

LA IGUALDAD Y SUS GARANTÍAS*

Luigi FERRAJOLI

1. LAS RAZONES DE LA IGUALDAD: TUTELA DE LAS DIFERENCIAS Y REDUCCIÓN DE LAS DESIGUALDADES

CREO que para comprender el significado complejo y las múltiples implicaciones pragmáticas del principio de igualdad es útil partir de una pregunta de fondo: ¿«por qué, por qué razones la igualdad»? ¿Por qué razones el principio de igualdad se consagra, en todos los ordenamientos avanzados, como norma de rango constitucional fundamento del constitucionalismo democrático?

Pienso que a esta pregunta se puede responder que estas razones son dos, ambas, en apariencia, paradójicas. La primera es que la igualdad se establece *porque somos diferentes*, entendido «diferente» en el sentido de diversidad de identidades personales. La segunda es que se establece *porque somos desiguales*, entendido «desigualdad» en el sentido de diversidad en las condiciones de vida materiales y sociales. En definitiva: la igualdad se establece porque, de hecho, somos diferentes y desiguales: para tutela de las diferencias y en oposición a las desigualdades.

Se entiende cómo en este sentido, esto es, respecto del principio de igualdad, diferencias y desigualdades son conceptos no sólo diversos sino incluso opuestos. Las *diferencias* consisten en las diversidades de nuestras identidades personales: conciernen, como dice el primer párrafo del artículo 3 de la Constitución italiana, a las diferencias de sexo, de nacionalidad, de lengua, de religión, de opiniones políticas, de condiciones personales y sociales. Las *desigualdades* consisten, en cambio, en las diversidades de nuestras condiciones materiales: conciernen, como dice el artículo 3.2 de la misma Constitución, a «los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana» y la «efectiva participación» de todos en la vida democrática. Se entiende, por ello, en qué sentido el principio de igualdad

* Traducción realizada por Isabel M. Giménez Sánchez.

se establece sea porque somos diferentes, sea porque somos desiguales: para tutelar y revalorizar las diferencias y para eliminar o reducir las desigualdades.

Se establece, ante todo, porque somos diferentes. Precisamente porque, de hecho, somos diferentes –diferentes por sexo, por nacionalidad, por lengua, por religión, por opiniones políticas, por condiciones personales y sociales–, precisamente porque la identidad de cada uno de nosotros es diferente de la de cualquier otro, se conviene, y es necesario convenir, con el fin de la convivencia pacífica y de la legitimación democrática del sistema político, el principio de igualdad de nuestras diferencias: esto es, la convención de que todos somos iguales, –o sea, tenemos igual valor y dignidad– más allá de, y es más, precisamente a causa de nuestras diferencias, esto es, de nuestras diferentes identidades personales. Por esto he definido varias veces el principio de igualdad como el igual valor asociado a todas las diferencias de identidad que hacen de cada persona un individuo distinto de todos los demás y de cada individuo una persona como todas las demás (1).

Existe, además, una segunda razón por la cual se establece el principio de igualdad. Se establece porque somos, además de diferentes, desiguales. Precisamente porque, de hecho, somos desiguales –desiguales en cuanto a condiciones económicas y oportunidades sociales –se conviene, de nuevo con el fin de la convivencia pacífica y de la legitimación democrática, el principio de igualdad en los mínimos vitales: esto es, la prescripción de que sean eliminados, o al menos reducidos, los obstáculos de tipo económico y social que, como dice el ya citado artículo 3.2, de hecho, limitan la igualdad en el pleno desarrollo de las personas. Además de en el igual valor asociado a las diferencias, la igualdad consiste también, por tanto, en el desvalor asociado a todas las desigualdades materiales y sociales por las cuales el igual valor de las diferencias se limita o, peor aún, se niega.

Pero ¿cómo se hacen valer, en el plano jurídico, el valor de las diferencias y el desvalor de las desigualdades? Se hacen valer, me parece, a través del establecimiento de dos clases distintas de derechos fundamentales: los derechos individuales de libertad y de autonomía, que son todos –desde la libertad de conciencia y de pensamiento a la libertad religiosa, a las libertades de prensa, de asociación y de reunión y, en general, a todos los derechos civiles y políticos– derechos a la expresión, la tutela y la revalorización de las diferencias propias y, por tanto, de la propia identidad; y los derechos sociales, que son todos –desde el derecho a la salud y a la educación a los derechos a la subsistencia y a la seguridad social– derechos a la eliminación, o al menos a la reducción, de las desigualdades materiales y sociales. Hemos identificado así un rasgo estructural de la distinción entre derechos individuales de libertad y derechos sociales: los derechos individuales de libertad y de autonomía, al consistir en expectativas negativas de no lesión o discriminación, sirven para tutelar y revalorizar las diferencias de identidad; los derechos sociales,

(1) Destaco, sobre la igualdad, las tesis que he sostenido en *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, (1989), VIII ed., 2004, § 60, pp. 947-954; «La differenza sessuale e le garanzie dell'uguaglianza», en *Democrazia e diritto*, 1993, n. 2, *Diritto sessuato?* pp. 49-73; *Il significato del principio di uguaglianza*, cit., 1994, n. 2-3, pp. 475-488; *Dai diritti del cittadino ai diritti della persona*, en D. Zolo (ed.), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Laterza, Roma-Bari, 1994, pp. 263-292; *Principia iuris. I. Teoria del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2007, §§ 11.12-11.14, pp.785-801.

al consistir en cambio en expectativas positivas de prestación, sirven para eliminar o reducir las desigualdades materiales o sociales. En resumen, la igualdad jurídica, en palabras del art.1 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789, consiste en la «*égalité en droits*», obviamente «*en droits fondamentaux*», esto es, en los derechos fundamentales, sean éstos individuales o sociales. No es otra cosa que, en otras palabras, el universalismo de los derechos fundamentales; entendiendo por universalismo no ciertamente, como se sostiene a veces, el consenso universal tributado a éstos, sino el hecho de que los mismos, desde los derechos de libertad a los derechos sociales – contrariamente a los derechos patrimoniales, sobre los que se funda en cambio la desigualdad jurídica – corresponden igual y universalmente a todos (2).

2. EL SIGNIFICADO DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD. TRES IMPLICACIONES

Pues bien, de esta redefinición de la igualdad como igualdad en los derechos fundamentales podemos extraer tres implicaciones, capaces de aclarar mejor su complejo significado.

2.1 Igualdad y dignidad de la persona

La primera implicación concierne al nexo, mediante la revalorización de las diferencias y de la reducción de las desigualdades, entre igualdad y *dignidad de las personas*. Las diferencias, nos dice nuestra definición, se tutelan y revalorizan porque forman un todo con el valor y la identidad de la persona; de modo que el igual valor asociado a las diferencias no es más que la igual dignidad de las personas o, como dice el artículo 3.1 de la Constitución italiana, su «*igual dignidad social*» («*pari dignità sociale*»). Las desigualdades, por el contrario, añade nuestra definición, hay que eliminarlas o reducirlas porque, como dice de nuevo el artículo 3 de la Constitución, son «obstáculos» al «pleno desarrollo de la persona humana» y, por ello, a la dignidad de la persona.

Por lo tanto no existe oposición entre igualdad y diferencias, pese a lo que suponen algunas concepciones corrientes, como la crítica a la igualdad en nombre del valor de la diferencia, formulada en estos años por el pensamiento feminista de la diferencia. Igualdad y diferencias, garantía de la una y revalorización de las otras, al contrario, no sólo no se contradicen sino que se implican entre ellas. Por esto, el universalismo de los derechos de libertad no sólo no se opone al multiculturalismo, sino que representa la principal garantía del mismo. No olvidemos que el primer derecho de libertad en afirmarse históricamente fue la libertad religiosa y de conciencia, que es el primer derecho al respeto de todas las diferentes identidades culturales. La contradicción existe sólo entre igualdad y desigualdades. En definitiva, la igualdad es un principio complejo, que impone la tutela de las dife-

(2) Remito, respecto de esta noción de universalismo y su conexas definición formal del concepto de «derechos fundamentales», a *Diritti fondamentali*, en «Teoria politica», 1998, n. 2, pp. 3-33 y ahora en *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Laterza, Roma-Bari (2001), II ed., 2002.

rencias y la reducción de las desigualdades. Y este doble valor suyo se asegura mediante su nexo lógico con el universalismo de los derechos fundamentales: de los derechos de libertad para tutela del igual valor de las diferencias; de los derechos sociales contra las desigualdades materiales y sociales.

2.2 Igualdad y democracia

De aquí la segunda implicación, que concierne al nexo, a través del carácter universal de los derechos fundamentales, entre igualdad, *soberanía popular* y *democracia*. La igualdad, esto es, el universalismo de los derechos conferidos a todos, es ante todo, por así decirlo, *constitutiva* de la unidad política de aquellos entre los que se predica; y, por ello, de la unidad y la identidad de un pueblo en el único sentido del que puede hablarse de tal unidad y en el que tal identidad merece ser perseguida en un ordenamiento democrático. Es en efecto sobre la igualdad, esto es, en la igual titularidad correspondiente a todos y cada uno de aquellos derechos universales que son los derechos fundamentales – de un lado, en la igualdad formal de todas las diferentes identidades personales asegurada por los derechos individuales de libertad; de otro, en la reducción de las desigualdades sustanciales, asegurada por los derechos sociales – donde se funda la percepción de los otros como iguales en cuanto titulares de los mismos derechos, y por ello el sentido de pertenencia a una misma comunidad política que hace de ella un pueblo.

Es esta una idea antigua. Recuérdese la bella definición ciceroniana de pueblo: el pueblo, dice Cicerón, no es cualquier conjunto de seres humanos, sino sólo aquella comunidad que está asociada por el consenso y la utilidad común (3); basado, precisamente, en la «*civitas, quae est constitutio populi*» (4) y en la «*par condicio civium*», esto es, en la igualdad; más aún, en los «*iura paria*», esto es, en aquellos derechos iguales que son los derechos fundamentales que todos comparten: «*Si enim pecunias aequari non placet, si ingenia omnium paria esse non possunt, iura certe paria debent esse eorum inter se qui sunt cives in eadem re publica*» (5).

Pero si este es el significado de «pueblo», ¿qué significa que «la soberanía reside en el pueblo», como dice el artículo 1 de la Constitución italiana? Significa, me parece, dos cosas. Significa, en primer lugar, una garantía negativa: la garantía de que la soberanía reside *solamente* en el pueblo, esto es, en el pueblo y en nadie más, de modo que nadie –asamblea representativa, mayoría parlamentaria o presidente electo– puede apropiarse de ella. En segundo lugar, y en consecuencia, significa que, no siendo el pueblo un macrosujeto sino el conjunto de los ciudadanos de carne y hueso, la soberanía reside en todos y cada uno, identificándose con los derechos fundamentales –políticos, civiles, de libertad y sociales– de los que todos somos titulares y que equivalen a otros tantos poderes y contrapoderes, a otros tan-

(3) «*Populus autem non omnis hominum coetus quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus*» (CICERÓN, «De re publica», en *Collezione romana* dirigida por Ettore ROMAGNOLI, Istituto Editoriale italiano, Roma, 1928, Lib. I, XXV, p. 68).

(4) «*Omnis ergo populus, qui est talis coetus multitudinis qualem exposui, omnis civitas, quae est constitutio populi, omnis res publica, quae ut dixi populi res est, consilio quodam regenda est, ut diuturna sit. It autem consilium primum semper ad eam causam referendum est quae causa genuit civitatem*» (*ibid.*, lib. I, XXVI, pp. 70-72).

(5) *Ibid.*, lib. I, XXXII, p. 80.

tos *fragmentos de soberanía*, a otras tantas *dimensiones* o normas de reconocimiento de la democracia constitucional: la democracia política, generada por los derechos políticos; la democracia civil, determinada por los derechos civiles de autonomía negocial; la democracia liberal o liberal-democracia, basada en los derechos de libertad; la democracia social o social-democracia, basada en los derechos sociales (6).

2.3 Igualdad y garantías

La tercera implicación, quizás la más importante, concierne a la relación, que constituye el tema de mi ponencia, entre la igualdad y sus *garantías*. ¿Qué significa, en efecto, decir, como en la redefinición que he propuesto, que la igualdad tutela las diferencias y se opone a las desigualdades? Significa que el principio de igualdad es una norma, esto es, una convención; por lo tanto, no una aserción o una descripción, sino una prescripción, cuya actuación o efectividad requiere ser asegurada mediante garantías adecuadas. Y, por tanto, contra la realidad, en la cual las diferencias de identidad son, de hecho, discriminadas y, de hecho, se desarrollan desigualdades materiales y sociales.

Este cambio de sentido de la igualdad ha sido una gran conquista de la modernidad. En la tradición premoderna, desde Aristóteles a Hobbes y a Locke, la tesis de la igualdad, cuando se sostuvo, siempre fue entendida como una aserción y argumentada con argumentos de hecho: los hombres son iguales, escribió Hobbes en el *Leviatán*, porque todos mueren y además porque son igualmente capaces de dañarse unos a otros (7); o porque, escribieron Descartes y Locke, todos han sido dotados de raciocinio, o tienen las mismas inclinaciones (8). Esta claro que tales tesis representaban argumentos bien débiles en defensa de la igualdad jurídica, y sirvieron asimismo –a veces incluso por un mismo autor, como en el caso de Locke (9)– para argumentar la tesis opuesta de la desigualdad. Tanto es así que en el

(6) Sobre estas cuatro dimensiones de la democracia, ligadas a otras tantas clases de derechos fundamentales, remito a *Diritti fondamentali. Un dibattito*, cit., pp. 144, 149 y 318-332 y, sobre todo, a *Principia iuris. II. Teoria del diritto*. Laterza, Roma-Bari, 2007.

(7) T. HOBBS, *De Cive* (1647), trad. it. *Elementi filosofici sul cittadino*, en *Opere politiche*, a cargo de N. BOBBIO, Utet, Torino, 1959, I, cap. I, § 3, pp. 83-84; *ibid*, p. 84: «Son iguales quienes pueden, aquéllos que pueden llevar a cabo los mismos actos, uno contra otro; y quien puede llevar a cabo hacia su semejante la acción extrema, esto es, matar, puede todo lo que pueden los demás. Por tanto, todos los hombres son por naturaleza iguales entre sí. La desigualdad, que ahora se plantea, ha sido introducida por las leyes civiles»; *Id.*, *Leviatano*, con texto inglés de 1651 en frente y texto latino de 1668, a cargo de Raffaella SANTI, Bompiani, Milán, 2001, parte I, cap. XIII, § 1, pp. 201-203: «Los hombres son iguales por naturaleza... De hecho, por lo que respecta a la fuerza corporal, el más débil tiene fuerza suficiente para matar al más fuerte, bien con una maquinación secreta, bien aliándose con otros que se encuentren en el mismo peligro que él».

(8) J. LOCKE, *Due trattati sul governo. Secondo trattato* (1690) tr.it. de L. PAREYSON, Utet, Turín, 1968, cap. II, §§ 4-5, pp. 240 y 239, donde la «igualdad natural de los hombres» se basa en el hecho de que son «criaturas de la misma especie y del mismo grado, nacidas, sin distinción, con las mismas ventajas de la naturaleza y con el uso de las mismas facultades».

(9) *Ibid*, cap. VI, § 60, p. 283, donde la desigualdad se afirma «sí por defectos que se puedan verificar fuera del curso ordinario de la naturaleza, alguno no alcanza tal grado de razón que se le pueda considerar capaz de conocer la ley, y por tanto de vivir en el ámbito de sus normas», de modo que «éste no será nunca capaz de ser un hombre libre, y no se le dejará jamás disponer de la propia voluntad, porque ésta no sabe imponerle límites, al carecer de la inteligencia que es justamente su guía».

derecho premoderno el reconocimiento de las varias diferencias personales –de clase, de riqueza, de profesión, de religión, de sexo y demás– se tradujo en el establecimiento de otras tantas diferenciaciones jurídicas de estatus: el derecho premoderno, en resumen, reflejaba plenamente la realidad, consagrando como desigualdades de derecho las diferencias personales de hecho.

La gran innovación introducida por la Declaración francesa de derechos de 1789 –incomprendida incluso por algunos grandes pensadores del momento, piénsese en Bentham, que vio en ella una falacia ideológica (10), e incomprendida aún ahora, por ejemplo, por el pensamiento feminista de la diferencia (11)– fue haber hecho del principio de igualdad una norma jurídica. Todos los hombres, dice el artículo 1 de la Declaración, son «égaux en droits»; esto es son «iguales», como dice el artículo 3 de la Constitución italiana, «sin distinción de sexo, de raza, de lengua, de religión, de opiniones políticas, de condiciones personales y sociales». Esto quiere decir que la igualdad no es un hecho, sino un valor; no una tesis descriptiva, sino un principio normativo: establecido, como todas las normas, contra la realidad precisamente porque se reconoce, descriptivamente, que en realidad los seres humanos son, de hecho, diferentes y desiguales. Concretamente, es, de un lado, la norma mediante la que se establece *la igualdad de las diferencias*, a través, sobre todo, de los derechos de inmunidad y de libertad, que son todos, como ya he dicho, derechos a la propia identidad y a las propias diferencias. Y por otro lado, es la norma con la que se establecen *niveles mínimos de igualdad material*, a través, sobre todo, de los derechos sociales, que son todos, a su vez, derechos a la eliminación o la reducción de las desigualdades. En ambos casos la igualdad es una norma, por oposición a las diferencias y a las desigualdades que, por el contrario, son hechos (o circunstancias de hecho), y requiere por tanto ser implementada y garantizada mediante la tutela de las primeras y la eliminación de las segundas.

Decir que el principio de igualdad es una norma equivale, asimismo, a decir que puede ser violado de hecho y que, por tanto, su cumplimiento requiere de la introducción de garantías específicas. Puede ser violado, con la lesión de los derechos individuales de libertad y de autonomía, el principio de igualdad formal del igual valor de las diferencias. Y puede ser violado, con la falta de satisfacción de los derechos sociales, el principio de igualdad sustancial en la efectividad de tales derechos, también atribuidos a todos por igual. Podemos llamar *discriminaciones* a

(10) J. BENTHAM, *Anarchical Fallacies*, trad. fr. del 1816 a cargo de É. DUMONT, *Sophismes anarchiques*, en *Oeuvres de Jérémie Bentham*, a cargo de É. DUMONT, III ed., Hauman, Bruselas, 1840, vol. I, pp. 505-526.

(11) Véase, por todas, A. CAVARERO, «Per una teoria della differenza sessuale», en *Diotima. Il pensiero della differenza sessuale*, La Tartaruga, Milán, 1987, pp. 43 y ss.; Id., «L'ordine dell'uno non è l'ordine del due», en *Il genere della rappresentanza*, a cargo de M. L. BOCCIA y I. PERETTI, Editori Riuniti, Roma, 1988, donde se afirma que la igualdad es el producto de «un esfuerzo de abstracción de la teoría dirigido a la eliminación de cualquier diferencia» (p. 70) y que «Ningún neutro de carne y hueso ha sido nunca visto en circulación» (p. 71): tesis que refleja la misma concepción cognitivista y premoderna de la igualdad sobre cuya base Joseph De Maistre impugnó hace dos siglos los «derechos del hombre»: «La constitución de 1891 está hecha para *el Hombre*. Pero no hay *Hombres* en el mundo. He visto, en mi vida, franceses, italianos, rusos. Y sé también, gracias a Montesquieu, que se puede ser persa. Pero el *Hombre*, declaro que no me lo he encontrado en mi vida, y si existe lo desconozco» (J. DE MAISTRE, «Considérations sur la France» (1797), en *Oeuvres du comte J. De Maistre*, Aux Ateliers catholiques du Petit-Montrouge, París, 1841, p. 50).

las violaciones del primer tipo y continuar llamando *desigualdades*, agravadas obviamente por su ilegitimidad, a las violaciones del segundo tipo.

En definitiva, existe una divergencia, de la que deben ocuparse la política y la ciencia jurídica, entre normatividad y efectividad del principio de igualdad. Por ello, debemos dirigir nuestra reflexión a las discriminaciones y a las desigualdades: para medir el grado de efectividad de la igualdad, incluso normativamente establecida por nuestras cartas constitucionales e internacionales, y, si queremos que este principio sea tomado en serio, para identificar las técnicas de garantía idóneas para reducir su grado de ineffectividad.

3. DISCRIMINACIONES Y GARANTÍAS DE LA IGUALDAD FORMAL

Hablaré antes de las *discriminaciones*, esto es, de las violaciones de la igualdad formal y del igual valor de las diferencias. Y distinguiré a tal fin dos tipos de discriminaciones: las discriminaciones jurídicas y las discriminaciones de hecho.

Son *discriminaciones jurídicas* aquellas que excluyen a algunos sujetos de la titularidad de algunos derechos. Piénsese, en Italia, en la exclusión jurídica de las mujeres, hasta primeros de los sesenta, del acceso a las oposiciones de judicatura o de otras de la función pública. Pero son discriminaciones jurídicas también aquellas generadas por leyes de desarrollo de los derechos fundamentales que para algunos sujetos frustran su ejercicio: tales son, por ejemplo, las leyes electorales de desarrollo de los derechos políticos, que bien puede ocurrir que no respeten (o sean incoherentes con) el principio constitucional de igualdad y, por tanto, sean constitucionalmente ilegítimas. Piénsese en la Ley electoral actualmente en vigor en Italia, que en contra del principio constitucional de igualdad ha introducido un sufragio fuertemente desigual, al no fijar umbrales mínimos de sufragios para la asignación de incentivos de mayoría, sino sólo umbrales bastante elevados para el acceso al Parlamento de las minorías. Contra todos estos tipos de discriminaciones, que se manifiestan en la invalidez de las leyes discriminatorias, las únicas garantías posibles son su anulación jurisdiccional o bien su abrogación legislativa.

Son en cambio *discriminaciones de hecho* aquellas que de hecho se desarrollan, a pesar de la igualdad jurídica de las diferencias y en oposición al principio de igualdad de oportunidades. Piénsese en las discriminaciones que, de hecho, independientemente de razones de mérito, sufren las mujeres, o los jóvenes, o los ancianos, o los inmigrantes o las personas de color, excluidas o devaluadas por el mercado de trabajo o destinadas a trabajos precarios o sin cualificación. O bien piénsese en las discriminaciones sufridas de hecho en materia de acceso a la televisión y a otros medios de comunicación y de propaganda política por algunas fuerzas políticas respecto a otras, que son por el contrario privilegiadas. Las garantías de la igualdad contra esta disparidad de oportunidades de las diferencias pueden ser de dos tipos, según que la igualdad perseguida por ellas imponga que la diferencia *no tenga relevancia* en cuanto fuente de discriminación o de privilegio, o al contrario, que ésta *tenga relevancia* para no ser ni discriminada ni privilegiada. Entra, por ejemplo, en las garantías del primer tipo, dirigidas a no hacer aparecer y, por tanto,

a no dar relevancia a las diferencias, la prohibición, en el antiguo derecho laboral italiano, de las contrataciones mediante elecciones nominativas; o también, por otro lado, la prohibición con la que en Italia, en 1962, el Consejo General del Poder Judicial puso fin a las informaciones de la policía sobre las opiniones políticas o sobre la moralidad de los candidatos, a fin de no hacer aparecer tales diferencias para la admisión a la oposición de judicatura (12). Entran en cambio en las garantías del segundo tipo, dirigidas a evidenciar y dar relevancia a las diferencias, aquellas ofrecidas por las denominadas «acciones positivas» en apoyo de sujetos discriminados, a causa por ejemplo de su identidad de género (13).

Existe, asimismo, un tercer tipo de discriminaciones jurídicas que quiero señalar aquí y que es el más llamativo de todos. El principio de igualdad se afirmó, históricamente, con aquella gran conquista de la modernidad que fue la supresión de las diferenciaciones jurídicas de estatus: todos son iguales en derechos, independientemente de sus diferencias de identidades personales –de sexo, de riqueza, de lengua, de religión y demás– ninguna de las cuales puede ser elevada a estatus jurídico diferenciado en cuanto a la atribución de derechos. Pues bien, de todas estas diferenciaciones y discriminaciones jurídicas ha sobrevivido e, incluso, se ha profundizado dramáticamente al menos una, la existente entre ciudadanos y no-ciudadanos: somos iguales como ciudadanos, en el sentido de que como tales somos todos igualmente titulares de los derechos de ciudadanía; pero somos desiguales como personas, al no ser los no-ciudadanos titulares de los mismos derechos que los ciudadanos. En resumen: mientras algunos derechos se atribuyen a todos en cuanto personas, otros son atribuidos sólo a los ciudadanos. Así, ha ocurrido que la ciudadanía, que en los orígenes del estado moderno desempeñó un papel de inclusión, desempeña hoy un papel de exclusión. En contra de todas las cartas y convenciones internacionales de derechos humanos, que atribuyen todos los derechos fundamentales a todos en cuanto personas, e incluso de nuestras constituciones estatales, que

(12) Se trata de la circular de 7 de julio de 1962, con la que el *Consiglio Superiore della Magistratura* puso fin a las discriminaciones políticas en el acceso a la judicatura prohibiendo la utilización, para la admisión a la oposición, de informaciones sobre las opiniones políticas o religiosas o de otro tipo de los candidatos, que hasta entonces habían sido solicitadas a la policía para permitir la comprobación de la «intachable conducta civil, moral y política» requerida por el artículo 8 del ordenamiento judicial de 1941.

(13) Este tipo de acciones es visto normalmente con rechazo y con recelo también por una parte del pensamiento feminista, dado que estarían señalando finalidades de tutela que, de hecho, sancionarían la desigualdad. Es una tesis en mi opinión infundada, que fue asumida por una sentencia de la *Corte costituzionale* –la n. 422 de 1995, con la que se anuló la norma introducida por la Ley electoral municipal n. 91 de 25 de marzo de 1993, que garantizaba una cuota mínima de candidatos a cada uno de los dos sexos– y, afortunadamente, superada por una modificación constitucional de 30 de mayo de 2003, que ha establecido que con el fin de lograr la igualdad «la República promueve con medidas específicas la igualdad de oportunidades». Si efectivamente reconocemos que de hecho existen discriminaciones no justificadas por razones de mérito entre hombres y mujeres, la introducción de tales medidas de acción positiva no sólo es jurídicamente admisible, sino incluso obligatoria en cumplimiento del artículo 3 de nuestra Constitución. Véase, sobre esta cuestión, L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza formale e sostanziale: il grande equivoco (a proposito della sentenza n. 422/1995 della Corte costituzionale)* (1996), ahora en Id., *Eguaglianza, donne e diritto*, coord. por A. FACCHI, C. FARALLI y T. PITCH, Il Mulino, Bolonia, 2005, pp. 225-243. Cfr. también mi *Differenza di genere e garanzie dell'uguaglianza*, en *Genere e democrazia. La cittadinanza delle donne a cinquant'anni dal voto*, coord. por Franca BIMBI y Alisa DEL RE, ROSENBERG e SELIER, Turín, 1997, pp. 93-100.

atribuyen a todos, y no sólo a los ciudadanos, todos los derechos civiles así como muchos derechos sociales –como por ejemplo, en la Constitución italiana, el derecho a la salud (art. 32), el derecho a la educación (art. 34) y el de los trabajadores a una justa retribución (art. 36)– de hecho, el disfrute de tales derechos está condicionado, desde las actuales políticas y legislaciones contra la inmigración, por el presupuesto de la ciudadanía: esto es, por aquel meta-derecho que es el derecho de acceso, de circulación y de residencia en el territorio nacional y que, a pesar del *ius migrandi* teorizado por Francisco de Vitoria en los orígenes del Derecho moderno y todavía establecido por el artículo 13 de la Declaración universal de los derechos humanos («Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio»), se atribuye sólo a los ciudadanos.

De este modo, la ciudadanía ha entrado en contradicción con la igualdad jurídica incluso sólo formal de todos los seres humanos, también establecida por las cartas y convenciones internacionales. El resultado de esta discriminación jurídica es que la ciudadanía –obviamente, la de los países más ricos– se ha transformado en el último privilegio de *estatus* ligado a un *accident de naissance*, en el último factor de exclusión y de discriminación en vez de, como fue en el origen del Estado moderno, de inclusión e igualdad, en el último vestigio premoderno de las diferenciaciones personales, en la última contradicción sin resolver con la universalidad de (y la igualdad en) los derechos fundamentales. En la actual sociedad transnacional existen, en efecto, ciudadanías diferenciadas: ciudadanías privilegiadas, como las de los países occidentales, y ciudadanías que no valen nada, como la albanesa y en general las de los países pobres. Y existen, dentro de nuestros propios ordenamientos, ciudadanías desiguales: la de los ciudadanos *optimo iure*, la de los semi-ciudadanos conferida a los extranjeros dotados de permiso de residencia, la de los no-ciudadanos clandestinos, que en Italia se han intentado incluso criminalizar (14).

Aquí estamos frente a una aporía de difícil solución, que sólo la superación de la distinción entre personas y ciudadanos serviría para eliminar. Ciertamente, tal superación sabe hoy a utopía. Pero, al menos, el reconocimiento de dicha aporía debería generar en todos nosotros una mala conciencia y servir de freno frente a las actuales pulsiones xenófobas y racistas. Debería, al menos, generar la conciencia de una contradicción entre nuestros principios de igualdad y de igual dignidad de todos los seres humanos y nuestra práctica de discriminación hacia los no ciudadanos. Una contradicción que concierne a todo Occidente y, en particular a Europa, que después de haber invadido el mundo con sus propias conquistas y colonizacio-

(14) Me refiero al proyecto de Ley con el que el actual gobierno prevé la introducción del delito de inmigración ilegal («cualquiera que entre o se detenga ilegalmente en Italia...»): un monstruoso delito de estatus, en virtud del cual la Ley transformaría en delincuentes a los 700.000 inmigrantes ilegales residentes en Italia sin la mediación de más hecho que detenerse en Italia. Una ley así violaría una larga serie de principios de civilización jurídica: el principio de dignidad de la persona, el principio de lesividad, el de proporcionalidad y, sobre todo, el principio retributivo y el de la máxima taxatividad legal, que excluyen, en materia penal, la existencia de normas constitutivas de la desviación, esto es de normas que asocian una pena o un simple agravamiento de la pena, en vez de a un hecho o una circunstancia de hecho, a una condición o a una identidad personal, más aún si ésta es de tipo étnico. [Ley aprobada en sede parlamentaria el 13 de mayo de 2009 (n. de la traductora)].

nes durante siglos, se cierra hoy como una fortaleza asediada, negando a los extra-occidentales aquel mismo *ius migrandi* que en el origen de la modernidad había empuñado como fuente de legitimación de sus propias conquistas, invasiones y colonizaciones.

4. DESIGUALDADES Y GARANTÍAS DE LA IGUALDAD SUSTANCIAL

Un orden completamente distinto de problemas, respecto del suscitado por las discriminaciones en la igualdad formal, es el suscitado por las *desigualdades* sustanciales, las cuales recaen no tanto en la titularidad, cuanto más bien, cuando alcanzan a comprometer los mínimos vitales, en la efectividad de los derechos sociales fundamentales, y del cual, asimismo, el principio de igualdad impone la reducción mediante la introducción de adecuadas garantías.

Se plantea aquí una cuestión central para la construcción de la democracia que va más allá de los derechos sociales. Todos los derechos fundamentales y, en consecuencia, el principio de igualdad en tales derechos, requieren de la introducción de garantías a través de *leyes de desarrollo*, en ausencia de las cuales son inevitable y estructuralmente inefectivos, así como el principio de igualdad. Hasta el derecho a la vida, si faltaran el Código penal y las garantías de la prohibición y la punición del homicidio, sería inefectivo, al estar la punición del homicidio excluida por el principio de legalidad. Por otro lado, una vez emanada, una ley de desarrollo se encuentra protegida por la constitución, hasta el punto de que conforme a ella resultaría censurable como inválida una ley que la suprimiese o limitase.

En definitiva, pueden ocurrir –e inevitablemente ocurren, dada la divergencia deóntica que en alguna medida inevitablemente subsiste entre derecho y realidad, entre deber ser y ser– violaciones del principio de igualdad en los derechos, y por tanto de la democracia, que se manifiestan bien en *lagunas*, esto es, en *vicios por omisión*, bien en *antinomias*, esto es, en *vicios por comisión*, de los que el propio principio de igualdad impone su eliminación a la legislación (en el caso de las lagunas) o a la jurisdicción constitucional (en el caso de las antinomias).

El problema de las garantías de la igualdad se identifica por tanto con el problema de la construcción de la democracia. Si es verdad que la democracia se funda, en sus diversas dimensiones, sobre otras tantas clases de derechos fundamentales –la democracia política sobre los derechos políticos, la civil sobre los derechos civiles, la liberal sobre los derechos de libertad y la social sobre los derechos sociales– entonces las garantías de tales derechos, y por ello, de la igualdad, son, asimismo, garantías de la democracia; la cual es, por lo tanto, una construcción jurídica que se desarrolla con la introducción de las correspondientes garantías. Gran parte del Derecho público de las democracias constitucionales puede ser leído, en consecuencia, como un sistema complejo, más o menos antinómico y lagunoso de garantías de la igualdad: no sólo de aquellas que he llamado «garantías secundarias», como son típicamente las garantías jurisdiccionales, sino también, y sobre todo, de aquellas que he llamado «garantías primarias», esto es, de las obli-

gaciones y prohibiciones concernientes a la esfera pública que se corresponden a las varias clases de derechos fundamentales.

Está claro que en los ordenamientos internos de las democracias constitucionales avanzadas, donde el desarrollo de la democracia ha tenido lugar paralelamente al del Estado de Derecho y del Estado social, las violaciones de los derechos fundamentales, y por tanto de la igualdad en los derechos, se manifiestan sobre todo en *antinomias*, esto es, en la producción de normas que, en cuanto supriman o reduzcan precedentes leyes de desarrollo, son contrarias a la constitución y pueden ser eliminadas sólo gracias a la garantía secundaria del juicio de inconstitucionalidad. Pero no faltan lagunas: piénsese en la ausencia de aprobación de una ley de desarrollo del derecho a «medios adecuados» de vida «en caso de desempleo involuntario» previsto por el art. 38 de la Constitución italiana.

Por el contrario, respecto de los derechos fundamentales y el principio de igualdad establecidos en las cartas y convenciones internacionales, la principal violación –bastante más grave y dramática, porque es responsable de una ineffectividad no contingente sino estructural– es aquella que se manifiesta en las *lagunas*, esto es, en la omisión de leyes de desarrollo de las tantas cartas y declaraciones de derechos, universales y regionales, generales y sectoriales, que se vienen acumulando en estos últimos sesenta años.

Llego así a aquello que ciertamente es hoy el problema más dramático: la enorme y creciente desigualdad que se ha venido desarrollando a nivel global, en contra de las muchas cartas constitucionales e internacionales sobre la igualdad y sobre los derechos fundamentales. Se pueden dar muchas definiciones de la globalización. Pero pienso que en el plano jurídico la definición más adecuada es la que identifica la globalización con un *vacío de derecho público*, o sea, con la ausencia de garantías de los derechos incluso solemnemente proclamados en las tantas cartas internacionales y, más en general, con la ausencia de reglas, de límites y de controles respecto de tantos poderes transnacionales, tanto públicos como privados, que han desapoderado a los viejos poderes estatales: no se trata, repárese, de un vacío de derecho, que nunca puede darse, sino un vacío de derecho público llenado, inevitablemente, por un relleno de Derecho privado, esto es, de un derecho de producción contractual que sustituye a las formas tradicionales de la ley y que refleja, normalmente, la ley del más fuerte.

Ha seguido –desde esta laguna de garantías y de instituciones de garantía– un crecimiento exponencial de la desigualdad, signo de un nuevo racismo que da por sentada la miseria, el hambre, las enfermedades y la muerte de miles de millones de seres humanos sin dignidad y sin valor. Se ha calculado, en los informes anuales de la ONU sobre el desarrollo humano, que la desproporción de la riqueza entre países pobres y países ricos, que era de 1 a 3 en 1820 y de 1 a 11 en 1913, se ha convertido en 1 a 72 en 1992 y hoy es de casi 1 a 100; que un sexto de la población del planeta posea los cinco sextos de los ingresos mundiales; que decenas de millones de personas mueran cada año por falta de agua, de alimentación básica y de corrientes fármacos vitales (15). En definitiva, estamos frente al desarrollo de una

(15) Véanse los varios informes anuales sobre el desarrollo humano, en particular *Rapporto 1999 sullo sviluppo umano*. 10. *La globalizzazione*, ROSENBERG e SELLIER, Turín, 1999, y *Lo sviluppo umano. Rapporto*, 2005. 16. *La cooperazione internazionale a un bivio*, ROSENBERG e SELLIER, Turín, 2005.

desigualdad sin precedentes en la historia. La humanidad es hoy, en su conjunto, incomparablemente más rica que en el pasado. Pero es también, si se tiene consideración por masas ilimitadas y crecientes de seres humanos, incomparablemente más pobre. Los hombres son ciertamente, en el plano jurídico, incomparablemente más iguales que en cualquier otra época, gracias a las innumerables cartas, constituciones y declaraciones de derechos. Pero son también, de hecho, incomparablemente más desiguales en concreto. La «época de los derechos», por usar la expresión de Norberto Bobbio (16), y también la época de su más masiva violación y de la más profunda e intolerable desigualdad.

No debería ser difícil entender que este vacío de Derecho público y de garantías no será sostenible por mucho tiempo, en una sociedad global cada vez más frágil e interdependiente, sin afrontar un futuro de guerras, de violencias y de terrorismos que pondrían en peligro la supervivencia de nuestras propias democracias; y que, por tanto, tomar en serio el principio de igualdad y los derechos humanos internacionalmente establecidos, a través del desarrollo de una esfera pública y de instituciones internacionales de garantía a la altura de la globalización actual y de los nuevos poderes transnacionales, no sólo es un deber impuesto por las tantas cartas y convenciones internacionales, sino también una condición indispensable para garantizar la seguridad y la paz y, al mismo tiempo, la credibilidad de los denominados «valores» de Occidente.

5. HISTORICIDAD DE LA DIMENSIÓN SEMÁNTICA DE LA IGUALDAD. LAS ACTUALES FRONTERAS DE LA IGUALDAD

Un rasgo característico del principio de igualdad es, en efecto, su indivisibilidad, que impone de cuando en cuando su ampliación y afirmación. Siempre, históricamente, el principio de igualdad se ha afirmado y al mismo tiempo violado, gracias a su originaria, intrínseca ambigüedad. Desde el inicio fueron ocultadas las violaciones, precisamente porque quien lo proclamaba pensaba con ello oponerse sólo a las discriminaciones de las que él mismo había sido víctima hasta entonces: las propias discriminaciones y no las de los otros. Cuando en 1776 los colonos de Virginia declararon que «todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes» no pensaban ciertamente en sus esclavos. Análogamente, cuando el 26 de agosto de 1789 la Asamblea nacional francesa proclamó la igualdad «*en droits*» de todos los «hombres», los burgueses que la componían pensaban sólo en sí mismos: en los privilegios feudales y en las diferencias de clase que intentaban abolir, pero ciertamente no en las discriminaciones de sexo y en las económicas y sociales, que dejaban sobrevivir en cambio, simplemente ignorándolas. Sin embargo, siempre, el principio fue después impugnado por aquellos que habían sido discriminados, quienes lo han tomado al pie de la letra, dándole la vuelta, a través de un replanteamiento de su significado, contra quien lo había previamente pregonado para sí mismo.

(16) N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, Turín, 1990.

Es esta historicidad de la dimensión semántica y al mismo tiempo pragmática del principio de igualdad lo que nos permite resolver una aparente aporía: el hecho de que fuera originariamente pensado y modelado según parámetros masculinos, burgueses y de clase y que, sin embargo, haya mantenido y conserve aún, gracias a las luchas orientadas por él y las nuevas subjetividades por él promovidas, un carácter permanentemente revolucionario. Los dos valores del principio –uno conservador y capcioso, otro aclarador y revolucionario– se conectan, respectivamente, a su uso en sentido *descriptivo*, que toma por «verdadera» la igualdad modelada en cada ocasión sobre parámetros parciales, ignorando las violaciones en perjuicio de quien está excluido del mismo, y a su uso en sentido *prescriptivo*, que permite en cambio leer e impugnar como violaciones suyas las concretas desigualdades y discriminaciones. En sentido descriptivo, es decir, entendida como hecho, la igualdad es siempre falsa. En sentido prescriptivo, es decir, como norma o valor, es por el contrario, un ideal-límite, nunca realizable de manera perfecta, sino sólo imperfectamente cuando es «tomada en serio» gracias a la percepción de sus violaciones impuesta desde el punto de vista de los discriminados.

Hoy las nuevas fronteras de la igualdad son las planetarias, abiertas por la globalización, que incluyen a la humanidad entera. Hoy el gran desafío a la democracia es aquel generado por la desigualdad, creciente y cada vez más intolerable, entre países ricos y países pobres, entre nuestras sociedades democráticas opulentas y las tres cuartas partes del mundo que viven en condiciones de miseria, entre nuestros altos niveles de vida y los de miles de millones de seres humanos hambrientos. Esta desigualdad puede minar las bases de nuestras democracias. No olvidemos el papel performativo del derecho y el nexo que se deriva entre desigualdad de derechos y racismo: así como la igualdad en los derechos genera el sentido de igualdad, y con ello el respeto del otro como igual, así también la desigualdad en los derechos genera la imagen del otro como desigual, es decir, inferior antropológicamente en cuanto inferior jurídicamente. De nuevo, como siempre, la afirmación de la igualdad y de la democracia depende por tanto de la lucha de los excluidos. Y de nuevo, como para la superación de las discriminaciones y de las desigualdades del pasado, la lucha por la igualdad se alimenta del punto de vista externo al derecho vigente –y en antagonismo y en conflicto con él– de quien padece las desigualdades detrás de la pantalla falaz y mistificadora de la igualdad jurídica, que se hace pasar por descriptiva en vez de normativa.

Es este punto de vista externo –el de quien padece e impugna las desigualdades existentes– el que cada vez da un sentido nuevo y siempre revolucionario, al principio de igualdad. Podemos en efecto decir que el significado del principio de igualdad ha cambiado varias veces, en el curso de los dos siglos que nos separan de la Declaración de 1789, gracias a las tantas luchas que han denunciado las tantas violaciones del mismo: a la lucha obrera, a las luchas de liberación de los pueblos, a las luchas de las mujeres y a las prácticas que están detrás de ellas. Indudablemente, los revolucionarios franceses que en 1789 proclamaron la igualdad tenían, como parámetro y punto de vista, el burgués hombre, blanco y pudiente. Después, el sentido de la igualdad ha cambiado y se ha ampliado por las luchas de cuantos eran excluidos de aquel parámetro y que han impuesto sus puntos de vista, alternativos a aquellos dominantes. El velo de la normalidad que en el pasado ocultaba discriminaciones y desigualdades, opresiones y violaciones, ha sido –y conti-

nuará siendo—repetidamente desgarrado desde el punto de vista externo de cuantos las han combatido y antes incluso nombrado como tales.

Esta historicidad de la dimensión semántica afecta, por lo demás, a todo el derecho, que es un universo lingüístico y convencional, esto es, un mundo de signos y de significados asociados a aquellos concretos signos o textos lingüísticos que son las leyes. Estos significados por medio de los cuales leemos y valoramos normativamente la realidad, no se dan de una vez para siempre, sino que cambian con el mutar de las culturas, de la fuerza y de la conciencia de los actores sociales que, respecto del derecho, son al mismo tiempo intérpretes, críticos y productores. El principio de igualdad jurídica es quizás el más expuesto a estos cambios de significado, siendo al mismo tiempo impugnado y reivindicado por cuantos se oponen a desigualdades y a discriminaciones que ayer no se planteaban y que sólo en un cierto momento se plantean a cuantos son víctimas de ellas y demandan su eliminación. La percepción de la desigualdad, en efecto, es siempre un hecho social, ligado a la práctica subjetiva y colectiva de los sujetos que son portadores de dicha percepción: una percepción al principio minoritaria incluso entre quienes son víctimas de la desigualdad, después compartida por la mayoría de aquéllos y finalmente destinada, con el desarrollo y el éxito de sus luchas, a generalizarse y convertirse en sentido común.

Si esto es verdad, podemos estar seguros de que las enormes desigualdades y discriminaciones que hoy se manifiestan en aquel gran *apartheid* mundial que excluye de nuestras ricas y privilegiadas democracias a los cuatro quintos de la población del planeta, y que ciertamente no se plantean a cuantos tienen la fortuna de vivir en los países ricos, se plantearán y pedirán con fuerza ser eliminadas mañana, so pena del descrédito de todos aquellos que denominamos «valores de Occidente».

Debemos ser conscientes de esto. Contra el realismo miope de cuantos consideran irrealista la perspectiva de una democracia global fundada sobre la igualdad «en dignidad y derechos» establecida por el artículo primero de la Declaración universal de 1948, debemos reconocer que la idea más irrealista es que la realidad pueda permanecer por mucho tal como está; que los países ricos puedan encerrarse indefinidamente en sus fronteras y continuar basando sus acomodados y despreocupados niveles de vida sobre el hambre y la miseria del resto del mundo, sin que a largo plazo la revuelta de los excluidos no arrolle nuestras propias democracias; que podremos continuar declamando de manera creíble como «valores de Occidente» la democracia y los derechos humanos, la igualdad y la dignidad de las personas, si no se suprimen, o al menos reducen, la opresión, el hambre y la miseria de miles de millones de seres humanos, que constituyen un clamoroso desmentido de aquellos valores.

Siendo realistas, todo esto no puede durar. La presión de los excluidos se vuelve siempre irresistible en cierto momento. Por esto, poner fin a la creciente divergencia entre los principios de igualdad y de libertad escritos en nuestras cartas constitucionales y su cotidiana violación masiva no es sólo un deber jurídico, sino también una condición para la paz y por tanto para nuestra propia seguridad y la supervivencia de nuestras democracias. Es el mismo preámbulo de la Declaración de 1948 el que establece, de manera realista, este nexo entre paz y derechos. Luego sería una señal de realismo que las grandes potencias entendieran, finalmente, que el mundo está unido no sólo por el mercado global, sino también por el carácter global e indivisible de la seguridad, la paz, la democracia y los derechos; y que, por

tanto, fueran las primeras en tomar en serio los derechos humanos y el Derecho internacional: si no por razones morales o jurídicas, al menos por su propio interés, en tutela de nuestra propia seguridad y de la supervivencia de nuestras propias democracias. Para no dejarnos arrollar por un futuro de guerras, terrorismos y violencias y para no tener que volver a redescubrir al día siguiente de nuevas catástrofes planetarias, cuando quizás ya sea demasiado tarde, los nexos indisolubles entre Derecho y paz y entre Derecho y razón.