidas por las llamadas “acciones positivas”. Este tipo de acciones suele suscitar sospechas y son sustancialmente rechazadas también por una parte del pensamiento feminista, dado que sugieren finalidades de tutela que sancionarían de hecho la desigualdad. Sin embargo, me parece que una crítica de esta clase contradice las premisas mismas de una política del derecho dirigida a la defensa de la diferencia frente a las discriminaciones de que ésta ha sido objeto y, paradójicamente, genera el riesgo de acreditar el modelo homologador y descriptivo en lugar del normativo de la igualdad. En efecto, si se considera que la igualdad de

tipo homologador opera de hecho como una regla que selecciona positivamente a quien se adapta al modelo normativo dominante y negativamente a quien no lo hace, entonces se justifica otra regla que seleccione positivamente la diferencia discriminada y que, según una feliz expresión de Letizia Gianformaggio, opera como “una suerte de regla [transitoria] de actuación” (1993a: 223)¹⁵ del principio normativo de igualdad, y precisamente de su corolario, la igualdad sustancial perseguida por el artículo 3.2 de la Constitución italiana, al menos si se admite –algo que se da por descontado– que una política de la diferencia deba ser también una política del derecho.

En cambio, si se cuestiona semejante regla de actuación de la igualdad, incluso con el argumento de que la acción positiva confirmaría la desigualdad precisamente al tutelar la diferencia discriminada, se asume implícitamente que la igualdad realizada de ese modo operaría con menoscabo de las diferencias individuales de mérito (sea cual fuere el significado que se dé a este término) y, por tanto, se supone que la discriminación no existe, al ser los criterios de mérito tomados en consideración perfectamente objetivos, neutrales e imparciales, por contraste con la lamentada discriminación.¹⁶

¹⁵ Véase, en las páginas 223 y ss. del mismo texto, el análisis crítico a que se somete a la equívoca (pero retóricamente eficaz) expresión “discriminación al revés” (*reverse discrimination*), acuñada en Estados Unidos por los críticos de las acciones positivas y usada entre nosotros también por quienes se muestran favorables a ellas. Sobre el mismo tema puede consultarse también, de la propia Gianformaggio, “Politica della differenza e principio di uguaglianza: sono veramente compatibili?” (1992: 187-203).

¹⁶ L. Gianformaggio (1993a: 237) sostiene: “Me parece que un presupuesto de esta crítica es la idea de que los *tests* con los que de hecho valoran tanto las *diferencias-mérito* como las *diferencias-especificidades* individuales (tanto si se trata de las pruebas electorales como de las relativas a la admisión o la promoción en una carrera laboral) son absolutamente objetivos, neutrales, verdaderamente capaces de atribuir oportunidades a quien, presumiblemente, las disfrutará del modo subjetivamente más gratificante y socialmente más ventajoso. La hipótesis, que ni siquiera se toma en consideración –y sobre la que, en cambio, trabaja la teoría de la diferencia– es que estos criterios están, por el contrario, en el mejor de los casos, dirigidos a, y en situación de, evaluar fundamentalmente el grado de homologación del individuo sometido a ellos y, en el peor de los casos (que como siempre sucede es el más frecuente), brutalmente orientados a, y en condiciones de, realizar el interés privado, inmediato, miope, particularista, del que establece los criterios y de quien valora los resultados”. Las acciones positivas fueron introducidas en el ordenamiento italiano con la Ley 125/1991, de 10 de abril, que en su artículo 1, remitiéndose abiertamente al artículo 3.2 de la Constitución, las justifica con “el fin de [...] realizar la igualdad sustancial entre varones y mujeres” y “de remover los obstáculos que de hecho impiden la realización de la igualdad de oportunidades”.

Por otra parte, de manera diversa a las otras diferencias, la sexual, al dividir en dos el género humano, permite evitar cualquier diferenciación jurídica entre varones y mujeres, cuando se prevea la realización de acciones positivas. En efecto, como sucedió, aunque con alguna vacilación, en la *Ley sobre Elecciones Municipales*,¹⁷ puede perfectamente disponerse que a cada uno de los dos géneros, masculino y femenino, se reserve una cuota de los candidatos o, mejor aún, de los elegidos, o también de los puestos de trabajo, de las funciones directivas y similares. Es cierto que en materia de representación este tipo de garantía impide la formación de listas sólo de mujeres y deforma, en el caso de extenderse a todos los elegidos, su distribución en proporción a los votos emitidos, pero la primera objeción puede ser superada mediante la previsión –como alternativa a la formación de listas que respeten la presencia de ambos géneros en la cuota establecida– de la posibilidad de listas exclusivamente de género (de mujeres o de varones, en su totalidad) que, así, se caracterizarían no por una opción *casual* sino por una política declaradamente sexuada y como tal sometida, para bien y para mal, a la valoración del electorado. En cuanto a la segunda, se resiente de la aceptación acrítica de objetivos de los mecanismos de selección y valoración que, como se ha dicho, obstaculizan de hecho la actuación del principio de igualdad; sin contar con que el principio proporcional ha sido ya lesionado, de forma muy clara, con su explícito abandono por la vía del referéndum y por la actual orientación hacia la adopción de sistemas mayoritarios.

Hay, en fin, un tercer orden de garantías sexuadas ligadas a la diferencia y asimismo impuestas por nuestro principio normativo de igualdad. La diferencia de sexo debería justificar tratamientos diferenciados en todas las ocasiones en que un tratamiento igual penaliza al género femenino en contraste con los derechos de autodeterminación de las mujeres y con intereses específicos ligados a la identidad feme-

¹⁷ Véase el artículo 7.1 de la Ley 81/1993, de 25 de marzo, sobre la elección directa del alcalde, que establece: "En las listas de candidatos, por norma, ninguno de los dos sexos puede hallarse representado en medida superior a los dos tercios". El inciso "por norma" es claramente fruto de un compromiso y ejemplar por la ambigüedad lingüística ocasionada en la producción legislativa de las incertidumbres y de las mediaciones parlamentarias: el texto de la ley había sido aprobado sin el inciso por la Comisión de Asuntos Constitucionales de la Cámara; ésta había rechazado el párrafo en su totalidad en el Pleno, argumentando el contraste con el artículo 3.1 de la Constitución y, evidentemente, ignorando la existencia del segundo párrafo del mismo artículo; después, el Senado lo reintrodujo en su totalidad, añadiendo el inciso de compromiso, aceptado, al fin, por la Cámara.

nina. Se ha hablado de algunos derechos previstos específicamente para las mujeres en las leyes laborales. A éstos pueden añadirse, siempre en materia de trabajo, también las garantías específicamente femeninas de todos los demás derechos. Por ejemplo, en una fábrica milanesa las mujeres rechazaron casi por unanimidad el resultado de un referéndum sobre trabajo nocturno, aceptado por la totalidad (mayoritaria) de los varones, a causa de su diferente modo de vivir la relación entre tiempo de vida y tiempo de trabajo. Y, en otra, rechazaron también un análisis de orina impuesto por razones de preventión sanitaria a todos los trabajadores, con el argumento de que esta prueba podía revelar un posible embarazo. Es claro que ambos rechazos se produjeron en nombre de la diferencia pero, al mismo tiempo, también de la igualdad. De la igualdad en el respeto de la diferencia y, por tanto, en la titularidad y garantía de los derechos, comenzando por el derecho de autodeterminación: ninguna mayoría puede decidir en materia de derechos por cuenta de los demás, y tanto más cuando la minoría tiene intereses ligados a su diferencia. En esta perspectiva todo el campo del derecho del trabajo, y más aún el del derecho administrativo, deberían tener en cuenta las diferencias de sexo, no simplemente para privilegiar a uno de los dos géneros, sino para respetarlos a ambos. Me parece que ésta es una preciosa indicación ofrecida por la concepción del derecho público que, adoptando la idea normativa de la "igualdad de las capacidades fundamentales", avanzada por Amartya Sen, atribuye a los servicios públicos y más en general a la administración pública, no tanto y no sólo la tarea tradicional de ofrecer bienes y prestaciones, sino la de promover la autorrealización de las específicas y diversas capacidades de todas las personas, poniéndolas en las mejores condiciones de ejercitárlas y desarrollarlas, tarea ésta que es seguramente la más respetuosa de las autonomías individual y colectiva. En efecto, es evidente que igual respeto y valorización de las capacidades quiere decir, antes que otra cosa, igual respeto y valorización de las diferencias, a comenzar —en un mundo institucional pensado y organizado sobre todo por (y para) los varones— por la diferencia sexual.¹⁸ Semejante orientación —en sintonía con las recientes teorías relacionales, horizontales, discursivas y autorreflexivas del derecho,

¹⁸ Sobre este punto véanse: de Amartya Sen, "Equality of What?" (1986) e *Il tenore di vita. Tra benessere e libertà* (1993); de O. de Leonardi, "Diritti, differenze e capacità" (1991: 197-218); de E. Pitch, "Differenza in comune" (1991: 219-235); de Umberto Allegretti, *Valori costituzionali e pubblica amministrazione: un nuovo inizio?* (1995).

ilustradas por Giuseppe Bronzini (1993)– apunta, más que a la ampliación asistencial de los beneficios, a la creación de instrumentos, espacios, lugares y ámbitos de vida orientados a la autodeterminación de los sujetos individuales y sociales, concebidos unos y otros no como partes pasivamente destinatarias de la actuación administrativa, sino como sujetos activos, a cuyas capacidades de opción, iniciativa, experimentación, expresión, interacción, socialización y control están dirigidas las instituciones públicas.¹⁹

Diferencia, igualdad y derecho sexuado

Todo lo anterior, es decir, la existencia al menos de un derecho fundamental que corresponde exclusivamente a las mujeres, como el de la maternidad voluntaria, y la instauración de nuevas y específicas garantías sexuadas, ¿es suficiente para poner en crisis el valor del principio de igualdad?, ¿para hacernos pensar que estamos fuera del paradigma de la igualdad?

Creo que se debe decir exactamente lo contrario. Es decir, que el valor de la igualdad resulta confirmado y reafirmado, si bien en un sentido más complejo y articulado que el corriente, en virtud del análisis de la diferencia y de las implicaciones que de ella deben extraerse para una igual y efectiva valorización de las diversas identidades. En efecto, diremos que somos iguales precisamente porque lo somos en todos los derechos que tienen que ver con nuestras diferentes identidades, o sea, en los derechos fundamentales, entre los cuales está incluso el derecho de las mujeres a la maternidad voluntaria que, ciertamente, no se refiere a la identidad y la diferencia masculina, sino sólo a la identidad y la diferencia femenina. Diremos, además, que precisamente porque todo el ordenamiento tiene el con-

¹⁹ O. de Leonidas (1990: 9-23) habla del "uso activo" de las instituciones, capaz de condicionarlas y de transformarlas. Las entiende como un conjunto de "espacios", "prácticas" y "artefactos sociales" que "produce o inventa su realidad" en una relación no de antínomia sino de interacción "entre el punto de vista del actor y el del sistema". De forma análoga, Umberto Allegretti (1995) habla de "una administración" como "*escenario o teatro*" o "lugar escénico", para designar, más que a la tradicional "actividad de la administración", a los "lugares" o "cuadros logísticos" pre-dispuestos por ésta, en los que "sujetos diversos de la administración desarrollan su actividad". Y reclama como modelo las administraciones de entes teatrales o cinematográficos, las organizadoras de exposiciones artísticas, los campos de deportes y, además, escuelas, hospitales, residencias de ancianos, etcétera, donde la persona no comparece como objeto de administración sino, por el contrario, como sujeto activo y que se autodetermina.

tido, como dice el artículo 3.2 de la Constitución italiana, de “remover los obstáculos que limitan de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, [e] impiden el pleno desarrollo de la persona humana”, hacen falta garantías idóneas para perseguir la efectividad de la igualdad y de los derechos que la sustancian, impidiendo la discriminación de la diferencia sexual como desigualdad. En los dos casos, entre igualdad y diferencia(s) no sólo no existe contradicción sino que se da implicación recíproca, pues el término que se opone a diferencia no es igualdad, sino *desigualdad*.

Es obvio que ningún mecanismo jurídico podrá por sí solo garantizar la igualdad de hecho entre los dos sexos, por mucho que pueda ser repensado y reformulado en función de la valorización de la diferencia. La igualdad, no sólo entre los sexos, es siempre una utopía jurídica que continuará siendo violada mientras subsistan las razones sociales, económicas y culturales que siempre sustentan el dominio masculino, pero esto no le quita nada a su valor normativo. De otro modo sería como decir que el *habeas corpus* no tiene ningún valor porque a menudo, de hecho, la policía practica detenciones arbitrarias. El verdadero problema, que exige invención e imaginación jurídicas, es la elaboración de una garantía de la diferencia que sirva de hecho para garantizar la igualdad. En cambio, el asunto de si el derecho fundamental de las mujeres a la autodeterminación de la maternidad y los distintos tipos de garantías sexuales, uno y otros requeridos por el modelo normativo de igualdad aquí diseñado, merecen en su conjunto el nombre de “derecho sexualizado”, es una pura cuestión de palabras. Lo que importa es lo que está detrás de las palabras. Y sean bienvenidas las nuevas palabras si sirven para evidenciar problemas tradicionalmente aplazados u ocultados, y para conferir radicalidad y conciencia a la reivindicación de los derechos de la persona y a la realización del valor de la igualdad.

Bibliografía

ALLEGRETTI, UMBERTO

- 1995 "Valori costituzionali e pubblica amministrazione: un nuevo inizio?", ponencia presentada en el Congreso de la Región de Toscana, Florencia, 19-20 de febrero (versión mecanográfica).

BENTHAM, JEREMY

- 1840 *Sophismes anarchiques*, en *Oeuvres de Jerémie Bentham*, vol. 1, trad. francesa de E. Dumont, del original *Anarchical Fallacies* (1816), Société Belge de Librairie, Bruselas.

BOCCIA, M. L.

- 1989 "L'uguaglianza impermeabile. Il corpo femminile ridisegna l'orizzonte dei diritti uguali", *Il bimestrale* (suplemento del núm. 25 de *Il Manifesto*, Roma, 3 de enero).

BRONZINI, G.

- 1993 "Nuove avventure dell'astrazione giuridica", *Democrazia e Diritto*, núm. 2.

CAMPARI M. G. Y L. CIGARINI

- 1989 "Fonte di un nuovo diritto", *Sottosopra*, enero.

CAVARERO, ADRIANA

- 1990 "Il modello democratico nell'orizzonte della differenza sessuale", *Democrazia e Diritto*, núm. 2.
- 1989 "La congiura delle differenti. Contro l'esclusione o l'assimilazione ad opera del maschile-universale", *Il bimestrale* (suplemento del núm. 25 de *Il Manifesto*, Roma, 3 de enero).
- 1988a "L'emancipazione diffidente. Considerazioni teoriche sulle pari opportunità", *Reti*, núm. 2.
- 1988b "L'ordine dell'uno non è l'ordine del due", en M. L. Boccia e I. Peretti (eds.), *Il genere della rappresentanza*, en "Materiali e atti 10", suplemento de *Democrazia e Diritto*, núm. 1.
- 1987 "Per una teoria della differenza sessuale", en *Diotima. Il pensiero della differenza sessuale*, La Tartaruga, Milán.

DE MAISTRE, JOSEPH

- 1841 *Considérations sur la France*, en *Oeuvres du comte J. De Maistre*, Aux Ateliers Catholiques du Petit-Montrouge, París.

DOMINJANNI, I.

- 1989 "Donna si nasce, differenti si diventa. L'uguaglianza e il percorso femminista", *Il bimestrale* (suplemento del núm. 25 de *Il Manifesto*, Roma, 3 de enero).

FERRAJOLI, LUIGI

- 1998 *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. española de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero, Trotta, Madrid.
- 1993 "Note critiche ed autocritiche in torno alla discussione su *Diritto e ragione*", en L. Gianformaggio (ed.), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Giappichelli, Turín.
- 1989 "Soluzione, non mediazione", *Il Manifesto*, Roma, 14 de febrero.
- 1976 "Aborto, morale e diritto penal", en *Prassi e teoria*, núm. 3.

GIANFORMAGGIO, LETIZIA

- 1992 "Politica della differenza e principio di uguaglianza: sono veramente compatibili?", *Lavoro e diritto*, núm. 2.
- 1993a "Uguaglianza e differenza. Sono veramente incompatibili?", en G. Bonacchi y A. Groppi (eds.), *Il dilemma della cittadinanza. Diritti e doveri delle donne*, Laterza, Roma-Bari.
- 1993b "Identity, Equality, Similarity and the Law", ponencia, XVI Congreso Mundial de Filosofía del Derecho, 23 de mayo al 2 de junio, Reikiavik, Islandia.
- 1993c "Law, Justice and the State", *Rechtstheorie*, núm. 15.

HOBBES, THOMAS

- 1999 *De cive*, en Thomas Hobbes, *El ciudadano*, trad. de J. Rodríguez Feo, Trotta, Madrid.
- 1999 *Leviatán*, en Thomas Hobbes, *El ciudadano*, trad. de J. Rodríguez Feo, Trotta, Madrid.
- 1979 *Elementos de derecho natural y político*, trad. de D. Negro Pavón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

LEONARDIS, O. DE

- 1990 *Il terzo escluso. Le istituzioni come vincoli e come risorse*, Feltrinelli, Milán.
- 1991 "Diritti, differenze e capacità", *Democrazia e Diritto*, núms. 5-6.

LOCKE, JOHN

- 1990 *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, Alianza, Madrid.
1933 *Della guida dell'intelligenza nella ricerca della verità*, trad. de E. Cipriani, Carabba, Lanciano.

MINOW, M.

- 1990 *Making All the Difference. Inclusion, Exclusion, an American Law*, Cornell University Press, Ithaca-Londres.

PITCH, T.

- 1991 "Differenza in commune", *Democrazia e Diritto*, núms. 5-6.
1989 *Responsabilità limitate. Attori, conflitti, giustizia penale*, Feltrinelli, Milán.
1983 "Tra diritti sociali e cittadinanza. Il movimento delle donne e la legge sulla violenza sessuale", *Problemi del Socialismo*, núms. 27-28.

SEN, AMARTYA

- 1993 *Il tenore di vita. Tra benessere e libertà*, trad. de L. Piatti, Marsilio, Venecia.
1986 "Equality of What?", en su libro *Scelta, benessere, equità*, Il Mulino, Boloña.

STUART MILL, JOHN

- 1970 *Sobre la libertad*, trad. de P. de Azcárate, Alianza, Madrid.