

## Pluralismo, diferencia y desigualdad

Ernesto Garzón Valdés

Profesor Emérito de la Universidad de Córdoba, Argentina

Profesor Emérito de la Universidad de Maguncia, Alemania

0. Los tres conceptos mencionados en el título de mi presentación son conceptos referenciales negativos, es decir, constituyen el rechazo o apartamiento de conceptos supuestamente más básicos cuales son –en este caso– los de unidad, semejanza e igualdad. Si se admite esta aproximación conceptual, pienso que también cabe admitir que el valor o disvalor de aquellos dependerá de la concepción que uno tenga de estos últimos. Dado que, a su vez, la semejanza y la unidad pueden, en cierto modo, ser referidas a la igualdad, intentaré aquí precisar el concepto de igualdad (I), recordaré algunas versiones de un pluralismo que considero moral y políticamente inaceptable (II) y, finalmente, propondré distinguir entre aquellas desigualdades que necesariamente habrán de darse en toda sociedad democrática y las discriminaciones socioculturales propias de regímenes totalitariamente excluyentes (III).

### I

1. Uno de los temas más manidos en la literatura jurídica, moral y política es, sin duda, el de la igualdad. A fin de procurar precisarlo, conviene recordar, por lo pronto, algunos lugares comunes. Primero, los enunciados de igualdad pueden ser descriptivos o prescriptivos. Y, si bien es cierto que no es posible pasar sin más del ámbito del ser al del deber ser, también lo es que los enunciados prescriptivos de igualdad aspiran a imponer un estado de cosas que tome en cuenta datos de la realidad considerados como relevantes para establecer una relación de igualdad. Todo enunciado de igualdad requiere, pues, una selección previa de las características distintivas de los objetos a los que se les atribuye la propiedad de ser iguales; es, en este sentido, el resultado de una percepción selectiva y, por lo tanto, excluyente. Segundo, la relación de igualdad, sea esta descriptiva o prescriptiva, presupone a) una cierta pluralidad de objetos supuestamente similares y, a la vez, diferentes en uno o más respectos empíricamente perceptibles y b) la existencia de una pauta de comparación, que es la que nos permite seleccionar las características que consideramos relevantes para concluir que dos o más objetos son iguales. Dicho con otras palabras, el concepto de igualdad no es un concepto *autosuficiente*. Tercero, los enunciados prescriptivos de igualdad son enunciados sobre derechos y deberes cuyo reconocimiento o

imposición parecen estar necesariamente vinculados con cuestiones valorativas. Es la pauta de comparación lo que precisamente suele ser objeto de discusión; por ello, todo enunciado prescriptivo de igualdad es «complejo», «intrincado», «ambiguo», «resbaladizo», «misterioso», «evasivo»<sup>1</sup>. El concepto de igualdad es, pues, un *concepto controvertido*. Si ello es así, también lo será su negación.

2. Tomaré como punto de partida una afirmación de Herbert Hart que podría ser calificada de 'trivial':

No podríamos sustraer el deseo general de vivir sin alterar conceptos tales como peligro y seguridad, daño y beneficio, necesidad y función, enfermedad y cura; porque estas son a la vez maneras de describir y de apreciar cosas por referencia a la contribución que ellas hacen a la supervivencia, que es aceptada como objetivo [...]. Al plantear esta o cualquier otra cuestión referente a *cómo* deben convivir las personas, tenemos que presuponer que su propósito, en términos generales, es vivir<sup>2</sup>.

Propongo llamar a este enunciado de Hart «axioma general de igualdad»: indica características comunes a todas las personas. Su plausibilidad es aparentemente tan obvia que podría pensarse que es poco adecuada como punto de partida. Bernard Williams ha señalado la falsedad de esta apresurada conclusión:

La afirmación de que las personas son iguales en la posesión de estas características, aunque indiscutiblemente y (hasta quizás) necesariamente verdadera, no es trivial. Pues es cierto que existen arreglos políticos y sociales que sistemáticamente descuidan estas características en el caso de algunos grupos de personas mientras que las tienen plenamente en cuenta en el caso de otros; es decir, que tratan a ciertas personas como si no tuvieran estas características y dejan de lado las exigencias morales que de aquéllas surgen<sup>3</sup>.

La vía más directa para ignorar la posesión de estas propiedades y excluir a ciertos miembros de la sociedad del ámbito de aplicación de las prescripciones jurídicas que aspiran a orientarse por criterios de igualdad es negarles la calidad de seres humanos. La historia proporciona abundantes ejemplos al respecto. Mencionaré aquí solo dos: en el siglo XVI, el teólogo de Salamanca Juan Ginés de Sepúlveda, al referirse a los indios americanos, los incluía en una categoría intermedia entre monos y hombres<sup>4</sup>. En el siglo XX, la barbarie nazi introdujo la

1 Cfr. Peter Westen, *Speaking of Equality. An Analysis of the Rhetorical Force of «Equality» in Moral and Legal Discourse*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 1990, p. 61.

2 Herbert L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1963, p. 188 (traducción de Genaro R. Carrió, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1968, p. 238).

3 Bernard Williams, «The idea of equality», en Joel Feinberg, *Moral Concepts*, Oxford, University Press, 1969, pp. 153-171, p. 155.

4 «Y siendo esto así, bien puedes comprender [...] si es que conoces las costumbres y naturaleza de una y otra gente, que con perfecto derecho los españoles imperan sobre estos bárbaros del Nuevo Mundo é islas adyacentes, los cuales en prudencia, ingenio, virtud y humanidad son tan inferiores á los españoles como los niños a los adultos y las mujeres á los varones, habiendo entre ellos tanta diferencia»

expresión «Unmensch» para designar a los judíos y 'justificar' su exterminio. Esta estrategia de exclusión antiigualitaria podría ser llamada «estrategia de la negación de la igualdad genética».

3. Posiblemente tanto Ginés de Sepúlveda como Hitler sostendrían que sus afirmaciones acerca de los indios o de los judíos no constituyen en modo alguno una violación del principio de igualdad ante la ley contenido en las Constituciones modernas tal como el incluido en el artículo 3 (1) de la Ley Fundamental alemana: «Todas las personas son iguales ante la ley».

Propongo considerar a este enunciado como una versión jurídica del axioma general de igualdad.

Ginés de Sepúlveda y Hitler afirmarían, recurriendo a la «estrategia de la exclusión genética», que sus respectivas versiones de un ordenamiento jurídico no violan en absoluto ninguna de estas prescripciones ya que ellas se refieren a personas y no a seres que no pueden ser incluidos en esta categoría, dadas sus características específicas.

El hecho de que estos personajes siniestros de la historia universal puedan coincidir en su adhesión al axioma jurídico de la igualdad ante la ley con los padres de una constitución democrática europea parecería ser la más clara prueba de la vacuidad de esta fórmula. Nos encontraríamos, pues, frente a un principio que sirve para todo, es decir, para nada.

4. Pero, el asunto no es tan obvio. Tanto el axioma general de Hart como el axioma jurídico constitucional tienen una base empírica. Tomemos, por ejemplo, la referencia hartiana a enfermedad y cura. No cuesta mucho aceptar que todo ser humano necesita tratamiento médico en caso de enfermedad y que negar a determinados grupos la satisfacción de esta necesidad constituye una violación del axioma general de igualdad<sup>5</sup>. En este sentido, la posibilidad de que cada cual pueda satisfacer sus necesidades básicas es un deber derivado del axioma de igualdad. Avanzando por esta línea argumentativa, puede llegarse también, como lo ha hecho ejemplarmente Bernard Williams, a la defensa del principio de igualdad de oportunidades. La enfermedad es una razón para re-

---

como la que va de gentes fieras y crueles á gentes clementísimas, de los prodigiosamente intemperantes á los continentes y templados, y estoy por decir que de monos á hombres». Juan Ginés de Sepúlveda, *Tratado sobre las justas causas de la guerra contra los indios*, México, Fondo de Cultura Económica, 1941, p. 101.

5 Owen Fiss (*Una comunidad de iguales. La protección constitucional de los nuevos ciudadanos*, México D.F., Fontamara 2008) ha sostenido con buenas razones que la Enmienda XIV de la Constitución americana referida al principio de igualdad fundamenta el derecho de todo habitante de los Estados Unidos a gozar de los servicios sociales estatales, incluyendo la atención médica. La negación de este derecho traería como consecuencia el surgimiento de discapacidades sociales. «La cláusula de igual protección ante la ley [...] prohíbe la creación de grupos social y económicamente desfavorecidos, condenados a vivir al margen del grueso de la sociedad, aislados, siempre en peligro y considerados, ante su propia mirada y ante la de los grupos dominantes, como inferiores» (*op. cit.*, p. 36).

querir asistencia médica pero esta razón tiene que ser también operativa, en caso contrario, estaríamos frente a una situación irracional<sup>6</sup>.

Del axioma jurídico constitucional básico pueden inferirse, pues, conclusiones con un contenido substancial fuerte cual es el derecho de cada miembro de la sociedad a hacer valer judicialmente sus intereses legalmente reconocidos. Cuando se trata de sociedades cuyo marco jurídiconormativo es el de una democracia representativa, este contenido implica fuertes exigencias morales. Por ello, su no operacionalidad no puede ser moralmente indiferente.

Desgraciadamente la discrepancia cínica entre el derecho proclamado y su vigencia real es una nota distintiva de un gran número de sociedades, también de aquéllas que se autodefinen como democráticas. América Latina ofrece abundantes ejemplos al respecto. Sus elites practican una estrategia de exclusión antigualitaria que podría ser llamada la «estrategia de la insuficiente operacionalidad de la reconocida igualdad ante la ley».

5. Podría decirse que el principio de igualdad cumple una función instrumental: no es que el reconocimiento de la igualdad de acuerdo con el axioma de Hart o con el axioma constitucional tenga un valor en sí mismo sino que es la mejor garantía contra la arbitrariedad del legislador y del juez. Dicho con otras palabras: el axioma de igualdad garantizaría la imparcialidad. Robert E. Goodin ha sustentado la tesis según la cual el igualitarismo que se manifiesta en las prácticas del estado social de derecho es, en buena parte, un epifenómeno que resulta del deseo de asegurar la imparcialidad<sup>7</sup>.

La cuestión fundamental no sería pues la de asegurar la igualdad sino la imparcialidad y evitar así la arbitrariedad.

6. Una interpretación posible del concepto de imparcialidad sería sostener que ella equivale a dejar de lado las diferencias empíricas contingentes de los seres humanos.

Esta versión de la igualdad como imparcialidad está presente en disposiciones constitucionales de la República Federal de Alemania tales como las del artículo 3 (3):

6 «Esto quiere decir que es una situación en la cual las razones son insuficientemente operativas; es una situación insuficientemente controlada por razones y, por lo tanto, por la razón misma. El mismo punto surge con otra forma de igualdad y de igualdad de derechos, la igualdad ante la ley. Puede decirse que en una cierta sociedad las personas tienen igual derecho a un tratamiento judicial justo, a buscar compensaciones legales a los males que les han inflingido, etc. Pero si un tratamiento judicial justo o una compensación legal puede ser lograda en esa sociedad solo por las personas pudientes e instruidas, insistir en que cada cual tiene este derecho, a pesar de que sólo aquellas personas particulares pueden asegurárselo, es algo vacuo que bordea el cinismo [...]» (Bernard Williams, «The idea of equality», en Joel Feinberg, *Moral Concepts*, op. cit., p. 164).

7 Robert E. Goodin, *Reasons for Welfare. The Political Theory of the Welfare State*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 1988, p. 54.

Nadie podrá ser perjudicado ni favorecido a causa de su sexo, su ascendencia, su raza, su idioma, su patria y su origen, sus creencias y sus concepciones religiosas o políticas. Nadie podrá ser perjudicado a causa de un impedimento físico.

O la del artículo 6 (5):

La legislación deberá asegurar a los hijos extramatrimoniales las mismas condiciones que para los hijos nacidos dentro del matrimonio en lo que respecta a su desarrollo físico y espiritual y a su posición social.

7. Si la imparcialidad requiere la vigencia del principio de igualdad, podría pensarse que la total imparcialidad requeriría la total igualdad, es decir, la igualación. Sin embargo, una somera lectura de algunos capítulos de *La démocratie en Amérique* de Alexis de Tocqueville podría advertirnos frente al peligro de esta conclusión: el deseo de igualdad encerraba en sí mismo un fatal dinamismo que conduciría a la eliminación de la identidad individual. Igual significaría entonces 'idéntico': «En nuestros días todo amenaza convertirse en algo tan igual que los rasgos particulares de cada individuo pueden pronto perderse en la fisonomía común»<sup>8</sup>.

No solo la identidad individual resultaría amenazada por el igualitarismo sino también la identidad colectiva, al tratar de «imponer los mismos usos y las mismas leyes a poblaciones que todavía no se asemejan»<sup>9</sup>. La uniformidad legislativa en sociedades heterogéneas y la aplicación del principio de la igualdad ante la ley, estimularían la presencia de un gobierno centralista que terminaría fatalmente en la dictadura:

La primera, y en cierto modo la única condición necesaria para llegar a centralizar el poder público en una sociedad democrática, es amar la igualdad o hacerlo creer. De esta suerte, se simplifica la ciencia del despotismo, tan complicada en otro tiempo; se reduce, por decirlo así, a un principio único»<sup>10</sup>.

Desde luego, podría aducirse que lo que Tocqueville formulaba eran solo creencias personales o profecías quejumbrosas cuando afirmaba: «Creo que en los siglos democráticos que ahora empiezan, la independencia individual y las libertades locales serán producto del arte. La centralización será el gobierno natural»<sup>11</sup>.

En todo caso, no solo hay argumentos conceptuales fuertes para sostener que el igualitarismo como eliminación de toda diferencia, es decir, como igualación, contradice la identidad personal. La historia del siglo XX puso de manifiesto hasta qué punto la igualación (*Gleichschaltung*) es un recurso predilecto de los

---

8 Alexis de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, París, Gallimard 1951, 2 vols., vol. 2, p. 334.

9 *Ibid.*, p. 298.

10 *Ibid.*, p. 309.

11 *Ibid.*, p. 302.

totalitarismos, desde Hitler hasta la Revolución Cultural de Mao y los campos de la muerte del Khmer Rouge<sup>12</sup>.

Kurt Vonnegut, Jr. ha esbozado un ingenioso y pesadillezco cuadro de una situación de igualdad extrema. Permítaseme recordar algunos pasajes de este ensayo:

Corría el año 2081 y todos eran, por fin, iguales. No sólo eran iguales ante Dios y la ley. Eran iguales en todos los aspectos. Nadie era más listo que otro. Nadie era más bello que otro. Nadie era más fuerte o veloz que otro. Toda esta igualdad se debía a las enmiendas 211, 212 y 213 de la Constitución y a la incesante vigilancia de los agentes del Handicapper General de los Estados Unidos.

[...]

Hazel tenía una inteligencia perfectamente corriente, es decir, que sólo podía pensar espasmódicamente. George, cuya inteligencia era muy superior a la normal, llevaba en su oreja una pequeña radio para reducir su capacidad mental. Estaba obligado por ley a llevarla permanentemente. Conectada con un transmisor gubernamental, cada veinte segundos emitía un sonido agudo a fin de evitar que gente como George pudiera sacar alguna ventaja de su actividad cerebral<sup>13</sup>.

La igualdad extremada nos conduce, pues, a su propia negación. La imposición de la igualdad sin un marco de referencia que establezca sus límites termina convirtiéndose en un grave peligro para la identidad personal. La igualdad que un demócrata liberal desea no es la clonación física y mental impuesta por un Handicapper General. Es necesario, entonces, introducir diferencias, desigualdades de trato, pluralismo social y político, rechazar la uniformidad monolítica. Llegamos así a la segunda cuestión que quería considerar.

## II

1. El intento más notorio de diversificación social y reforzamiento de las peculiaridades étnicoculturales puede ser presentado esquemáticamente bajo el rótulo general de multiculturalismo. Me atrevo a sostener sin temor a equivocarme que en la actualidad el entusiasmo por la promoción de sociedades multiculturales, que imperaba en algunos círculos intelectuales y políticos en las últimas décadas del siglo pasado, ha disminuido notablemente. Este fenómeno coincide cronológicamente con la consolidación de sociedades de variada composición cultural justamente en aquellos países en donde más notoria era la promoción del multiculturalismo.

---

12 Cfr. John Dunn, *Setting the People Free. The Story of Democracy*, Londres, Atlantic Books 2005, p. 143.

13 Kurt Vonnegut, Jr., «Harrison Bergeron», en Louis P. Pojman y Robert Westmoreland, *Equality. Selected Readings*, Oxford, University Press 1997, pp. 315-318, p. 315.

Pienso que esto se debe a dos tipos de razones: históricas y conceptuales. Ambas merecen ser consideradas. Adelantando ya mis conclusiones: creo que el desarrollo histórico no es sorprendente y desde el punto de vista conceptual pienso que el multiculturalismo tal como fuera concebido por sus promotores intelectuales y políticos estaba desde el comienzo condenado a un problemático desarrollo.

En lo que sigue mencionaré algunas confusiones conceptuales que subyacen a la defensa del multiculturalismo y cuya aclaración puede contribuir a superar algunos de los problemas que desde el punto de vista ético, jurídico y político experimentan las sociedades multiculturales. También recordaré brevemente el aspecto histórico.

Por lo que respecta a las confusiones conceptuales<sup>14</sup>, baste señalar tan solo las cinco siguientes:

- I. La confusión entre tolerancia y relativismo moral.
- II. La confusión entre diversidad cultural y enriquecimiento moral.
- III. La confusión entre identidad personal e identidad social.
- IV. La confusión entre unidad cultural y unidad institucional.
- V. La confusión entre sujetos jurídicos y sujetos morales.

Estas cinco confusiones, a las que llamaré «confusiones básicas», dan origen a otras, a las que llamaré «confusiones derivadas». Ambos conjuntos de confusiones han creado, a su vez, falsos dilemas.

Habré de referirme aquí solo a la primera de estas confusiones: *la confusión entre tolerancia y relativismo moral*.

2. Uno de los argumentos que suele utilizarse en aras del respeto de las más diversas culturas —es decir, de formas de vida y de las premisas valorativas que las sustentan— es el que sostiene que, como las diferentes formas de vida colectiva son inconmensurables, no es posible someterlas a un juicio moral universalmente válido sino que hay que practicar la virtud de la tolerancia que estaría basada precisamente en la aceptación del relativismo moral.

El argumento no es correcto. No es verdad que de la diferencia de las culturas pueda inferirse sin más su inconmensurabilidad. Y tampoco lo es que exista una relación conceptual entre tolerancia y relativismo.

La tolerancia indiscriminada, la tolerancia pura, sin limitaciones, la tolerancia de toda forma de vida, termina negándose a sí misma y, en su versión más radical, equivale a la eliminación de toda regulación del comportamiento humano. Por ello, conviene distinguir entre la tolerancia sensata y la insensata. La

---

14 Como me lo hiciera notar Eduardo Rivera López, solo la primera y la quinta son confusiones conceptuales en sentido estricto. En los otros tres casos se trata más bien de inferencias falsas basadas a su vez en vinculaciones conceptuales que juzgo inaceptables. La expresión «confusión» deberá pues ser entendida en sentido amplio.

diferencia entre ambas depende del tipo de razones que se aduzcan en defensa de la tolerancia.

Tolerante no es quien acepta complaciente el juego de los demás sino quien está dispuesto a explicitar las razones que justifican el apartamiento de su sistema normativo y, por ello, establece también una distinción entre lo tolerable y lo intolerable.

Aplicado al problema del reconocimiento y aceptación de diversas formas de vida individuales o grupales esto significa que del principio de tolerancia no es posible derivar la conclusión de que todo vale, para usar la conocida expresión de Paul Feyerabend.

Quienes sostienen, con razón, que una de las características fundamentales de la democracia es la tolerancia y, al mismo tiempo, afirman, erróneamente, que solo se puede ser tolerante si se es relativista moral tienen también que inferir, erróneamente, que la democracia y los derechos humanos no pueden pretender vigencia universal. Esta es una grave «confusión derivada» que enfrenta a quienes la sustentan con el falso dilema de o ser tolerante (democrático) y entonces no poder formular una defensa mínimamente objetiva de la democracia, o pretender justificarla y entonces tener que abrazar la intolerancia.

Otro falso dilema que resulta de la confusión entre tolerancia y relativismo moral (entendido como una consecuencia inevitable de la diversidad cultural) es el que sostiene que o se es tolerante, y en este caso no sería posible afirmar la vigencia universal de los derechos humanos, o se la afirma y entonces uno se convierte en un etnocentrista intolerante.

La defensa indiscriminada de la diversidad cultural suele entonces ser presentada como una de las formas más eficaces para combatir el imperialismo, promover la tolerancia y propiciar el igualitarismo cultural. Sin embargo,

[I]a apariencia del relativismo cultural como una doctrina tolerante, igualitaria, antiimperialista, debe en realidad más a su propio 'bagaje' cultural moderno que a alguna virtud filosófica inherente a sus proposiciones. El relativismo cultural fuerte sostiene, primero, que cada cultura tiene una forma de vida cuya validez es *igual* a la de todas las demás y, segundo, que las exigencias morales de cualquier cultura particular no tienen validez fuera de ella. Las consecuencias igualitarias que supone el relativismo cultural no están lógicamente implicadas en la doctrina del relativismo cultural<sup>15</sup>.

La concepción del «aislacionismo moral»<sup>16</sup> de las diferentes culturas postula el abandono de toda perspectiva prescriptivamente universal en la moral y la limitación a la descripción de hábitos y costumbres de cada pueblo para de allí inferir lo que debe ser moralmente en esa sociedad. Es obvio que aquí subyace una falacia de tipo naturalista: del hecho de que existan diversas culturas no es posible inferir

15 Véase Stephen A. James, «Reconciling International Human Rights and Cultural Relativism: the Case of Female Circumcision», en *Bioethics*, vol. 8 N<sup>o</sup> 1 (1994), pp. 126, p. 3.

16 Feliz expresión de Stephen A. James en *op. cit.*, p. 4.

sin más que deba ser igual el respeto de las respectivas normas morales de cada cultura ni que esta diversidad sea valiosa. La historia abunda en ejemplos de formas colectivas de vida con respecto a las cuales cuesta encontrar argumentos morales que permitan concluir la necesidad de su conservación o promoción. Comparto la posición de Chandras Kukathas cuando afirma que no es posible admitir en una sociedad liberal «un número de coherentes pero opresivas comunidades: islas de tiranía en un mar de indiferencia»<sup>17</sup>.

3. Si ahora analizamos brevemente el aspecto histórico del problema, pienso que puede afirmarse lo siguiente con respecto a la situación en Europa:

I. La formación de comunidades étnicoreligiosas en países como Francia, Alemania y España tiene su origen en un pasado colonial o en la promoción de inmigraciones supuestamente transitorias de mano de obra barata.

II. Con el tiempo, lo transitorio se convirtió en lo permanente y países como Alemania, que durante decenios se negaron a aceptar el rótulo de países de inmigración, han terminado admitiendo este carácter ante la presencia de unos ocho millones de habitantes de origen turco, muchos de ellos ya ciudadanos alemanes.

III. La asimilación de estos grupos de inmigrantes o descendientes de inmigrantes (tercera generación) es relativamente reducida.

IV. A estos grupos se suma actualmente, sobre todo en España e Italia, el arribo de masas de desposeídos de origen principalmente africano que para muchos adquiere la proporción de una invasión más o menos pacífica.

V. Si se admite que las culturas no son inconmensurables y se acepta como uno de los criterios relevantes para juzgar acerca de su calidad relativa el respeto de los derechos humanos, la vigencia de concepciones políticas democráticas y que la gran mayoría de los inmigrantes actuales proceden de países que distan mucho de satisfacer estos criterios, podría concluirse que en caso de no producirse una integración voluntaria bajo el signo de la cultura del país receptor, este se verá enfrentado con el dilema de forzar la integración o de resignarse a aceptar islas de creciente presión demográfica y con características culturales que contradicen los principios constitucionales básicos<sup>18</sup>.

---

17 Chandras Kukathas, «Cultural Toleration», en Ian Shapiro y Will Kymlicka (eds), *Ethnicity and Group Rights*, Nueva York, New York University Press 1997, pp. 69-104, p. 89.

18 Se calcula que en Europa existen unos 12 millones de inmigrantes en situación irregular. El 23 de mayo de 2008, los gobiernos de los Veintisiete aprobaron la controvertida «Directiva de retorno» que establece mecanismos comunes para la detención, internamiento y deportación de estas personas. La «Directiva» requiere la aprobación del Parlamento Europeo. Cuán problemática es una solución moralmente aceptable al fenómeno de la inmigración ilegal en Europa lo puso de manifiesto en mayo de 2008 el llamado «paquete de seguridad» del gobierno de Berlusconi. Se trataría aquí—según no pocos observadores—de «la creación de un auténtico derecho penal de la desigualdad». «Se convierte en delito una simple condición personal, el hecho de ser extranjero, en contraste con lo que establece la Constitución en materia de igualdad. Y se contemplan agravantes para los delitos cometidos por extranjeros, con lo

4. No obstante lo aquí sostenido, conviene recordar tres propuestas de diversidades que han sido sostenidas con no poca vehemencia en nuestra llamada época posmoderna y que tienen consecuencias constitucionales con respecto al principio de igualdad ante la ley. Son las siguientes: a) la diversidad jurídica, b) la diversidad epistemológica y c) la diversidad moral.

#### a) La diversidad jurídica

Esta diversidad suele ser propiciada por quienes sustentan el llamado «pluralismo jurídico», al que definen como «... la coexistencia de dos o más sistemas normativos que pretenden validez en el mismo territorio»<sup>19</sup>.

De lo que se trataría es de imponer un «derecho alternativo», cuya definición sería la siguiente:

Diremos que estamos frente a un derecho alternativo respecto del dominante, cuando pueda decirse que algunas normas de uno de los sistemas modalizan deónticamente de manera diferente las mismas conductas. [...] hay derecho alternativo cuando las normas de un sistema declaran obligatorias conductas que el otro declara prohibidas o facultativas.

En América Latina, el ejemplo más reciente de un intento gubernamental de imponer un «derecho alternativo» es el de Bolivia. El caso boliviano es realmente complicado. Es innegable que la mayoría indígena ha sido secularmente marginada. La cuestión es saber si la exclusión puede ser superada mediante la reimplantación de sistemas jurídicos prehispánicos que tampoco estaban caracterizados por su carácter igualitario y mucho menos benigno por lo que respecta a la posibilidad de imponer penas corporales que contradicen principios básicos de un derecho moderno y la Declaración Universal de los Derechos Humanos. No creo que la implantación de sistemas jurídicos alternativos (como los que en su hora se propusieron también en México) y la promoción de un multiculturalismo extremo pueda contribuir a la homogeneidad social. No deja de ser interesante recordar los artículos 199 y 200 propuestos por el gobierno boliviano:

Las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios. La jurisdicción indígena originaria campesina respetará los derechos fundamentales establecidos en la presente Constitución, interpretados interculturalmente [...]. La jurisdicción indígena campesina decidirá en forma definitiva; sus decisiones no podrán ser revisadas por la jurisdicción ordinaria y ejecutará sus resoluciones en forma directa.

que se infringe la igualdad de trato en relación con la responsabilidad personal» (Stefano Rodota, «Italia y los 'empresarios del miedo'», en *El País* del 24 de mayo de 2008, p. 23).

19 Cfr. Oscar Correas, «Teoría general del derecho y derecho indígena», en *Crítica jurídica*, México, N° 14 (1994), pp. 1531, p. 26.

Común a todas estas reflexiones es la idea del valor moral de las comunidades étnicas o culturales y la prioridad de sus derechos frente a los derechos individuales. Existirían derechos culturales de las comunidades étnicas que requerirían una protección institucional ya que son las estructuras culturales las que proporcionarían, según la conocida fórmula de Will Kymlicka, «el contexto de elección»<sup>20</sup> para el desarrollo pleno de la autonomía individual.

Según esta versión del multiculturalismo, estas estructuras culturales reclamarían un estatus jurídico especial tendiente a garantizar la existencia de las mismas. Lo que se trataría de evitar es el peligro ya señalado por Tocqueville, es decir, «imponer los mismos usos y las mismas leyes a poblaciones que todavía no se asemejan»<sup>21</sup>. El temor al centralismo autoritario justificaría la aceptación de un derecho alternativo.

Cuando este derecho alternativo no es entendido como una concesión de autonomías regionales, tal como es el caso de España, por ejemplo, sino en la versión fuerte de una «modalización deóntica» que contradice el sistema jurídico nacional permitiendo acciones u omisiones que este prohíbe, la aceptación de un derecho alternativo evita quizás el peligro de la igualación, pero a costa de establecer una especie de patología jurídica solo superable mediante la secesión o el aislamiento total de la región donde regiría el «derecho alternativo». Pero, en este caso, ya no podría hablarse de «derecho alternativo» sino de sistemas jurídicos independientes.

En la Europa contemporánea la exaltación de las diferencias étnicas o culturales no solo ha dado lugar a sangrientos conflictos bélicos sino que plantea serios problemas constitucionales con respecto al axioma jurídico de igualdad ante la ley.

## b) La diversidad epistemológica

Según una concepción antropológica «realista», tendría que admitirse que la desigualdad de las personas es un hecho natural incontrovertible. No deja de ser interesante recordar que, según los partidarios de la llamada Nueva Derecha, la igualdad es un freno para el desarrollo de la autoconciencia de los pueblos: «la nivelación de las diferencias lingüísticas y biológicas de los pueblos [...] significa un genocidio»<sup>22</sup>. O como afirma Pierre Krebs, uno de los ideólogos de la extrema derecha europea:

Un acontecimiento de consecuencias imprevisibles aspira a transformar el paisaje humano cultural y político de nuestro planeta. Este acontecimiento es de naturaleza ideológica y

20 Will Kymlicka, *Liberalism, Community, and Culture*, Oxford, Oxford University Press 1989, p. 178.

21 Alexis de Tocqueville, *op. cit.*, p. 298.

22 Cfr. Thomas Assheuer y Hans Sarkowicz, *Rechtsradikale in Deutschland. Die alte und die neue Rechte*, Múnich, C. H. Beck 1992, p. 193.

posiblemente más fuerte, más profundo y más terrible que las consecuencias de una guerra de aniquilación atómica [...] lo que Martin Heidegger llamaba «la actitud niveladora del pensamiento» ha alcanzado mientras tanto el alcance de un sistema. Un sistema que se propone la destrucción lenta pero sin piedad de toda identidad y agrupación étnicas. Dicho brevemente: la destrucción de todas las diferentes plataformas humanas de la Tierra. Este acontecimiento es el sistema mundial igualitario, es decir, igualizante, el sistema o el instrumento para el genocidio<sup>23</sup>.

Esta posición antiuniversalista suele ser reforzada en el neofascismo europeo con argumentos epistémicos de resonancia heideggeriana como los aducidos por JeanYves Le Gallou:

No existe una «lógica universal» que sea válida para todos los seres racionales [...]. Hay que rechazar sistemas de valores universales; algo es bueno, verdadero, bello, sólo para el tipo humano a cuyo «sustrato étnico», situación psicológica, composición genética y medio ambiente social y racial responde [...]. A todo «sustrato étnico» corresponde una lógica propia, una propia visión del mundo<sup>24</sup>.

Me cuesta entender qué quiere decir la existencia de diferentes verdades en el campo de las ciencias naturales, por ejemplo. Aun el más decidido partidario de la diversidad epistemológica confía en la vigencia de ciertas leyes físicas cuando sube a un avión o prende el televisor, se vacuna contra la viruela o saca las cuentas de lo que le debe su vecino (es probable que en este caso  $2 + 2$  sean cuatro y que no sostenga que se le debe y no se le debe a la vez).

Pretender introducir criterios de diversidad epistemológica para frenar la vigencia general del principio de igualdad ante la ley no parece ser, pues, una pretensión racionalmente fundamentable. Por el contrario, transitar por la vía de las supuestas diversidades epistemológicas puede conducirnos a una ladera resbaladiza que nos arrastra al precipicio de la exclusión de formas de vida cuyo rechazo se basa exclusivamente en la extrañeza que nos provocan y que atribuimos a deficiencias de racionalidad de lo extraño. No pocos de los argumentos que se utilizan para condenar el flagelo del terrorismo recurren a versiones más o menos matizadas de la desigualdad epistemológica. Por ello no logran dar en el blanco de esta calamidad.

23 Cfr. Hermann Gilbhard y Holger Goblirsch, «Rückkehr des Rassenwahns?», en Wolfgang Benz, *Rechtsextremismus in der Bundesrepublik. Voraussetzungen, Zusammenhänge, Wirkungen*, Francfort del Meno, Fischer, 1992, pp. 211-223, p. 218.

24 JeanYves Le Gallou, «La sémantique générale et les méthodes d'évaluation non aristotéliennes», en *Nouvelle Ecole*, Nº 16, p. 55, citada según Patrick Moreau, «Die neue Religion der Rasse», en Iring Fetscher, *Neokonservative und 'Neue Rechte'. Der Angriff gegen Sozialstaat und liberale Demokratie in den Vereinigten Staaten, Westeuropa und der Bundesrepublik*, Múnich, C. H. Beck, 1983, pp. 117-162, p. 119.

### c) La diversidad moral

Esta tercera diversidad suele ser sustentada por quienes abogan por un relativismo axiológico extremo y afirman que en las sociedades modernas, con su pluralidad de concepciones de lo bueno, la igualdad no puede exigir un consenso total acerca de los valores que deben regir la vida colectiva. No puedo ahora entrar a considerar este problema que ha sido objeto de cuidadoso análisis por numerosos autores cuyas propuestas de solución no es el caso tratar aquí.

No es lícito moralmente aceptar incondicionalmente toda variedad de vida por el solo hecho de ser diferente. La diversidad, tomada en sí misma, no tiene ninguna connotación moral positiva. Ni toda experiencia nueva es saludable ni todas las formas de vida son moralmente legítimas. Su legitimidad está directamente vinculada con la medida en que respeten y garanticen a todos los individuos que la practiquen la posibilidad de satisfacer sus intereses primarios, es decir, aquellos que están vinculados con sus necesidades básicas primarias y derivadas.

Esto significa que las únicas diversidades culturales moralmente legítimas son aquellas que se encuentran por encima del nivel de la satisfacción de los intereses primarios, es decir, se refieren a intereses secundarios. Que ello reduce considerablemente la diversidad moralmente aceptable es obvio y bueno que así sea. Y lo es por una doble razón. Primero, porque prohíbe la violación de los derechos fundamentales de la persona en aras de la vigencia de intereses secundarios. Segundo, dado que los intereses secundarios están siempre vinculados con la persona que los sustenta, es decir, llevan consigo una nota ineliminable de subjetividad personal, no hay nada que, por una parte, legitime moralmente su imposición incondicionada a los demás y, por otra, autorice su prohibición, a menos que afecten intereses primarios.

## III

1. Si no se aceptan estas tres diferencias como factores relevantes para reducir el alcance del axioma constitucional básico de la igualdad ante la ley, ¿qué posibilidades tenemos ahora de delimitar el alcance de este axioma que a veces parece pecar de vacuidad y otras de exceso de contenido?

Para sugerir una respuesta a esta cuestión tal vez convenga reflexionar sobre un aspecto del concepto de igualdad que señalara al comienzo: el concepto de igualdad no es un concepto autosuficiente. Es, podría decirse, un concepto parasitario.

En el caso de la igualdad constitucional de un Estado liberal de derecho social, ella depende de la determinación de aquellos principios y reglas que están contenidos en lo que suelo llamar el «coto vedado» a la decisión del *homo suffragans*, tanto como ciudadano elector o como miembro de una asamblea le-

gislativa. Es la existencia de este «coto vedado» lo que hace posible el funcionamiento cabal de una democracia representativa. Una buena parte de las constituciones democráticas está destinada a la especificación de los elementos de este coto vedado. El catálogo de los derechos fundamentales es un buen ejemplo al respecto. Si se acepta esta concepción, podría decirse que el contenido del axioma constitucional de la igualdad ante la ley hace referencia a la posibilidad de acceder al disfrute de los bienes protegidos por el coto vedado. Dicho con otras palabras, el axioma constitucional de igualdad ante la ley rezaría: *Todas las personas son iguales ante la ley en el sentido de que todas tienen (o deberían tener) la posibilidad de acceder al goce de los bienes garantizados por los principios y reglas contenidos en el coto vedado.*

Es importante tener en cuenta aquí dos aspectos: a) Lo relevante es la posibilidad de acceder y no el acceso efectivo. Toda persona tiene (o debería tener) la posibilidad de acceder a la atención médica necesaria si quiere cuidar su salud, pero no está obligada a cuidar su salud, como sostiene el art. 49 de la Constitución de Colombia de 1991. La obligación de cuidar la salud conduce rápidamente a la prohibición del suicidio, prohibición que contradice principios liberales elementales. b) Toda violación de la posibilidad de acceso implica una discriminación que contradice el contenido del «coto vedado»; es, por lo tanto, lógicamente imposible dentro del sistema constitucional democrático.

Fuera de los límites del coto vedado, el axioma de igualdad no rige y son admisibles constitucionalmente cualesquiera diferencias.

Si se acepta esta propuesta, podría quizás concluirse que el axioma de igualdad no es vacío pero tampoco tiene tanta carga de contenido que equivaldría a la igualación.

2. También dije al comienzo que el concepto de igualdad es un concepto controvertido. Ahora podría decir: de acuerdo, hasta cierto punto. Volvamos al axioma general de Hart. Este axioma podría ser entendido como una hipótesis normativa básica formulable como una regla técnica: si quieres establecer un orden normativo democrático-liberal que regule la convivencia humana, tienes que tener en cuenta ciertas características comunes a todas las personas. Como se sabe, toda regla técnica tiene un status especial: por una parte, se apoya en enunciados empíricos de los que puede predicarse su verdad o falsedad, por otra, impone un cierto comportamiento si es que se desea alcanzar el fin para el que la regla técnica indica la vía adecuada. No se trata aquí de una especie de alquimia que permitiría pasar del ser al deber ser sino de la explicitación de ciertas condiciones necesarias cuyo no cumplimiento impide la consecución de un fin determinado.

Dado que toda regla técnica se basa en enunciados empíricos, su eficacia o utilidad dependerá de la verdad o falsedad de estos enunciados. Si se acepta como verdaderas las características humanas indicadas en el axioma general de Hart y que la sociedad no es un club de suicidas, la formulación como regla técnica del axioma de igualdad rezaría:

Si quieres establecer un orden de convivencia social democráticoliberal, no puedes ignorar los rasgos comunes a todas las personas y si quieres establecer diferencias tendrás que correr con la carga de la prueba recurriendo a argumentos que no estén meramente basados en tus propias creencias o ideologías<sup>25</sup>.

3. Por supuesto que esto no significa poner punto final a la discusión sobre el tema de la igualdad ante la ley. Podría alegarse, con buenas razones, que una cosa es rechazar las tres diferencias mencionadas más arriba y otra negar que el

---

25 Un buen ejemplo de la invocación de la ideología religiosa para establecer diferencias dentro de una sociedad democrática es el caso de los soldados musulmanes del ejército español estacionado en Melilla. Según Andrew F. March («Liberal Citizenship and the Search for an Overlapping Consensus: The Case of Muslim Minorities» en *Philosophy & Public Affairs*, 2006, Vol. 34, Nº 4 pp. 373-421, p. 385), «los pensadores musulmanes que consideran que la residencia en una sociedad no musulmana es contraria a la ley aducen, por lo general, seis tipos de argumentos racionales: (1) que los musulmanes no deben estar sometidos a leyes o autoridades no musulmanas; (2) que el Islam y los musulmanes no deben ser colocados en situación de inferioridad con respecto a los no musulmanes; (3) que los musulmanes deben evitar ayudar o aumentar la fortaleza de los no musulmanes; (4) que a los musulmanes les está prohibido formar lazos de amistad o solidaridad con no musulmanes; (5) que a los musulmanes se les exige que eviten ambientes de pecado o indecencia; y (6) que en ambientes no musulmanes será más difícil impedir la pérdida de religiosidad en las subsiguientes generaciones». Si, como afirma Jürgen Habermas («Inklusion – Einbeziehen oder Einschliessen? Zum Verhältnis von Nation, Rechtsstaat und Demokratie», en del mismo autor: *Die Einbeziehung des Anderen*, Frankfurt, Suhrkamp 1996, pp. 154-184), la pertenencia a la nación se manifiesta como solidaridad también en la disposición a tomar las armas y arriesgar la vida como soldado en caso de agresión pero a todo creyente musulmán le está prohibida la promoción de lazos de solidaridad que aumenten la fortaleza de sociedades no musulmanas, esto crea un serio conflicto entre identidad personal musulmana y lealtad social con la comunidad no musulmana en la que se vive. No es por ello casual la pregunta formulada por un militar español musulmán a un ulema (experto en materia teológicojurídica) de la televisión árabe Al Yazira, con sede en Qatar: ¿se puede servir a un Ejército infiel? El consultante fue dado de baja en el Ejército español (cfr. *El País* del 5 de noviembre de 2006, p. 28). De los 8.000 soldados que prestan servicio en Ceuta y Melilla, un 30% son musulmanes. En enero de 2007, se produjo una situación de tensión en Ceuta por la no renovación de contratos de servicio de 15 militares de religión islámica, basada en información reservada. Las anotaciones manuscritas en los legajos de estos soldados suele rezar: «Según información reservada de que dispone el Estado Mayor de la Comandancia General de Ceuta, el citado cabo primero no ha mostrado una actitud tal que le haga merecedor de ser declarado idóneo para la concesión del compromiso de larga duración con el Ejército español» (cfr. *El País* del 21 de enero de 2007, p. 32). Según la agencia oficial de Marruecos, «los preparativos de la campaña de purga de los militares de confesión musulmana empezaron en julio de 2002», es decir, coincidiendo con el desalojo de los soldados marroquíes del islote de Perejil. En mayo de 2006 la situación en Ceuta y Melilla volvió a agravarse debido a una campaña iniciada vía Internet por un grupo extremista vinculado con Al Qaeda. Bajo el título «Liberación de las ciudades de Ceuta y Melilla», se afirma: «Si es una obligación para nuestros hermanos de Al Qaeda alistarse con los muyahidines en Irak, se considerará como obligación principal también, la Yihad contra el Estado infiel español, para liberar las ciudades ocupadas de Ceuta y Melilla» (cfr. *El País* del 5 de noviembre de 2006, p. 26). La subordinación de la identidad individual a identidades colectivas de marcada orientación étnica o religiosa puede promover el surgimiento de problemas de lealtad nacional en sociedades multiétnicas; no solo en el ámbito militar de Ceuta y Melilla: en Bosnia, se está produciendo actualmente lo que ha sido llamado «el efecto Kosovo»: la reducción de la identidad individual a la pertenencia étnica, con la consiguiente hostilidad entre bosnios, serbios y croatas. Se vuelve así a la situación existente en 1992 (cfr. *Süddeutsche Zeitung* del 30 de marzo de 2007, p. 8).

principio de igualdad puede entrar en conflicto con el principio de libertad. Esto era precisamente lo que le preocupaba a Tocqueville. Su famoso libro puede ser entendido como el intento de poner de manifiesto que el conflicto entre las que él llamaba «sociedades aristocráticas» y las «democráticas» era un conflicto entre libertad e igualdad. No es necesario ser un partidario radical de la diversidad cultural para sostener, por ejemplo, que el aseguramiento de la igualdad de oportunidades puede significar una violación de «susceptibilidades familiares» y de la libertad de los padres para educar a sus hijos, tal como está establecida en el artículo 6 (2) de la Ley Fundamental alemana: «El cuidado y la educación de los hijos son un derecho natural de los padres y un deber que les incumbe primariamente a ellos».

James Fishkin se ha referido al conflicto entre igualdad de oportunidades y libertad de educar a los hijos de acuerdo con las propias pautas familiares como una variante del viejo conflicto entre libertad e igualdad<sup>26</sup>. Se trata aquí de un conflicto entre principios que, por lo tanto, vuelve difícil (o hasta imposible) formular soluciones sobre la base de reglas generales.

4. Una versión débil de la diferencia epistémica podría ser entendida en el sentido de que existen desigualdades naturales de talento y desigualdades que resultan del diverso origen cultural de las personas y que deben ser tenidas en cuenta. Ello es verdad pero no es un argumento en contra del axioma constitucional de igualdad sino que más bien pone de manifiesto la necesidad de tomarlo en cuenta a través, por ejemplo, de medidas paternalistas para ayudar a nivelar estas diferencias y hacer efectiva la igualdad de oportunidades en una sociedad heterogénea por lo que respecta a los talentos individuales y al nivel cultural de sus habitantes. Todo paternalismo jurídico justificable responde al propósito de asegurar la igualdad. Al hacerlo, permite a cada miembro de la sociedad alentar la esperanza de poder jugar con posibilidades de éxito el juego de la democracia; la esperanza es, como lo ha formulado James Buchanan en una frase que me gusta recordar, «un elemento esencial de la justicia».

El progreso científico y tecnológico y el afán de poder y de riqueza de las elites poseen un dinamismo desigualizante: El progreso aumenta el número de las necesidades primarias derivadas cuya satisfacción es necesaria para resolver con éxito los problemas de una sociedad en permanente cambio. El afán de poder y de riqueza intenta imponerse a costa de los intereses mayoritarios. Actúan como los árboles del bosque en la conocida imagen de Kant: para obtener mayor vitalidad, tienen que sobrepasar a los demás y procurar que no los igualen en altura. La desigualdad les es, en principio, conveniente. Pero también es importante que los demás árboles intenten igualarlos. Si este afán de igualación desaparece, los árboles más altos no tienen ya interés en seguir creciendo. En el

26 Cfr. James Fishkin, *Justice, equal opportunity and the family*, New Haven/Londres, Yale University Press 1983.

ámbito político social, este es el problema de la sociabilidad asocial. Si esto es así, dado que no es posible detener el progreso ni impedir totalmente el afán de creciente imposición de las elites, para que se mantenga la esperanza buchaniana y la democracia no degeneren en oligarquía, ni convierta a los ciudadanos en incompetentes básicos por la insuficiente operacionalidad de sus derechos, quienes deseen fortalecer la vigencia de una democracia representativa tendrán que estar interesados en la eliminación de aquellas desigualdades que vuelven imposible la existencia de una sociedad homogénea en el sentido aquí propuesto. Esta no es una tarea fácil, como lo demuestra la crisis del Estado social de derecho en no pocos países democráticos. El alcance de la desigualdad tolerable en una democracia representativa no debe superar los límites de la homogeneidad. Si destruimos el bosque, nos quedamos con árboles raquíticos y si derribamos los más altos, nos quedamos sin dinamismo forestal. En términos políticosociales, ello significa que una sociedad democrática se enfrenta con el doble desafío de, por una parte, controlar las desigualdades en un mundo que tiende a intensificarlas y, por otra, evitar la igualación que frena todo dinamismo social y convierte a las personas en apáticos partidarios de un status quo también sin esperanzas de mejora. Una dosis de desigualdad es siempre necesaria: el propio concepto de democracia representativa requiere la desigualdad en el ejercicio efectivo del poder. Lo decisivo es que esta desigualdad sea transitoria, es decir, que esté asegurada la posibilidad de la alternancia en el ejercicio del poder. La desigualdad política y social permanente abre la vía al despotismo. En la Alemania de los años treinta del siglo pasado, Hermann Heller lo vislumbró claramente. Nadie juega un juego sabiendo que siempre ha de perder. El desafío de la democracia consiste en mantener el atractivo del juego político; esto solo puede lograrlo si asegura un equilibrio entre desigualdad e igualdad. Aquélla tiene que ser estimulante y no irritante: la primera aumenta la emulación y el perfeccionamiento individual y colectivo; la segunda alimenta la frustración y promueve aquella actitud de extrañamiento de lo público que Hegel llamó enajenación y que Marx reinterpretaría revolucionariamente. La igualdad democrática, al convertir a cada ciudadano en agente y objeto del ejercicio del poder aspira a superar la enajenación y a establecer una igualdad que no se extravíe en la igualación. Es obvio que la identificación de las desigualdades estimulantes y desafiantes depende de la situación de cada sociedad y de las variables culturales y económicas, entre otras, que condicionan su presente. En todo caso, parece plausible sostener que tanto la desigualdad como la igualdad deben respetar el ámbito acotado por las restricciones constitucionales o, dicho en mi terminología, no deben afectar la integridad del «coto vedado».