

LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO ORGANIZADORA Y GESTORA DE LA IGUALDAD

Dra. María Isabel Garrido Gómez¹
Profesora Universidad Complutense de Madrid, España

(Recibido 23/01/13 • Aceptado 11/11/13)

¹ Doctora en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid (España). Profesora Titular de Filosofía del Derecho en la Universidad de Alcalá (España). Directora de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos de la Universidad de Alcalá y el Defensor del Pueblo de España y Codirectora del Master Universitario de Protección Internacional de los Derechos Humanos de la citada Universidad. Es autora de numerosas publicaciones científicas, entre las cuales destacan los libros *La política social de la familia en la Unión Europea* (2000); *Criterios para la solución de conflictos de intereses en el Derecho privado* (2002); *La teoría y filosofía del Derecho de Rudolf von Stammler* (2003); *Derechos fundamentales y Estado social y democrático de Derecho* (2007); *El Derecho como proceso normativo. Lecciones de Teoría del Derecho* (coautora, 2007, 2.^a ed. 2010); *La igualdad en el contenido y en la aplicación de la ley* (2009); *Las transformaciones del Derecho en la sociedad global* (2010) y *La democracia en la esfera jurídica* (2013). Dirección postal: Facultad de Derecho - Universidad de Alcalá - Calle Libreros 27 - 28801 Alcalá de Henares (Madrid), España. Correo electrónico: misabel.garrido@uah.es

Resumen: En este trabajo se da cuenta de que la acción de la Administración pública se ha transformado durante los últimos tiempos y de que, en gran medida, se ha convertido en una instancia gestora regulándose en parte por un Derecho pseudoprivado. Por tanto, lo que se pone en evidencia es una gobernanza producida en forma de red con organismos privados y la sociedad civil. En tal sentido, las normas del Derecho administrativo actúan interrelacionadas con las reglas empresariales, demandas de funcionamiento e intereses sindicales en defensa de los trabajadores, junto a las reglas informales de los partidos políticos.

En todo caso, esto se puede apreciar en que muchas normas que hoy regulan la Administración se dirigen a la expansión de la organización económica capitalista y a la desaparición de las fronteras, refiriéndose a los flujos financieros o al mercado de bienes y servicios. Por eso es tan importante tener en cuenta las pautas indicadas y que la igualdad a la que se tienda sea real y efectiva.

Palabras Clave: Administración pública - organización - gestión - igualdad.

Abstract: This paper reveals that the action of the Public Administration has changed over recent years and that, largely, it has now become a managing body partly regulated by a pseudo-private Law. Consequently, this evidences a governance form arising as a network together with private organizations and the civil society. In this regard, Administrative Law regulations function in interaction with business rules, trade unions demands on the defense of workers' functions and interests, together with the informal rules of the political parties.

In any case, this can be seen in the fact that many of the rules that today regulate the Administration are aimed at expanding the capitalist economic organization and the disappearance of frontiers, about financial flows or the market of goods and services. This is why it is so important to consider the established guidelines and to ensure that the search for equality is both real and effective.

Keywords: Public Administration - organization - management - equality.

Índice

- I. Introducción sobre una tendencia
- II. Análisis de la Administración y su regulación jurídica vigente
- III. La incidencia de la desregulación en el Derecho administrativo
- IV. La consecución del interés general y la nueva legislatividad de la organización
- V. Recomendaciones y propuestas para hacer más real y efectiva la igualdad en el contexto vigente
 - VI.1. En relación con los ámbitos implicados
 - VI.2. En relación con la superación de la regla aristotélica
 - VI.3. En relación con la prohibición de las discriminaciones negativas
 - VI.4. En relación con la admisión y potenciación de las discriminaciones positivas
 - VI.5. En relación con la forma de resolver la tensión entre la igualdad de hecho y de Derecho conforme al derecho a la igualdad
- VI. Reflexión final

Bibliografía

I. Introducción sobre una tendencia

En el panorama actual es muy importante tener en cuenta que el Derecho como instrumento del Estado social y su empleo con fines de integración y de actuación de políticas sociales ha impuesto la racionalidad material sobre la formal, pero hoy día semejante afirmación ha cobrado un cambio significativo. Dicho proceso aspira a proteger posiciones mediante normas y realiza esas aspiraciones modificando algunas estructuras de poder y controlando el proceso socioeconómico. No obstante, no podemos hablar de un Estado de Derecho material que reúna un mínimo de condiciones formales para que haya un mínimo de seguridad jurídica, aun cuando esta descansa además en razones materiales y racionales. De modo que el contenido regulativo de las normas debe buscarse en su adecuación a la ejecución que llevan aparejada y a los efectos que con ella se quieren alcanzar². De ahí que en lo que se ha de hacer hincapié sea en la validez que ha pasado de estar apoyada solo en el cumplimiento de ciertos requisitos formales, como ocurría en el Estado legislativo unitario, a ajustarse a un complejo entramado por la crisis de la autoridad que elabora las leyes y las fuentes del Derecho³.

Ahora bien, el ejercicio de las competencias que tienen atribuidos los poderes públicos continúa teniéndose que adaptar al ordenamiento de las competencias estatales, apoyada en la delimitación preventiva de tales competencias y, eventualmente, de las directrices señaladas en la Constitución. A la vez que, con referencia a la esfera jurídica, se ha de respetar la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a

* Este artículo ha sido realizado dentro del Proyecto Consolider-Ingenio 2010 “El tiempo de los derechos” (CSD2008-00007), y del Proyecto del Plan Nacional I+D+i “Derechos humanos, sociedades multiculturales y conflictos” (DER 2012-31771), ambos del Ministerio de Economía y Competitividad.

² GALIANA SAURA, Ángeles, *La legislación en el Estado de Derecho*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 24, 71-72 y 103 y ss.

³ Cfr. el trabajo de LA TORRE, Massimo, *Rules, Institutions, Transformations. Considerations on the “Evolution of Law” Paradigm*, European University Institute, Florencia, 1995; PRIETO SANCHÍS, Luis, *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 45.

los derechos de los demás; y con arreglo a las exigencias extrajurídicas, se han de conducir racionalmente según las necesidades político-legislativas emergentes de la vida social advertidas en la opinión pública y los postulados del orden constituido⁴.

Así las cosas, la transformación de las funciones estatales tiene un gran impacto en el Derecho administrativo, pasando de ser prestacional a hacerse especialmente relevantes la regulación, la inspección, la autorización o la sanción. En este sentido, hay que matizar que no hablamos de un Estado policial de corte decimonónico, la regulación no impone meros límites externos que se presentan con mínimos y novedades de tipo organizativo haciendo referencia a los sujetos a los que se encomiendan. En síntesis, la organización y el tipo de control de su observancia se refieren a una nueva Administración pública de origen anglosajón.

Por otra parte, se ha potenciado la simplificación normativa procedimental y hay un aumento de los instrumentos de regulación y control puestos a disposición de los poderes públicos, hablamos de la recepción del Derecho reflexivo. Y las nuevas potestades de regulación y vigilancia que han sido reconocidas a la Administración se caracterizan por poseer un alto grado de discrecionalidad. Otra cuestión que no hay que olvidar es un efecto paradójico de la pretensión de regular y controlar de forma más intensa la actuación de los particulares, siendo esto representado por la ampliación de la autorregulación y el autocontrol⁵.

Las Administraciones independientes han proliferado en España y en Europa con la finalidad de sustraer de la lucha política partidista sectores de la actividad administrativa que son muy sensibles y complejos. Las Administraciones independientes se conciben como mecanismos de corrección de las supuestas deficiencias de la democracia, implicando un

⁴ ATIENZA, Manuel, *Contribución a una teoría de la legislación*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 77 y ss.; HAWKINS, Keith, "The Use of Legal Discretion: Perspectives from Law and Social Science", en HAWKINS, Keith (ed.), *The Uses of Discretion*, Clarendon Press-Oxford University Press, Oxford, 1995, pp. 11 y ss.

⁵ MIR PUIGPELAT, Oriol, *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 116-128.

cuarto poder. Desde este punto de vista, la transformación de la cláusula del Estado de Derecho hace referencia al margen de libertad del que gozan el Gobierno y la Administración ante el juez y el legislador⁶. Por lo indicado, vemos que hay una crisis del modelo de Derecho Administrativo clásico.

II. Análisis de la Administración y su regulación jurídica vigente

De lo que llevamos visto hasta ahora se podría concluir que la regulación actual de la Administración establece una relación de requisitos condicionantes⁷. En este sentido, muchas veces se ha optado por reducir el campo de aplicación del Derecho administrativo a las esferas en las que resulta totalmente imprescindible a causa de que el Derecho privado no es aplicable para conseguir los fines del interés general. Tal cosa hace que perdamos en garantías, y esa pérdida puede ser causa de ineficiencias dado que el no tener un control adecuado de la actividad administrativa abre un cauce para el empleo incorrecto de los fondos públicos, el descontrol del gasto o la corrupción⁸. Prosiguiendo con el análisis de esta realidad, el hecho de que surja una huida hacia el Derecho privado gracias al propio legislador es una cuestión que nos debe hacer tomar conciencia de la realidad y examinar los campos que han quedado desfasados, proponiendo nuevas soluciones y buscando un nuevo equilibrio que se ajuste mejor a las necesidades de nuestra coyuntura con nuevas técnicas y nuevos instrumentos⁹.

⁶ GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V, “Globalización económica, Administración pública y Derecho administrativo: presupuesto de una relación”, *Revista de Administración Pública*, 164, 2004, pp. 7-39; MIR PUIGPELAT, Oriol, *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho administrativo*, cit., nota n. 5, pp. 184 y ss.

⁷ MIR PUIGPELAT, Oriol, *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho administrativo*, cit., nota n. 5, pp. 116 y ss.

⁸ DESDENTADO DAROCA, Eva, *La crisis de identidad del Estado administrativo. Privatización, huida de la regulación pública y administraciones independientes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 105-106 y 130-131.

⁹ MIR PUIGPELAT, Oriol, *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho administrativo*, cit., nota n. 5, pp. 240 y ss. Sobre el tema, ver también HEAD, Michael, *Administrative Law. Context and Critique*, The Federation Press, Sydney, 2008, pp. 50 y ss.

El camino de la pseudoprivatización que se ha iniciado por la Administración supone que, mediante el recurso a las formas organizativas o al régimen jurídico privado, haya una supuesta creencia de que el Derecho administrativo no es útil. En relación con lo expuesto, se sustenta que tal Derecho no sirve para llevar a cabo la actividad propia de la Administración, solamente aparece como un instrumento inservible para encauzar una actividad administrativa que satisfaga eficazmente los intereses públicos. Teniendo en cuenta estas consideraciones, se ha optado por la reducción del ámbito que compete al Derecho examinado. Únicamente le competiría la regulación de aquellas áreas que son imprescindibles, porque el Derecho privado se muestra como un medio alternativo para la consecución de fines de interés general.

Mas, ante la realidad escenificada, se percibe que la Administración es una organización de carácter instrumental. Por esta razón, es muy importante que las sociedades tengan un modelo administrativo que sirva de forma efectiva a los intereses públicos, y que el ordenamiento jurídico regulador establezca las vías y los pasos pertinentes para hacer que ello se logre. En consecuencia, se vendría a afirmar en un primer plano que la eficacia es uno de los principios básicos de la actuación administrativa.

Empleando tales presupuestos, la Administración debe regirse por normas que prevean las vías de mayor calidad, eficacia y eficiencia dentro de sus posibilidades y del respeto al resto del ordenamiento jurídico, especialmente a los principios constitucionales. Los principios aludidos se catalogan, aparte de en el principio de legalidad, en el principio de interdicción de la arbitrariedad, el principio de objetividad, el principio de igualdad ante la ley, la libertad de concurrencia, el control del gasto público, la publicidad y transparencia, el acceso a la función pública conforme a los criterios de mérito y capacidad, la participación de los interesados en la adopción de las decisiones administrativas, y el respeto, promoción y protección de los derechos e intereses legítimos de los particulares. Sin embargo, aun aceptando que no haya una reserva general de Derecho administrativo, hay reservas parciales y límites y principios que, sea cual sea la legislación que regule la actividad administrativa, se deben garantizar en todo caso¹⁰.

¹⁰ DESDENTADO DAROCA, Eva, *La crisis de identidad del Estado administrativo. Privatización, huida de la regulación pública y administraciones independientes*, cit., nota n. 8, pp. 108 y 117.

También se constata la existencia de una modificación en lo que respecta a la discrecionalidad administrativa y a los actos políticos o de gobierno y de su control por los tribunales. En resumen, se observa un Derecho administrativo “menos nacional, más garante y menos prestador, más democrático en unos aspectos y menos en otros, sometidos a un régimen jurídico que le concede mayores espacios de libertad”¹¹. Desde el punto de vista apuntado, el reto es alcanzar el desenvolvimiento de un entramado jurídico y político-institucional que pueda hacer frente a los obstáculos de la nueva sociedad global. De modo que es preciso crear nuevas estructuras políticas y administrativas que dispongan de un alcance planetario para regular los mercados globales y hacer que las normas se cumplan por los agentes económicos¹².

Las fuerzas económicas han potenciado vías y formado organizaciones que escapan, al menos en su gran mayoría, del Estado, sin que quepa duda de que la idea de la unificación del Derecho en la era de la globalización parte de que hay una nueva relación en las fronteras entre lo público y lo privado. Las Administraciones públicas recurren progresivamente al Derecho privado cuando proceden a la venta de sus activos y emplean la contratación para cumplir con las misiones que tienen encomendadas, prestando servicios de forma indirecta mediante las concesiones a empresas que son privadas, extrapolando a las empresas públicas fórmulas utilizadas en el Derecho privado o recurriendo a la constitución de fundaciones¹³. Esta asunción de contenidos tiene como consecuencia que se haya llegado a hablar de un Derecho común de las

¹¹ Cfr., en general, el libro de ALLI ARANGUREN, Juan Carlos, *Derecho administrativo y globalización*, Civitas, Madrid, 2004; y MIR PUIGPELAT, Oriol, *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho administrativo*, cit., nota n. 5, pp. 184 y ss., y 207.

¹² BRADLEY, Anthony Wilfred y EWIN, Keith David, *Constitutional and Administrative Law*, Pearson Education Limited, Essex, 2007, pp. 419 y ss.; MIR PUIGPELAT, Oriol, *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho administrativo*, cit., nota n. 5, pp. 210 y 211.

¹³ ZAPATERO, Virgilio, *El arte de legislar*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 376 y 377. Ver, además, FURGER, Franco, “Global Markets, New Games, New Rules: The Challenge of International Private Governance”, en APPELBAUM, Richard, FELSTINER, William y GESSNER, Volkmar (eds.), *Rules and Networks. The Legal Culture of Global Business Transactions*, Hart Publishing, Oxford, 2001, pp. 202 y ss.

regiones -caso de la Unión Europa- con referencia al Derecho interno de los Estados miembros dictado para cumplir con una obligación establecida por las normas del Derecho regional¹⁴.

Al mismo tiempo, cada vez más, aparecen normas sustitutorias de las nacidas del Estado liberal y el Derecho decimonónico. Tales normas se caracterizan por ser procedimentales y por servir para reforzar los criterios sociales de control, así su imperatividad es baja, pero no su coercibilidad. No obstante, todo no queda aquí, sino que la lectura de la complejidad anunciada inicialmente se traduce en que el Derecho se reprivatice. Por lo que retrocede el Derecho público, adquiriendo también la idea de la Constitución unos perfiles nuevos al adoptar la forma de “una carta de identidad política y cultural” y actuar como un centro de convergencia de valores en cuyo campo solo tendrían absolutividad, desde un punto de vista sustantivo, los derechos de la ciudadanía y el mantenimiento del pluralismo axiológico, por medio de la adopción de mecanismos neutralizadores de soluciones que siguen una línea homogeneizadora, y de medidas capaces de bloquear la libertad e instaurar una unidad social indiferenciada¹⁵.

III. La incidencia de la desregulación en el Derecho administrativo

Dentro de este discurso se ha de emplear una visión que entienda que hablamos de la igualdad formal como el objetivo que es prioritario en un Estado social y democrático de Derecho, pero, dadas las transformaciones, la pregunta que conviene hacernos es ¿qué instrumentos son los que deben concurrir para que ese dictado se convierta en realidad? En este sentido, los instrumentos clásicos son: el origen democrático de la ley, aseguradora de la imparcialidad; la generalidad, que se expresa en un Derecho constituido por normas generales dirigidas al hombre y al

¹⁴ SOUSASANTOS, Boaventura de, *Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, Routledge, Londres, 1995; ESTÉVEZ ARAÚJO, José Antonio, “La globalización y las transformaciones del Derecho”, en ZAPATERO, Virgilio (ed.), *Horizontes de la Filosofía del Derecho, Homenaje a Luis García San Miguel*, vol. 1, Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares (Madrid), 2002, p. 316.

¹⁵ Ver la obra de FARIA, José Eduardo, *El Derecho en la economía globalizada*, trad. de C. Lema Añón, Trotta, Madrid, 2004.

ciudadano en abstracto; y la abstracción, en la medida que los contenidos de las normas describen supuestos de hecho con consecuencias jurídicas que conciernen a todos los supuestos y situaciones concebibles¹⁶.

Las ideas a las que nos referimos cuando hablamos de la desregulación jurídica es a que las normas concretas no pueden acoger materialmente la totalidad de los casos que surgen en la vida real, por muy detallados que sean; y a que los intentos de exhaustividad reguladora algunas veces distorsionan el contenido de las figuras jurídicas y del orden jurídico general. El concepto de desregulación tiene un alcance limitado: la flexibilización del poder absoluto de la ley, pero sin llegar a una privatización de los criterios normativos propios del *ius publicum* que sean condición sine qua non del orden jurídico¹⁷.

El juego de fuerzas se produce dentro de una superposición de los niveles de juridicidad, la multiplicación de las instancias legislativas y la proliferación de normas. Ahora el sistema jurídico es abierto y flexible. Sus normas se entrelazan con otras que proceden de distintas instancias; el pluralismo jurídico global se distingue por un elemento estructural referente a la variedad de instituciones, normas y procesos de resolución de conflictos registrados y localizados en distintas esferas del mundo. Y, a su vez, destaca un elemento relacional entre ámbitos de naturaleza distinta en lo referente a la estructura y al proceso¹⁸. En este orden de ideas, conviene no perder de vista que conviven tres tipos de niveles: el Derecho local, el Derecho estatal y el Derecho global. El último se manifiesta como una legalidad supraestatal, muy informal, que se basa en las prácticas de los agentes económicos dominantes y tiende a constituir su propia oficialidad creando diferentes formas de inmunidad. La acción se expresa de forma general y, en la parte social, esas escalas no actúan aisladamente¹⁹.

¹⁶ MARTÍNEZ TAPIA, Ramón, *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional*, Universidad de Almería, Almería, 2000, p. 94; SUAY RINCÓN, José, *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1985, pp. 145 y 146.

¹⁷ GARRIDO GÓMEZ, M. Isabel, *Criterios para la solución de conflictos de intereses en el Derecho privado*, Dykinson, Madrid, 2002, p. 201.

¹⁸ JULIOS CAMPUZANO, Alfonso de, “Globalización, pluralismo jurídico y Ciencia del Derecho”, en JULIOS CAMPUZANO, Alfonso de (ed.), *Dimensiones jurídicas de la globalización*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 19.

¹⁹ JULIOS CAMPUZANO, Alfonso de, “Globalización, pluralismo jurídico y Ciencia del Derecho”, cit., nota n. 18, p. 25.

La desregulación es, pues, una de las principales manifestaciones de la globalización jurídica, la cual se identifica con el desplazamiento de normas intervencionistas por otras que se limitan a asegurar la autonomía privada y la libre competencia entre sujetos que actúan dentro del mercado²⁰. De esta forma, hablamos de la retracción de normas de Derecho público que se destinan a la protección social, laboral, etc., en beneficio de normas de Derecho privado y de la autorregulación de grandes empresas²¹.

Desde el punto de vista indicado, muchas veces no se cumplen ciertas normas mínimas que deberían ser exigibles en el ámbito organizativo si la Administración pública ha de cumplir con su funcionalidad. A estos efectos, Montoro Chiner sugiere que para comprobarlo cuando se redacte una norma se responda al siguiente cuestionario:

- Si el proyecto conlleva problemas de ejecución que sean detectables en esta fase, y puedan repercutir en la marcha de las diversas Administraciones.
- Si se ha tenido en cuenta la capacidad administrativa actual para atender la ejecución del proyecto.
- Si hay conflictos previsibles sobre su ejecución desde el punto de vista de los objetivos de la norma.
- Si se ha previsto que las tareas de supervisión que la norma impondrá a la Administración puedan ser efectivamente asumidas.
- Si se han previsto las dificultades que surjan de su cumplimiento.
- Si se han agotado todas las posibilidades de descentralización o de delegación.
- Si la redacción del proyecto es clara y se ha considerado su futura automatización.

²⁰ MARCILLA CÓRDOBA, Gema, “Desregulación, Estado social y proceso de globalización”, *Doxa*, 28, 2005, pp. 240 y 252.

²¹ MARCILLA CÓRDOBA, Gema, “Notas sobre globalización y cultura democrática”, en *Estudios en Homenaje al Profesor Gregorio Peces-Barba*, vol. IV, Dykinson, Madrid, 2008, p. 593.

- Por último, si mientras la norma entra en vigor, se ha previsto la posibilidad de preparar suficientemente a quienes han de proveer su cumplimiento.

Por lo que se refiere a los procedimientos, señala Montoro que “en la fase de preparación debe revisarse si, abierta o veladamente, la norma va a contener aspectos procedimentales y, sea de una forma o de otra, afrontar ex ante las dificultades que se plantearán [...]. En general, han de evitarse los dobles trámites procedimentales que obligadamente representan intervención de varios órganos administrativos; en especial, si los trámites no tienen otro objeto que el de la mera información. La aptitud del procedimiento para ser informatizado debe contar como factor de descarga, en beneficio y bajo el punto de vista de quien ejecutará la norma”. Las cuestiones que sugiere que ha de plantearse el redactor son:

- Si el proyecto contiene partes en las que se introducen preceptos sobre procedimientos.
- Si la regulación sobre procedimientos que se ha introducido en el texto es renunciante en todo o en parte.
- Si se ha procurado evitar en lo posible la fragmentación del procedimiento.
- Si también en lo posible se ha procurado unificar el procedimiento, en aquello que sea admisible, para todas las Administraciones públicas²².

²² MONTORO CHINER, M. José, *Adecuación al ordenamiento y factibilidad: presupuestos de calidad de las normas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 83 y ss. Sobre todo lo dicho ver también, ZAPATERO, Virgilio, GARRIDO GÓMEZ, M. Isabel y ARCOS, Federico, *El Derecho como proceso normativo. Lecciones de Teoría del Derecho*, Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares (Madrid), 2010, pp. 156 y 157.

IV. La consecución del interés general y la nueva legislatividad de la organización

El *interés* es la noción que sirve para denotar la adaptación o inadaptación efectiva de los diversos componentes de una relación jurídica, y de ella a los diversos supuestos de la realidad. Corrigiendo la generalidad de las fórmulas de la estructura sin reemplazarlas, las dota de un contenido concretizante y nos da a conocer a cuál de las partes se la puede, o debe, dar la razón. Pero, en la actualidad, el Estado tiene que desarrollar su vida dentro de unos parámetros cada vez más complejos y a él le corresponde asegurar la mejor regulación posible en el ámbito social por medio del Derecho y de las políticas públicas, siendo sus funciones más acuciantes las de hacer que mejore el funcionamiento del mercado, la promoción de la igualdad y la protección de los trabajadores vulnerables²³.

La versión que hemos estado analizando del modelo de protección del interés general por parte de la Administración y del Derecho administrativo conduce a que lo primero que se deba tener en cuenta sea el control de los hechos determinantes, pues toda acción discrecional de la Administración se apoya en una realidad fáctica que actúa como supuesto de hecho de la norma que ha de aplicarse²⁴. Las resoluciones de la Administración se diferencian tradicionalmente por estar sometidas al principio de legalidad y por ser discrecionales, consecuentemente, la cuestión es saber encontrar un plano intermedio en el que se respeten los dos principios²⁵.

²³ ARNAUD, André-Jean y FARIÑAS DULCE, M. José, *Sistemas jurídicos: Elementos para un análisis sociológico*, trad. de la segunda parte de R. Escudero Alday, Universidad Calos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2006, p. 282.

²⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo. (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 31-49. En el mismo sentido, ver también GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas, Madrid, 2000.

²⁵ BARRY, Norman (ed.), *Limited Government, Individual Liberty and the Rule of Law*. Selected Works of Arthur Asher Shenfield, E. Elgar, Cheltenham, 1998; LATORRE SEGURA, Ángel, *Introducción al Derecho*, Ariel, Barcelona, 2006, pp. 167 y 168.

Con la vigencia de los Estados constitucionales de Derecho, el tradicional principio de legalidad que regía la libertad del ciudadano y la acción de la Administración ha cambiado también. En cualquier caso, la labor encomendada no es la misma que antaño, advirtiéndose que la Administración pública suele ser la gran realizadora de la política social. Sin embargo, desde hace tiempo, las cada vez más abundantes necesidades y la desproporción de los recursos han inducido a ciertos replanteamientos, barajando principios de solidaridad e igualdad, evaluados según el grado de desarrollo de la libertad que posibiliten, promoviendo la participación y la vinculación de los sujetos y de los grupos como sujetos de servicios primarios y como sujetos activos y transaccionales en los aspectos sociales que les afectan.

En este marco y con la consideración de los enunciados anteriores, se supera la labor meramente garantizadora y se asumen tareas de gestión directa de grandes intereses públicos. Esa labor gestora requiere aparatos organizativos que efectúen las tareas según su propia lógica, determinada, como nos ilustra Zagrebelsky, por reglas empresariales de eficiencia, exigencias objetivas de funcionamiento e intereses sindicales de los empleados, por no hablar de las reglas informales que vienen dadas por los partidos políticos. A esto es a lo que se llama *legislatividad de la organización*²⁶, la cual, en razón de la dificultad que supone regular previamente la actuación administrativa, ha de permitir programaciones concertadas, negociadas y flexibles.

La regulación de las interioridades técnicas de la industria desde la Administración es materialmente imposible por la falta de conocimiento especializado. Cuanto mayor sea la pretensión reguladora, mayores serán los espacios de autorregulación²⁷. En este caso, nos topamos también con regulaciones paralelas a los Derechos estatales, a título ilustrativo, las que provienen de la sociedad civil cuyo principal ejemplo es la *lex mercatoria*²⁸.

²⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de M. Gascón Abellán, Trotta, Madrid, 2011, pp. 34 y 35.

²⁷ ESTEVE PARDO, José, *Autorregulación. Génesis y efectos*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002, pp. 26-29; MacLAUCHLAN, Wade, "Public Service Law and the New Public Management", en TAGGART, Michael (ed.), *The Province of Administrative Law*, Hart, Oxford, 1997, pp. 118 y ss.

²⁸ ESTEVE PARDO, José, *Autorregulación. Génesis y efectos*, cit., nota n. 27, pp. 129 y ss.

Para superar las consecuencias negativas que se derivan de esa situación, hemos de tener en cuenta que la progresión se explica en cuanto que en el Estado liberal de Derecho el hombre se consideraba como sujeto activo y pasivo de la ley, como creador de los dictados legislativos por la soberanía popular sometedores de los individuos y los poderes públicos. La estimación del individuo como sujeto pasivo de la actividad legislativa dejó en evidencia el sometimiento a su aplicación, que todos han de acoplarse igualmente al ordenamiento jurídico y poseen un derecho igual a obtener la protección de los derechos que ese ordenamiento reconoce, eliminando discriminaciones arbitrarias²⁹. El siguiente paso se produjo cuando la igualdad ante la ley llevó a modificaciones significativas en la aplicación de la misma, es decir, en la comprensión de que tal aplicación ha de hacerse conforme a la ley³⁰. Y, con el transcurrir del tiempo, se tomó conciencia de que el modelo liberal solo era válido para alcanzar la igualdad real en una sociedad homogénea, haciéndose cada vez más relevante la necesidad de igualar y diferenciar por medio de la ley. Desde esta perspectiva, la igualdad se presenta como criterio de distribución de los contenidos de libertad y se proyecta en sus titulares³².

A ello hay que sumar la necesidad de considerar la posible presencia de diferentes clases de desigualdad y de diferentes criterios de distribución, en atención al contexto sobre el que se dirige el examen de la igualdad por la complejidad de su idea³³, lo que favorece la justificación de la diversidad a la hora de tomar las medidas pertinentes sin dejar de tener en cuenta la aceptación de la medida y de sus criterios por los

²⁹ ARA PINILLA, Ignacio, *Notas para un estudio de la justicia y la igualdad: un análisis del tema desde las perspectivas de la axiología jurídica y del Derecho constitucional*, Departamento de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1982, pp. 104-107; RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. Fernanda, *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 19-20.

³⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. Fernanda, *Igualdad y discriminación*, cit., nota n. 29, p. 21.

³¹ SUAY RINCÓN, José, *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, cit., nota n. 16, p. 26.

³² ASÍS ROIG, Rafael, *Sobre el concepto y fundamento de los derechos: Una aproximación dualista*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 71.

³³ WALZER, Michael, *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*, trad. de H. Rubio, Fondo de Cultura Económica, México, D. F., 2004, pp. 32 y 33.

afectados. De lo expuesto se deduce que “siempre será razonable aquella medida que aun diferenciando pretenda satisfacer una necesidad básica y mantener la capacidad de elección o que pretenda situar en igual situación de poder a unos determinados individuos que no lo están. Es más, a partir de aquí, también será razonable aquella medida que, atendiendo a las circunstancias que provocan desigualdad, al contexto y a los criterios posibles de distribución, sea aceptada por los sujetos implicados”³⁴.

En definitiva, el tratamiento legal diferenciador podrá derivarse de la comparación o la interpretación de diversos órdenes normativos para obtener de esa comparación la aparición de una desigualdad censurable constitucionalmente, y de una situación de hecho que no es imputable a la norma de modo directo, aun cuando sí lo es en relación con la actuación de la interpretación y aplicación normativas³⁵.

Desde el punto de vista de la aplicación del Derecho por la Administración, como advierte Rubio Llorente, en la mayoría de los supuestos la igualdad no se resuelve en crear normas que previamente no existían, sino en aplicar las ya existentes³⁶. El requerimiento que se deriva de la interdicción de la arbitrariedad es la racionalidad y la razonabilidad de la decisión administrativa, la única diferencia entre la aplicación judicial de la ley y la administrativa radica en los sujetos que la llevan a cabo, en uno es el juez y en el otro es la Administración. Por esta razón, una decisión no arbitraria sería la que se apoya en razones que dan la posibilidad de derivar de ella una máxima de valor universal, como es el imperativo kantiano, o la legislación que la Administración adoptaría si fuera él el legislador³⁷.

³⁴ Sobre lo referente a los criterios señalados, ver ASÍS ROIG, R. de, “La igualdad en el discurso de los derechos”, en LÓPEZ GARCÍA, José Antonio y REAL ALCALÁ, J. Alberto del (eds.), *Los derechos: entre la Ética, el Poder y el Derecho* Universidad de Jaén-Dykinson, Madrid, 2000, pp. 162 y ss.

³⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a Fernanda, *Igualdad y discriminación*, cit., nota n. 29, pp. 41 y ss.

³⁶ RUBIO LLORENTE, Francisco, “La igualdad en la aplicación de la ley”, en GARCÍA SAN MIGUEL, Luis (ed.), *El principio de igualdad*, Universidad de Alcalá-Dykinson, Madrid, 2000, p. 50.

³⁷ RUBIO LLORENTE, Francisco, “La igualdad en la aplicación de la ley”, cit., nota n. 36, p. 51.

Un elemento limitador es el del control ejercido a través de los principios generales del Derecho, comprendidos como condensación de los valores superiores de los ordenamientos jurídicos. El mandato de los principios recae en imponer un genérico deber negativo que prohíbe actuar en contra del valor que consagran porque no pueden crear obligaciones ni otorgar derechos subjetivos típicos o activos. En tal sentido, las Administraciones públicas no pueden ejercer acción alguna si, antes, la ley vigente no ha delimitado los supuestos de hecho en los que puede ejercer como poder público que es, en razón de que la configuración del régimen de atribución de potestades con arreglo al principio de legalidad precisa que se determinen a priori los supuestos fácticos en los que la Administración posee competencia. Mas no nos podemos quedar en este nivel porque concurren otras razones de índole práctica, dentro de esa explicación se sitúa la imposibilidad material de satisfacer todas las pretensiones que se legitiman en que la comunidad considera valioso que el Estado garantice la realización de un fin³⁸.

El hecho de que las leyes hayan de aplicarse sin tener en cuenta quién es el destinatario plantea problemas que se captan en los conceptos vagos, ambiguos y valorativamente abiertos, debiendo tener toda discriminación una fundamentación objetiva y razonable³⁹. Así, ejemplificativa resulta la Sentencia del Tribunal Constitucional español 144/1988, de 12 de julio, f.j. 3, que establece que cuando haya razones que autoricen a pensar que la divergencia interpretativa constituye la cobertura formal de una decisión cuyo sentido es diverso de otras anteriores o, incluso, posteriores, la causa recae en que “se han tomado en consideración circunstancias personales o sociales de las partes, incluso, su identidad, que no debieron serlo”⁴⁰. Otras sentencias que giran en torno a esta tesis son la 268/2005, de 24 de octubre, y la 33/2007, de 12 de febrero.

La consecución de la igualdad sustancial justifica un trato que no es igual, siempre que haya una desigualdad social con la meta de reducirla o eliminarla, obteniendo una sociedad más justa, evitando formas de

³⁸ BELADÍEZ ROJO, Margarita, *Los principios jurídicos*, prólogo de E. García de Enterría, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 84-88.

³⁹ OLLERO TASSARA, Andrés, *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, p. 17.

⁴⁰ Ver las consideraciones hechas por RUBIO LLORENTE, Francisco, “La igualdad en la aplicación de la ley”, cit., nota n. 37, pp. 57 y 58.

neutralización, interiorización o anulación de las diferencias para que los grupos minoritarios no permanezcan marginados⁴¹.

Asumimos que la determinación de los criterios de relevancia para establecer la igualdad y la diferenciación es esencialmente axiológica, porque implica la formulación de juicios de valor por actos de voluntad jurídicos a los que sirven de vehículo y de expresión las normas. En consecuencia, una diferenciación es arbitraria si no es posible encontrar una razón suficiente para justificarla, siendo la cualificación de la razón suficiente un problema de valoración. Se puede admitir que el trato distinto que recaiga sobre supuestos de hecho que fueran desiguales en su propia naturaleza, cuando su función contribuya al restablecimiento de la igualdad real a través de un diferente régimen jurídico. A la par que la igualdad como criterio de distribución de derechos tiene dos vertientes, la igualdad como diferenciación *negativa*, que da un trato igual a las circunstancias o situaciones diferentes que se estiman deben tenerse como irrelevantes para el disfrute o el ejercicio de ciertos derechos o para la aplicación de las normas; y la igualdad como diferenciación positiva, que conlleva un trato distinto de circunstancias y situaciones tenidas como relevantes⁴².

V. Recomendaciones y propuestas para hacer más real y efectiva la igualdad en el contexto vigente

Por lo indicado, debe haber un cambio en la acción de la Administración pública para conseguir el interés general a la hora de elaborar políticas públicas y programas.

⁴¹ FARIÑAS DULCE, M. José, *Los derechos humanos desde la perspectiva sociológico-jurídica a la "actitud postmoderna"*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 22 y 23; PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, con la colaboración de Rafael de Asís Roig, Carlos Fernández Liesa y Ángel Llamas Cascón, *Curso de derechos fundamentales*, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, pp. 287 y ss. Sobre esta cuestión, ver el libro AÑÓN ROIG, M. José, *Igualdad, diferencias y desigualdades*, Fontamara, México, D. F., 2001.

⁴² ASÍS ROIG, Rafael de, "La igualdad en el discurso de los derechos", cit., nota n. 34, p. 157; RUIZ MIGUEL, Alfonso, "La igualdad como diferenciación", en VV.AA., *Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*, Escuela Libre Edit., Madrid, 1994, pp. 286-290.

VI. En relación con los ámbitos implicados

La revisión de la igualdad implica un puente entre el Derecho, la moral y la política en las tareas de los operadores jurídicos. De tal interrelación se deben deducir los ámbitos dentro de los que se ha de enjuiciar el tema objeto de análisis. Estos son el lógico-lingüístico, en el que se busca atribuir un significado a la noción de igualdad ante la ley, contestando a la pregunta de igualdad ¿en qué sentido? Además interesa el nivel filosófico-político, que da respuesta a las cuestiones de por qué igualdad y qué igualdad, referido a la justificación del valor que representa en relación a su protección y a la elección de los distintos tipos. Y, en tercer lugar, destaca el plano jurídico que contesta a cómo y para qué lograr la igualdad, fijación que se remite, como destinatarios, a los órganos representativos de los poderes públicos y a los particulares⁴³.

VII. En relación con la superación de la regla aristotélica

El principio aristotélico se explica en función de dos prescripciones, una exige que no se apliquen excepciones a la regla general si es que no hay fundamentos relevantes para ello; y la otra precisa que el Derecho establezca las categorías relevantes para establecer esas excepciones. Suscribe el filósofo que la desigualdad es injusta y la igualdad justa, habiendo un término medio de lo desigual, este es el de lo igual, y dos formas de igualdad correspondientes con la justicia⁴⁴. Pero la tradición de identificar lo igual con lo justo y lo desigual con lo injusto

⁴³ CARBONELL, Miguel, *La Constitución en serio. Multiculturalismo, igualdad y derechos sociales*. Universidad Nacional Autónoma de México-Porrúa, México, D. F., 2001, pp. 125-129. La filosofía de la Ilustración y la política de la Revolución francesa fueron la base del auge del legalismo del siglo XIX, estando fundamentada la actividad que desenvuelve la igualdad en el deber ético de hacer abstracción de ciertas desigualdades de hecho que imperan entre los hombres, y exigiéndose la fundamentación racional de los juicios de valor. Sobre este aspecto, ver: PRIETO SANCHÍS, Luis, *Ley, principios, derechos*, cit., nota 3, p. 85.

⁴⁴ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, edic. bilingüe y trad. de M. Araújo y J. Marías, introducción y notas de J. Marías, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, Libro V, 1-5. "La virtud"; BENN, Stanley I. y PETERS, Richard S., *Los principios sociales y el Estado democrático*, trad. de R. J. Vernengo, Eudeba, Buenos Aires, 1984, pp. 126 y 127; LEYDEN, Wolfgang von, *Aristotle on Equality and Justice: His Political Argument*, Palgrave Macmillan, Londres, 1985, pp. 20 y ss.

es susceptible de crítica al engendrar una circularidad que difiere por remisiones recíprocas la conceptualización de ambas categorías; al tiempo que afloran falsas identificaciones entre los planos del ser y del deber ser, desprendiéndose de la simbiosis justicia/igualdad que la igualdad está justificada en cada caso⁴⁵.

Por tanto, el concepto de igualdad no puede comprenderse absolutamente y debe ser entendido en su dimensión histórica. Esa relatividad ha de derivar de la materia que se trata, aparte de que es un concepto de naturaleza relacional, siendo el auténtico problema para reivindicar un tratamiento jurídico la especificación de cuándo dos situaciones reales son equiparables, o cuándo sus similitudes deben predominar sobre sus diferencias, no olvidando el juicio de valor sobre la elección de los criterios concretos que se han de considerar y el de la evaluación de los hechos en base a estos criterios.

En realidad, la igualdad jurídica es indispensable para adquirir la real en un sentido negativo, dado que la concurrencia de discriminaciones legales limita los logros planteados; simultáneamente que, en un sentido positivo, se permite acudir a los tribunales para contrarrestar la discriminación. Sin embargo, la igualdad formal no es suficiente y se requiere la aplicación efectiva de normas que guarden las esferas vulnerables, de modo que el principio de igualdad social sea un principio de compensación de las desigualdades que se realiza por la elevación o la promoción de las personas desfavorecidas, o con la limitación o la disminución de la riqueza y del poder de las personas más favorecidas.

V.III. En relación con la prohibición de las discriminaciones negativas

Con las discriminaciones que se prohíben se intenta impedir la existencia de víctimas que han sido tratadas de forma desfavorable continuada y sistemáticamente. Las discriminaciones prohibidas presuponen cierta sistematicidad, producto de una regla jurídica que

⁴⁵ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *Dimensiones de la igualdad*, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 77 y ss. Ver también los trabajos de AMESON, Richard J., DWORKIN, Ronald, NAGEL, Thomas, SEN, Amartya y WILLIAMS, Bernard, en CARTER, Ian (dir.), *L'idea di eguaglianza*, trad. de E. Dornetti, Feltrinelli, Milán, 2001.

trata de forma diferente lo que hace la regla que se pudiera estimar estándar, o social, es decir, que hablamos de un problema jurídico, pero estamos ante un fenómeno social en la mayoría de las ocasiones sin que interese en exclusividad el punto de partida porque el resultado es básico. Por otra parte, las razones pueden ser de naturaleza biológica, a título ilustrativo, el nacimiento, la raza, el sexo, o la condición o circunstancia personal. Aunque es posible que prime la elección humana en la religión, la opinión y algún tipo de condición o circunstancia social, en este último grupo, además, se encuentran afectados derechos y libertades. Tales causas tienen un punto de unión que se debe a su relatividad interpretativa y ofrecen posibilidades muy amplias, al igual que ocurre con las formas de operar en la práctica por estar firmemente fundadas en la sociedad⁴⁶.

La propuesta de las dos vías más plausibles a la hora de comprender la relación entre la igualdad y la no discriminación son:

- a) Entender la discriminación como desigualdad arbitraria de trato. Aquí lo que debe primar es la idea de igualdad y la prohibición de desigualdades arbitrarias. El principal mandato es que “los individuos deben ser tratados igual por encima de cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Por eso, en este plano la discriminación se desplaza a la cuestión genérica de la desigualdad e implica abordar los criterios empleados para fijar diferencias de tratamiento, los fines que se persiguen con la diferencia y la relación entre los fines y los medios. El listado de causas no da a conocer una prohibición distinta cualitativamente, sino la desigualdad que no es razonable. Dada su frecuencia y peculiar peligro, se debe cuidar expresamente la interdicción de algunos riesgos en el sentido de que constituyen causas *razonables* de diferenciación.⁴⁷

⁴⁶ RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. Fernanda, *Igualdad y discriminación*, cit., nota n. 29, pp. 162 y ss. Sobre esta cuestión, ver las diferentes opciones que se aportan en COHEN, Marshall, NAGEL, Thomas y SCANLON, Thomas (eds.), *Equality and Preferential Treatment*, Princeton University Press, Princeton (Nueva Jersey), 1977; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 10, 2006, pp. 799-832.

⁴⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. Fernanda, *Igualdad y discriminación*, cit., nota n. 29, p. 235.

b) Distinguir entre el principio de igualdad de trato, genéricamente entendido, que prohíbe llevar a cabo diferencias arbitrarias de tratamiento, y el principio específico referente a la prohibición de discriminación, que protege a algunos grupos que suelen estar marginados sistemáticamente⁴⁸. La igualdad como no discriminación explica la idea fijada en el artículo 14 al dictar que todos somos iguales ante la ley, sin discriminación [...], causa por la que ni legislativamente ni tampoco a la hora de la aplicación por la Administración de la legislación es admisible la diferencia de trato.

V.IV. En relación con la admisión y potenciación de las discriminaciones positivas

Primordialmente en la cuestión de la justificación de la discriminación, es importante ver si la igualdad es sacrificable en aras de otro bien constitucionalmente protegido, para ello hemos de tener en cuenta, más que la igualdad, el efecto discriminatorio que la diferenciación puede producir⁴⁹. El juego de que todos somos iguales ante la ley no

⁴⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. Fernanda, *Igualdad y discriminación*, cit., nota n. 29, pp. 235 y 236. El Derecho antidiscriminatorio originado en los Estados Unidos después de la Segunda Guerra Mundial tiene como destinatarios a las personas de color, con el objetivo de superar sus continuos levantamientos, extendiéndose posteriormente a otros factores como la edad, la orientación sexual, la discapacidad, el estatus marital y la riqueza, a lo que hay que agregar otras formas desarrolladas por el Tribunal Supremo y la Administración. El judicial se ha fijado en la construcción de instrumentos y mecanismos de control constitucional de las leyes interpretando la XIV Enmienda. Igualmente, están dentro de este grupo los conceptos de *disparate treatment* y *disparate impact*, correspondiéndose en el Derecho europeo con la discriminación directa e intencional y con la discriminación indirecta respectivamente. Sin embargo, el Derecho antidiscriminatorio es identificable con la *affirmative action policy*, centrándose, sobre todo, en la igualdad de oportunidades y en la esfera laboral (BARRÈRE UNZUETA, M. Ángeles, *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 33 y ss.).

⁴⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. Fernanda, *Igualdad y discriminación*, cit., n. 29, p. 74; ROMER, John E., *Equality of Opportunity*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 2006, pp. 108 y ss.; STRAUSS, David A., "The Illusory Discrimination between Equality of

establece cuándo una circunstancia fáctica puede o debe ser tomada en consideración para operar una diferenciación normativa. Las igualdades formal y la material pueden convivir pacíficamente, sin embargo, pueden también entrar en confrontación, siendo esta clase de antinomias del tipo parcial/parcial representativa de que los ámbitos de validez de las normas coinciden parcialmente⁵⁰.

Con estos parámetros, legislativamente no basta cualquier justificación del legislador, se ha de probar la necesidad de la norma para el uso de tal fin imperativamente legítimo. La acción positiva se ha de dirigir a combatir la subordinación estructural de ciertos grupos, siendo una de sus manifestaciones la discriminación. Si se quiere que el Derecho antidiscriminatorio sea un instrumento de justicia grupal, es preciso que haya una revisión a fondo que parta de su definición. Consiguientemente, podemos hablar del empleo de dos líneas: una se centraría en llevar a cabo un desplazamiento del concepto jurídico de discriminación fundado en la diferencia de trato al de subordinación fundado en la diferencia de estatus. La otra línea exigiría una ampliación del concepto jurídico de acción positiva y que no se viera reducido a la igualdad de oportunidades⁵¹.

V.V. En relación con la forma de resolver la tensión entre la igualdad de hecho y de Derecho conforme al derecho a la igualdad

En el tratamiento de la tensión entre la igualdad de Derecho y de hecho, el objetivo es hallar un método de inclusión e integración en el que se fijen las reglas de juego que han de cumplirse, debiéndonos plantear como interrogantes clave ¿de qué manera hemos de valorar

Opportunity and Equality of Result”, en DEVINS, Neal y DOUGLAS, Davidson M. (eds.), *Redefining Equality*, Oxford University Press, Nueva York, 1998, pp. 51 y ss.

⁵⁰ MONTILLA MARTOS, José Antonio, “El mandato constitucional de promoción de la igualdad real y efectiva en la jurisprudencia constitucional. Su integración con el principio de igualdad”, en VV. AA. *Estudios de Derecho público. (Homenaje a Juan José Ruiz-Rico)*, vol. 1, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 437-463; PRIETO SANCHÍS, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2009, pp.183 y 184.

⁵¹ BARRÈRE UNZUETA, M. Ángeles, “Problemas de Derecho antidiscriminatorio Subordinación *versus* discriminación y acción positiva *versus* igualdad de oportunidades”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 9, 2003, pp. 22 y ss.

la diferencia y la identidad?, ¿cómo han de conjugarse con la igualdad?, ¿cuál es el camino para obtener un respeto mutuo e igual entre todos los grupos?, y ¿en qué lugar hemos de situar el punto de cohesión dentro de un contexto socio-político?⁵²

Desde esta posición, se ha de suscribir que el derecho a la igualdad no es autónomo, no existe por sí mismo, estando su contenido establecido en función de relaciones jurídicas concretas. Así, no es conceptuable como un derecho formal; es una norma que sirve de parámetro para ratificar que el reconocimiento de que todos somos iguales ante la ley se ha vulnerado, pudiendo ser el infractor el que goza de una situación de hecho favorable o el que goza de otra desfavorable. Su condición se la ha otorgado las Constituciones, a la par que se otorga una naturaleza reaccional reforzada frente a otros derechos. También cabe remarcar la improbabilidad de que no se infrinja simultáneamente otro derecho⁵³. Quien desee beneficiarse de aquel podrá apelar al derecho a no ser tratado desigualmente, no a no ser tratado igualmente, por lo que el derecho a la igualdad no hace nacer nuevos derechos fuera de los que se restablezcan cuando hayan sido violados⁵⁴.

Si la conflictividad aparece porque el logro de la eficacia en el establecimiento de la igualdad en la redacción legal es sumamente ambiguo, los criterios que se han de seguir son de dos clases: la conexión entre el Derecho como técnica de control social junto a las conductas que llevan a cabo los sujetos, y el nivel de incidencia de las normas en las conductas de los sujetos. En el primer punto, la correspondencia es un aspecto de la relación semántica entre un contenido de proposiciones y un estado de cosas. En el segundo, la relación implica que existe un sistema normativo, no pudiendo definirse la eficacia en el nivel

⁵² FARIÑAS DULCE, M. José, *Globalización, ciudadanía y derechos humanos*, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 39-40; MALGESINI, Graciela y GIMÉNEZ, Carlos, *Guía de conceptos sobre migraciones, racismo e interculturalidad*, La cueva del oso, Madrid, 1997, pp. 36 y 300.

⁵³ PUMAR BELTRÁN, Nuria, *La igualdad ante la ley en el ámbito de la Seguridad Social*, prólogo de M. R. Alarcón Caracuel, Aranzadi, Pamplona, 2001, p. 92.

⁵⁴ PUMAR BELTRÁN, Nuria, *La igualdad ante la ley en el ámbito de la Seguridad Social*, cit., nota n. 53, p. 114.

de correspondencia entre acciones y prescripciones integrando las condiciones precisas de la existencia del sistema⁵⁵.

VI. Reflexión final

Desde este punto de vista, la actuación de la Administración es inteligible con un significado innovador y adaptado a las nuevas situaciones⁵⁶. Al hilo de estas tesis, el tratamiento de la diferencia se ha de hacer por el reconocimiento de derechos, o por disposiciones en el marco de acciones afirmativas transformadoras de las causas que originan las desventajas en base a una situación de desventaja, opresión y carencia de oportunidades vitales; siendo las más relevantes las que apuntan a las aportaciones de la ciudadanía social⁵⁷. Todo lo dicho se encuadra dentro de los Estados sociales de Derecho en la acción de una política social general que remite a los mecanismos institucionalizados por los poderes públicos, o directrices preferenciales que enmarcan histórico-estructuralmente la responsabilidad del Estado en el bienestar de los ciudadanos.

Desglosados los aspectos precedentes, se obtienen las ideas de que el interés jurídico se desenvuelve en base a una vinculación a conceptos jurídicos en apoyo de los derechos subjetivos y de las obligaciones. Las razones para entenderlo jurídicamente relevante son una conjunción de factores éticos, culturales, sociales, políticos, económicos, espaciales o temporales, cuya valoración se caracteriza por su mutabilidad⁵⁸. Desde

⁵⁵ NAVARRO, P. Eugenio y REDONDO, Cristina, *Normas y actitudes normativas*, Fontamara, México, D. F., 2000, pp. 22 y ss.

⁵⁶ PERONA, Ángeles J., "Notas sobre igualdad y diferencia", en MATE RUPÉREZ, Manuel-Reyes (ed.), *Pensar la igualdad y la diferencia*. (Una reflexión filosófica), Fundación Argenteria-Visor, Madrid, 1995, pp. 35 y ss.; RUIZ MIGUEL, Alfonso, "La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en GARCÍA SAN MIGUEL, Luis (ed.), *El principio de igualdad*, cit., n. 36, pp. 164 y 165.

⁵⁷ AÑÓN ROIG, M. José, "La interculturalidad posible: ciudadanía diferenciada y derechos", en LUCAS, Javier de (dir.), *La multiculturalidad*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, p. 253; HÄBERLE, Peter, *El Estado constitucional*, trad. de H. Fix-Fierro, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D. F., 2001, pp. 108 y ss.

⁵⁸ GUASP, Jaime, *Derecho*, Madrid, 1971, pp. 272 y ss.; OMAGHI, Lorenzo, *Il concetto di interesse*, Giuffrè, Milán, 1986, pp. 30 y ss.; y, más recientemente, AÑÓN ROIG, M. José y GARCÍA AÑÓN, José (coords.), *Lecciones de derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 130 y 131.

esta posición, las demandas de derechos que poseen una naturaleza social o política son reformulables en muchas ocasiones en términos de violación individualizada y concreta de un derecho personal y con una víctima determinada. No obstante, se advierte que, aun en el supuesto de que el caso no tenga naturaleza colectiva, sí lo habrán de tener sus efectos, por lo que también en estos casos se ha de comprender que la actuación judicial tiene el sentido de garantizar de alguna manera cierta forma participativa en la esfera política⁵⁹.

Con los referentes citados, la conclusión a la que se llega es que debe haber un trabajo conjunto y complementario en el que la acción de los poderes no sea aislada sino que esté en permanente combinación. Estas estrategias legislativas complementarias tienen como punto de partida un enfoque procedimental. En consecuencia, como dice Abramovich que “no se reclama una prestación ni se impugna directamente una política o medida que afecta a derechos, sino que se pretende garantizar las condiciones que hacen posible la adopción de procesos deliberativos de producción de normas legislativas o actos de administración”⁶⁰.

⁵⁹ ABRAMOVICH, Víctor, “Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política”, *Estudios socio-jurídicos*, 9, abril de 2007, pp. 10-13.

⁶⁰ ABRAMOVICH, Víctor, “Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política”, cit., nota n. 58, p. 28; GARRIDO GÓMEZ, M. Isabel, *Las transformaciones del Derecho en la sociedad global*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 103 y ss.

Bibliografía

- ABRAMOVICH, Víctor, “Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política”, *Estudios socio-jurídicos*, 9, 2007.
- ALLI ARANGUREN, Juan Cruz, *Derecho administrativo y globalización*, Civitas, Madrid, 2004.
- AÑÓN ROIG, M. José, *Igualdad, diferencias y desigualdades*, Fontamara, México, D. F., 2001.
- “La interculturalidad posible: ciudadanía diferenciada y derechos”, en LUCAS, Javier de (dir.), *La multiculturalidad*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001.
- AÑÓN ROIG, M. José y GARCÍA AÑÓN, José (coords.), *Lecciones de derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- ARA PINILLA, Ignacio, *Notas para un estudio de la justicia y la igualdad: un análisis del tema desde las perspectivas de la axiología jurídica y del Derecho constitucional*, Departamento de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1982.
- ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, edic. bilingüe y trad. de M. Araújo y J. Marías, introducción y notas de J. Marías, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.
- ARNAUD, André-Jean y FARIÑAS DULCE, M. José, *Sistemas jurídicos: Elementos para un análisis sociológico*, trad. de la segunda parte de R. Escudero Alday, Universidad Calos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2006.
- ARNESON, Richard J., DWORKIN, Ronald, NAGEL, Thomas, SEN, Amartya y WILLIAMS, Bernard, en CARTER, Ian (dir.), *L'idea di eguaglianza*, trad. de E. Dornetti, Feltrinelli, Milán, 2001.
- ASÍS ROIG, Rafael de, “La igualdad en el discurso de los derechos”, en *Los derechos: entre la Ética, el Poder y el Derecho*, en LÓPEZ GARCÍA, José Antonio y REAL ALCALÁ, J. Alberto del (eds.), Universidad de Jaén-Dykinson, Madrid, 2000.
- *Sobre el concepto y fundamento de los derechos: Una aproximación dualista*, Dykinson, Madrid, 2001.

- ATIENZA, Manuel, *Contribución a una teoría de la legislación*, Civitas, Madrid, 1997.
- BARRÈRE UNZUETA, M. Ángeles, *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, Civitas, Madrid, 1997.
- “Problemas de Derecho antidiscriminatorio Subordinación *versus* discriminación y acción positiva *versus* igualdad de oportunidades”, Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, 9, 2003.
- BARRY, Norman (ed.), *Limited Government, Individual Liberty and the Rule of Law*, Selected Works of Arthur Asher Shenfield, E. Elgar, Cheltenham, 1998.
- BELADÍEZ ROJO, Margarita, *Los principios jurídicos*, prólogo de E. García de Enterría, Tecnos, Madrid, 1997.
- BENN, Stanley I. y PETERS, Richard S., *Los principios sociales y el Estado democrático*, trad. de R. J. Vernengo, Eudeba, Buenos Aires, 1984.
- BRADLEY, Anthony Wilfred y EWIN, Keith David, *Constitutional and Administrative Law*, Pearson Education Limited, Essex, 2007.
- CARBONELL, Miguel, *La Constitución en serio. Multiculturalismo, igualdad y derechos sociales*, Universidad Nacional Autónoma de México-Porrúa, México, D. F., 2001.
- COHEN, Marshall, NAGEL, Thomas y SCANLON, Thomas (eds.), *Equality and Preferential Treatment*, Princeton University Press, Princeton (Nueva Jersey), 1977.
- DESDENTADO DAROCA, Eva, *La crisis de identidad del Estado administrativo. Privatización, buida de la regulación pública y administraciones independientes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- ESTEVE PARDO, José, *Autorregulación. Génesis y efectos*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002.
- ESTÉVEZ ARAÚJO, José Antonio, “La globalización y las transformaciones del Derecho”, en ZAPATERO, Virgilio (ed.), *Horizontes de la Filosofía del Derecho*, Homenaje a Luis García San Miguel, vol. 1, Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares (Madrid), 2002.

- FARIA, José Eduardo, *El Derecho en la economía globalizada*, trad. de C. Lema Añón, Trotta, Madrid, 2004.
- FARIÑAS DULCE, M. José, *Globalización, ciudadanía y derechos humanos*, Dykinson, Madrid, 2004.
- *Los derechos humanos desde la perspectiva sociológico-jurídica a la "actitud postmoderna"*, Dykinson, Madrid, 2006.
- FURGER, Franco, "Global Markets, New Games, New Rules: The Challenge of International Private Governance", en APPELBAUM, Richard, FELSTINER, William y GESSNER, Volkmar (eds.), *Rules and Networks. The Legal Culture of Global Business Transactions*, Hart Publishing, Oxford, 2001.
- GALIANA SAURA, Ángeles, *La legislación en el Estado de Derecho*, Dykinson, Madrid, 2003.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo*. (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos), Civitas, Madrid, 1995.
- Democracia, jueces y control de la Administración, Civitas, Madrid, 2000.
- GARRIDO GÓMEZ, M. Isabel, *Criterios para la solución de conflictos de intereses en el Derecho privado*, Dykinson, Madrid, 2002.
- *Las transformaciones del Derecho en la sociedad global*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010.
- GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V., "Globalización económica, Administración pública y Derecho administrativo: presupuesto de una relación", *Revista de Administración Pública*, 164, 2004.
- GUASP, Jaime, *Derecho*, Madrid, 1971.
- HÄBERLE, Peter, *El Estado constitucional*, trad. de H. Fix-Fierro, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D. F., 2001.
- HAWKINS, Keith, "The Use of Legal Discretion: Perspectives from Law and Social Science", en HAWKINS, Keith, (ed.), *The Uses of Discretion*, Clarendon Press-Oxford University Press, Oxford, 1995.
- HEAD, Michael, *Administrative Law. Context and Critique*, The Federation Press, Sydney, 2008.

MARÍA ISABEL GARRIDO GÓMEZ: la administración pública como organizadora
y gestora de la igualdad

- JULIOS CAMPUZANO, Alfonso de, “Globalización, pluralismo jurídico y Ciencia del Derecho”, en JULIOS CAMPUZANO, Alfonso de (ed.), *Dimensiones jurídicas de la globalización*, Dykinson, Madrid, 2007.
- LA TORRE, Massimo, *Rules, Institutions, Transformations. Considerations on the “Evolution of Law” Paradigm*, European University Institute, Florencia, 1995.
- LATORRE SEGURA, Ángel, *Introducción al Derecho*, Ariel, Barcelona, 2006.
- LEYDEN, Wolfgang von, *Aristotle on Equality and Justice: His Political Argument*, Palgrave Macmillan, Londres, 1985.
- MacLAUCHLAN, Wade, “Public Service Law and the New Public Management”, en TAGGART, Michael (ed.), *The Province of Administrative Law*, Hart, Oxford, 1997.
- MALGESINI, Graciela y GIMÉNEZ, Carlos, *Guía de conceptos sobre migraciones, racismo e interculturalidad*, La cueva del oso, Madrid, 1997.
- MARCILLA CÓRDOBA, Gema, “Desregulación, Estado social y proceso de globalización”, *Doxa*, 28, 2005.
- “Notas sobre globalización y cultura democrática”, en *Estudios en Homenaje al Profesor Gregorio Peces-Barba*, vol. IV, Dykinson, Madrid, 2008.
- MARTÍNEZ TAPIA, Ramón, *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional*, Universidad de Almería, Almería, 2000.
- MIR PUIGPELAT, Oriol, *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 2004.
- MONTILLA MARTOS, José Antonio, “El mandato constitucional de promoción de la igualdad real y efectiva en la jurisprudencia constitucional. Su integración con el principio de igualdad”, en VV AA., *Estudios de Derecho público*. (Homenaje a Juan José Ruiz-Rico), vol. 1, Tecnos, Madrid, 1997.
- MONTORO CHINER, M. José, *Adecuación al ordenamiento y factibilidad: presupuestos de calidad de las normas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1989.

- NAVARRO, P. Eugenio y REDONDO, *Cristina*, *Normas y actitudes normativas*, Fontamara, México, D. F., 2000.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 10, 2006.
- OLLERO TASSARA, Andrés, *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.
- ORNAGHI, Lorenzo, *Il concetto di interesse*, Giuffrè, Milán, 1986.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, con la colaboración de R. de Asís Roig, C. Fernández Liesa y A. Llamas Cascón, *Curso de derechos fundamentales*, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999.
- PERÉZ LUÑO, Antonio-Enrique, *Dimensiones de la igualdad*, Dykinson, Madrid, 2009.
- PERONA, Ángeles J., “Notas sobre igualdad y diferencia”, en MATE RUPÉREZ, Manuel-Reyes (ed.), *Pensar la igualdad y la diferencia*. (Una reflexión filosófica), Fundación Argentaria-Visor, Madrid, 1995.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 2001.
- *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2009.
- PUMAR BELTRÁN, Nuria, *La igualdad ante la ley en el ámbito de la Seguridad Social*, prólogo de M. R. Alarcón Caracuel, Aranzadi, Pamplona, 2001.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. Fernanda, *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986.
- ROEMER, John E., *Equality of Opportunity*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 2006.
- RUBIO LLORENTE, Francisco, “La igualdad en la aplicación de la ley”, en GARCÍA SAN MIGUEL, Luis (ed.), *El principio de igualdad*, Universidad de Alcalá-Dykinson, Madrid, 2000.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso, “La igualdad como diferenciación”, en VVAA, *Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*, Escuela Libre Edit., Madrid, 1994.

MARÍA ISABEL GARRIDO GÓMEZ: la administración pública como organizadora
y gestora de la igualdad

“La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”,
en GARCÍA SAN MIGUEL, Luis (ed.), *El principio de igualdad*,
Universidad de Alcalá-Dykinson, Madrid, 2000.

SANTOS SOUSA, Boaventura de, *Toward a New Common Sense: Law,
Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, Routledge,
Londres, 1995.

STRAUSS, David A., “The Illusory Discrimination between Equality of
Opportunity and Equality of Result”, en DEVINS, Neal y DOUGLAS,
Davidson M. (eds.), *Redefining Equality*. Oxford University Press,
Nueva York, 1998.

SUAY RINCÓN, José Juan, *El principio de igualdad en la justicia
constitucional*, Instituto de Estudios de Administración Local,
Madrid, 1985.

WALZER, Michael, *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo
y la igualdad*, trad. de H. Rubio, Fondo de Cultura Económica,
México, D. F., 2004.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad.
de M. Gascón Abellán, Trotta, Madrid, 2011.

ZAPATERO, Virgilio, *El arte de legislar*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor
(Navarra), 2009.

ZAPATERO, Virgilio, GARRIDO GÓMEZ, M. Isabel y ARCOS RAMÍREZ,
Federico, *El Derecho como proceso normativo, Lecciones de
Teoría del Derecho*, Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares
(Madrid), 2010.