

# HACIA UNA RECONSTRUCCIÓN DE LA IGUALDAD CONSTITUCIONAL

**Michel Rosenfeld\***

*Yeshiva University*

## I. CENTRALIDAD Y EVASIVIDAD DE LA IGUALDAD CONSTITUCIONAL



A idea de igualdad constitucional es central, aunque evasiva. Es central porque es la principal piedra angular del constitucionalismo moderno<sup>1</sup>. Además, la igualdad es potencialmente el más extenso de los derechos constitucionales. De acuerdo con el requisito de la igualdad formal —aquellos que están situados similarmente deben ser tratados de forma similar<sup>2</sup>— cualquier ley puede cuestionarse sobre los funda-

---

\* Professor of Law, Benjamin N. Cardozo School of Law, Yeshiva University. Co-director Cardozo-New School Project on Constitutionalism. Traducción de Javier Dorado Porras.

<sup>1</sup> *Vid.*, MICHEL ROSENFELD, «Modern Constitutionalism as Interplay Between Identity and Diversity», en Michel Rosenfeld (ed.), *Constitutionalism, Identity, Difference and Legitimacy: Theoretical Perspectives*, Durham/Londres (1994) 3, 8.

<sup>2</sup> *Vid.*, MICHEL ROSENFELD, *Affirmative Action and Justice: A Philosophical and Constitutional Inquiry*, New Haven/Londres (1991) 14; *Trimble v. Gordon*, 430 U. S. 762, 780 (1977) (voto disidente)

mentos de la igualdad constitucional –tanto por fallar en tratar a todos aquellos similarmente situados de forma similar, como por tratar similarmente a algunos que no están situados de forma similar. Además, las cuestiones de igualdad también penetran en otros derechos constitucionales fundamentales como el derecho de libertad de expresión<sup>3</sup>, el derecho de libre ejercicio de la religión<sup>4</sup>, y el derecho de aborto<sup>5</sup>.

A pesar de su virtual omnipresencia la igualdad constitucional es singularmente evasiva. Es difícil precisar el concepto debido a las disputas en relación a su objeto relevante –quién va a ser igual respecto a quién– y su ámbito adecuado –qué cosas se van a distribuir igualmente<sup>6</sup>–. Por ejemplo, ¿el objeto propio de la igualdad constitucional es el individuo o el grupo? ¿debería limitarse a los ciudadanos o incluir a los extranjeros? Por otro lado ¿debería limitarse el ámbito propio de la igualdad constitucional a los derechos formales? ¿o debería extenderse a todos los productos de la cooperación social? ¿o a algunos de ellos pero no a todos? Además de esto, y quizá incluso más importante, está la dificultad de conseguir una guía de la igualdad constitucional debido a las grandes dificultades para integrar, con éxito, diferentes niveles de abstracción<sup>7</sup>, y para circunscribir, también con éxito, el marco adecuado de referencia<sup>8</sup>. De

---

del juez Rehnquist) (el principio general de la cláusula de igual protección de la Enmienda Decimocuarta es que «las personas similarmente situadas deberían ser tratadas de forma similar»).

<sup>3</sup> *Vid.*, por ejemplo, KENNETH L. KARST, «Equality as a Central Principle in the First Amendment», 43 *University of Chicago Law Review* (1975) 20.

<sup>4</sup> *Vid.*, CHRISTOPHER L. EISGRUBER y LAWRENCE G. SAGER, «The Vulnerability of Conscience: The Constitutional Basis for Protecting Religious Conduct», 61 *University of Chicago Law Review* (1994) 1245.

<sup>5</sup> *Vid.*, RUTH BADER GINSBURG, «Some Thoughts on Autonomy and Equality in Relation To *Roe v. Wade*», 63 *North Carolina Law Review* (1985) 375; *vid.*, también Kenneth L. Karst, «Foreword: Equal Citizenship Under the Fourteenth Amendment» 91 *Harvard Law Review* (1977) 1, 57-59.

<sup>6</sup> Para una discusión más extensa del objeto y ámbito de la igualdad, *vid.*, MICHEL ROSENFELD, *Affirmative Action and Justice*, *supra*, pp. 15-19.

<sup>7</sup> Por ejemplo, mientras que existe un amplio consenso en los Estados Unidos respecto de la igualdad constitucional en los más altos niveles de abstracción, *vid.*, MICHEL ROSENFELD, «*Metro Broadcasting Inc. v. FCC: Affirmative Action at the Crossroads of Constitutional Liberty and Equality*», 38 *UCLA Law Review* (1991) 583, 588 (La igual protección requiere apoyar el igual valor, dignidad y respeto de todos los individuos, sin consideraciones de raza u origen étnico), la contenciosidad encarnizada a menudo frustra la consideración de la igualdad constitucional en los niveles más bajos de abstracción, como claramente ha ilustrado la casi igualmente dividida jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre «affirmative action». *Vid.*, MICHEL ROSENFELD, *Affirmative Action and Justice*, *supra*, pp. 163-215.

<sup>8</sup> El «marco de referencia» de una pretensión de igualdad incluye, entre otras cosas, la porción de tiempo histórico contra la que se debe establecer, un punto de arranque que haga posible medir las igualdades y desigualdades, y el *locus* en el espacio sociopolítico en relación al cual han de llevarse a cabo las comparaciones que inevitablemente salen a la luz en toda pretensión de igualdad. Para un buen ejemplo de un profundo desacuerdo sobre la igualdad constitucional basado, en gran parte, en puntos de vista enormemente diver-



hecho, las frustraciones provenientes de los intentos de precisar la igualdad pueden llegar a ser tan grandes como para promover la creencia de que la igualdad es finalmente un concepto vacío<sup>9</sup>.

En este ensayo defiendo la tesis de que la igualdad constitucional es genuinamente central en su propio ámbito, pero que la reconstrucción es necesaria para entender de forma adecuada su evasividad y revelar su lugar dentro del entramado institucional delimitado por el constitucionalismo. Se predica la confianza en la reconstrucción sobre la percepción de que la igualdad constitucional se desarrolla en un proceso dinámico circunscrito por ciertos límites estructurales necesarios y por ciertas variables culturales e históricas de carácter contingente. La resolución de las pretensiones de igualdad constitucional sólo puede entenderse adecuadamente –y por tanto justificarse o criticarse legítimamente– si se encuadra en la lucha dialéctica sobre la naturaleza y alcance de la igualdad constitucional. Esta lucha es, sobre todo, una lucha sobre identidad y diferencia, es decir, una lucha sobre los casos en los que las personas deberían ser consideradas como iguales, y los casos en que pueden ser consideradas como no iguales, a efectos de la igualdad constitucional.

De forma ideal, la igualdad constitucional debería responder a todas las identidades y diferencias *relevantes*. Pero en cualquier sociedad pluralista con concepciones diferentes del bien no es concebible un consenso sobre la relevancia de todas las identidades y diferencias imaginables. Además, ya que el constitucionalismo está necesariamente ligado al pluralismo<sup>10</sup>, hablando estrictamente, la igualdad constitucional es sólo un ideal. Lo que ordinariamente se incluye bajo la rúbrica de la igualdad constitucional, por tanto, son ciertas prohibiciones contra la desigualdad, o más precisamente contra *algunas desigualdades*. De acuerdo con esto, la tarea de la reconstrucción es ligar las prohibiciones particulares de ciertas desigualdades al necesario (de perseguir) pero imposible (de alcanzar) ideal de la igualdad constitucional. De hecho, es en los espacios que se descubren en la realización de tales ligazones, donde la identidad y la diferencia, la inclusión y la exclusión, la relación entre diferentes niveles de

---

gentes sobre el marco apropiado de referencia, comparar la opinión mayoritaria del juez O'Connor con el voto disidente del juez Marshall en *City of Richmond v. J.A. Cronson Co.*, 488 U.S. 469 (1989). Para un análisis extenso de estas dos diferentes opiniones, *vid.*, MICHEL ROSENFELD, «Decoding Richmond: affirmative Action and the Elusive Meaning of Constitutional Equality», 87 *Michigan Law Review* (1989) 1729.

<sup>9</sup> *Vid.*, PETER WESTEN, «The empty idea of Equality», 95 *Harvard Law Review* (1982) 537.

<sup>10</sup> *Vid.*, MICHEL ROSENFELD, *Book Review*, 11 *Constitutional Commentary* (1994) 432, 435-39 [recensionando a Gary J. Jacobson, *Apple of Gold: Constitutionalism in Israel and the United States*, Princeton (1993)].

abstracción, la relevancia de marcos de referencia particulares, y la interacción entre la igualdad formal y la sustantiva adquieren una visión lo suficientemente pronunciada para permitir una convincente apreciación crítica.

La visión de la igualdad constitucional en términos de prohibiciones contra ciertas desigualdades se muestra conforme con la práctica constitucional usual en los Estados Unidos y en otras democracias constitucionales<sup>11</sup>. Sin embargo, cuando la práctica constitucional normal llega hasta el punto de enfatizar el proceso en detrimento de la sustancia, pasa a ser inadecuada y se presta a una fácil manipulación<sup>12</sup>. El ligar la práctica constitucional al ideal de la igualdad a través de la reconstrucción supone una integración más satisfactoria de la sustancia y el proceso. Además, la reconstrucción, tal y como se concibe en este ensayo, va de la mano de un punto de vista perfeccionista de la igualdad constitucional, de acuerdo con el cual, aunque la plena igualdad es imposible de alcanzar, siempre es posible una mayor o más deseable igualdad. La reconstrucción puede hacer la igualdad constitucional más inteligible, proporcionarnos una guía mejor sobre la dirección de su evolución, y otorgarnos un test contrafáctico útil y apropiado para una defensa significativa del *statu quo* o para su crítica efectiva<sup>13</sup>.

La reconstrucción, como aquí se entiende, supone emparejar ciertas variables a ciertos puntos fijos o etapas dentro de una secuencia defendida. Ambos, los puntos y las secuencias, son, además, al menos en parte, contrafácticos, y permiten la integración de prácticas reales dentro de un entramado normativo relevante. De acuerdo con esto, la parte II describe brevemente algunas de las constantes más importantes contra las que deben fijarse las variables para los propósitos de justificación o crítica. La parte III examina las variables clave en el contexto de la igualdad constitucional, en términos de la relación crucial entre identidad y diferencia, y entre inclusión y exclusión. La parte IV explora el nexo entre el pluralismo comprensivo, que suministra el apuntalamiento normativo al ideal del constitucionalismo, y a la igualdad constitucional. Finalmente, la parte V esboza algunas de las principales consecuencias del precedente análisis para la igualdad constitucional.

---

<sup>11</sup> En los Estados Unidos, esto se consigue a través del uso de un escrutinio más estricto en los casos de ciertas desigualdades como las basadas en la raza, *vid.*, por ejemplo, *Korematsu v. United States*, 323 U. S. 214 (1944), o en el sexo, *vid.*, por ejemplo, *Craig v. Boren*, 429 U. S. 190 (1976). Para Francia, *vid.*, JOHN BELL, *French Constitutional Law*, Oxford (1992). Para Alemania, *vid.*, THOMAS WÜRTENBERGER, «Equality» en Ulrich Karpen (ed.), *The Constitution of the Federal Republic of Germany*, Baden-Baden (1988), 67-90.

<sup>12</sup> *Vid.*, MICHEL ROSENFELD, *Affirmative Action and Justice*, *supra*, pp. 145-155.

<sup>13</sup> *Vid.*, MICHEL ROSENFELD, «Law as Discourse: Bridging the Gap Between Democracy and Rights», 108 *Harvard Law Review* (1995) 1163, 1165-66 (book review).

## II. EL ENTRAMADO DE LA RECONSTRUCCIÓN: ESTABLECIENDO IDEALES NORMATIVOS DE CARA A LA DIALÉCTICA DE LA IGUALDAD

La lucha por la igualdad, para la que debe fijarse la igualdad constitucional, está fundamentada históricamente en el rechazo de los privilegios de nacimiento y «status» característicos de las sociedades jerárquicas feudales. Esta lucha, además, se despliega en un proceso dialéctico que consta de tres diferentes etapas que marcan una progresión lógica<sup>14</sup> de la desigualdad al ideal de la igualdad constitucional. En la primera etapa de esta dialéctica la diferencia tiene como correlato la desigualdad –es decir, aquellos que se son caracterizados como diferentes se les trata legítimamente como inferiores o superiores dependiendo de su posición en la jerarquía. En la segunda etapa, la identidad tiene como correlato la igualdad de forma que todo el mundo tiene derecho a ser tratado igual en tanto en cuanto reúna ciertos criterios adoptados como criterios de identidad. Finalmente, en la tercera etapa, la diferencia tiene como correlato la igualdad–, ya que cualquier persona será tratada en proporción a sus necesidades y aspiraciones.

Para ilustrar brevemente la dialéctica de estas tres etapas, consideremos la relación entre hombres y mujeres. En la etapa uno, las diferencias –ya sean reales o artificiales<sup>15</sup>– entre hombres y mujeres, proporcionan argumentos para tratar a las mujeres como inferiores. En la etapa dos, las mujeres demandan igualdad resaltando las identidades entre los sexos y quitando importancia a las diferencias. Incluso, debido a que esas demandas tienen lugar en una situación dominada por hombres, la identidad que las mujeres deben acoger en su búsqueda de la igualdad es una identidad orientada hacia el varón. Por ejemplo, para que una mujer trabajadora consiga la igualdad en su lugar de trabajo, tendría que adaptarse a un ambiente diseñado por hombres, y renunciar a tener hijos y a educarlos para tener las mismas oportunidades de promoción que los hombres. Por el contrario, en la etapa tres, las mujeres persiguirían la igualdad de una forma que tuviera en cuenta las diferencias entre los sexos sin perjudicar a las mujeres. Por ejemplo, las mujeres demandarían las mismas perspectivas profesionales que los hombres, pero con permisos especiales para dar a luz

<sup>14</sup> Esta progresión lógica no necesita corresponderse con una progresión histórica, ya que al igual que la dialéctica en cuestión, opera al nivel de los tests contrafácticos.

<sup>15</sup> Para una discusión del papel de las diferencias establecidas en el contexto de la igualdad constitucional, *vid.*, parte III, *infra*.

y cuidar de sus hijos. Por el mismo motivo, en la tercera etapa, el derecho de una mujer a abortar se encuadraría dentro de su derecho a la igualdad, que le daría un derecho sobre su cuerpo que sería equivalente al que un hombre tiene sobre el suyo<sup>16</sup>.

La transición entre las etapas uno y dos requiere un cambio de enfoque desde las diferencias a las identidades. Ese cambio, en suma, necesita de un movimiento hacia una mayor abstracción. Por ejemplo, una mujer que quiera sostener la pretensión de que ella es, para los propósitos relevantes, idéntica a los hombres, tendrá que elaborar una identidad más abstracta entre los seres humanos, disimulando esas diferencias que dan forma a la identidad por sexos. Así, para conseguir la igualdad de la segunda etapa, como identidad, una mujer tendría que reprimir ciertas tendencias femeninas que serían consideradas como obstáculos para acceder al mundo de los hombres.

En la tercera etapa, la búsqueda de la igualdad como diferencia supone no tanto el retorno a diferencias concretas<sup>17</sup>, como una reconciliación entre estas últimas y las identidades abstractas de la segunda etapa a través de una adecuada integración de diferentes niveles de abstracción. De esta forma, por ejemplo, el razonamiento de la tercera etapa sería algo así como el siguiente: Los hombres y las mujeres son iguales como seres humanos, pero hasta cierto punto tienen ciertas necesidades y aspiraciones diferentes. De acuerdo con esto, para reconciliar la igualdad abstracta y las diferencias concretas, los hombres y las mujeres deberían ser tratados de igual forma en proporción a sus diferentes necesidades y aspiraciones. Como veremos más abajo, la igualdad como diferencia de la tercera etapa es un ideal al que podemos aproximarnos, pero que nunca puede alcanzarse. Y además, la transición de la igualdad de la segunda etapa a la de la tercera se encuentra amenazada por el peligro de que al volver a centrarnos en las diferencias uno corre el riesgo de provocar una regresión a la correlación entre diferencia y desigualdad de la primera etapa. Debido a esto, la búsqueda de una mayor igualdad constitucional debe tener presente el riesgo de regresión e idear medidas tendentes a evitarlo.

---

<sup>16</sup> Vid., RUTH BADER GINSBURG, «Some Thoughts on Autonomy and Equality in Relation to *Roe v. Wade*», 63 *North Carolina Law Review* (1985) 375; vid., también Kenneth L. Karst, «Foreword: Equal Citizenship Under the Fourteenth Amendment», 91 *Harvard Law Review* (1977), 1, 57-59.

<sup>17</sup> Como se discute en la parte III, las diferencias, al igual que las identidades, se establecen artificialmente, más que tratarse de diferencias meramente dadas. Así, hablando estrictamente, las «diferencias concretas» son artificios particulares, diferentes de las identidades de la segunda etapa, que son artificios más generalizados.



La dialéctica de tres etapas de la igualdad es aplicable en todo caso, sin importar si uno considera al individuo o al grupo como el sujeto propio de la igualdad constitucional. Puede que esto no sea aparente inmediatamente, ya que muchas pretensiones de igualdad referentes a individuos se expresan de la siguiente forma: «a pesar de pertenecer a dos grupos diferentes definidos respectivamente por características esenciales diferentes, los individuos deberían ser considerados similares los unos a los otros *qua* individuos». Pero si reflexionamos, debería ser aparente que la igualdad relativa al grupo está basada en un proceso análogo de abstracción. Así, dos diferentes grupos lingüísticos o religiosos deberían ser considerados similares en tanto en cuanto ambos son grupos lingüísticos o religiosos. Además, hasta cierto punto, las pretensiones relativas a grupos pueden recharacterizarse como pretensiones relativas a individuos, y viceversa. Por ejemplo, la demanda de libertad de culto de un determinado grupo religioso, de acuerdo con los preceptos de su religión puede satisfacerse igualmente a través de un derecho colectivo o a través de un derecho individual de libertad de asociación y libertad de culto. Algunas otras pretensiones, como la de educación pública gratuita en la lengua nativa de uno, pueden ser intercambiables desde un punto de vista teórico, pero no práctico. Desde un punto de vista teórico, el derecho de todo niño a ser educado en su lengua nativa es equivalente al derecho de cada grupo lingüístico a educar a sus miembros en la lengua del grupo. Sin embargo, desde un punto de vista práctico, puede preferirse el derecho del grupo en tanto en cuanto puede ser impracticable o irrazonable proporcionar educación pública en lenguas que se hablan por minorías lingüísticas muy pequeñas y ampliamente diseminadas. En otros casos, aunque puede haber ciertas implicaciones referentes al grupo, ciertos derechos, como los derechos del acusado a una representación legal y a no declarar contra sí mismo, es mejor considerarlos exclusivamente como relativos al individuo. Por el contrario, ciertos derechos, como la pretensión de un grupo étnico de ayuda estatal para preservar su patrimonio histórico, es mejor considerarlos exclusivamente como relativos al grupo.

Ya que el individuo no es inherentemente antagónico al grupo, y que el bienestar del individuo depende, en gran parte, de afiliaciones grupales, el conflicto entre la igualdad referente al individuo y la relativa al grupo puede confinarse en dos situaciones principales. En la primera de ellas, el conflicto es práctico más que teórico. Por ejemplo, puede haber sociedades donde se proporcionan iguales derechos a diferentes grupos religiosos, pero los individuos que no pertenecen a ninguno de estos grupos no tienen ninguna protección individual contra la discriminación. Esta situación, sin embargo, puede reme-

diarse fácilmente uniendo derechos individuales de libertad de culto y de conciencia a los ya existentes derechos colectivos.

La segunda situación, por el contrario, hace surgir un serio conflicto teórico, al igual que práctico. Éste tiene lugar cuando una demanda relativa al individuo y una demanda relativa al grupo no pueden ser recharacterizadas ni conjuntamente satisfechas. El caso prototípico donde la satisfacción de una pretensión supone *ipso facto* la frustración de la otra es aquel del miembro individual de un grupo que afirma un derecho a rechazar una obligación hacia el grupo, que el grupo puede genuinamente afirmar que sería destructiva para su supervivencia. En este caso, la reivindicación de la igualdad constitucional requiere una elección entre la igualdad relativa al individuo y la referente al grupo. Como veremos más abajo, en la parte V, la reconstrucción puede arrojar luz sobre cuál debería ser esa elección, dependiendo de las circunstancias.

Lo que conecta la igualdad constitucional a la dialéctica de la igualdad es el ideal normativo que permanece detrás del constitucionalismo. Entendido ampliamente, el constitucionalismo requiere limitaciones al poder del gobierno, adherencia al estado de derecho, y protección de derechos fundamentales<sup>18</sup>. El constitucionalismo, además, debe distinguirse de las constituciones reales, que pueden desviarse de varias formas de sus preceptos. Así, por ejemplo, la Constitución de los Estados Unidos de 1787, que no eliminaba la esclavitud<sup>19</sup>, se quedó corta en el cumplimiento de los requisitos básicos del constitucionalismo<sup>20</sup>. En general, el constitucionalismo proporciona un test contrafáctico para la consideración crítica de las constituciones reales y las doctrinas y prácticas asociadas con ellas.

Hay una necesaria ligazón entre el constitucionalismo moderno y el pluralismo. En una sociedad completamente homogénea, con un único objetivo colectivo y sin una concepción de los individuos como titulares de algunos derechos o intereses separados de los de la sociedad como un todo, el constitucionalismo sería superfluo<sup>21</sup>. Además, en una sociedad empeñada en la indis-

---

<sup>18</sup> Vid., MICHEL ROSENFELD, «Modern Constitutionalism as Interplay Between Identity and Diversity», *supra*.

<sup>19</sup> Vid., U. S. Const. artículo I, §§ 2, 9.

<sup>20</sup> Vid., DAVID RICHARDS, «Revolution and Constitutionalism in America», en Michel Rosenfeld (ed.), *Constitutionalism, Identity, Difference and Legitimacy: Theoretical Perspectives*, Durham/London (1994) 85- 142.

<sup>21</sup> En la utopía de una sociedad completamente unida y totalmente homogénea, el gobierno limitado sería innecesario debido al completo solapamiento entre los gobernantes y los gobernados; La adherencia al Estado de Derecho, con su insistencia de igualdad ante la ley y bajo el Derecho, no tendría sentido, al no haber barreras significativas que pudieran separar a los creadores de Derecho de los interpretes del mismo, de sus aplicadores o de aquellos que caerían bajo el efecto de las leyes; y los derechos fundamentales no tendrían lugar en vista del empeño prioritario de orientar toda la actividad humana hacia la indivisible unidad del todo.



luble unidad del todo, no habría sitio para algo así como la igualdad. Esto deriva lógicamente del hecho de que la igualdad es completamente inconcebible en cualquier grupo que carezca de un mínimo de dos sujetos distintos.

Sin embargo, una vez que el pluralismo —en el sentido amplio de cualquier división de la colectividad bajo los ejes del «yo» y del «otro», ya sea en términos de diferencias étnicas, culturales o religiosas o en términos de un individualismo animado por el reconocimiento de una multiplicidad de valores y objetivos personales— entra en escena, tanto el constitucionalismo como la igualdad constitucional no sólo cobran sentido sino que además, tienen, potencialmente, un papel capital que desempeñar en la búsqueda de una sociedad justa. Además, a la vez que cualquier tipo de compromiso de preservar alguna forma de pluralidad dentro de una sociedad será suficiente para justificar la apelación a la igualdad constitucional, cuanto más grandes son los compromisos con el pluralismo más fundamental es el papel que el constitucionalismo y la igualdad constitucional están destinados a desempeñar. Así, debe dibujarse una importante distinción entre la mera tolerancia de alguna pluralidad de concepciones distintas del bien y la adopción del pluralismo como una prioritaria concepción sustantiva de lo bueno. Me referiré a la primera de estas alternativas como un *pluralismo limitado*, y a la segunda como el *pluralismo comprensivo*.

El pluralismo comprensivo, que apunta a la imposición de una estricta igualdad entre todas las concepciones del bien, nos proporciona el ideal normativo del constitucionalismo. Así, el pluralismo comprensivo aspira a la igualación radical de todas las concepciones del bien, y pide un orden constitucional que no puede meramente implantarse en las tradiciones existentes, sino que debe, en su lugar, reemplazar todas las tradiciones anquilosadas y rechazar sistemáticamente todos los medios extraconstitucionales de construir un orden sociopolítico viable. La búsqueda de la completa igualdad entre todas las concepciones del bien, nos lleva, sin embargo, a un callejón sin salida. Si todas las concepciones del bien se colocan en pie de igualdad, entonces la tolerancia hacia la pluralidad de concepciones del bien no estaría en mejor posición que la absoluta intolerancia contra todas las concepciones del bien excepto la de uno mismo<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> Cf. la «paradoja de la tolerancia» conforme a la cual la tolerancia con los intolerantes conduce al socavamiento de la tolerancia. Vid., KARL POPPER, *The Open Society and Its Enemies I*, Princeton (5 ed. 1966) 265-66, n. 4. Para una consideración de la paradoja de la tolerancia en el contexto del discurso extremista, vid., MICHEL ROSENFELD, «Extremist Speech and the Paradox of Tolerance», 100 *Harvard Law Review* (1987) 1457 (book review).

Para evitar este callejón sin salida, el pluralismo comprensivo debe privilegiar su propia concepción del bien sobre todas las demás. En términos más amplios, la concepción del bien del pluralismo comprensivo requiere la promoción de la mayor diversidad posible de concepciones del bien con una visión tendente a la maximización de la dignidad humana y la autonomía<sup>23</sup>. La concepción del bien del pluralismo comprensivo no supone ninguna hostilidad hacia otras concepciones del bien, ni ningún intento de socavarlas. De hecho, tal posición de privilegio tiene el propósito bastante modesto de denegar la igualdad de otras concepciones del bien sólo cuando éstas se muestren incompatibles con la preservación de la tolerancia y la diversidad.

En la línea de estas observaciones, la posición de privilegio de la concepción del bien del pluralismo comprensivo no debe considerarse como un paso hacia la desigualdad, sino más bien como un movimiento indispensable en la búsqueda de una mayor igualdad entre las concepciones del bien que compiten entre sí. Las normas que emanan de la concepción del bien del pluralismo comprensivo constituyen *normas de segundo orden* distintas de las *normas de primer orden* producidas por todas las otras concepciones del bien. Ya que el principal propósito de las normas del pluralismo comprensivo es abrir espacios adecuados para la libre consecución de otras normas, la posición de privilegio del primero es totalmente diferente de cualquier intento de imponer una jerarquía entre las otras. En suma, la posición de privilegio de las normas de segundo orden juega como un prerrequisito para alcanzar la igualdad entre las normas de primer orden.

La discusión precedente indica cómo el pluralismo comprensivo liga el constitucionalismo con la igualdad constitucional, pero todavía queda por ver cuál es el sitio de la dialéctica de la igualdad en la ecuación. Como veremos en la parte IV, el despliegue del pluralismo comprensivo comprende dos momentos lógicos diferentes que se examinarán en la parte V en términos de etapas en la dialéctica de la igualdad.

Los resultados finales de este entramado de reconstrucción rápidamente esbozado son muy diferentes, en cuanto a su naturaleza, de los precedentes. No pertenecen al reino de los ideales normativos o contrafácticos. Al contrario, se desarrollan en el reino de la doctrina constitucional real y

---

<sup>23</sup> Para una discusión más extensa de los atributos de lo que aquí se denomina como «pluralismo comprensivo», *vid.*, MICHEL ROSENFELD, «Autopoiesis and Justice», 13 *Cardozo Law Review* (1992), 1681, 1694-95, 1709-1711.



de los principios constitucionales. En pocas palabras, aunque hay una amplia gama de diversidad entre las diferentes normas y prácticas constitucionales, parece haber ciertas características constantes que se extienden sobre la mayoría, si no toda, de la vasta extensión delimitada por las normas y prácticas constitucionales contemporáneas. Así, la igualdad, en el contexto de las constituciones contemporáneas, implica que todas las personas que son miembros de la misma comunidad constitucional: 1) tendrán garantizados los *mismos* derechos constitucionales; y 2) serán iguales ante y en la ley, o dicho de otra forma, tendrán derecho a la *igual protección* de la ley. Para estar seguros, estas normas ampliamente articuladas son susceptibles de construirse de muy diferentes formas<sup>24</sup>. Sin embargo, imponen en alguna medida un límite a cómo pueden usarse las variables relevantes para delimitar la igualdad constitucional cuando se dan ciertas circunstancias<sup>25</sup>. Además, todas las pretensiones de igualdad constitucional y todas las medidas constitucionales adoptadas para conseguir tales pretensiones pueden reducirse finalmente a uno de los tres principios siguientes: 1) El principio de igual trato; 2) el principio de igual consideración; y 3) el principio de igual resultado. También, la búsqueda del principio de igual trato se corresponde con la consecución de la igualdad *marginal*; la búsqueda del principio de igual resultado se corresponde con la consecución de la igualdad *global*<sup>26</sup>; y la búsqueda del principio de igual consideración se corresponde, en su mayoría, pero no toda, con casos de consecución de la igualdad de oportunidades. Sin embargo, para determinar cuál de estos principios debería predominar en unas circunstancias dadas, y cuál debería ser su contenido específico, es necesario, en primer lugar, obtener una comprensión mejor de las variables que juegan tan importante papel en dar forma a la lucha sobre la igualdad constitucional.

---

<sup>24</sup> Éste es el caso, por ejemplo, de la Cláusula de Igual Protección de la Constitución de los Estados Unidos. *Vid.*, MICHEL ROSENFELD, *Affirmative Action and Justice*, *supra*, 135-155.

<sup>25</sup> Por ejemplo, para racionalizar la privación a una minoría étnica de ciertos derechos básicos constitucionales que siguen teniendo el resto de los miembros de la comunidad sería necesario caracterizar a la minoría en cuestión como extranjeros no provistos de la plena condición de miembros de la comunidad constitucional, o incluso peor, caracterizarlos como carentes completamente de personalidad. En cualquier caso, el requisito de la racionalización probaría bastante costosamente como el tumulto interno o la condena internacional podrían seguirse rápidamente.

<sup>26</sup> «La igualdad marginal se define con relación a (a menudo pequeños) cambios de *statu quo*, con cambios que son iguales en magnitud para todos. La igualdad global se define con relación a tenencias superiores a cero, siendo sus cantidades o estados finales iguales», Douglas Rae, *Et al.*, *Equalities*, Cambridge (1981) 51.

### III: LA INTERACCIÓN ENTRE IDENTIDAD Y DIFERENCIA, INCLUSIÓN Y EXCLUSIÓN

Las leyes clasifican y delimitan diferentes clases que, en la mayoría de los casos, están destinadas a un tratamiento desigual. Por ejemplo, una ley que prohíbe conducir automóviles a los menores de dieciocho años divide a las personas en dos clases distintas, y prescribe un tratamiento desigual dependiendo de la pertenencia a una u otra clase. Tal ley convierte en legalmente relevante las diferencias basadas en la edad, y las otras, en legalmente irrelevantes. Para los propósitos de tal ley, las personas son idénticas sin consideración de la raza, sexo o religión, o más precisamente —particularmente en una sociedad que ha experimentado racismo, discriminación sexual y persecución religiosa— a pesar de las diferencias raciales, sexuales y religiosas<sup>27</sup>.

En tanto en cuanto una identidad legalmente relevante se consigue desconsiderando ciertas diferencias, tal identidad es artificial más que real. Más aún, donde tal identidad se establece contra un apego profundamente enraizado a ciertas diferencias, su construcción puede ser difícil y trabajosa<sup>28</sup>. En contraste con la identidad, la diferencia puede aparecer como real más que artificial, pero la diferencia legalmente relevante es tan artificial como la identidad. Así, por ejemplo, aunque hay diferencias biológicas entre los sexos, las diferencias legalmente relevantes basadas en el sexo son artificiales. En algunos casos, este artificio puede ser más obvio que en otros. En *Bradwell v. State*<sup>29</sup>, El Tribunal Supremo de los Estados Unidos declaró la validez de una prohibición estatal contra el desempeño de la práctica jurídica por parte de las mujeres bajo el fundamento de que el papel propio de las mujeres era el de esposa y madre. Tal papel, hecho legalmente relevante para los propósitos de determi-

---

<sup>27</sup> Así, en los Estados Unidos, donde las cuestiones de raza han formado parte tan profunda del paisaje sociopolítico, la elevación de la integración racial a la consideración de directriz política exigida constitucionalmente ha exigido combatir la costumbre consolidada de usar la diferencia racial como un primer señalizador para la distribución de beneficios y cargas. *Comparar Plessy v. Ferguson*, 163 U. S. 537 (1896) (las viviendas públicas racialmente segregadas son consistentes con la igualdad constitucional) *con* *Brown v. Board of Education*, 347 U. S. 483 (1954) (la segregación racial en los colegios públicos viola el derecho fundamental a la igualdad constitucional).

<sup>28</sup> Un buen ejemplo de las dificultades que envuelve la construcción de una identidad más allá de la raza nos lo proporciona la frustrante búsqueda de integración racial constitucionalmente ordenada en los efectos de la decisión unánime del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso *Brown v. Board of Education*, 347 U. S. 483 (1954). *Vid.*, *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education*, 402 U. S. 1, 6, 13-14 (1971).

<sup>29</sup> 83 U. S. 130 (1872).

nar la elegibilidad de la práctica jurídica, es indudablemente un artificio social. En otros casos, sin embargo, el artificio puede estar más encubierto. En *Michael M. v. Superior Court of Sonoma County*<sup>30</sup>, el Tribunal Supremo mantuvo la validez de una condena a un menor de dieciocho años por *statutory rape* \*, debido a que la ley criminalizaba tener relaciones sexuales consensuadas con una mujer menor de dieciocho años, pero no con un varón menor. En apoyo de su decisión, el Tribunal Supremo manifestó que son las mujeres, y no los hombres, quienes corren el riesgo de quedarse embarazadas como consecuencia del acto sexual<sup>31</sup>. Mientras que la última diferencia no es un mero artificio social, el hacerlo legalmente relevante a los propósitos de definir la *statutory rape* envuelve, inevitablemente, un artificio social. Uno puede intentar esconder este artificio social detrás de la diferencia natural con la que se ha asociado. Pero sigue quedando el hecho de que sin tal artificio, la diferencia natural por sí sola no otorga suficiente apoyo para la diferencia legalmente fundada. En realidad, el mero hecho de que el sexo consensuado entre heterosexuales pueda resultar en el embarazo de la mujer no proporciona, por sí solo, una base racional para castigar al hombre y no a la mujer.

Después de darnos cuenta de que tanto la identidad como la diferencia legalmente relevantes –o más precisamente, ciertas identidades o diferencias que aquellos sujetos a las leyes pueden considerar que son similares o no en muchos aspectos– son más artificiales que reales, la formulación de una base racional fuerte para cualquier esquema de clasificación legal se hace problemática. Parece haber un número indefinido de maneras de construir y combinar las identidades y diferencias para estructurar una distribución sistemática de los derechos y obligaciones legales. Identidades ya construidas pueden desmontarse y reconfigurarse como diferencias<sup>32</sup>. Pueden fraguarse nuevas identidades mediante la previa nivelación de diferencias artificiales. Y, en conjunto, todas las identidades y diferencias nuevas o hasta ahora subenfanzadas pueden construirse o reconstruirse.

---

\* Nota de traducción: La *statutory rape* es la ficción legal establecida en las leyes penales del Estado de Nueva York, entre otros, por la cual el mantenimiento de relaciones sexuales con una mujer menor de dieciocho años, incluso aunque sean consensuadas, se considera como violación; no siendo así en el caso de que el menor de dieciocho años sea varón.

<sup>30</sup> 450 U. S. 464 (1981).

<sup>31</sup> 450 U. S. , 471.

<sup>32</sup> Por ejemplo, el tratar a los hombres y a las mujeres igual en términos de la responsabilidad por mantener sexo consensuado, a pesar de las diferencias naturales entre los sexos, puede abandonarse en favor de tratarlos diferentemente trayendo el nuevo centro de atención sobre las diferencias naturales e implantando en ellos diferencias artificiales.

No sólo parece haber infinitas posibilidades de construir identidades y diferencias, sino que las preferencias por ciertas identidades o diferencias pueden variar en función de las concepciones divergentes del bien. Así, por ejemplo, las identidades y diferencias construidas en torno al sexo variarán enormemente dependiendo de si sus proponentes son partidarios de ciertos puntos de vista tradicionales o igualitarios. Los tradicionalistas tenderán, así, a construir diferencias basadas en el sexo en detrimento de las identidades, legitimando una jerarquía de sexos. Los igualitaristas, por el contrario, tenderán a construir identidades y otras clases de diferencias más inclinadas hacia la paridad entre los sexos que a la subordinación.

La interrelación entre identidad y diferencia se desarrolla dentro de los límites de la relación entre el «yo» y el «otro». Sin ninguna ligazón de identidad, una relación entre el «yo» y el «otro» sería inconcebible. De la misma forma, en ausencia de toda diferencia, la distinción entre el «yo» y el «otro» carecería de sentido. Entre estos dos extremos, se hace concebible una genuina relación entre el «yo» y el «otro», y puede encontrar una expresión adecuada a través de una multitud de identidades y diferencias entremezcladas que contribuyen a una parcial inclusión y exclusión<sup>33</sup>.

A primera vista, puede parecer que la identidad siempre va ligada a la inclusión y la diferencia a la exclusión. Así, las identidades sexuales, étnicas y raciales se consideran a menudo como factores para la inclusión, mientras que las diferencias sexuales, étnicas o raciales, también han sido usadas demasiado a menudo como factores para la exclusión y la opresión. Además, si se piensa que la diferencia va de la mano de la exclusión, la igualdad constitucional podría alcanzarse fácilmente a través de la prohibición del uso de ciertas diferencias como la base de clasificaciones legales. De acuerdo con ello, una constitución ciega al color<sup>34</sup>, ciega al sexo<sup>35</sup>, etc., proporcionaría la mejor protección posible contra la implantación de desigualdades que planteen las más grandes amenazas a la consecución de la igualdad constitucional.

---

<sup>33</sup> La inclusión total eliminaría la barrera entre el «yo» y el «otro» y reduciría al «otro» al «yo»; la exclusión total, por el contrario, haría imposible para el «yo» referirse al «otro» como a uno más, reduciendo así al otro a un mero objeto.

<sup>34</sup> Cf. *Plessy v. Ferguson*, 163 U. S. 579 («nuestra Constitución es ciega al color») (voto disidente del juez Harlan).

<sup>35</sup> Cf. Artículo 3 (2) de la Constitución alemana, que establece: «Los hombres y las mujeres tienen los mismos derechos». Como consecuencia de una enmienda de 27 de octubre de 1994 se añadió lo siguiente: «El Estado fomentará la real realización de los mismos derechos entre hombres y mujeres y se esforzará para eliminar las desventajas existentes».

Sin embargo, después de una mayor consideración, ni la identidad se corresponde estrictamente con la inclusión, ni la diferencia con la exclusión. Por ejemplo, en una sociedad con una mayoría y una minoría lingüística, la construcción de una identidad que trascienda las diferencias del lenguaje, y que prescriba la educación pública exclusivamente en la lengua mayoritaria puede exacerbar perfectamente el sentido de exclusión de la minoría lingüística más que fomentar la integración nacional. Por el contrario, tener en cuenta las diferencias religiosas para facilitar el cumplimiento de la religión escogida por una persona puede promover la inclusión de diversas tradiciones religiosas dentro de la comunidad.

La *misma* diferencia, además, puede, dependiendo de las circunstancias, formar las bases para la inclusión o la exclusión. Así, las diferencias religiosas, que pueden alegarse para conseguir la inclusión, también pueden ser fácilmente usadas para propósitos de exclusión, como cuando se usan para discriminar en el empleo<sup>36</sup>. De acuerdo con esto, y en tanto en cuanto la igualdad constitucional requiere perseguir la inclusión, se debería, a veces, tomar en cuenta ciertas diferencias, y, otras veces, desconsiderarlas. En general, la esfera de actividad con relación a la cual una diferencia particular debería desconsiderarse constituye la «esfera de asimilación»<sup>37</sup>. Por el contrario, la esfera de actividad dentro de la que una diferencia debería tenerse en cuenta se denomina «esfera de diferenciación»<sup>38</sup>.

También es importante enfatizar que no todas las exclusiones son igualmente objetables. Así, el excluir a los menores de dieciocho años de conducir automóviles, o excluir a los extranjeros del derecho al voto no parece tan objetable como lo es excluir a las minorías raciales del empleo. En parte, esta diferencia puede explicarse en términos del contraste entre las esferas de asimilación y diferenciación. La esfera de empleo debería considerarse claramente como una esfera de asimilación en relación a las diferencias raciales, mientras que la esfera que incluye las actividades tales como conducir automóviles puede considerarse justificadamente como una esfera de diferenciación con

---

<sup>36</sup> Tal discriminación puede tener lugar o bien usando la diferencia religiosa directamente como base para la clasificación legal, como una ley que prohíbe contratar a miembros de ciertas religiones, o ignorando formalmente las diferencias religiosas, e imponiendo un criterio que a primera vista es neutral pero que en realidad es sustancialmente discriminatorio, como una ley que permite a los empleadores no contratar a ningún empleado que rehúse a trabajar cualquier otro día que no sea el domingo, y así discrimina en la práctica a los que observan el sábado como día de descanso, como por ejemplo, los judíos o los adventistas del séptimo día.

<sup>37</sup> *Vid.*, MICHEL ROSENFELD, *Affirmative Action and Justice*, *supra*, 224.

<sup>38</sup> *Idem.*

respecto a (ciertas) diferencias basadas en la edad. Fijémonos, sin embargo, que la diferenciación en el contexto de la conducción tiene como correlato la exclusión, mientras que en otros contextos tales como la libertad de practicar la propia religión, puede tener como correlato la inclusión. Por tanto, el contraste entre asimilación y diferenciación no nos aclara suficientemente por qué ciertas exclusiones pueden estar justificadas y otras no. Para entender mejor por qué no todas las exclusiones son iguales, es necesario, por tanto, tomar un nuevo punto de vista en la relación entre identidad, diferencia, asimilación, diferenciación, inclusión y exclusión.

Obviamente, la asimilación, la identidad y la inclusión están ligadas, como lo están la diferenciación y la diferencia. El hecho de que las últimas puedan combinarse con la inclusión o la exclusión, sin embargo, crea una aparente asimetría entre asimilación y diferenciación. Además, debido a la asociación aparentemente fuerte de la asimilación con la inclusión, puede parecer particularmente deseable asociar la igualdad constitucional con una fuerte predisposición en favor de la asimilación<sup>39</sup>. Pero más allá de otras consideraciones, la asimilación no está inextricablemente ligada a la inclusión. De hecho, si la inclusión implica al menos un cierto grado de aceptación del otro *en sus propios términos*, entonces ciertos casos de asimilación resultan ser finalmente exclusión, más que inclusión del «otro». Siempre que la asimilación se persigue a través de una identidad artificial que se establece en contra del deseo de algunos miembros de la comunidad— como es el caso de una mayoría lingüística que impone su propia lengua como la lengua oficial de la comunidad— se está destinado a que haya alguna exclusión. En suma, la asimilación, aunque está necesariamente unida a la identidad, puede promover la exclusión tanto como la inclusión. Por lo tanto, cobra sentido la distinción entre inclusión en, o exclusión de, la *comunidad relevante* o la *clase de sujetos* e inclusión en, o exclusión de, la clase legalmente con derecho a un beneficio particular o legalmente obligada a asumir una determinada carga. De forma resumida, la distinción puede explicarse como una distinción entre inclusión o exclusión como sujeto, por un lado, e inclusión o exclusión en el *beneficio (o carga)*.

La exclusión como sujeto y la exclusión del beneficio están a menudo, pero no siempre, correlacionados. Así, por ejemplo, la exclusión de los menores de dieciocho años de la conducción de automóviles no implica ordinaria-

---

<sup>39</sup> Así, la ligazón entre asimilación e inclusión parece favorecer una igualdad constitucional ciega al color, sexo, etc., igual que lo hace el nexo frecuente entre diferencia y exclusión. *Vid., supra*.





mente ninguna exclusión como sujeto<sup>40</sup>. Además, la composición de la clase de sujetos para los propósitos de determinar la exclusión como sujeto puede variar dependiendo del contexto particular en el que nos movamos. La clase legítima de sujetos para los derechos políticos, por ejemplo, puede diferir de la clase legítima de sujetos para los derechos civiles fundamentales. Así, puede ser defendible la exclusión de los extranjeros del derecho al voto en las elecciones nacionales, pero no la exclusión del derecho contra la brutalidad policial. Una consecuencia importante de la dependencia del contexto de las clases de sujetos es que la inclusión y la exclusión como sujeto son, frecuentemente, parciales en lugar de comprensivas. Éste es el caso que se da siempre que una clase de sujetos construida desde una perspectiva diferente o más comprensiva se incorpora sin reconfigurar completamente ciertas clases de sujetos de contexto específico. Por ejemplo, desde el punto de vista de una orden constitucional que atribuye derechos civiles pero no políticos a los extranjeros, los últimos pueden verse más adecuadamente como parcialmente incluidos en, y parcialmente excluidos de, la comunidad constitucional relevante. Los extranjeros están, así, incluidos en el sentido de que la orden constitucional estructura beneficios y cargas legales en términos de personalidad, pero excluidos en cuanto a cómo los estructura en términos de ciudadanía. En un último análisis, la inclusión y la exclusión como sujeto tienen que ver con la pertenencia como miembro de la comunidad. En cualquier sociedad compleja, se está destinado a que haya una multiplicidad de comunidades diferentes, y el orden constitucional, además de crear su propia comunidad, es probable que incorpore parcialmente o reconfigure otras comunidades. De acuerdo con esto, la pertenencia como miembro de la comunidad constitucional no implica, necesariamente, una igual condición de miembro. Bajo el último ejemplo, los extranjeros son miembros de la comunidad constitucional pero no miembros iguales, pues

---

<sup>40</sup> Por supuesto, es posible argumentar que antes de cumplir los dieciocho, los chicos no son considerados miembros plenos de la comunidad relevante, y así, la exclusión del beneficio de nuestro ejemplo implicaría una exclusión como sujeto. Pero aunque es lógicamente posible, este argumento no es persuasivo ya que no se puede decir que los niños carezcan de la condición de miembros de la comunidad relevante en el sentido en el que puede carecer de esta condición una minoría racial o étnica perseguida y sometida al ostracismo. Además, también es posible argumentar que la prohibición a los chicos menores de dieciocho años de conducir automóviles debería ser considerada como una medida que les concede un beneficio en el sentido de que contribuye a su seguridad. Examinar el papel de la legislación paternalista dentro de los derechos de igualdad está más allá del objetivo de este trabajo, pero puede decirse que: 1) Incluso si se considera finalmente como un beneficio, la prohibición puede aun considerarse claramente como una carga, al menos desde el punto de vista de aquellos a los que se priva del derecho a conducir.; y 2) que hay exclusiones de beneficios claramente no paternalistas que no resultan en exclusiones como sujeto, como la que deniega una reducción de impuestos por gastos en cuidado de niños a los contribuyentes más ricos.



experimentan exclusiones como sujetos en el reino de los derechos políticos. Si tales exclusiones pueden finalmente justificarse es algo que no puede determinarse sin una mayor pesquisa. Pero en tanto que la exclusión como sujeto de los extranjeros de los beneficios de autodeterminación política es concebiblemente justificable, tal exclusión no puede ser igual de objetable que cualquier exclusión como sujeto basada en la condición de miembro de un particular grupo étnico o racial.

La confianza de la comunidad constitucional, de forma más general, en inclusiones parciales como sujetos, apunta a la estructuración del orden constitucional contemporáneo en términos de un conjunto de relaciones entre el «yo» y el «otro». Los aspectos esenciales de estas relaciones no pueden explorarse adecuadamente sin un examen más profundo de las ligazones entre el constitucionalismo moderno y el pluralismo<sup>41</sup>. Sin embargo, a estas alturas, pueden hacerse algunas observaciones preliminares sobre la construcción del «yo» y del «otro» en una sociedad marcada por una pluralidad o por intereses grupales divergentes.

Lo primero, y más eminente, es que el «yo» y el «otro» no deberían considerarse como entidades fijas, sino como artificios frágiles, cambiantes y dependientes del contexto, diferenciados a través de relaciones formadas y mantenidas por lazos de identidad, diferencia, inclusión y exclusión. Así, la división entre el «yo» y el «otro» es, sobre todo, *relacional*. Es el producto de alianzas y divisiones propensas a cambiar con el tiempo, y que pueden intensificarse o moderarse dependiendo del clima político o de las circunstancias particulares que se den. Además, quienes forman parte del mismo «yo» para un propósito, pueden pasar a formar parte del «otro» cuando se trata de un propósito distinto. En una sociedad caracterizada por un gran sexismo y racismo, por ejemplo, los hombres y las mujeres (de la misma raza) pueden perfectamente unirse dentro de un mismo «yo» para cuestiones relacionadas con la raza, y posteriormente disolverse en grupos claramente antagónicos divididos en el «yo» y el «otro» cuando se tratan asuntos relacionados con el sexo<sup>42</sup>.

Como ya se ha mencionado, la relación entre el «yo» y el «otro» es inconcebible en ausencia de la interacción entre identidad y diferencia<sup>43</sup>. Sin

---

<sup>41</sup> *Vid.*, parte IV, *infra*.

<sup>42</sup> *Vid.*, KIMBERLE CRENSHAW, «Beyond Racism and Misogyny: Black Feminism and 2 Live Crew», en Mari J. Matsuda et. al. (eds.), *Words that Wound*, Boulder (1993) 111.

<sup>43</sup> *Vid.*, *supra*.

embargo, debido a la naturaleza cambiante y relacional de la división entre el «yo» y el «otro», y debido a la amplia gama de potenciales inclusiones y exclusiones parciales, cualquier simple y llana correlación del «yo» con la identidad, y del «otro» con la diferencia parece destinada a ser inadecuada y engañosa. El «yo» requiere alguna forma de identidad, y el «otro» alguna forma de diferencia. Pero el papel relativo y la intensidad de la identidad y la diferencia dentro del «yo», o que emana de la imagen del «otro», puede variar enormemente dependiendo de las circunstancias. Uno puede imaginar, por ejemplo, un «yo» colectivo que admite la diversidad y la tolerancia al lado de otro «yo» colectivo obsesionado con mantener una intransigente homogeneidad. Uno puede imaginar también la construcción de un «yo» heterogéneo que se mantiene unido a través del rechazo de un «otro» descrito como radicalmente diferente. Así, un odio intenso contra una minoría racial particular podría reunir lo que de otra forma no sería más que un grupo disparejo, y dar lugar a una identidad propia puramente negativa basada en la no pertenencia a la minoría racial denigrada. Finalmente, uno puede imaginar una división violenta en el «yo» y el «otro» de dos grupos que comparten casi idénticas características. En ese caso, es precisamente por la ausencia de claras diferencias por lo que deben aventurar su supervivencia en una fiera confrontación. Por algo las fratricidas guerras civiles son frecuentemente las más sangrientas.

Con base en el precedente análisis, no hay ninguna relación fija entre identidad, diferencia, asimilación, diferenciación, inclusión, exclusión, el «yo» y el «otro». De acuerdo con ello, predicar la igualdad constitucional sobre el ideal de la asimilación, o sobre el rechazo general de las clasificaciones legales ligando las exclusiones de beneficios a características inmutables<sup>44</sup> carece de una justificación propia e incluso puede ser totalmente injustificado bajo ciertas circunstancias. Pero antes de entrar más a fondo en estos temas se hace necesario analizar desde algo más cerca la relación entre pluralismo comprensivo, identidad, diferencia e igualdad constitucional.

---

<sup>44</sup> La prohibición de clasificaciones legales con características inmutables es ciertamente atractiva ya que tales clasificaciones tienden a desaventajar a la gente debido a características moralmente neutrales que no pueden ayudar a poseer y que para ellos sería imposible (o casi imposible) de cambiar. Sin embargo, tal prohibición no es finalmente satisfactoria porque se muestra tanto sobreinclusiva como subinclusiva. Así, prohibir conducir un automóvil a una persona ciega supone una exclusión del beneficio sin una genuina exclusión como sujeto. Por el contrario, denegar derechos fundamentales a una minoría religiosa constituye una exclusión como sujeto no autorizada, pero no toca ninguna característica inmutable, al no asumir ningún impedimento legal o religioso a la conversión religiosa.

#### IV. EL NEXO ENTRE EL PLURALISMO COMPRENSIVO Y LA IGUALDAD CONSTITUCIONAL

Hemos visto en la parte II que el pluralismo comprensivo requiere igualdad. Sin embargo, para determinar la trayectoria ideal de la igualdad constitucional es necesario examinar *cómo* el pluralismo comprensivo promueve la igualdad. Para empezar, la implantación del pluralismo comprensivo supone dos momentos lógicos distintos que se combinan para delimitar la búsqueda de la igualdad entre las normas de primer orden<sup>45</sup>. Establecido frente a una competición entre una multiplicidad de normas de primer orden que luchan por el predominio, el primer momento lógico del pluralismo comprensivo es un momento negativo, caracterizado por un estricto rechazo de favorecer a cualquiera de las normas de primer orden que compiten entre sí. Así, en su momento negativo, el pluralismo comprensivo impone una igualdad estricta y neutralidad entre todas las normas existentes de primer orden y las concepciones del bien de las que derivan.

Sin embargo, llevado a su conclusión lógica, el primer momento del pluralismo comprensivo conduce a su autodestrucción. Si todas las normas de primer orden son completamente neutralizadas a través de una negación niveladora, entonces la búsqueda del pluralismo carecería de significado. En ausencia de una pluralidad de concepciones viables del bien, no quedarían normas de primer orden que el pluralismo tuviera que proteger. Así, para evitar la autodestrucción, el pluralismo comprensivo debe unir a su momento negativo otro positivo en el que las concepciones del bien excluidas puedan, de alguna forma, conseguir una readmisión en el universo pluralista.

Sin embargo, el pluralismo comprensivo debe afrontar un importante problema en su momento positivo. No todas las concepciones del bien excluidas en el curso del momento negativo del pluralismo comprensivo pueden conseguir la readmisión en el momento positivo. Por ejemplo, una religión que

---

<sup>45</sup> La lógica que subyace a la imposición del constitucionalismo es análoga a ese conjunto en movimiento que persigue el pluralismo comprensivo. Esto es muy sorprendente en tanto que el constitucionalismo busca proteger un conjunto de concepciones del bien —contra la erradicación a través de políticas mayoritarias no adulteradas— con la intención de sostener la dignidad humana y la autonomía. Así, las normas que emanan del constitucionalismo pueden considerarse como normas de segundo orden en contraste con todas las normas pre y extraconstitucionales que pueden agruparse como normas de primer orden. Para una discusión más extensa de la relación entre pluralismo, constitucionalismo y el desarrollo de la identidad de la materia constitucional, *vid.*, MICHEL ROSENFELD, «The Identity of the Constitutional Subject», 16 *Cardozo Law Review* (1995), 1049, 1070-74.

impone la cruzada, y para la que la conversión del infiel, forzosa y necesaria, es un deber sagrado que no admite excepciones, no tiene cabida dentro del pluralismo comprensivo. Además, incluso aquellas concepciones del bien que pueden ponerse en una lista de readmisión no pueden ocupar la misma posición bajo el pluralismo comprensivo que hubieran ocupado antes de su despliegue. Así, las religiones que requieren para su supervivencia de una radical intolerancia sólo se las puede readmitir con la condición de que no supongan una seria amenaza para otras religiones o para concepciones no religiosas del bien. Esto podría conseguirse, por ejemplo, relegando a las religiones readmitidas a la esfera privada<sup>46</sup>.

Debido a que el pluralismo comprensivo no puede readmitir igualmente, en su momento positivo, todas las concepciones del bien que ha excluido igualmente en su momento negativo, fracasa inevitablemente en su ideal de un igual trato favorable para todas las concepciones del bien. Como mucho, el pluralismo comprensivo puede comprometerse en una mejor aproximación a la igualdad entre todas las normas de primer orden, sin alcanzar nunca su meta de proporcionar una igualdad plena entre todas las normas de primer orden. Además, como el constitucionalismo y la igualdad constitucional acogen los principios del pluralismo comprensivo, éstos pueden, como mucho, atacar desigualdades particulares y reducir así la desigualdad, pero sin alcanzar nunca la igualdad. Esto concuerda con la afirmación previa de que el trabajo de la igualdad constitucional consiste en lanzar ataques contra desigualdades particulares en el contexto de un ideal de igualdad plena necesario de perseguir pero imposible de alcanzar<sup>47</sup>.

La relación entre el pluralismo comprensivo y la igualdad dibujada más arriba nos ofrece una mayor guía para analizar la identidad, diferencia, inclusión y exclusión tal y como se relacionan con la igualdad constitucional. En particular, deben destacarse dos puntos importantes. Primero, en su intento (aunque puramente formal y breve) de conseguir la completa igualdad en su momento negativo, el pluralismo comprensivo proporciona un criterio crítico para tratar las demandas de igualdad en el contexto del pluralismo limitado. De hecho, el pluralismo limitado puede caracterizarse mejor por su fracaso en la nivelación de todas las normas de primer orden en el

---

<sup>46</sup> Cfr. KARL MARX, «On the Jewish Question», in T. B. Bottomore (Trad. y ed.), *Karl Marx: Early Writings*, New York /Toronto/ London (1964) 3-40 (defendiendo que la emancipación religiosa sólo puede obtenerse al coste de relegar la religión a la esfera privada).

<sup>47</sup> *Vid., supra.*

curso de su momento negativo<sup>48</sup>. Por tanto, desde el punto de vista de la igualdad constitucional asentada en el constitucionalismo, la búsqueda de identidades, diferencias, inclusiones o exclusiones legitimada por normas de primer orden no niveladas adecuadamente por el pluralismo limitado, estaría sujeta a ataque. Por ejemplo, en un país donde la religión mayoritaria tiene atribuido y garantizado oficialmente un *status* legal privilegiado, las exclusiones que afecten adversamente a otras religiones pueden ser recusadas por su fracaso en la consecución de los estándares de igualdad prescritos por el constitucionalismo<sup>49</sup>. En definitiva, que el pluralismo comprensivo supone un ataque efectivo, bajo los fundamentos de la igualdad, contra cualquier configuración de identidades, diferencias, inclusiones o exclusiones que derive de normas de primer orden indebidamente mantenidas durante el efecto negativo del pluralismo.

El segundo punto importante tiene que ver, por su parte, con el momento positivo del pluralismo comprensivo. Al igual que todos los intentos de reintegrar las normas de primer orden están destinados a fracasar en la consecución del ideal de igualdad plena, siempre hay sitio para llamadas en favor de una mayor igualdad. Más específicamente, asumiendo que todos los miembros de una sociedad pluralista compartan la misma creencia en la prioridad de las normas de segundo orden, pero difieran en sus respectivas preferencias entre las normas de primer orden, cualquier acuerdo tomado en el momento positivo del pluralismo comprensivo puede dividir la comunidad en dos campos principales. Por un lado, aquellos cuya concepción del bien ha sido satisfactoriamente protegida es probable que defiendan el acuerdo actual como el mejor posible bajo las circunstancias presentes. Por otro lado, aquellos que no están satisfechos con el nivel de protección que se ha otorgado a su concepción del bien puede que defiendan desviaciones del acuerdo actual, basándose en la posibilidad de conseguir, bajo el con-

---

<sup>48</sup> Puede argumentarse que el pluralismo limitado también puede reconocerse por su rechazo arbitrario de readmitir ciertas normas de primer orden en el curso de su momento positivo. Sin embargo, parece más lógico, distinguir entre pluralismo comprensivo y limitado en términos de si se establece o no una distinción sistemática entre normas de primer y segundo orden, una cuestión que viene a establecerse en el momento negativo. Así, el pluralismo limitado estaría definido por un fracaso en distinguir limpia y comprensivamente, entre normas de primer y segundo orden. Por el contrario, el rechazo arbitrario de readmitir en el momento positivo, se caracterizaría como el producto de una búsqueda corrupta o defectuosa del pluralismo comprensivo.

<sup>49</sup> Esto no significa necesariamente, por supuesto, que tales diferenciaciones o exclusiones sean inconstitucionales. Como ya se ha dicho, las constituciones reales puede perfectamente no satisfacer los límites normativos del constitucionalismo. *Vid., supra.*



junto de las circunstancias que tienen lugar, una mayor igualación entre las concepciones del bien existentes<sup>50</sup>.

La solución del último conflicto no puede conseguirse simplemente examinando el nivel de protección otorgado a una concepción individual del bien, sino que requiere una apreciación detallada de cómo las concepciones concurrentes del bien deberían ser mutuamente ajustadas para aproximarnos más a los propósitos del pluralismo comprensivo. Esta apreciación necesaria, sin embargo, se encuentra amenazada con dificultades que derivan tanto de la naturaleza de las concepciones del bien como de las formas en las que están destinadas a relacionarse entre ellas dentro del molde sociopolítico dibujado por el pluralismo comprensivo. Dicho brevemente, el problema es que las concepciones del bien no son estáticas o rígidas, sino más bien dinámicas, flexibles, hasta cierto punto permeables, y abiertas a influencias exteriores. Además, bajo la presión del pluralismo comprensivo, aumenta enormemente la oportunidad y la necesidad, para todas las concepciones del bien, de tener más en cuenta otras concepciones, y de abrirse gradualmente a ellas. Y como consecuencia de esto, puede que tenga lugar una mayor protección de una particular concepción del bien no sólo como resultado de alguna reordenación externa entre las otras concepciones prevalentes del bien sino también como resultado de una reordenación interna dentro de las últimas. Así, incluso cuando la reordenación externa, producida por una mayor protección de ciertas concepciones del bien, no trastorna el *status* de las concepciones restantes, la reordenación interna sí puede hacerlo. De esta forma, siempre será discutible si, y hasta que punto, un nuevo acuerdo elaborado para proporcionar una mayor protección de diversas concepciones del bien contribuye realmente a la maximización de la igualdad entre concepciones prevalentes del bien.

Para ilustrar este último punto, es útil considerar el siguiente ejemplo. Imaginemos una sociedad que proclama la adhesión al pluralismo comprensivo, pero que castiga la homosexualidad y es completamente intolerante con el estilo de vida homosexual. Para reconciliar su adhesión al pluralismo comprensivo y su intolerancia hacia la homosexualidad, esta sociedad tendría que articular una razón de por qué las concepciones del bien que promueve el estilo de vida homosexual no deberían tolerarse de la misma forma que se toleran

---

<sup>50</sup> Desde la perspectiva del pluralismo comprensivo, y a efectos del establecimiento de límites a las disputas sobre la igualdad constitucional, no sería necesario tener en cuenta un tercer campo formado por aquellos cuya concepción del bien se ha excluido, en tanto en cuanto, como miembros de ese tercer campo, rechazarían totalmente la prioridad de las normas de segundo orden sobre las de primer orden.

otras concepciones del bien no mayoritarias. Imaginemos, además, que tal sociedad argumenta que la homosexualidad es anormal y desviante y que como tal constituye una amenaza a la preservación de la estructura social<sup>51</sup>. Si tal argumento fuese aceptado, entonces una sociedad devota del pluralismo comprensivo sería capaz, presumiblemente, de justificar la intolerancia contra la homosexualidad como podría justificar la intolerancia contra las religiones que promueven las cruzadas<sup>52</sup>. Superar la creencia de que la homosexualidad supone una amenaza a la sociedad, y hacer posible la igualdad de los homosexuales requiere una aproximación multifacial para combatir los prejuicios y otras percepciones. Sin embargo, para nuestros propósitos lo que es crucial es la necesidad de reorientar el discurso constitucional hacia un nivel más alto de abstracción. En vez de centrarnos en las prácticas homosexuales y en las actitudes tradicionales hacia ellos, el propósito debería ser resaltar la necesidad para toda persona, ya sea heterosexual u homosexual, de tener relaciones sexuales íntimas, e insistir en que todos los adultos deberían poseer la misma capacidad para tener, en la intimidad, relaciones sexuales consensuadas con otro adulto<sup>53</sup>. Obviamente, el movimiento a un nivel más alto de abstracción en este caso está designado a suponer un cambio de enfoque hacia la homosexualidad desde una primera etapa de diferencia como desigualdad a una segunda etapa de igualdad como identidad. Pero menos obvio, quizás, es que si el movimiento tiene éxito no sólo supondrá la inclusión del estilo de vida homosexual entre la multiplicidad de concepciones legítimas del bien de primer orden existentes. El movimiento tendrá también, indudablemente, consecuencias *dentro* de estas últimas concepciones del bien, como un mayor debilitamiento de las creencias en algún tipo de nexo necesario entre sexo y

---

<sup>51</sup> Cfr. La opinión concurrente del presidente Burger en *Bowers v. Hardwick*, 478 U. S. 186 (1986) (refiriéndose a la homosexualidad como un «crimen contra la naturaleza» y como un «acto atroz»).

<sup>52</sup> Hay, por supuesto, una diferencia crucial entre los dos que debería ser reconocida incluso por aquellos que mantienen que la homosexualidad es anormal. Mientras que las religiones en favor de las cruzadas mantienen un deber de proselitizar, incluso por la fuerza, los partidarios del estilo de vida homosexual es más improbable que pretendan convertir a la población heterosexual. Sin embargo, desde el punto de vista del mantenimiento de una viable sociedad pluralista comprensiva, es indiferente si una amenaza a su integridad es voluntaria o involuntaria. Por ejemplo, si una religión prohibiera a sus creyentes vacunarse, y el rechazo a vacunarse de estos últimos resultase en la propagación de una enfermedad mortal, el estado pluralista estaría justificado para desconsiderar su concepción del bien y obligarles a que se vacunaran contra su voluntad, incluso aunque no tuvieran la intención de perjudicar o hacer daño a otros ciudadanos que no compartan sus creencias religiosas.

<sup>53</sup> Ésta es la posición de los jueces disidentes en la decisión de 5-4 del Tribunal Supremo en el caso *Bowers v. Hardwick*, 478 U. S. 218-219, en el que el Tribunal se negó a reconocer un derecho constitucional a tener relaciones homosexuales consensuadas entre adultos.



procreación o sexo y matrimonio. O también puede ser que conduzca a llamadas en favor de la legalización de los matrimonios homosexuales, causando una mutación en las actitudes hacia el matrimonio, y conduciendo así a desórdenes *dentro* de los grupos que se adhieren a las concepciones del bien que otorgan gran valor a las nociones tradicionales del matrimonio. Más aún, la legitimación del estilo de vida homosexual en el contexto de la igualdad constitucional también puede tener repercusiones para religiones particulares tradicionalmente opuestas a la homosexualidad, ya que sus fieles homosexuales pueden atreverse a buscar cambios dentro de sus comunidades religiosas<sup>54</sup>. Finalmente, asumiendo que los homosexuales tuvieran éxito en la búsqueda de la igualdad de segundo grado, podrían presionar y solicitar cambios más importantes en búsqueda de una igualdad de tercer grado, como diferencia, lo que nos conduciría a desórdenes internos adicionales dentro de los grupos que se adhieren a las concepciones más tradicionales del bien<sup>55</sup>.

El énfasis precedente en el hecho de que los movimientos hacia una mayor inclusividad están destinados a suponer ciertas barreras internas y externas, al igual que beneficios, sobre las concepciones del bien que luchan por la protección dentro de una sociedad que aspira al pluralismo comprensivo, no significa desacreditar las tendencias hacia una mayor igualdad o favorecer el *statu quo*. Significa, al contrario, desvanecer la noción de que una sociedad que aspira al pluralismo comprensivo pueda acabar siendo una colección de comunidades cerradas en sí mismas y que permanecen impermeables a las influencias de las otras. De esta forma, además, la clásica distinción liberal entre actos de la esfera puramente personal y actos susceptibles de dañar a otros no se mantiene y no puede servir, por tanto, como una guía para establecer los límites de los derechos en general, o los derechos de igualdad en particular<sup>56</sup>.

Para nuestros propósitos, las observaciones precedentes conducen a dos consecuencias particularmente importantes. La primera, que cada nueva pre-

---

<sup>54</sup> Vid., por ejemplo, ANDREW SULLIVAN, *Virtually Normal: An Argument About Homosexuality*, New York (1995) (argumentando que la Iglesia católica debería permitir las relaciones homosexuales sobre la analogía de la permisión de relaciones heterosexuales en el caso de parejas casadas e infértiles).

<sup>55</sup> En la búsqueda de la igualdad como identidad, los homosexuales pueden presionar para conseguir el reconocimiento oficial de matrimonios del mismo sexo. En la búsqueda de la igualdad como diferencia, en contraste, los homosexuales seguramente perseguirían alternativas públicas normalmente utilizadas para favorecer las relaciones maritales tradicionales y los valores familiares. Comparar Andrew Sullivan, *Virtually Normal*, *supra* (donde se defiende la asimilación de los homosexuales) con Leo Bersani, *Homos*, Cambridge (1995) (criticando la asimilación y enfatizando las implicaciones derivadas de la afirmación de la sexualidad gay).

<sup>56</sup> Vid., JOHN STUART MILL, *On Liberty*, Elizabeth Rapaport (ed.), Indianapolis (1978) 73-74.

tensión de igualdad, que necesite cambios en la clase de sujetos o en el ámbito de la igualdad constitucional, reestablece la competición entre todas las concepciones del bien que luchan por la inclusión dentro del marco pluralista dibujado por la igualdad constitucional. Y, en segundo lugar, que cualquier pretensión de mayor igualdad constitucional –bien suponga elevar el discurso relevante al nivel más alto de abstracción requerido por la igualdad de segundo grado, como la identidad, o desplazar el énfasis del discurso de las generalidades abstractas a las diferenciaciones particulares que se necesitan en la igualdad de tercer grado, como la diferencia– sobrepasa su meta y produce consecuencias no queridas tanto para sus proponentes como para los demás afectados por ella<sup>57</sup>.

En un último análisis, cualquier pretensión de cambiar la naturaleza o el alcance de la igualdad constitucional reúne en sí los dos distintos momentos lógicos del pluralismo comprensivo. De hecho, al menos implícitamente, en cualquier pretensión de este tipo se mantiene que hay algunos que son indebidamente privilegiados y que hay un modo más equitativo de proteger los diferentes puntos de vista con derecho a ser reconocidos de como se ha hecho en el caso presente. Además, debe establecerse una distinción entre el discurso constitucional real y su contraparte construida contrafácticamente. En el discurso real, los niveles de abstracción y los grados de igualdad pueden empañarse convenientemente para imprimir una ventaja retórica en la búsqueda de los objetivos políticos relacionados con la lucha por la igualdad. Por ejemplo, puede desplegarse la retórica de la igualdad como identidad para mantener en su lugar las situaciones desiguales que se producen en un régimen enormemente antiigualitario<sup>58</sup>. En el discurso de la reconstrucción contrafáctica, por el contrario, como analizaremos brevemente en la parte V, la lógica de los niveles de abstracción y la dialéctica de las etapas de igualdad se siguen escrupulosamente con el propósito de proporcionar una justificación normativa basada en principios o una crítica de las pretensiones existentes o los estados actuales de las cosas.

---

<sup>57</sup> Por ejemplo, los homosexuales, en búsqueda de un derecho igual a tener sexo consensuado pueden, sin quererlo, avanzar pretensiones similares a favor de aquellos que desean tener relaciones sexuales incestuosas o relaciones sadomasoquistas consensuadas. Por otro lado, las mujeres que enfatizan las diferencias entre los sexos en búsquedas de un derecho a un puesto de trabajo que se adapta mejor a sus necesidades y aspiraciones pueden, sin saberlo, estar proporcionando más argumentos a aquellos que pretender explotar las diferencias basadas en el sexo para subordinar a las mujeres.

<sup>58</sup> Así, en los Estados Unidos, la retórica de la neutralidad ante el color se ha invocado contra los programas de discriminación inversa (affirmative action), designados para corregir los efectos de una discriminación racial pasada. *Vid.*, MICHEL ROSENFELD, «Decoding *Richmond*: Affirmative Action and the Elusive Meaning of Constitutional Equality», *supra*.



## V. CONSIDERACIONES FINALES: SOBRE LOS AMPLIOS CONTORNOS DE LA RECONSTRUCCIÓN DE LA IGUALDAD CONSTITUCIONAL

En vista del gran número de variables culturales e históricas que se ven envueltas, y de la naturaleza relacional de muchos de sus aspectos clave, la igualdad constitucional debe ser analizada de un modo *contextual*. Así, su reconstrucción variará de un grupo al siguiente, y deberían evitarse las grandes generalizaciones cuando nos enfrentemos con situaciones particulares. Con esta limitación en mente, no obstante, la reconstrucción debería seguir una lógica determinada –ligada al pluralismo comprensivo y a la dialéctica de la igualdad– y una dirección definida –principalmente, hacia una mayor perfección.

La lógica del pluralismo comprensivo se une a la dialéctica de la igualdad a dos diferentes niveles: un nivel *formal* y uno *sustantivo*. En el nivel formal, el momento negativo del pluralismo comprensivo corresponde a la transición de la diferencia como desigualdad de la primera etapa a la igualdad como identidad de la segunda. Verdaderamente, cada movimiento del eje negativo del pluralismo comprensivo presupone alguna jerarquía no autorizada entre las normas de primer orden –es decir, alguna correlación ilegítima entre diferencia y desigualdad– que pretende desarraigarse nivelando las diferencias que permanecen en el camino de la igualdad –es decir, desechando todas las diferencias y produciendo así una identidad puramente negativa–. Por otro lado, el eje positivo del pluralismo comprensivo corresponde a la transición entre la igualdad como identidad de la segunda etapa y la igualdad como diferencia de la tercera etapa. Desde el punto de vista de la reconstrucción, además, la reformulación de las pretensiones reales en términos de estas características del nivel formal produce una recharacterización que es adecuada para la crítica o la justificación contrafáctica<sup>59</sup>.

En el nivel sustantivo, el nexo entre el pluralismo comprensivo y las dialécticas de la igualdad es el mismo que en el nivel formal, pero la visión se desplaza de una impresión microcósmica del proceso completo a una foto instantánea completamente ampliada de ese proceso. Por ejemplo, en el nivel sustantivo, una pretensión particular al efecto de que privilegiar a una religión

---

<sup>59</sup> En términos de justificación, el objeto sería demostrar que, incluso después de agotar tanto la fase negativa como la positiva de ejercicio formal, los críticos del *statu quo* no acabarían en una posición que sea *más* equitativa y ventajosa para ellos.

como la oficial del Estado viola la igualdad constitucional, proporcionaría un cuadro detallado del ataque sobre un único objetivo durante la fase negativa del pluralismo comprensivo, y de la lucha hacia una igualdad de segundo grado tal y como se relaciona con una única diferencia. Así, el objeto en el nivel sustancial es establecer una secuencia discreta, empotrada en un grupo cultural, histórico e institucional concreto, en la progresión guiada por el pluralismo comprensivo y la dialéctica de la igualdad. Esto permite la elaboración de un horizonte plausible de soluciones posibles para la lucha particular bajo consideración. Este horizonte puede servir, así, como un test contrafáctico con el que se puede, críticamente, apreciar la lucha relevante. Además, juntos, los niveles formal y sustantivo pueden combinarse en un contrafáctico suficientemente rico y variado para permitir un enfoque crítico que integre satisfactoriamente varios niveles de abstracción, y que facilite la consideración de todos los elementos relacionales relevantes dentro de la dinámica puesta en marcha por la lucha por la igualdad.

La referencia a la intersección entre el pluralismo comprensivo y la dialéctica de la igualdad también contribuye a hacer ciertas elecciones principia- das entre igual trato, igual consideración e igual resultado. Pero para conseguir una guía más completa de la elección en cuestión es necesario referirse a las distinciones entre igualdad entre concepciones del bien e igualdad relativa al sujeto; y entre inclusión (o exclusión) como sujeto e inclusión (o exclusión) del beneficio (o carga). Desde el punto de vista del primer momento (negativo) de la justicia comprensiva, todas las concepciones del bien deberían recibir un trato igual que condujera a un resultado igual. Desde el segundo momento (positivo), por otro lado, todas las concepciones del bien deberían tener derecho sólo a la igual consideración, y cada una de ellas puede ser tratada diferente- mente, dependiendo de su compatibilidad con las otras, y con los precep- tos normativos del pluralismo comprensivo. Concurrentemente, desde el punto de vista de la transición entre la primera y la segunda etapa en la dialéctica de la igualdad, la igualdad relativa al sujeto requiere igual trato, es decir, la misma regla para todos sin consideración de las diferencias, o más precisamente, de aquellas diferencias sobre las cuales se predicaban las desigualdades de prime- ra etapa. Además, en términos de la transición entre la igualdad de segunda y tercera etapa, la igualdad relativa al sujeto puede requerir igual trato, igual consideración o igual resultado, o alguna combinación de dos o las tres, depen- diendo de los asuntos sustantivos en juego. En otras palabras, la pretensión última de la igualdad de tercera etapa es realizar plena e igualmente las necesi- dades y aspiraciones de cada sujeto relevante. Sin embargo, los objetivos inter-



medios en el camino de esa última pretensión pueden, variadamente, requerir un trato igual, una igual consideración o un igual resultado <sup>60</sup>.

La elección entre igual trato, consideración, y resultado, debe determinarse más concretamente por referencia a la distinción entre exclusión como sujeto y exclusión del beneficio. Desde el punto de vista del sujeto de la igualdad constitucional *qua* sujeto —es decir, dejando de lado la cuestión umbral de quién tendrá derecho a una pertenencia como miembro pleno de la comunidad política relevante— debería haber un derecho claro al igual trato, igual consideración e igual respeto. Desde el punto de vista de la exclusión del beneficio, por otro lado, el único requerimiento debería ser que a todas las pretensiones de acceso a un beneficio particular debería dárseles una igual consideración —en el sentido de acordarse una audiencia imparcial—. Pero debido a que, incluso después de las determinaciones iniciales relativas a la clase relevante de sujetos, las exclusiones como sujeto pueden no resultar, a menudo, separables de las exclusiones de beneficios <sup>61</sup>, en la práctica las cuestiones relativas a exclusiones de beneficios pueden bien suponer también cuestiones relativas a la exclusión como sujeto. Así, una exclusión del beneficio que también suponga una exclusión como sujeto sería vulnerable a las objeciones planteadas desde los fundamentos del igual trato o igual resultado. Además, si cualquier exclusión particular del beneficio sería vulnerable en este sentido dependería también de si la ausencia del beneficio en cuestión amenaza la integridad del sujeto relevante.

El nexo entre la exclusión como sujeto y la exclusión de beneficio hace surgir la cuestión más amplia de cuál debería ser la relación adecuada entre el objeto y el ámbito de la igualdad constitucional. Pero antes de poder enfrentarse a esta cuestión, es necesario hacer algunas observaciones más, relativas respectivamente, al objeto y al ámbito de la igualdad constitucional.

En relación al objeto, deben fijarse conjuntamente tres cuestiones interrelacionadas. Éstas son: la cuestión de la pertenencia como miembro; la cuestión de si finalmente es el individuo o el grupo quien debe figurar como el

---

<sup>60</sup> En general, cada uno de estos tres principios es relacional y la consecución última de alguno de ellos puede, variadamente, suponer la consecución, a lo largo del camino, de alguno de los otros. Por ejemplo, la igual consideración —en el sentido de igualdad de oportunidades— relacionada con el empleo puede requerir un trato igual o iguales resultados con respecto a la educación proporcionada, dependiendo de como uno conciba la limpia competencia por los escasos puestos de trabajo.

<sup>61</sup> Por ejemplo, la pertenencia formal como miembro de la clase relevante de los sujetos, acompañada de la denegación sistemática de los beneficios necesarios para la subsistencia es tanto como la exclusión como sujeto.

objeto de la igualdad constitucional; y la cuestión de la conexión adecuada entre el sujeto, el «yo» y la concepción del bien. En realidad, las respuestas a estas tres cuestiones son dependientes entre sí, ya que la pertenencia como miembro puede variar dependiendo de si es el individuo o el grupo el que debería predominar, y la última cuestión sólo puede establecerse por referencia a los principios necesariamente incluidos en alguna concepción del bien. Empezando, por tanto, con las concepciones del bien, la asunción del pluralismo comprensivo significa que el sujeto relevante se construye, sobre todo, en términos de normas legítimas de segundo orden, y en segundo lugar, en términos de aquellas normas de primer orden que se muestran compatibles con el pluralismo comprensivo. Puesto que, en teoría, todos los individuos pueden formular su propia concepción del bien<sup>62</sup>, y ya que todas las concepciones del bien tienen derecho a una igual consideración, es finalmente el individuo más que el grupo quien debe contar como el objeto de la igualdad constitucional. Esto no significa que las cuestiones relativas al grupo deban ignorarse o infravalorarse. Significa sólo que en los casos de un conflicto irreconciliable entre el individuo y el grupo, donde no cabe una recharacterización imparcial para acabar con el conflicto, el individuo debe prevalecer sobre el grupo.

Para ilustrar esto, consideremos el siguiente ejemplo: un grupo religioso cree que está establecido divinamente que tras el divorcio de una pareja, la custodia de los niños debe atribuirse exclusivamente al padre. La ley de la democracia constitucional en la que este grupo religioso está establecido prevé, por otro lado, que al menos que los padres puedan ponerse de acuerdo sobre la custodia de los hijos tras el divorcio, ésta deberá otorgarse a aquel que, según una determinación judicial apropiada, esté mejor capacitado para proteger los intereses de los niños. Asimismo, la Constitución establece la libertad de culto y de ejercicio de la propia religión así como la estricta igualdad entre sexos<sup>63</sup>. Supongamos ahora que una pareja que pertenece al grupo religioso en cuestión se divorcia, y que la mujer se niega a permitir al marido la custodia sobre los hijos de la pareja. Supongamos que en el juicio, el juez considera que otorgar la custodia de los niños a la madre supondría una amenaza para la supervivencia del grupo religioso, pero que sería mejor para los intereses de los niños. Bajo estas circunstancias, hay un conflicto irreconciliable entre el derecho del

---

<sup>62</sup> O, al menos, todos los individuos tienen capacidad para optar por una concepción del bien compartida por otros.

<sup>63</sup> Este ejemplo es una adaptación, con cambios significativos, de los hechos relevantes en *Martínez v. Santa Clara Pueblo*, 436 US 49 (1978).



grupo religioso al mantenimiento de la integridad de su concepción del bien, y el derecho individual de igualdad de sus miembros. En estas circunstancias, y en persecución del pluralismo comprensivo, el derecho individual prevalecería sobre el colectivo.

De forma consistente con la prevalencia del individuo, idealmente cada individuo debería tener derecho a una igual pertenencia como miembro en una comunidad constitucional global. Sin embargo, ya que las comunidades constitucionales existentes tienden a confinarse en el simple Estado-nación, debe hacerse una distinción entre la plena pertenencia como miembro basada en la ciudadanía, y la pertenencia parcial que debería extenderse a todas las personas. Además, el prorrateo de los diferentes beneficios y cargas dependiente de la plena o parcial pertenencia como miembro debería determinarse de forma consistente con las necesidades y responsabilidades justificadas y asociadas a la ciudadanía.

Volviendo al ámbito de la igualdad, debe distinguirse entre lo que el Estado debería asignar a cada sujeto como precondition de su capacidad para conseguir un mínimo de integridad, y lo que el Estado puede ser libre de no asignar pero que no puede escoger distribuir selectivamente. En el primero de los dos casos, cualquier exclusión de beneficio conllevaría también, automáticamente, una exclusión como sujeto y puede, por lo tanto, ser definida como una «exclusión como sujeto *per se*». En el segundo caso, sin embargo, una exclusión de beneficio constituiría sólo una exclusión como sujeto si fuera discriminatoria. Por ejemplo, en un Estado muy próspero donde todos los ciudadanos tienen suficientes recursos para proporcionar una educación privada a sus hijos, el Estado no debería tener una obligación constitucional de proporcionar una educación pública gratuita. Sin embargo, si el Estado decidiera proporcionarla, las exclusiones basadas en el origen étnico deberían quedar excluidas por suponer una exclusión como sujeto además de una exclusión de beneficio. Así, puede decirse que este segundo caso envuelve una «exclusión de sujeto *comparativa*».

El ámbito de la igualdad que debe construirse para evitar la exclusión como sujeto *per se* debería determinarse en términos de las condiciones materiales existentes y de los imperativos normativos del pluralismo comprensivo. En otras palabras, las cuestiones relativas a las exclusiones como sujeto *per se* deberían establecerse por referencia a un «yo» constitucional artificial que se adecue a las restricciones impuestas por las normas de segundo orden del pluralismo comprensivo y que incorpore identidades y diferencias consistentes con tales normas. Más allá de este punto, no obstante, las soluciones a los con-

flictos relativos a la igualdad constitucional es probable que sean más propias del contexto específico. Con esto en mente, deben hacerse algunas consideraciones adicionales sobre el ámbito propio de la igualdad constitucional.

En primer lugar, de acuerdo con las observaciones precedentes, y particularmente con el hecho de que no todas las exclusiones de beneficio suponen exclusiones como sujeto, la búsqueda del pluralismo comprensivo deja sitio para distinguir entre la igualdad constitucionalmente requerida y la igualdad deseable como cuestión política. Por ello, en tanto en cuanto se respeten las restricciones del pluralismo comprensivo, y se eviten las exclusiones como sujeto comparativas, debería haber espacio para restringir o ampliar el ámbito de la igualdad legalmente exigida.

En segundo lugar, las cuestiones relativas al ámbito adecuado de la igualdad constitucional aparecen en el contexto del (segundo) momento positivo del pluralismo comprensivo. En ese momento, la meta es, y es mucho, proteger tantas concepciones del bien de primer orden como sea posible de forma consistente con las normas de segundo orden del pluralismo comprensivo. Indudablemente, no será posible proteger todas las concepciones de primer orden, o proteger plenamente aquellas que han superado los requisitos legítimos para la admisión. Ambas alternativas relativas a cuáles concepciones del bien de primer orden deberían incluirse, y cuánto de una concepción admitida debería protegerse dependen obviamente de la lista de concepciones que compiten por la inclusión en ese momento. Pero sin consideración a la composición de esa lista, y de acuerdo con lo dicho más arriba, todos los candidatos a la inclusión tienen derecho a una igual consideración en cuanto se trata en todos los casos de pretensiones de una mayor inclusión. La igual consideración, en suma, supone la atribución de ciertos derechos y, dependiendo de las circunstancias, de ciertos beneficios materiales, que determinan parcialmente el ámbito propio de la igualdad constitucional.

Finalmente, incluso en relación a las concepciones del bien de primer orden que se han mostrado compatibles con el despliegue de la concepción del bien de segundo orden, la escasez de recursos puede hacer aparecer cuestiones relativas a la adecuada delimitación del ámbito de la igualdad constitucional. Esto puede ocurrir, por ejemplo, donde, debido a un trato igual, los proponentes de una concepción del bien se encuentran mucho mejor en cuanto a la satisfacción de sus necesidades y aspiraciones que los proponentes de una concepción del bien diferente. En tal caso, ¿es adecuado el igual trato? ¿O, por el contrario, debería resultar defendible, frente a demandas de discriminación, una redistribución de los recursos escasos que supusiera un trato desigual pero que acabase en una mayor igualdad de resultado (en proporción a las respectivas necesidades y aspiraciones envueltas)?





Para responder a estas cuestiones es necesario comparar la importancia relativa que cada beneficio (o carga) particular tiene para la concepción del bien a la que se asigna. En realidad, si el ámbito de la igualdad constitucional se construyese de un modo tal que satisficiera las aspiraciones triviales de los proponentes de una concepción del bien a la vez que dejase insatisfechas algunas de las necesidades más importantes de los pertenecientes a otra, esto conduciría, muy probablemente, a una exclusión como sujeto impermisible. Para evitar esto, es necesario conocer la importancia relativa de cada pretensión desde la perspectiva de sus proponentes, con la finalidad de establecer una jerarquía que proporcione un orden legítimo de prioridad entre las pretensiones. Esta jerarquía, además, podría establecerse contrafácticamente, a través de la asunción sucesiva de cada una de las perspectivas relevantes involucradas —o en otras palabras, a través de una inversión de las perspectivas—, seguida por una comparación del lugar del beneficio (o carga) bajo consideración dentro de cada una de las perspectivas envueltas. Este proceso, que se ajusta a los requisitos de los que yo he llamado en otra parte «justicia como reciprocidad reversible»<sup>64</sup>, es plenamente consistente con el compromiso del pluralismo comprensivo de incluir en su seno tantas concepciones del bien como sea posible. Debido a que no pueden llevarse a cabo todas las necesidades y aspiraciones de todos los proponentes de cada una de las concepciones del bien compatibles con el pluralismo comprensivo, el recurso a la justicia como reciprocidad reversible se hace necesario para fijar el ámbito adecuado de la igualdad constitucional. Y, de nuevo, a pesar de que pueda parecer lo contrario, la reconstrucción contrafáctica sirve para recordarnos que la igualdad constitucional no puede confinarse legítimamente al principio de igual trato.

Para finalizar, un recordatorio. La reconstrucción contrafáctica es una herramienta poderosa y útil, pero no debe perderse de vista el hecho de que el pluralismo comprensivo y los preceptos normativos del constitucionalismo que genera no son sino ideales que deben perseguirse pero que nunca pueden ser plenamente alcanzados. Las constituciones reales son imperfectas, y la igualdad constitucional real insuficiente. La esperanza es que la visión perfeccionada por la imaginación contrafáctica fomentará la crítica constructiva y la resolución de trabajar para hacer mejoras.



<sup>64</sup> Vid., MICHEL ROSENFELD, *Affirmative Action and Justice*, *supra*, 249-258.