

**AINIS, MICHELE, LA PICCOLA EGUAGLIANZA,
Einaudi, Turín, 2015, 136 Páginas**

GUILLERMO ESCOBAR ROCA
Universidad de Alcalá

De los cuatro “valores superiores del ordenamiento jurídico” (art. 1.1 CE) español, pendientes todavía de ser tomados realmente en serio, más allá de toda retórica, por nuestros poderes públicos (e inclusive por nuestra doctrina), el más estudiado es la igualdad, seguramente por su mayor uso en la jurisprudencia (828 sentencias con este término en el buscador del propio Tribunal, solo en la opción “síntesis analítica”, consulta el 5 de julio de 2005) y por su proyección en un derecho fundamental autónomo (art. 14 CE): prueba esto último de que si las normas no reconocen derechos (y por ello la posibilidad de que los ciudadanos exijan que las normas se cumplan) apenas se aplican e interesan. Sin embargo, hasta donde yo sé, carecemos en España de una obra clarificadora sobre el tema, que plantee de cara al problema teórico de fondo y que se moje los pies, aludiendo a la realidad actual y concreta de nuestro país. En la recensión publicada en el número anterior de este Anuario ya criticaba, de la mano de Carlos De Cabo, la ausencia entre nosotros de un auténtico Derecho político, sepultado bajo un Derecho constitucional tecnificado y supuestamente neutral, sin política y mucho menos con política concreta. Cuesta encontrar un constitucionalista que baje a tierra y examine, con datos empíricos, la realidad de nuestro país. ¿No será porque ninguno quiere molestar al poder? Hablar de realidades concretas siempre incomoda al poder y hoy apenas se hace ciencia del Derecho constitucional: lo que encontramos es más bien “técnica constitucional” (ilustrativo al respecto el lamento de Gustavo Zagrebelsky, *La virtù del dubbio*, 2007, pp. 5 y ss.); aunque lo criticaba en mi recensión anterior, ¿no tendrá al final razón De Cabo cuando afirma que el capitalismo lo invade todo?

Pues bien, en busca de ese libro necesario sobre la igualdad he tenido que viajar hasta Italia para encontrarlo. Michele Ainis es un reputado constitucionalista italiano, ahora dedicado también a escribir (eso sí, críticamente) en los periódicos (*Corriere della Sera* y *Espresso*) pero siempre de altura e interés. Su último libro es un ensayo (quiero decir: colección de argumentos polémicos, con un cierto afán provocador, no tanto obra sistemática definitiva) ameno (creo que de lectura “para todos los públicos”, la CNEAI no le otorgaría el sexenio) y comprometido, incluso militante. Veamos su tesis central de la “pequeña” (también llamada “molecular”) igualdad: recordando la polémica Trotski-Lenin (¿comunismo en el mundo o en un solo país?), dejemos de momento de lado (como modestos constitucionalistas “de Derecho interno”: la Constitución mundial ni está ni se la espera) la lucha por la

igualdad en el mundo y centrémonos en la lucha por la igualdad en mi país, donde también hay mucho que hacer. Como dice el proverbio chino, “ten limpia tu casa y entonces estará limpia toda la ciudad” (p. 38).

La argumentación de Ainis es siempre atractiva, muchas veces convincente, otras no tanto. De entrada, se agradece la exposición de múltiples ejemplos de desigualdades. Los datos, de hecho y de Derecho, recorren todas las páginas de la obra y son esclarecedores, sobre todo los primeros: no entiendo cómo se sigue escribiendo Derecho constitucional sin referencia alguna a los datos de la realidad. He leído libros sobre la igualdad en los que no se cita un solo caso de desigualdad, a menos que haya sido enjuiciado por el Tribunal Constitucional: juristas de salón, que viven fuera de su tiempo, sin “agenda” propia ni atención a la agenda ciudadana sino solo a la marcada (ex art. 50.1 b) LOTC) por los magistrados “de turno”. También los profesores, en este caso además perezosos, como aquellos que solo comentan en sus “casos prácticos” sentencias de ese Tribunal, como si no hubiera más temas relevantes que los que este órgano selecciona (positivismo jurisprudencial), impidiendo así un debate creativo y convirtiendo la docencia en exégesis. Aunque resulta todavía peor que sean los políticos quienes desconozcan los datos: una ley que contradice la realidad de los hechos es inconstitucional (p. 56); cualquier política de acción positiva debe partir de un análisis estadístico (p. 87); en resumen, muchas veces, para adoptar decisiones, “basta saberlo [lo que pasa en la realidad], pero al parecer, quien gobierna no lo sabe” (p. 97). Por esta Facultad pasó el curso anterior el gran Mario Bunge (ver ANUARIO 2014, pp. 291-300) y, entre otras muchas enseñanzas, nos convenció de esto: si los políticos conocieran los datos, se pondrían de acuerdo en casi todo. Algo cercano, por cierto, aunque *mutatis mutandis*, a la tesis de Dworkin de la “única respuesta correcta”.

Junto a la (buena) argumentación mediante (numerosos) ejemplos, otro mérito del libro es su intento (no logrado del todo pero reconozco que no era fácil) de dotar de solidez teórica a sus argumentos, al modo de un suelo firme donde estos se sientan cómodos y seguros. Permítanme la autocita, aunque sea obvia: no hay dogmática seria sin una teoría previa que la dote de solidez y coherencia (“El futuro de la dogmática de los derechos”, *Revista Catalana de Derecho Público*, n.º 49, 2014). Pues bien, dice Ainis, cuando se pregunta sobre las diferencias de trato legítimas “hacia arriba” y “hacia abajo”: “Es necesario aquí individualizar una doctrina, una teoría sobre la cual construir la respuesta constitucional debida” (p. 69). Ahora bien, en materia de igualdad las valoraciones son inevitables; lo adelanta nuestro autor al afirmar el carácter “arbitrario o al menos discrecional” del primer elemento de análisis de la igualdad, el *tertium comparationis* (p. 46) y lo deja bien claro poco después: “la igualdad es una categoría de la política [...] y la política se acompaña, siempre y en todo lugar, de una faceta valorativa, de una elección entre intereses y valores” (p. 44). Si esto es así, la teoría ha de ser también valorativa (que tome partido al menos por un valor o, mejor aún, por una concepción de un valor) y por ende ideológica; nuestro autor no escamotea del

todo esta cuestión, pues al final del libro, cuando ha terminado de desgranar sus datos, críticas y propuestas, se lamenta de la ausencia de una adecuada política de la igualdad de la izquierda italiana (pp. 131-134). Recordando a Bobbio (por cierto, acaba de reeditarse en español su libro de 1994, *Derecha e izquierda*, y convendría releerlo), la izquierda se caracteriza históricamente por su lucha a favor de la igualdad, y en Italia no la encontramos ahora en esa lucha, más bien al contrario (a lo que se añade, dicho de pasada –pues el tema daría para largo-, para concluir, que el problema de fondo no es de la izquierda sino “del espíritu de nuestro tiempo”: el pauperismo, pp. 134-136). Ainis no define de forma clara y expresa su opción teórico-valorativa-ideológica pero este humilde recensionista deduce de la lectura de *La piccola eguaglianza* que coincide en sustancia con la suya (*Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, 2012, pp.553-557): el socialismo liberal, aunque en nuestro autor quizás más liberal que socialista. Desde luego, no el comunismo ni su cara actual, el igualitarismo (p. ej., pp. 38, 78, 128). Tampoco la igualdad del punto de llegada, al menos como concepción central, pues con ella se negaría “todo espacio de autonomía en la construcción de los destinos individuales” (p. 79). En definitiva, moderación, sentido común, un “camino intermedio” (p. ej., p. 80, una *via di mezzo*, “la igual libertad de todos”), preocupado (sin duda) por la igualdad pero sin descuido de la libertad, situando el mérito como criterio principal de la igualdad, retomando 1789 (p. 57). Significativa esta frase: “las diferencias sociales afectan al principio de igualdad cuando no dependen de las elecciones y comportamientos individuales” (p. 59). Quizás una cierta ingenuidad liberal: socialista *ma non troppo*.

Visto el propósito (militante: luchar, no solo describir) del libro y algunas de sus mejores armas metodológicas (datos-ejemplos y sustento teórico, aunque sea en esbozo), veamos algunas de sus ideas centrales (dejaremos de lado su exposición del juicio de igualdad –pp. 45-56-, aquí menos original e incluso incompleta: mejor en cualquier buen manual de Derecho constitucional italiano), articuladas en torno al debate entre las clásicas concepciones dicotómicas de la igualdad, con algunas acotaciones marginales y críticas de quien suscribe esta recensión:

1) ¿Desigualdad voluntaria o involuntaria? Tras una no muy afortunada distinción entre desigualdad natural y política, sin consecuencias jurídicas muy claras, Ainis establece otra, que diferencia entre desigualdad voluntaria e involuntaria, para extraer de ella una solución casi apodíctica: “el Derecho únicamente [sic] puede reaccionar contra las desigualdades involuntarias [...] En fin, la desigualdad es injusta (en tanto involuntaria) cuando de la misma acción derivan consecuencias diversas para uno u otro individuo” (p. 59). No me convence esta tesis pues es simplificadora y de difícil aplicación práctica, ya que raramente será posible determinar cuándo estamos en presencia de uno u otro tipo de desigualdad; por poner el ejemplo más sencillo, ¿es voluntaria la desigualdad salarial de quien no pudo o no quiso estudiar una carrera universitaria, que le hubiera permitido (es un decir) lograr un sueldo mayor? Para saber si no pudo o no quiso habría que atender a cada caso: la voluntariedad es siempre relativa. Parece implícita en Ainis una

concepción idealizada de la libertad, propia del liberalismo originario, conectada con su preferencia por la igualdad de oportunidades, como se verá después.

2) ¿Igualdad hacia arriba o hacia abajo? Aquí la propuesta es más clara y útil. Ainis identifica sentencias que igualan hacia abajo (suprimiendo privilegios) y sentencias que igualan hacia arriba (generalizando beneficios) y encuentra una fórmula sugerente, aunque parcial, de solución, que ayuda a justificar las segundas, no tanto las primeras: debe igualarse hacia arriba cuando estemos en presencia de un derecho fundamental (p. 72), cuya titularidad, por definición, es universal (añadido mío, GE). Por cierto, de pasada el autor alude a los derechos sociales, dando por buena la cláusula de la “reserva de lo posible”, que a mi juicio es inaceptable (al respecto, *Derechos sociales...*, cit., pp. 642-645). No deja de resultar paradójico que después de esta concepción digamos conservadora (al menos en el contexto de la dogmática más reciente sobre los derechos sociales) aparezcan unas líneas favorables a una figura tan controvertida como la renta básica (pp. 81-83).

3) ¿Igualdad de partida o de llegada? Ainis habla de dos concepciones de la igualdad, trasunto a su vez de dos proyectos muy diferentes (“en las antípodas”) de sociedad. Creo que ambas concepciones son compatibles (conviven en la práctica política actual) y que nuestro autor caricaturiza algo: la igualdad del punto de llegada es propia de regímenes comunistas (o, en el mejor de los casos, de Babeuf), “deformando la igualdad en igualitarismo, atribuyendo el mismo nivel de vida a cada persona, tenga mérito o no, y negando así todo espacio a la autonomía en la construcción de los destinos individuales”. Por ello, “es esta la igualdad más deseable: la del punto de partida. La igual libertad de convertirse en desiguales pero partiendo de iguales” (p. 79). Y luego matiza: pero con límites, pues tampoco pueden permitirse desigualdades inaceptables, reconociéndose así, a mi entender, la compatibilidad que yo apuntaba entre ambas concepciones de la igualdad. Cómo deba lograrse la igualdad de partida o cuándo deba exigirse la igualdad de llegada, no se concreta. Apenas un llamamiento general al “sentido de la medida” y a la “vía del medio” (p. 80).

4) ¿Igualdad formal o material? Es en este punto donde Ainis es más claro y convincente, quizás por tratarse de la distinción más estudiada (aunque a mi juicio no resuelta) por la dogmática constitucional. De entrada, resulta atendible su apuesta inicial, creo que obvia (pese al Tribunal Constitucional español), a favor de la inclusión de la diferenciación en el contenido de la igualdad: “la ley, para atender al sentido de la justicia, debe unas veces igualar, otras diferenciar” y “la historia del principio de igualdad está marcada por la diferencia, no por la paridad de trato” (pp. 61-62). Establece seguidamente cinco diferencias entre las concepciones formal y material de la igualdad, para concluir, con acierto a mi entender, como sigue: la igualdad formal es la regla y la igualdad material la excepción, debiendo aplicarse esta en “circunstancias extraordinarias”, las cuales a su vez justifican acciones positivas, por naturaleza temporales: no podemos remediar las grandes injusticias del planeta pero sí combatir las pequeñas injusticias (pp. 66-67). Los destinatarios

de estas medidas son los grupos débiles. Pese a la claridad de la propuesta, creo que aquí se mezclan dos cosas: las acciones positivas en sentido estricto, como políticas públicas (que parece encajan bien con el modelo de la igualdad de partida, al respecto François Dubet, *Repensar la justicia social*, 2012, pp. 53-71), y la diferenciación en casos concretos, para mejorar la situación de los que están peor (que más bien entronca con la igualdad de llegada).

Si bien en la obra se citan numerosísimos ejemplos de desigualdades de toda índole, expuestos a veces sin orden y concierto, en el penúltimo capítulo se intenta una aproximación más sistemática, en torno a cinco tipos de desigualdad, realizándose propuestas interesantes sobre cada una de ellas, con cita de datos empíricos, pero no siempre bien construidas (recordemos el tono ensayístico de la obra): desigualdad sexual (nuestro autor se muestra favorable a las medidas afirmativas, con algunos límites y condiciones), desigualdad por edad (se critica la ausencia en Italia de una política a favor de las personas mayores, limitándose Ainis a una vaga apuesta por la razonabilidad), desigualdad racial (o mejor, desigualdad de los inmigrantes, con crítica a la vulneración, legal o fáctica, a algunos de sus derechos), desigualdad territorial (apostando por medidas salariales compensatorias, esta vez, curiosamente, a favor de las regiones ricas, con el argumento de que si en ellas todo es más caro, los salarios deberían ser más altos, lo que creo contradice la apuesta liberal del autor, pues –siguiendo esta lógica, que no comparto– los milaneses son libres para trasladarse a vivir a Calabria) y, por último, desigualdad religiosa (denunciándose los privilegios de la Iglesia Católica en Italia, sin duda bien documentados).

Un sexto tipo de desigualdad analizado por Ainis es la llamada desigualdad política, pero a mi juicio no es tal la que se produce (y así la plantea nuestro autor) entre ciudadanos (sin poder) y clase política (con poder). No obstante, la idea nos mueve a la reflexión y de paso se conecta (yo lo veo como una digresión, que se sale del tema del libro) con un esbozo de política de reforma democrática (pp. 112-128). Conviene detenernos brevemente en ella. Las propuestas de nuestro autor, si bien apenas esbozadas, son de nuevo interesantes y mueven a la reflexión: a) determinados cargos podrían ser sorteados entre ciudadanos, como en la antigua Grecia, y entre ellos las comisiones ciudadanas de control de conflictos de intereses de los parlamentarios, una porción de los escaños de ambas Cámaras o los intervinientes en debates públicos sobre decisiones especialmente controvertidas; en definitiva, se trata de aportar frescura a un proceso democrático en la práctica casi monopolizado por la clase política; b) introducir referéndum revocatorio para determinados cargos con determinadas condiciones (limitándose así el tradicional carácter irrevocable del mandato representativo, de tan nefastas consecuencias); c) ampliar y mejorar el referéndum en general, comenzando en el ámbito local. No podemos detenernos en comentar en detalle estas propuestas de reforma democrática, limitándonos a señalar que resultan razonables y aplicables, *mutatis mutandis*, a la realidad española, en esto tan cercana a la italiana.

Por último, en *La piccola eguaglianza* encontramos argumentos poco desarrollados y que quizás por ello no me convencen del todo. Para concluir, llamo la atención sobre dos cuestiones clave, a modo de recordatorio de temas pendientes para la dogmática. En primer lugar, el papel de la justicia en el razonamiento jurídico, pregunta inevitable en nuestro país desde el momento que la Constitución la sitúa entre los “valores superiores del ordenamiento jurídico”. Pues bien, la justicia (o la injusticia) aparece con frecuencia en el libro (p. ej., pp. 4, 6, 16, 22, 25, 26, 30, 32, 41, 44, 61, 67, 81, 101, 103, 104, 131 o 136) que reseño, junto a la igualdad o sin ella, pero nunca se define, parece una intuición (al modo del “puñetazo sobre la mesa” de Alf Ross) o cuando menos una “tautología” (p. 44), y esto no puede ser: hubiera sido interesante profundizar en esta perspectiva de la justicia como principio orientador de la interpretación, partiéndose de una mínima definición de la misma, para “afinar” mejor algunas de las tesis que se defienden. En segundo lugar, queda sin responder (aunque se sobrevuela sobre ello) la que quizás es todavía la pregunta clave en materia de igualdad, a saber: ¿cuándo pueden jurídicamente exigirse (y no solo permitirse) acciones afirmativas o tratos diferenciados? O en otros términos: ¿cuándo podemos hablar de un derecho fundamental a la igualdad material?