

Igualdad y no discriminación.
El reto de la diversidad

SERIE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

NEOCONSTITUCIONALISMO Y SOCIEDAD

Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad

Danilo Caicedo Tapia y Angélica Porras Velasco
Editores



José Serrano Salgado
Ministro de Justicia, Derechos Humanos y Cultos

Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos
Av. Amazonas y Atahualpa
Edif. Anexo al ex Banco Popular
Telf: (593-2) 2464 929, Fax: 2469914
www.minjustica-ddhh.gov.ec

Equipo de Apoyo

Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos
Tatiana Hidalgo Rueda
Yolanda Pozo Inacalla
Carolina Silva Portero

Corrección de estilo
Miguel Romero Flores (09 010 3518)

ISBN: 978-9978-92-948-3
Derechos de autor: 034744
Imprenta: V&M Gráficas (02 3201 171)

Quito, Ecuador
1ra. edición: diciembre 2010

Contenido

Presentación	vii
<i>José Serrano Salgado, Ministro de Justicia, Derechos Humanos y Cultos</i>	
Presentación	xi
<i>Julio Cesar Trujillo</i>	
Prólogo	xxi
<i>Danilo Caicedo Tapia y Angélica Porras Velasco</i>	

I. El Principio de igualdad. Dimensiones filosóficas

Desigualdad, exclusión y globalización: hacia la construcción multicultural de la igualdad y la diferencia	3
<i>Boaventura de Sousa Santos</i>	
(Des) Igualdad estructural	53
<i>Roberto Saba</i>	
Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial	95
<i>Luis Prieto Sanchís</i>	
Igualdad y diferencia	155
<i>Luigi Ferrajoli</i>	
La naturaleza del prejuicio. Racismo, hoy. Iguales y diferentes	183
<i>Norberto Bobbio</i>	

II.- Discriminación y medidas de acción afirmativa

Efecto o intención:	
cuál debería ser el requisito en los casos de discriminación	219
<i>Ezequiel Nino</i>	
Igualdad y desproporcionalidad en las políticas de acción afirmativa.	
Los problemas de la dogmática jurídica y el derecho europeo	249
<i>José García Añón</i>	

Igualdad, democracia y acciones positivas	285
<i>Marcela V. Rodríguez</i>	
Afroecuatorianos: reparaciones y acciones afirmativas	331
<i>John Antón Sánchez</i>	

III. Igualdad y diversidad

Matrimonio y diversidad sexual: la lección sudafricana	367
<i>Mariano Fernández Valle</i>	
El derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y la obligación de realizar ajustes razonables. Una mirada desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con discapacidad	389
<i>Agustina Palacios</i>	
Libre determinación y pie de igualdad de los pueblos indígenas	413
<i>Bartolomé Clavero</i>	
La igualdad un largo camino para las mujeres	421
<i>Roxana Arroyo Vargas</i>	

IV. Aplicaciones

El juicio de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional	451
<i>Carlos Bernal Pulido</i>	
Lidiando con la diferencia. Respuestas desde la justicia constitucional ecuatoriana y colombiana	483
<i>Judith Salgado Álvarez</i>	
Igualdad y diversidad sexual. La hegemonía de la heterosexualidad en el derecho ecuatoriano	547
<i>Danilo Caicedo Tapia y Angélica Porras Velasco</i>	
El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros de la jurisprudencia interamericana	575
<i>Ariel E. Dulitzky</i>	
Abstracts de Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre igualdad y discriminación	613

Presentación

José Serrano Salgado

Ministro de Justicia, Derechos Humanos y Cultos

El Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos del Ecuador tiene entre sus objetivos primordiales el garantizar el acceso a justicia oportuna, independiente y de calidad, asegurar la rehabilitación social efectiva, promover la paz social y la plena vigencia de los derechos humanos mediante políticas, programas y la coordinación de acciones con las instituciones relacionadas con el sistema de justicia.

En este marco, la Subsecretaría de Desarrollo Normativo inició en el año 2008 su serie de publicaciones *Justicia y Derechos Humanos. Neoconstitucionalismo y Sociedad*, que ha contribuido a difundir doctrina jurídica y a profundizar el debate acerca de las transformaciones legales que requiere el país para hacer efectivos los valores y principios establecidos en la Constitución.

Estas obras se han constituido en fuente obligatoria de consulta para la sociedad ecuatoriana y en especial para los estudiosos de varias áreas, pues recogen los aportes más actuales que a nivel internacional y nacional se han producido sobre derechos humanos, neoconstitucionalismo y el tratamiento de la justicia en general. Por otra parte, su difusión gratuita a escala nacional e internacional ha contribuido a democratizar el conocimiento y facilitar la participación de la ciudadanía en el debate de temas de gran trascendencia, en especial en el campo legal.

De esta manera, nuestra Cartera de Estado se encuentra profundamente comprometida en apoyar la efectiva aplicación de los derechos, garantías e instituciones que conforman el ideal del Estado constitucional de derechos y justicia, consagrado en la Constitución. Al inicio de este camino, largo y difícil, es indispensable reforzar el convencimiento no solo de que es posible sino también necesario un cambio en la manera de establecer las relaciones recíprocas

entre las personas y de éstas con el Estado, con el fin de abandonar viejas prácticas discriminatorias y empezar a construir un mundo más justo y solidario.

En un entorno como el latinoamericano, en el que sujetos formalmente iguales pero desiguales en la práctica, en el que el poder ya no se ejerce de manera centralizada sino a partir de redes, símbolos y estructuras combinadas y móviles, difíciles de identificar y contestar; en el que el dato empírico de la diversidad ha sido utilizado como pretexto para que un grupo o grupos asuman posiciones de superioridad y autoridad y otros de sometimiento, exclusión y olvido, es para todas y todos una exigencia ética y política la transformación de las estructuras y prácticas discriminatorias.

El Ecuador no ha sido ajeno a esta realidad, la reproducción del racismo, desigualdad, exclusión y desconocimiento del otro y otra han sido parte de nuestra racionalidad, relacionalidad y cultura hegemónicas, tanto individual como colectivas.

La historia del Ecuador está plagada de situaciones de discriminación, que incluso pueden retrotraerse al sistema implementado en la colonia que racializó las relaciones creando un régimen diferenciado que en muchos casos llevó al genocidio y etnocidio y que con pequeñas transformaciones se mantuvo en nuestro país. Mujeres, personas con opción sexual diferenciada, indígenas, afrodescendientes, montubios, personas con discapacidad, niñas y niños, adultos mayores, y personas en situación de movilidad han compartido esta situación. Las prácticas abusivas, la discriminación, exclusión, pobreza, explotación, servidumbre y esclavitud ligada a un sistema político, económico, social y jurídico han caracterizado la relación con los grupos dominantes y el mismo Estado.

Si bien hay que reconocer que se han hecho notables esfuerzos y algunas mejoras en el siglo XX, y que se ha ampliado el contenido de conceptos como ciudadanía y nacionalidad, avanzando hacia el de persona, es un hecho probable que la discriminación sigue existiendo por medio de innumerables manifestaciones. Esto a pesar de la lucha constante y permanente de personas, movimientos sociales, cuyos esfuerzos se han dirigido hacia la reivindicación de un espacio y reconocimiento dentro de la sociedad plurinacional e intercultural, la apertura de espacios de participación social y política, el fortalecimiento de su identidad y, en general, por lograr sociedades menos discriminatorias.

En este contexto, la publicación que ahora se presenta recoge los principales debates contemporáneos sobre la igualdad, considerada en sus diversas formas, como igualdad ante la ley, igualdad real, material o sustancial, igualdad en la diversidad, entre otras. Tampoco ha querido dejar de lado —desde una visión política— la discusión entre la denominada igualdad de oportunidades o de resultados. Todas estas manifestaciones deben ser consideradas de manera integral y complementaria, pues la satisfacción de una no significa el desconocimiento de otra.

Por otro lado, no debemos desatender el hecho de que la igualdad, como valor normativo, ha tenido una historia llena de vicisitudes y ha sido objeto de los mayores y más transformadores debates filosóficos y políticos. En este sentido, el presente estudio recoge los acercamientos teóricos más relevantes sobre el tema de igualdad procurando al mismo tiempo incluir al mayor número de grupos y expresiones de la diversidad que den cuenta de la manera como se ha ido aplicando en el ámbito jurídico el principio de igualdad y las formas concretas que ha ofrecido. Por último, parte del imperativo de la intervención del Estado por medio de políticas, medidas de acción afirmativa y otras similares como uno de los caminos más certeros para la superación de la discriminación.

Presentación

Julio César Trujillo Vásquez

Un vez más, el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos entrega a los ecuatorianos un libro sobre cuestiones estrechamente vinculadas al campo de su competencia, esta vez sobre dos temas angulares de la justicia y los derechos de la persona, como son la igualdad y la no discriminación, estudiados por autores de merecido predicamento internacional y por jóvenes estudiosos nacionales que, cada día, se afianzan en el escenario nacional como los forjadores del moderno pensamiento jurídico, tan necesitado de actualización.

Antes de hacer un breve resumen de los estudios que se publican en *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad*, quiero destacar varios de sus méritos singulares.

En él escriben sociólogos y filósofos del derecho que lucen sus conocimientos con brillantez y éxito en Europa y en Latinoamérica; son, pues, autores consagrados que honran al Ecuador al autorizar la publicación de ensayos de innegable valor científico para nuestros lectores que, aunque escritos para un universo de lectores más extenso y mejor informado, serán de mucho provecho para nuestros abogados y juristas. Su sabiduría se confirma al haber aceptado aparecer junto a ecuatorianos jóvenes que, con talento y preparación solvente, comienzan a entregarnos los tempranos frutos de sus conocimientos, para incorporar al Ecuador el estudio de temas sobre los cuales no hemos podido salir de nociones anacrónicas y de viejos prejuicios. A estos dos aportes se suma el de maestros latinoamericanos cuyo pensamiento nos ayudará a afianzar los esfuerzos de los autores nacionales y encarnar en la realidad de nuestro subcontinente las reflexiones teóricas de cuestiones actuales.

El otro mérito que quiero relieves, entre tantos otros que caracterizan a este libro, es el haber iniciado el contacto de nuestros editores con el mundo, a través de autores de los que sabemos, tan sólo, por sus publicaciones fuera de las fronteras patrias. Destaco este esfuerzo por sacarnos del aldeanismo que nos abruma y en el que, por desgracia, se sienten cómodos muchos que deberían otear los más innovadores horizontes en los que se mueve el pensamiento social y, en nuestro caso, el de las ciencias políticas y jurídicas que tratan de organizar el Estado y la sociedad contemporáneos. Esto no significa que desconozcamos algunos esfuerzos aislados de editores nacionales, pero son tan escasos que pasan desapercibidos.

Boaventura de Sousa Santos

El estudio de la igualdad y no discriminación comienza con el capítulo de Boaventura de Sousa Santos, portugués cosmopolita, que trata de la igualdad, libertad y ciudadanía, como categorías que caracterizan a la modernidad, pero que al no eliminar la desigualdad y exclusión las regula como excepciones de aquellas. Luego de algunas reflexiones sobre el conflicto entre estas y aquellas, centra su atención en la forma cómo el desarrollo capitalista resuelve la contradicción mediante un sistema que él llama de “pertenencia jerarquizada”, en el que el trabajo y sus portadores son incorporados a la sociedad en cuanto se subordinan a los dueños del capital, mientras que los que se rebelan son excluidos, en términos de Foucault. En esta forma de integración es clave el Estado providencia que suaviza la desigualdad, sobre todo, mediante la provisión de bienes y servicios para los hipo-suficientes.

Para de Sousa Santos el Estado providencia está en crisis, lo que para las fuerzas progresistas presenta serias dificultades, en tanto que para los neoliberales esto significa que el Estado providencia ha fallado y acaso en se encuentra en sus postrimerías, pero lo cierto es que, primero, el supuesto fin del este Estado social, para sus corifeos, sirve de justificativo para su prédica de que deje de subsidiar a los débiles, mas no necesariamente a los poderosos, ni para que deje de cumplir su función represiva, en especial contra los inconformes con los supuestos paraísos en que viven los detentadores de cualquier forma de poder. Este discurso, los ecuatorianos lo escuchamos hasta hace poco con estentórea difusión y aún lo oímos ahora aunque con discreta

publicidad. Segundo, el Estado sigue siendo el campo de lucha que no debemos abandonar, si bien para esto debemos reinventarlo.

La reinención del Estado exige, sin embargo, una democracia mejor y más completa que la meramente representativa, lo cual nos debe estimular para enriquecerla con las instituciones de la democracia participativa, cuyo éxito es responsabilidad de todos y, en especial, de los que desde el ejercicio del poder pueden bastardearla y a quienes, por tanto, debemos prevenirlos de su grave responsabilidad si es que fracasa. El advenimiento del nuevo Estado depende también, para el autor de este capítulo, del reconocimiento de la multiculturalidad que para nosotros, diría yo, significa respeto a la pluri-nacionalidad y la consecuente reorganización del Estado.

Norberto Bobbio

El ensayo “La naturaleza del prejuicio. Racismo, hoy. Iguales y diferentes” se publica, en el Ecuador, por la generosa autorización de Ediciones Temas de Hoy, S. A. y forma parte de la obra *Elogio de la Templanza y otros escritos morales*.

Las primeras páginas están dedicadas a dar un agudo y clarísimo concepto del prejuicio, sus clases y diversas formas, de la discriminación, como su consecuencia. Los motivos de la discriminación, la siempre incompleta enunciación de sus motivos, su sustentación en la desigualdad y la diferencia de las desigualdades naturales y sociales. Esta distinción, aunque no fácil, nos debe servir para fijar las que, por provenir de la injusticia y del prejuicio, debemos eliminar y las que Bobbio menciona entre las naturales, respetarlas y dar un trato diferente a los diferentes cuando las diferencias son objetivas y compatibles con la dignidad humana. La clasificación de la discriminación en jurídicas, sociales y políticas me parece de suma utilidad para discernir los medios para combatirla. Comparto, por cierto, la tesis de que el remedio para las actuales y las futuras formas y motivos de la discriminación es la educación de calidad para todos.

Presenta fecundas reflexiones sobre el racismo, uno de los grandes problemas cuando el autor vivía y que, con lúcida perspicacia, prevé que se agravara más tarde, como de hecho ha ocurrido. Pueblo de emigrantes califica al italiano (;y cuál no?); distingue bien la especie de migración del pasado con

la actual que obliga a los receptores a convivir inesperada e intempestivamente con grupos humanos de quienes conocen “poco las costumbres, nada la lengua, con los cuales consigue comunicarse solo con gestos o con palabras chapurreadas”, con la consiguiente inevitable desconfianza que se extiende y profundiza por los prejuicios; de los cuales el étnico lo considera, con razón, el más peligroso. A continuación de recordar la pregunta de Jesús a los fariseos diciendo: “¿Quién esté libre de prejuicios que lance la primera piedra?”, analiza las razones del prejuicio étnico, como son el temor de que extraños entren en nuestro espacio, sin haberlos invitado; el miedo a competir con ellos, los siempre insuficientes puestos de trabajo y, sobre todo, la nunca científicamente demostrada superioridad de una cultura sobre otra. Mucho bien nos haría seguir a Bobbio, en sus reflexiones sobre los extremos criminales a los que este prejuicio puede llevar a los pueblos y meditar humildemente si no anida, en nuestro corazón y en nuestra cabeza, ese horrendo prejuicio, cuando juzgamos a los indios y a los negros que, con los mestizos, ocupamos este bello rincón del universo. Las diversas formas de racismo de las que se ocupa el maestro italiano no son ajenas a nosotros, desde la, a veces, desmedida exaltación de las virtudes del norte, a la discriminación, como negación o restricción de los derechos humanos, a los “otros”, aunque no lleguemos, al extremo del racismo ideológico del que, por desgracia, no estamos exentos todos, aunque, por fortuna, los que lo abrazan son pocos, poquísimos y de manera vergonzante; hipócrita la denomina Bobbio.

El antídoto es siempre el mismo: la educación y la educación democrática, que se ha de inspirar y ha de desarrollar en los hombres y mujeres los “principios universales, como la libertad, la justicia, el respeto al otro, la tolerancia, la no violencia”, de modo que podamos conciliar con espontaneidad la igualdad entre iguales y el respeto al derecho a la diferencia de los diferentes, y, al mismo tiempo, tratar a estos y a aquellos como iguales en lo que son iguales y, como diferentes en lo que no lo son, huyendo a la vez del etnocentrismo y la xenofobia que, según el autor, son obstáculos para la convivencia y comunicación entre gentes diferentes, cuya común dignidad nunca puede ser sacrificada en aras de supuestas diferencias que subordinan el ser humano a mitos racionalmente insostenibles.

Luís Prieto Sanchís

El maestro español comienza por recordarnos que con las revoluciones de fines del siglo XVIII se transforman los derechos de categorías morales en normas jurídicas, y hace notar sumariamente la diversa evolución de la supremacía constitucional y de la protección de los derechos en los Estados Unidos de América y en Europa continental y cómo en esta parte del mundo la lista de los derechos civiles y políticos se amplió con los derechos económicos, sociales y culturales, cuya unívoca caracterización es imposible o por lo menos difícil. No obstante ensaya una en base de varios criterios, como son: la necesidad del Estado y sus instituciones para poder garantizarlos; su carácter prestacional; su titularidad; derechos de igualdad; la obligación derivada de ellos; y su dimensión subjetiva y, a la vez, objetiva. Propone una definición de los derechos sociales y concentra su atención en el principio de igualdad que ha de guiar la expedición de las normas o derecho objetivo y su reconocimiento como derecho subjetivo.

Los derechos sociales pueden derivarse del principio de igualdad material (que no implica negación de la igualdad formal o ante la ley), y de las obligaciones que imponen al Estado para hacerla realidad, como ocurre en Alemania y lo hace el art. 9.2 de la Constitución española, cuyo Tribunal Constitucional consagra la tesis de que esta norma permite establecer mediante normas desigualdades, a las que el autor llama “desigualdades normativas” para lograr, como resultado, igualdades materiales o de hecho. Tesis esta que bien podría aplicarse en Ecuador en virtud de lo dispuesto en el último inciso del art. 11.2 de nuestra Constitución. Este principio genérico deja amplia libertad al legislador para concretar los derechos sociales que, a su juicio, son necesarios para corregir las desigualdades de hecho que merecen ser eliminadas o moderadas en términos tolerables, aunque hay algunos que son exigibles a partir del principio genérico, como los derechos conexos con derechos exigibles, como el de contar con un defensor público para gozar del derecho de defensa o cuando el Estado establece beneficios para unos y se olvida o niega a otros que son iguales y, con mayor razón, cuando algunos derechos sociales están constitucionalmente enunciados de manera explícita, como es nuestro caso en que este principio genérico está complementado, con la enunciación explícita de los derechos a la educación, a salud, los de

personas y grupos de atención prioritaria, los del *sumak kawsay* o bien vivir y otros.

Son exigencias de la igualdad, una vez que no hay seres humanos idénticos, que los iguales han de ser tratados como iguales en lo que sean iguales y desigualmente en lo que sean desiguales, siempre que ellas se sustenten en criterios objetivos y razonables. Este criterio ha de observar el legislador al expedir la norma y quienquiera que en los hechos deba otorgar el trato debido a las personas y juzgar de los hechos, puesto que sería tan injusto prescribir un trato desigual a los iguales como dar un trato igual a los desiguales; pero en qué han de ser desiguales para merecer una norma desigual que compense la desigualdad de hecho o fáctica es asunto que debe ser establecida en razón del fin que la norma persigue o a los efectos de la regulación. Desde luego, más apremiante es la justificación o exposición de las razones del trato desigual que las del trato igual, que, en cierta forma se presume y refuerza sus argumentos con las palabras de Alexy: “si no hay una ninguna razón suficiente para la permisón de un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento igual”.

Estrechamente vinculada al principio de igualdad está la prohibición de la discriminación, que significa que las razones por las que se la prohíbe, como la etnia, el género, etc. no pueden justificar un trato desigual; esas diferencias no son causas razonables para negar o restringir el goce y ejercicio de un derecho cualquiera, aunque no impide que si hay motivos, objetivos y razonables, más poderosos para dar a unos u otros un trato desigual, por ejemplo de justicia, que estos motivos justifican, ya sea como acciones positivas a favor de las mujeres y, en general, como los derechos sociales.

En el estudio de los derechos sociales parte del reconocimiento de que son verdaderos derechos y rechaza las tesis que les niegan esta naturaleza y dicen de ellos que son “principios de justicia secundarios”, o “declaraciones retóricas que por su propia vaguedad son ineficaces desde el punto de vista jurídico” y otras que el autor, justificadamente, cataloga entre las posiciones, a la fecha, abandonadas y pasa a estudiar su dimensión objetiva y su dimensión subjetiva.

Con el título de dimensión objetiva de los derechos sociales, Prieto Sanchís defiende la tesis de que los principios rectores de la política social y económica son normas jurídicas y, por tanto, vinculantes para el legislador y

más autoridades públicas y que por eso pueden servir tanto para demandar su aplicación ante los jueces como para un juicio de inconstitucionalidad de normas o políticas que se los opongan, e invoca la autoridad del maestro alemán Böckenförde y varios fallos del Tribunal Constitucional de su patria, lecturas que pueden sernos sumamente útiles, en especial, para nuestros juristas tan propensos a descalificar los esfuerzos nacionales por avanzar al ritmo de la historia con adjetivaciones despectivas cuando no peyorativas.

En el estudio de la dimensión subjetiva de los derechos sociales examina los debates que, acerca de estos derechos, se libra en España, cuya Constitución no incluye a todos estos derechos en el Capítulo de los derechos fundamentales, sino que la mayoría de ellos son redactados como principios rectores de la política social y económica, a pesar de lo cual, se puede demandar su cumplimiento o respeto ante los jueces. ¡Qué no podremos decir en el Ecuador en que la Constitución, primero, los garantiza lo mismo que los civiles y políticos y, en segundo lugar, a los unos y a los otros al igual que a los de la naturaleza y del *sumak kawsay* les reconoce igual jerarquía y dispone que todos son de “directa e inmediata aplicación por y ante cualquiera servidora o servidor público, administrativo o judicial de oficio o a petición de parte”!

Termina su capítulo con reflexiones útiles, como todas, sobre la justicia y la política, la primera como tarea del juez y la segunda del legislador sin que, por cierto, entre ellas existan límites rigurosos e infranqueables, particularmente cuando se trata de los derechos sociales, sea que en la Constitución estén redactados expresamente como derechos subjetivos o como principios solamente. Concluye con esta aleccionadora concepción de justiciabilidad de los derechos sociales diciendo: “Si la Constitución es un acuerdo integrador, por supuesto no sólo pero sí principalmente entre esas dos filosofías que atraviesan el mundo contemporáneo y que tantas veces han sido banderas de lucha y conflicto, entonces ningún contenido constitucional puede quedar hasta tal punto devaluado que sea excluido de la protección de la justicia”.

Luigi Ferrajoli

Luigi Ferrajoli vuelve a tratar de la igualdad y las diferencias, pero esta vez con énfasis en las diferencias de los sexos y con el aporte del pensamiento feminista. Para tratar jurídicamente el tema propone cuatro modelos y co-

mienza por lo que él llama la *indiferencia jurídica de las diferencias*, mismas que son ignoradas por el Derecho y la sociedad civil y quedan abandonadas a los poderes privados y, por tanto, a las relaciones de fuerza. A continuación trata del modelo de la *diferenciación jurídica de las diferencias*, en el que se reconoce las diferencias y se las jerarquiza: en el nivel superior las identidades privilegiadas, como es la del varón entre otros, y las discriminatorias, en estas coloca a la mujer. Al tercer modelo lo identifica como el de la *homologación jurídica de las diferencias* y lo caracteriza como el de una afirmación abstracta de la igualdad que coincide con el de la igualdad ante la ley y, con lo que yo considero responde a una concepción ontológica del ser humano, según la cual todos son iguales y deben ser tratados de la misma manera sin consideración a las diferencias de poder, riqueza, fuerza, por lo cual los derechos reales son los de los que más pueden o más tienen, es decir de los poderosos. Culmina con el modelo de la *igual valoración jurídica de las diferencias* en la que los derechos civiles y políticos se enriquecen con los sociales, todos con la categoría de fundamentales y protegidos con garantías al alcance de todos sus titulares, por lo que devienen en los derechos de los más débiles.

El autor italiano también examina el aporte del pensamiento femenino para desenmascarar las falacias de los tres primeros modelos, y demostrar cómo en el cuarto modelo se distingue la igualdad como norma, como deber ser, y las diferencias como hecho y el cumplimiento de la norma exige que se respeten las diferencias y se les otorgue un trato igual en lo que son iguales y uno diferente en lo que son diferentes, distinción que la encuentro útil para fundamentar racionalmente la legitimidad de los derechos que, con razón y en justicia, demandan los indios, negros y otros grupos humanos en el Ecuador.

Ferrajoli, en cambio, aplica esa distinción a los seres humanos en cuanto son varones los unos y mujeres las otras, lo que impone la necesidad de examinar los derechos fundamentales que son atribuibles a los unos y a las otras, en lo que son iguales y los derechos propios de las mujeres en cuanto son diferentes y, les específico, no atribuibles al varón, de manera que de haber olvidado de esa o esas diferencias habría olvido o discriminación de la diferencia sexual, en consecuencia: violación de la norma o de la igualdad normativa.

Sobre esa base trata de la libertad femenina, inviolabilidad del cuerpo de la mujer y la autodeterminación en el aborto. Sostiene que en los dos derechos primeramente nombrados la mujer y el varón son iguales y ninguno

puede exigir algo que no le corresponda al segundo, mientras que el tercero es propio, fundamental y específico de la mujer que demanda reconocimiento en virtud del principio de la igualdad, porque, para Ferrajoli, en este derecho se concreta la libertad personal que comprende la autodeterminación de la mujer en cuanto a la opción de convertirse en madre.

Se complementa este estudio de la igualdad y el respeto a las diferencias con el de las garantías de los derechos que, en los tiempos que vivimos, son la prueba de si están o no garantizados los derechos, como afirman reiteradamente nuestros textos constitucionales y al respecto retorna a la ya antigua división en derechos de libertad que están mejor protegidos y que, en general aunque son varias las excepciones, no requieren más que su no violación o abstención, la sanción de la nulidad de los actos del poder público que los conculcan y la penal para los actos de los particulares que hacen lo mismo. Los derechos de prestación, en cambio, de modo general aunque no siempre ni solo ellos, exigen del sujeto obligado entregar al titular condiciones, proveer de bienes o prestación de servicios que, lastimosamente, con frecuencia son ineficaces, no oportunos y hasta deficientes.

En cuanto a la protección de la libertad sexual, inviolabilidad del cuerpo de la mujer por violencias o molestias de naturaleza sexual, aunque son comunes con el varón, por la frecuencia de que es víctima la mujer y de parte del varón propone una especie de *hábeas corpus* de la mujer que consistiría, desde el plano penal, dejar a ella la calificación del acto como acto de violencia o molestia de naturaleza sexual, y desde el campo procesal la revisión de la procesabilidad de oficio o querella. Menciona con interés las garantías en materia de sufragio, acceso y carrera a la función pública, distribución de recursos y con manifiesta simpatía las garantías en cuestión social y, sobre todo, laboral, a las que llama “garantías sexuadas”, como la oferta de trabajo sexuada es decir la dirigida a discriminar a las mujeres, tan descaradamente frecuente en nuestro medio, y las llamadas acciones positivas, siempre que tengan carácter transitorio, hasta superar la tradicional discriminación de que ha sido víctima la mujer. Un tercer orden de garantías son las que se oponen a un tratamiento igual con el varón que penaliza al género femenino, como el análisis de orina que a pretexto de prevención sanitaria podría revelar un posible embarazo. Termina con una sugestiva recomendación en el ámbito del Derecho Administrativo.

Prólogo

Danilo Caicedo Tapia y Angélica Porras Velasco

Es un hecho incontrovertible reconocer que el mundo en el que vivimos se caracteriza por ser inmensamente desigual y discriminatorio, estos elementos los podemos encontrar de manera transversal en todos los tiempos y latitudes, de esta manera no encontraremos momento histórico o país en el cual un grupo no haya sido puesto en posición de desigualdad respecto a otro u otros por razones ilegítimas y atentatorias de sus derechos.

En este devenir de los tiempos los factores de desigualdad y discriminación han sido múltiples y de muy variada índole, por solo mencionar algunos encontramos los basados en la diferencia empírica del género y orientación sexual; en cuestiones étnicas y culturales, que van más allá de la consideración racial; los cimentados en la discapacidad; en la edad, así como aquellos derivados de la movilidad humana, y, por último, no podemos olvidar a la desigualdad estructural económica. Dicha enunciación es por demás limitada y ejemplificativa pudiendo existir como en realidad existen un sinnúmero de factores que escapan a esta enumeración sucinta.

Ante esta situación, los Estados, la sociedad y en general todas las personas, nos encontramos en la obligación de hacer frente, de manera inmediata y con una visión integral, la problemática de la discriminación y la desigualdad que nos rodea.

Uno de los caminos más eficaces a mediano y largo plazo para lograr este gran objetivo es asumiendo seriamente el debate sobre la igualdad y la diversidad, en todos los ámbitos, pero sobre todo en el académico, encargo de ofrecer las justificaciones teóricas y axiológicas de la discusión. Es precisamente sobre este punto que la Serie *Justicia y Derechos Humanos. Neoconstitucionalismo y Sociedad* busca contribuir mediante la difusión de conoci-

mientos de alto nivel doctrinario que sean de gran utilidad práctica y de fácil y mayoritario acceso ciudadano.

Este antecedente necesario sirve para establecer que la desigualdad y la discriminación constituyen una compleja problemática que puede y debe ser abordada desde una multiplicidad de enfoques, siendo el derecho apenas una forma de concebir esta realidad. En este sentido, esta obra si bien pone gran énfasis en lo jurídico aborda la centralidad de la desigualdad y discriminación con aportes de otras áreas y enfoques multidisciplinarios que nos proveen una visión más integral.

La obra que tienen en sus manos pretende el análisis del derecho a la igualdad y no discriminación desde una perspectiva amplia e inclusiva, de ahí que la motivación e idea inicial del libro se sintetiza tanto en su título (*Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad*), así como también en los cuatro capítulos en que se divide (I. El principio de igualdad, dimensiones filosóficas, II. Discriminación y medidas de acción afirmativa, III. Igualdad y diversidad, IV. Aplicaciones).

Bajo esta visión podrán encontrarse una amplia gama de ensayos que parten de la exposición meramente dogmática o filosófica con relación a otros que realizarán el estudio de casos desde un enfoque práctico; así también encontrarán estudios con un enfoque de la temática desde una perspectiva general y, en ocasiones, otros encaminados en un grupo o factor determinado que sufre u ocasiona la discriminación. Al respecto es necesario aclarar que en esta obra hemos prescindido de aquellos ensayos relacionados con la temática de una discriminación particular que afecta a ciertos colectivos que ya haya sido abordada en obras anteriores de nuestra Serie.

En cuanto a los autores nacionales e internacionales, que gentilmente participaron, fueron seleccionados con la intención de alcanzar un texto integral y multidisciplinario. Están incluidos tanto textos ya publicados en el exterior de difícil acceso a nivel nacional, como nuevas colaboraciones.

Comenzamos esta obra con una **aproximación filosófica** al principio de la igualdad. En este sentido, decidimos comenzar este capítulo con “La caída del Angelus Novus”, un clásico de *Boaventura de Sousa Santos*. El estudio que realiza el autor plantea una dimensión básica de análisis: las diferencias y relaciones entre la exclusión y la desigualdad, profundizando en las múltiples

formas cómo estas dos categorías están relacionadas con el desarrollo central y periférico de la modernidad, y cómo en la actualidad ellas se transforman en un entorno crecientemente globalizado. En este contexto, Boaventura propone la crisis de los actuales sistemas, el actual entorno en el que nos desenvolvemos, las nuevas desigualdades a las cuales nos enfrentamos y la propuesta desde una perspectiva política y social propia ante esta nueva fenomenología.

A continuación nos encontramos con el ensayo varias veces publicado “(Des)igualdad estructural” de autoría de *Roberto Saba*, autor argentino de gran experiencia y además un reconocido catedrático universitario, quien nos ofrece una visión novedosa y comprometida del principio de no discriminación considerando su dimensión estructural, a la par que nos aporta de manera sustancial con el estudio de las líneas jurisprudenciales más contemporáneas, para finalmente trasladarnos al entorno argentino en el contexto de su actual Constitución.

El ensayo siguiente “Derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, de *Luis Prieto Sanchís*, desarrolla los derechos en general y en particular los derechos sociales explicando su naturaleza, contenido, delimitación, caracterización desde diversas perspectivas teóricas. Una parte que merece ser muy destacada de este estudio es el análisis de la correspondencia entre derechos fundamentales y sociales y el principio de igualdad tanto en su dimensión sustancial, como en su dimensión objetiva y subjetiva. El análisis que realiza nos permite como lectores comprender el derecho a la igualdad y no discriminación en la actualidad, así como sus perspectivas futuras.

Inmediatamente abordamos el ensayo “Igualdad y diferencia” de *Luigi Ferrajoli*, quien nos presenta una teoría propia que afronta las diferentes visiones históricas de la igualdad enmarcándola en cuatro modelos: el primero, que denomina indiferencia jurídica de las diferencias; el segundo, diferenciación jurídica de las diferencias; el tercero, homologación jurídica de las diferencias; y el cuarto, la igual valoración jurídica de las diferencias que parecería ser el modelo ideal propugnado. Sobre la base de este análisis se abordan las diferencias sexuales y derechos fundamentales de las mujeres desde una perspectiva de una garantía sexuada y derecho sexuada.

Seguidamente nos encontramos con uno de los ensayos del invaluable y extenso aporte del maestro *Norberto Bobbio*, cuyo título es “La naturaleza

del prejuicio. Racismo, hoy. Iguales y Diferentes”. El texto trata a profundidad de varios aspectos acerca del “prejuicio”, partiendo de su naturaleza, significado, diversas formas de manifestación, la relación de este concepto con la discriminación, sus distintos tipos existentes y consecuencias. También se revisan ciertos aspectos sobre el racismo y en especial sobre esta tipología en la actualidad, esto para finalmente concluir en lo que el autor describe como igualdad y diferencia, elementos que son abordados dentro de todo el texto desde diversos aspectos que pasan por el ámbito etimológico, gramatical, histórico, sociológico y jurídico.

Abrimos la segunda parte de nuestro libro referida a la **discriminación y las medidas de acción afirmativa** con el aporte de *Ezequiel Nino*, abogado, activista y catedrático argentino, quien enmarca en su trabajo el “Efecto o intención: ¿cuál debería ser el requisito en los casos de discriminación?” Mediante el examen jurisprudencial comparado que abarca sentencias y resoluciones estadounidenses y argentinas, el autor realiza un estudio sobre cuándo un trato diferenciado es aceptable, en este sentido establece principios y categorías que nos ayudan a determinar sobre la base de las actuales discusiones doctrinarias, que debemos entender por discriminación, cuándo nos encontramos ante un acto discriminatorio, lo anterior con énfasis en el ámbito público o estatal y en el proceso judicial refiriéndonos al aspecto probatorio, así como también en la función de las acciones afirmativas, aspectos en los que se deja entrever su gran complejidad.

A continuación estudiamos el trabajo del profesor *José García Añón*, filósofo, catedrático y jurista español de notable trayectoria, quien gentilmente accedió publicar una versión revisada y ampliada del artículo llamado “Igualdad y desproporcionalidad en las políticas de acción afirmativa. Los problemas de la dogmática y el derecho europeo”. Entre la variada temática que podemos dilucidar en este ensayo, es digno de resaltar el abordaje filosófico respecto a la dogmática jurídica, acto seguido se revisa mediante jurisprudencia cómo funciona el sistema europeo en materia de igualdad, las distintas elaboraciones conceptuales acerca de la discriminación en sus diversas facetas y la relación del problema con las políticas de acción afirmativa, aproximaciones realizadas desde un abordaje tanto teórico como práctico que nos llevarán a varias e importantes conclusiones.

El ensayo que sigue es el de *Marcela Rodríguez*, notable activista de derechos humanos y jurista con gran experiencia en temáticas de género, niñez y adolescencia. Se titula “Igualdad, democracia y acciones positivas”, en el que se analiza de forma clara y profunda sobre los conceptos fundamentales relativos a la igualdad, discriminación, acciones positivas y democracia. Un especial tratamiento, por su longitud y profundidad, merecen las acciones positivas, la autora estudia su justificación mediante distintas corrientes, permitiendo el acceso inclusive a aquellas corrientes contrarias a su establecimiento, contexto en el que de manera particular se trata una política presente en la gran mayoría de nuestros países: el establecimiento de los sistemas de cuotas en especial en lo político o electoral, elemento que servirá para un abordaje más concreto de lo que comprenden las acciones positivas.

Seguidamente hallamos el ensayo de *Jhon Antón Sánchez*, antropólogo, sociólogo y periodista de intenso trabajo respecto de los derechos de los afrodescendientes, autor con quien ya hemos tenido el gusto de trabajar y aprender anteriormente en esta Serie. El ensayo con el cual participa en esta ocasión se refiere a los “Afroecuatorianos: reparaciones y acciones afirmativas” y su importancia radica no solo en el análisis de estas temáticas desde el punto de los afrodescendientes, sino también en el estudio particular y actualizado para esta publicación de la realidad ecuatoriana. En este sentido se estudia no solo las acciones afirmativas con sus determinadas particularidades, sino los problemas de la negación y exclusión de los afroecuatorianos en el transcurso de la historia, así como también sus aportes en la edificación de la nación; dejando claro el porqué de la necesidad de reconocimiento y reparación no solo para los pueblos afroecuatorianos y afrodescendientes en general sino, sobre todo, para el país.

La tercera y penúltima parte de este libro versa sobre **la igualdad y la diversidad** e intenta, pese a la amplitud del tema y la limitación de espacio, recoger distintas representaciones de la diversidad. De esta manera, partimos con el ensayo de *Mariano Fernández Valle*, autor vinculado con diversas actividades relacionadas con justicia y derechos humanos en especial en los países de Argentina y Chile. Su ensayo “Matrimonio y diversidad sexual: la lección sudafricana” corresponde a un tema poco difundido y poco discutido en el ámbito ecuatoriano: la posibilidad del matrimonio entre las personas del

mismo sexo. El estudio en sí parte de un amplio, diverso y sobre todo interesante análisis jurisprudencial respecto de la temática de la diversidad sexual, siendo crítico respecto a los aciertos y desaciertos de los diversos tribunales, estableciendo los puntos centrales de sus argumentaciones y, en muchos casos, sus innecesarias limitaciones. Mediante este abordaje nos encontramos ante la construcción identitaria que está relacionada con la autonomía personal, el simbolismo y el imaginario social y la importancia del reconocimiento social de derechos de grupos diversos que, como se expone de manera contundente en el estudio, va mucho más allá del derecho a asociarse mediante la institución matrimonial.

El siguiente ensayo corresponde a *Agustina Palacios*, jurista argentina con varias distinciones y estudios en el exterior, estudiosa de temas referentes a igualdad y no discriminación con gran experiencia en la temática de discapacidades. En “El derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y la obligación de realizar ajustes razonables”, texto actualizado para esta obra, la autora parte desde una mirada a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, dilucidando su propósito, la concepción de persona con discapacidad. Al mismo tiempo, el trabajo analiza las políticas públicas en el ámbito de la discapacidad, determinando sus principios generales, así como la particular visión de la igualdad y no discriminación desde la perspectiva de las personas con discapacidad, análisis conducentes a establecer precisamente la obligación imperiosa de realizar ajustes razonables de diverso tipo que sobrepasan el ámbito jurídico.

El tercer ensayo dentro del tema de diversidad corresponde a *Bartolomé Clavero*, catedrático de diversas áreas entre las que se encuentran la historia, la antropología y el derecho. Este autor de varias publicaciones centradas en la temática indígena y en la diversidad étnica y cultural, en esta oportunidad tomamos de su amplia trayectoria el ensayo “Libre determinación y pie de igualdad de los pueblos indígenas”, que parte del análisis del (en ese momento) proyecto de la ONU sobre la Declaración de los derechos de los pueblos indígenas. Con un enfoque crítico, nos señala los principales puntos de debate y tensión que plantea este documento al Derecho Internacional, a los Estados y a las relaciones de los pueblos con el mismo. Lo anterior con especial referencia al derecho a la libre determinación.

El cuarto y último ensayo de esta parte del libro corresponde a una gran amiga y colaboradora de esta cartera de Estado, en especial de la Subsecretaría de Desarrollo Normativo, *Roxana Arroyo*, activista costarricense de derechos humanos, catedrática y consultora en varios países, quien participó en el proceso de construcción del anteproyecto de la “Ley de igualdad y no discriminación del Ecuador”, además de participar en esta publicación con su ensayo inédito, que se titula “La igualdad, un largo camino para las mujeres”, en el cual analiza desde una perspectiva de género las diversas formas de entender la igualdad, ya sea en su dimensión formal y real, así también la discriminación en su manifestación directa o indirecta. Asimismo le dedica una buena parte al análisis de las acciones afirmativas, destacándose sobre todo el estudio de la recomendación veinticinco del Comité para la eliminación de la mujer, importante instrumento del cual podemos desprender en su conjunto varias consideraciones finales.

La última parte del libro corresponde a la **aplicación práctica** de la temática de igualdad y no discriminación. Con esta finalidad hemos escogido varios ensayos que serán de amplia utilidad en el campo del análisis de la aplicación y aplicabilidad de la ley. Comenzamos con el escrito por *Carlos Bernal Pulido*, jurista y filósofo colombiano con varias publicaciones a su haber entre las que se encuentra su obra ampliamente reconocida *El derecho de los derechos*. El ensayo con el cual el autor participa en esta obra se titula “El juicio de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”, abarca desde un análisis del principio de igualdad y los mandatos derivados del mismo, hasta el tratamiento y desarrollo del juicio de igualdad en sus diferentes versiones en la Corte Constitucional colombiana.

A continuación se presenta un artículo inédito de autoría de *Judith Salgado*, jurista y catedrática ecuatoriana, con quien hemos tenido el gusto de trabajar en ocasiones anteriores. El estudio “Lidiando con la diferencia. Respuestas desde la justicia constitucional ecuatoriana y colombiana”, con el cual la autora participa en esta obra, es el resultado del proyecto de investigación “El tratamiento de casos que expresan la tensión igualdad/diferencia en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana y colombiana”, en cuyas líneas podemos apreciar un estudio comparado detallado entre las formas de resolución de nuestras más altas cortes y tribunales respecto de la igualdad, dife-

rencia, acciones afirmativas, producto de lo cual podemos establecer importantes conclusiones.

El ensayo inédito que sigue se titula “Igualdad y diversidad sexual. La hegemonía de la heterosexualidad en el derecho ecuatoriano” y corresponde a la coautoría de *Angélica Porras y Danilo Caicedo Tapia* (editores). El estudio realizado parte de la premisa de la utilización del discurso privilegiado del derecho en razón del uso de la coacción para establecer, consolidar y perpetuar el modelo hegemónico de la heterosexualidad en detrimento de otro tipo de sexualidades. Esto significaría que mediante el uso de la norma jurídica, en este caso, de las diferentes Constituciones y Códigos Penales del Ecuador se va configurando una forma de entender la sexualidad ligada al matrimonio, la familia patriarcal nuclear y sanción de cualquier forma diferenciada. Se confirma la presencia de la heterosexualidad como parte de un modelo impuesto y excluyente por parte del Estado y las instituciones sociales más importantes: escuela, iglesia, entre otras. Estas tesis serán analizadas críticamente en un estudio jurisprudencial en el cual nos encontramos ante el respeto a la igualdad y diferencia en el plano de la orientación sexual.

Finalmente, el último ensayo del libro es “El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros de la jurisprudencia interamericana” de *Ariel Dulitzky*, brillante jurista y catedrático que ha formado parte de varios organismos internacionales de derechos humanos. Su notoria experiencia nos ofrece en este texto actualizado para esta publicación una visión privilegiada, de primera mano, de la jurisprudencia interamericana y europea respecto del entender teórico y práctico del principio de igualdad y no discriminación; en este sentido el autor realiza una precisión terminológica ampliamente fundamentada y desarrollada con respecto a esta temática, acto seguido nos explica sobre los motivos prohibidos de discriminación y los estándares de revisión, así también sobre la violencia, discriminación y debida diligencia de la investigación, que nos permitirá examinar las conclusiones y el *post scriptum* del autor que sin duda a nuestro parecer son realmente destacables tanto por su actualidad como por su fundamentación.

Cerramos esta publicación con una selección de *Abstracts* de Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la temática de igualdad y no discriminación.

Finalmente, no podemos desaprovechar la ocasión para saludar afectuosamente y dar nuestros sinceros agradecimientos y hacer una mención indispensable al precursor de la Serie de la cual forma parte esta publicación, Ramiro Ávila Santamaría, persona que con su compromiso y conocimiento contribuyó durante todo el proceso de esta publicación hasta lograr su consecución. Así también, no podemos dejar de mencionar y agradecer por sus aportes a las compañeras y los compañeros que formaron o forman parte de la Subsecretaría de Desarrollo Normativo de esta cartera de Estado. De igual manera, muchísimas gracias al Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos por todo el apoyo brindado a esta publicación. Como cierre, por supuesto, nuestros agradecimientos a ustedes nuestros lectores.

Quito, agosto de 2010

El Principio de igualdad.
Dimensiones filosóficas

Desigualdad, exclusión y globalización: hacia la construcción multicultural de la igualdad y la diferencia¹

Boaventura de Sousa Santos²

Sumario

I. Los sistemas de desigualdad y exclusión. II. La gestión moderna de la desigualdad y la exclusión. III. La crisis de la regulación social moderna. IV. Las transformaciones de la desigualdad y la exclusión en tiempos de globalización. 4.1. La biodiversidad y la biotecnología. 4.2. El espacio electrónico. 4.3. Las nuevas desigualdades entre ciudades. 4.4. ¿Qué hacer? 4.5. La articulación entre políticas de igualdad y políticas de identidad. 4.6. La reinención del Estado. 4.7. La globalización desde abajo. V. Conclusión. VI. Bibliografía.

- 1 Conferencia dictada en el VII Congreso Brasileiro de Sociología, realizado en el Instituto de Filosofia y Ciencias Sociales de la Universidad Federal de Río de Janeiro, 4 a 6 de septiembre de 1995. Traducción de Felipe Cammaert. Este artículo fue publicado en el libro *La caída del Angelus Novus. Ensayos para una nueva Teoría Social y una Nueva Práctica Política*, Bogotá, ILSA/Universidad Nacional de Colombia, 2003, pp. 125-165.
- 2 Doctor en Sociología del Derecho por la Universidad de Yale; profesor titular de la Universidad de Coimbra (Portugal); profesor titular de la Universidad de Wisconsin (EE. UU.). Reconocido por su lucha en derechos humanos, su trabajo en educación y sus reflexiones sobre el surgimiento del nuevo paradigma para las ciencias.

I. Los sistemas de desigualdad y exclusión

La desigualdad y la exclusión tienen en la modernidad un significado totalmente distinto del que tuvieron en las sociedades del antiguo régimen. Por primera vez en la historia, la igualdad, la libertad y la ciudadanía son reconocidas como principios emancipatorios de la vida social. La desigualdad y la exclusión tienen entonces que ser justificadas como excepciones o incidentes de un proceso social que en principio no les reconoce legitimidad alguna. Y frente a ellas, la única política social legítima es aquella que define los medios para minimizar una y otra.

Sin embargo, a partir del momento en que el paradigma de la modernidad converge y se reduce al desarrollo capitalista, las sociedades modernas pasaron a vivir de la contradicción entre los principios de emancipación, los cuales continuaron apuntando hacia la igualdad y la integración social, y los principios de la regulación, que pasaron a regir los procesos de desigualdad y de exclusión producidos por el propio desarrollo capitalista.

La desigualdad y la exclusión son dos sistemas de pertenencia jerarquizada. En el sistema de desigualdad, la pertenencia se da por la integración subordinada, mientras que en el sistema de exclusión la pertenencia se da por la exclusión. La desigualdad implica un sistema jerárquico de integración social. Quien se encuentra abajo está adentro, y su presencia es indispensable. Por el contrario, la exclusión presupone un sistema igualmente jerárquico pero dominado por el principio de la exclusión: se pertenece por la forma como se es excluido. Quien está abajo, está afuera. Así formulados, estos dos sistemas de jerarquización social son tipos ideales, pues en la práctica los grupos sociales se introducen simultáneamente en los dos sistemas, formando complejas combinaciones.

Dado que en el siglo XIX se consuma la convergencia de la modernidad y del capitalismo, es en ese siglo cuando mejor se pueden analizar los sistemas de desigualdad y de exclusión.

El gran teorizador de la desigualdad en la modernidad capitalista es sin duda Marx. Según él, la relación capital/trabajo es el gran principio de la integración social en la sociedad capitalista, una integración que se funda en la desigualdad entre capital y el trabajo, una desigualdad clasista basada en la explotación. El sistema de desigualdad es el más conocido por todos nosotros, por lo que no exige más elaboración en este momento.

Si Marx es el gran teorizador de la desigualdad, Foucault es el gran teorizador de la exclusión. Si la desigualdad es un fenómeno socioeconómico, la exclusión es sobre todo un fenómeno cultural y social, un fenómeno de civilización. Se trata de un proceso histórico mediante el cual una cultura, por medio de un discurso de verdad, crea una prohibición y la rechaza. La misma cultura establece un límite más allá del cual sólo hay transgresión, un lugar que atrae hacia otro lugar —la heterotopía— todos los grupos sociales que la prohibición social alcanza, sean éstos la locura, el crimen, la delincuencia o la orientación sexual. Por medio de las ciencias humanas, transformadas en disciplinas, se crea un enorme dispositivo de normalización que, como tal, es al mismo tiempo calificador y descalificador. La descalificación como loco o como criminal consolida la exclusión, y es la peligrosidad personal la que justifica la exclusión. La exclusión de la normalidad se traduce en reglas jurídicas que marcan ellas mismas la exclusión. En la base de la exclusión se encuentra una pertenencia que se afirma por la no pertenencia, un modo específico de dominar la disidencia. Ésta reposa en un discurso de fronteras y de límites que justifican grandes fracturas, grandes rechazos. Siendo culturales y civilizacionales, tales fracturas tienen también consecuencias sociales y económicas aunque no se definan primordialmente con relación a ellas. Aquí la integración no va más allá del control de peligrosidad.

Como dije, estos dos sistemas de pertenencia jerarquizada, así formulados, son dos tipos ideales. Por ejemplo, en la modernidad capitalista son importantes otras dos formas de jerarquización que son, de algún modo, híbridas en cuanto contienen elementos propios de la desigualdad y de la exclusión: el racismo y el sexismo. Estos dos elementos se fundan en los dispositivos de verdad que crean los excluidos foucaultianos, el yo y el otro, simétricos en una repartición que rechaza o prohíbe todo lo que cae en el lado errado de la dicotomía. Sin embargo, en las dos formas de jerarquización se pretende una integración subordinada por el trabajo. En el caso del racismo, el principio de exclusión radica en la jerarquía de las razas, y la integración desigual se manifiesta primero mediante la explotación colonial y luego por medio de la inmigración. En el caso del sexismo, el principio de exclusión se funda en la distinción entre el espacio público y el espacio privado y el principio de la integración desigual, así como en el papel de la mujer en la reproducción de la fuerza de trabajo en el seno de la familia y

más tarde, tal como ocurre en el racismo, por la integración en formas desvalorizadas de fuerza de trabajo. Por un lado, tenemos la etnicización/racialización de la fuerza de trabajo. Por el otro lado, la sexización de esta última. El racismo y el sexismo son pues dispositivos de jerarquización que combinan la desigualdad de Marx y la exclusión de Foucault.

Mientras que el sistema de desigualdad reposa paradójicamente en el esencialismo de la igualdad, ya que el contrato de trabajo es un contrato entre partes libres e iguales, el sistema de la exclusión reside en el esencialismo de la diferencia, ya sea en la cientifización de la normalidad, y por tanto de la prohibición, o en el determinismo biológico de la desigualdad racial o sexual.

Las prácticas sociales, las ideologías y las actitudes combinan la desigualdad y la exclusión, la pertenencia subordinada, el rechazo y la prohibición. Un sistema de desigualdad puede estar, bajo ciertas circunstancias, acoplado a un sistema de exclusión. Tal es el caso del sistema de castas en India y de la consecuente exclusión de los parias o intocables.

Tanto la desigualdad como la exclusión aceptan diferentes grados. El grado extremo de exclusión es el exterminio: el exterminio de los judíos y de los gitanos bajo el nazismo, la limpieza étnica hoy en día. El grado extremo de desigualdad es la esclavitud.

La desigualdad entre el capital y el trabajo, la exclusión de la prohibición, el racismo y el sexismo fueron contruidos socialmente como principios de jerarquización social en el ámbito de las sociedades nacionales metropolitanas y de algún modo en ese espacio-tiempo fueron acogidos por las ciencias sociales. Pero desde el inicio de la expansión capitalista estos principios de jerarquización y discriminación tienen otro espacio-tiempo: el sistema mundial, donde igualmente se mezclan desde siempre los principios de la desigualdad y la exclusión. Por un lado, la desigualdad por el trabajo esclavo; por otro, la exclusión por el genocidio de los países indígenas.

En el sistema mundial se cruzan igualmente dos ejes: el eje socioeconómico de la desigualdad y el eje cultural, civilizacional, de la exclusión. El eje Norte/Sur es el eje del imperialismo colonial y poscolonial, socioeconómico, integrador de la diferencia. El eje Este/Oeste es el eje cultural, civilizacional de la frontera entre la civilización occidental y las civilizaciones orientales: islámica, hindú, china y japonesa. El imperialismo es la mejor traducción

del eje Norte/Sur, así como el orientalismo es la mejor traducción del eje Este/Oeste.

II. La gestión moderna de la desigualdad y la exclusión

Si, por un lado, la regulación social de la modernidad capitalista está construida por procesos que generan desigualdad y exclusión, por el otro, establece mecanismos que permiten controlar o mantener dentro de ciertos límites esos procesos y que impiden caer con demasiada frecuencia en la desigualdad o en la exclusión extremas. Estos mecanismos apuntan hacia una gestión controlada del sistema de desigualdad y de exclusión, y en esa medida buscan la emancipación posible dentro del capitalismo. En el campo social, ellos siempre tuvieron que confrontar a los movimientos anticapitalistas, socialistas, con sus propuestas de radical igualdad e inclusión. Todos estos movimientos tendieron a concentrarse en una forma privilegiada de desigualdad o de exclusión, dejando que las otras actuaran libremente. Esta concentración recayó casi siempre en la idea de que entre las diferentes formas de desigualdad y de exclusión habría una principal, y de este modo el ataque dirigido a ella acabaría por repercutir en las demás. Por ejemplo, el marxismo se concentró en la desigualdad clasista y tuvo poco que decir sobre la exclusión foucaultiana, el racismo o el sexismo. El marxismo vio más claramente el eje Norte/Sur que el eje Este /Oeste.

Paso ahora a enunciar las características principales de la lucha moderna capitalista contra la desigualdad y la exclusión.

El dispositivo ideológico de la lucha contra la desigualdad y la exclusión es el universalismo, una forma de caracterización esencialista que, paradójicamente, puede asumir dos formas en apariencia contradictorias: el universalismo antidiferencialista que opera por la negación de las diferencias, y el universalismo diferencialista que se da por la absolutización de las diferencias.

La negación de las diferencias opera según la norma de la homogeneización, que impide la comparación por la destrucción de los términos de esta comparación. La absolutización de las diferencias se evidencia según la norma del relativismo, que hace incomparables las diferencias por la ausencia de criterios transculturales.

Tanto uno como otro proceso permiten la aplicación de criterios abstractos de normalización, basados siempre en una particularidad que tiene poder social para negar todas las demás o para declararlas incomparables y por lo tanto no asimilables.

Si el universalismo antidiferencialista opera por la descaracterización de las diferencias, y por esa misma vía reproduce la jerarquización que éstas engendran, el universalismo diferencialista opera por la negación de las jerarquías que organizan la multiplicidad de las diferencias. Mientras que el primer universalismo inferioriza por el exceso de semejanza, el segundo inferioriza por exceso de diferencia.

El dispositivo ideológico del universalismo antidiferencialista fue accionado políticamente por el principio de la ciudadanía y de los derechos humanos. El universalismo diferencialista fue accionado siempre como un recurso y en algunas ocasiones se produjo ante los fracasos más obvios del universalismo antidiferencialista. Tenemos como ejemplo la segregación en guetos cuando la asimilación fue juzgada imposible o condenable.

El universalismo antidiferencialista se enfrentó a la desigualdad por medio de las políticas sociales del Estado providencia. De la misma manera, se opuso a la exclusión a partir de políticas de reinserción social en el caso de los criminales y con base en políticas asimilacionistas en el caso de los pueblos indígenas, las culturas minoritarias y las minorías étnicas. En el siglo XX, el asimilacionismo reproduce algunas de las formas originarias del universalismo antidiferencialista de la expansión europea, más precisamente las conversiones. Estas políticas representan el máximo grado de conciencia posible de la modernidad capitalista en la lucha contra la desigualdad y la exclusión.

Los principios abstractos de la ciudadanía y de los derechos, de la reinserción y del asimilacionismo tienen en el Estado su institución privilegiada. Ampliando el argumento de Poulantzas, que consideraba que la función general del Estado era la de asegurar la cohesión social en una sociedad dividida en clases, entiendo que el Estado capitalista moderno tiene como función general la de mantener la cohesión social en una sociedad atravesada por los sistemas de desigualdad y de exclusión.

En cuanto a la desigualdad, la función del Estado consiste en mantenerla dentro de unos límites que no impidan la viabilidad de la integración subordinada. En lo que respecta a la exclusión, su función es la de distinguir entre

las diferentes formas aquellas que deben ser objeto de asimilación o, por el contrario, objeto de segregación, expulsión o exterminio. El Estado tiene que intentar validar socialmente esta repartición, apoyándose en ciertos criterios: el loco o el criminal peligroso y el que no lo es; el buen o mal inmigrante, el pueblo indígena bárbaro y aquel que es asimilable, la etnia hibridizable y la que no lo es; el desvío y la orientación social tolerable e intolerable. En fin, criterios que distinguen entre los civilizables y los incivilizables, entre las exclusiones demonizadas y las apenas estigmatizadas; entre aquellas en relación con las cuales la mixofobia es total y aquellas en que se admite hibridación a partir de la cultura dominante; entre las que constituyen enemigos absolutos o apenas relativos. En otras palabras, la exclusión se combate por medio de una sociología y una antropología diferencialista imaginarias, las cuales operan por sucesivas especificaciones del mismo universalismo diferencialista.

III. La crisis de la regulación social moderna

Este modelo de regulación social que, por un lado, produce la desigualdad y la exclusión y que, por el otro, procura mantenerlas dentro de límites funcionales, se encuentra hoy en crisis. Antes de analizar esta crisis, es preciso describir con más detalles este modelo. Sin embargo, se debe tener en mente que este modelo apenas entró en vigor en una pequeña minoría de los Estados que componen el sistema mundial. Solamente en el Atlántico Norte, y sobre todo en Europa, encontramos tentativas serias de producir una gestión controlada de las desigualdades y de las exclusiones, principalmente mediante la socialdemocracia y del Estado providencia, que es su forma política.

Fueron los dos mecanismos centrales de la gestión capitalista de la desigualdad y de la exclusión por parte del Estado moderno: el Estado providencia, que se dirigió sobre todo a la desigualdad, y la política cultural y educacional, que se dirigió principalmente a la exclusión. A continuación haré una breve referencia a cada uno de ellos.

El Estado providencia y en general las políticas sociales son comprensibles a la luz de dos hechos. Por un lado, un proceso de acumulación capitalista que pasa a exigir la integración por el consumo de los trabajadores y de las clases populares, hasta entonces sólo integrados por el trabajo. La inte-

gración por el trabajo y por el consumo pasan a ser los dos lados de la misma moneda. Por otro lado, la confrontación en el campo social con una propuesta alternativa, potencialmente mucho más igualitaria y mucho menos excluyente: el socialismo.

La socialdemocracia se funda en un pacto social en el que los trabajadores, organizados en el movimiento obrero, renuncian a sus reivindicaciones más radicales, la eliminación del capitalismo y la construcción del socialismo, y los patrones renuncian a algunos de sus lucros, aceptando ser tributados con el fin de promover una distribución mínima de la riqueza y de lograr protección y seguridad social para las clases trabajadoras. Este pacto fue realizado bajo la égida del Estado, el cual, para tal fin asumió la forma política de Estado providencia. Dentro de los límites establecidos por este pacto, el conflicto social fue bienvenido y a su vez institucionalizado. La huelga y la negociación colectiva son las dos fases del conflicto socialdemócrata.

Este modelo se apoya en varios presupuestos básicos. En primer lugar, está formulado en la escala de las sociedades nacionales. Sus protagonistas y los intereses que ellos representan están organizados a escala nacional: sindicatos nacionales, burguesía nacional, Estado nacional. Si bien el capitalismo como modo de producción es ya internacional, la producción de la sociedad tiene lugar principalmente a nivel nacional. El espacio-tiempo nacional tiene una primacía total sobre los espacios-tiempos regionales, locales o supranacionales. A su vez, el Estado nacional tienen una primacía total en la regulación de ese espacio-tiempo. El objetivo último de la acción estatal es la población nacional residente, las familias y los individuos, y la mayoría de las políticas tienen por objeto garantizar la reproducción constante de familias estables biparentales en las que el hombre gana el salario familiar en un empleo seguro.

La integración social se da básicamente por medio de una política de pleno empleo y de una política fiscal redistributiva. Por medio de ellas se procura dar efectiva realización a los derechos humanos de segunda generación. La ciudadanía así comprendida es conquistada y consolidada por una lucha de clases institucionalizada, en cabeza de las organizaciones de intereses sectoriales corporativos y por las relaciones continuas que entre ellas se establecen. Por último, es importante señalar el presupuesto según el cual la socialdemocracia se constituye en alternativa social al modelo socialista soviético y a todos los otros modelos socialistas que intentaron la tercera vía.

La crisis actual de la socialdemocracia proviene, en gran medida, de la crisis de estos dos presupuestos. En primer lugar, las transformaciones recientes en el capitalismo mundial alteraron sustancialmente las condiciones nacionales de producción de la sociedad. Estas condiciones se volvieron cada vez más transnacionales, muchas veces en articulación con nuevas condiciones de carácter subnacional, regional o local. En ambos casos contribuyeron a restarle centralidad al espacio-tiempo nacional. He aquí algunas de las principales transformaciones:

- la transnacionalización de la economía, protagonizada por empresas multinacionales que convierten las economías nacionales en economías locales y dificultan, cuando no inviabilizan, los mecanismos de regulación nacional, sean éstos predominantes estatales, sindicales o patronales;
- la disminución vertiginosa del volumen de trabajo activo necesario para la producción de bienes, haciendo posible un crecimiento sin aumento de empleo;
- el aumento del desempleo estructural, generador de procesos de exclusión social agravados por la crisis del Estado providencia;
- la enorme movilidad y la consecuente deslocalización de los procesos productivos, hechas posibles por la revolución tecnológica e imperativas por la predominancia creciente de los mercados financieros sobre los mercados productivos, la cual tiende a crear una relación salarial global, internamente muy diferenciada pero globalmente precaria;
- el aumento de la segmentación de los mercados de trabajo, de tal modo que en los segmentos desfavorecidos los trabajadores empleados permanecen, a pesar del salario, por debajo del nivel de pobreza, mientras que en los segmentos protegidos la identificación como trabajador desaparece dado el nivel de vida y la autonomía del trabajo, así como el hecho de que los ciclos de trabajo y de formación se sobreponen enteramente;
- la saturación de la búsqueda de muchos de los bienes de consumo de masas que caracterizan la civilización industrial, junto con la caída vertical de la oferta pública de bienes colectivos, tales como la salud, la enseñanza y la vivienda;

- la destrucción ecológica, que paradójicamente alimenta las nuevas industrias y los servicios ecológicos al mismo tiempo que degrada la calidad de vida de los ciudadanos en general;
- el desarrollo de una cultura de masas dominada por la ideología consumista y por el crédito para consumo que lleva a las familias a la práctica o, al menos, al deseo de practicar el consumo;
- las alteraciones constantes en los procesos productivos que, para un gran número de trabajadores, hacen el trabajo más duro, penoso y fragmentado, y por esto mismo no susceptible de ser motivo de autoestima o generador de identidad operativa o de lealtad empresarial;
- el aumento considerable de los riesgos contra los cuales los seguros adecuados son inaccesibles para la gran mayoría de los trabajadores.

Se trata de transformaciones que desestructuran los protagonistas y los intereses nacionales del pacto socialdemócrata. En Europa, la crisis del movimiento sindical es evidente. Hoy en día es bien sabido que, en los países centrales, el movimiento sindical surgió en la década de los ochenta en medio de tres crisis distintas aunque relacionadas. En primer lugar, la crisis de la capacidad de acumulación de intereses frente a la creciente desagregación de la clase obrera, de la descentralización de la producción, de la precarización de la relación salarial y de la segmentación de los mercados de trabajo. En segundo lugar, la crisis de la lealtad de sus militantes frente a la emergencia contradictoria del individualismo y de sentimientos de pertenencia mucho más amplios que los sindicales, lo cual llevó al desinterés por la acción sindical, a la reducción drástica del número de afiliados y a la debilidad de las directivas de los sindicatos. Y, finalmente, la crisis de la representatividad que resulta de los procesos que originaron las otras dos crisis.

En cuanto a la burguesía nacional, en sociología el debate sobre su constitución está candente. Para muchos, la burguesía nacional es hoy el efecto local o el efecto de las uniones de la burguesía transnacional. Finalmente, en lo que respecta al Estado nacional, hoy es evidente la erosión de sus poderes de regulación social, aunque tal erosión es más selectiva de lo que se piensa. En lo que respecta al Estado predador, represivo, el Estado nacional continúa *well and alive*, tal vez ahora más que nunca. En el caso del Estado providencia de las empresas, tampoco es evidente ninguna crisis. La crisis es

esencialmente del Estado providencia para las clases populares. Lo es sobre todo porque el aparato estatal claramente deja de poder llevar a cabo políticas que aseguren simultáneamente el crecimiento económico, precios estables y una balanza de pagos controlada. Por un lado, la crisis de la política fiscal inviabiliza la expansión de la acción estatal y lo hace precisamente en momentos en que, debido a la crisis económica y al aumento del desempleo, ella es más necesaria.

Esta transformación del Estado no ocurre sólo en las socialdemocracias. También ocurre en sociedades en las que por otras vías —corporativismo autoritario o populismo— fueron surgiendo formas de regulación social con una mayor o menor incidencia de políticas de bienestar protagonizadas por el Estado.

Esta transformación tiene dos características que afectan conjuntamente el papel del Estado en el control de la desigualdad entre clases, la cual, como vimos, se funda en un principio de integración por el trabajo y su gestión controlada. En la versión socialdemócrata, esta desigualdad consiste en una corrección protagonizada por el Estado al promover el pleno empleo y una política fiscal que marginalmente asegura alguna redistribución. Esta forma de regulación está siendo cuestionada por cualquiera de las dos características de transformación del Estado. Por un lado, la *desnacionalización del Estado*, una cierta pérdida de su capacidad de regulación sobre la política económica nacional. Dado el predominio de las condiciones transnacionales por un lado y locales por el otro, la función del Estado parece ser más la de mediar entre ellas, que la de imponerles condiciones nacionales. Más que el pleno empleo y la redistribución fiscal, el Estado tiene que asegurar la competitividad y las condiciones que la hacen posible, sean éstas la innovación tecnológica, la garantía de flexibilidad de los mercados de trabajo y la subordinación general de la política social a la política económica. A esto se añade que muchas de estas funciones son ejercidas por el Estado no de manera aislada, sino en el ámbito de asociaciones regionales supraestatales, como la Unión Europea, el Nafta, el Mercosur o las asociaciones asiáticas. Esta desnacionalización altera además el modelo y las condiciones de eficacia de la intervención del Estado, que pasa a ser el ejecutor, sin gran iniciativa, de políticas de regulación decididas transnacionales con o sin su participación. El papel del Estado es aquí crucial, no tanto como iniciador sino como ejecutor de políticas.

Pero esta desnacionalización del Estado nacional también ocurre por el papel cada vez más fuerte atribuido a las economías subnacionales, locales y regionales. Las economías locales y regionales están hoy convirtiéndose en pequeños nodos de una red global de intercambios y de sistemas productivos transnacionales. Los gobiernos locales compiten entre sí para transformar sus ciudades o regiones en agentes de competitividad más allá de la economía nacional. Parques científicos, centros de innovación, programas de formación profesional, mercados de trabajo regional, cultura local, nuevas infraestructuras en el dominio de la telemática, sistemas de transmisión por cable, transportes urbanos rápidos, redes eléctricas, calidad de vida urbana: todas estas son inversiones locales que vuelven el espacio subnacional un elemento clave de las redes transnacionales. Esta desnacionalización del Estado nacional hacia abajo también provoca otra alteración en la intervención estatal, en la medida que aumenta su particularismo y su variedad en función de las condiciones locales o regionales. Se exige una mayor descentralización y una mayor responsabilización política de los gobiernos regionales y locales, y en general, la necesidad de una mayor coordinación entre espacios-tiempo globales, nacionales, regionales y locales.

La otra gran transformación del Estado es la *desestatalización del Estado nacional*. Se trata de una nueva articulación entre la regulación estatal y la no estatal, entre lo público y lo privado, una nueva división del trabajo regulatorio entre Estado, el mercado y la comunidad. Esto ocurre en el campo de las políticas económicas y sobre todo en el campo de las políticas sociales, por la transformación de la providencia estatal (seguridad social, salud, etc.) en una providencia residual y minimalista a la que se añade, bajo diferentes formas de complementariedad, otras formas de providencia societaria, de servicios sociales producidos en el mercado —la protección contratada en el mercado— o en el llamado tercer sector, privado mas no lucrativo, y finalmente la protección relacional comunitaria. Entre estas formas de regulación de la protección social se crean varios tipos de relaciones contractuales u otras, en las que en ocasiones el Estado es apenas un *primus inter pares*. Tenemos aquí una forma de regulación más independiente, menos jerárquica y más descentralizada, pero también menos distributiva y más precaria. Se habla de un principio de subsidiariedad, regulación autorregulada, gobierno privado, autogobierno, autopoiesis, empleo autónomo, nuevo sector informal, etcétera.

De todo esto, el Estado keynesiano, con su énfasis en la gestión centralizada, en el pleno empleo, en la redistribución y en la primacía de la política social, parece estar dando lugar a un Estado schumpeteriano, menos centralizado y menos monopolista, preocupado por la innovación y la competitividad, dando primacía a la política económica en detrimento de la política social.

Como dije, estas transformaciones se manifiestan bajo diferentes formas, ya sea en las socialdemocracias, o bien en las sociedades principalmente de desarrollo intermedio o semiperiférico, donde el Estado asumió en el pasado alguna responsabilidad social. En las sociedades periféricas, los imperativos del modelo neoliberal son tan fuertes y tan desproporcionados en relación con las resistencias que le pueden ser hechas que, más que a las transformaciones del Estado, asistimos a su colapso virtual, a una situación de carencia y de inviabilidad estatal, únicamente relativizada por la asistencia internacional o las ayudas humanitarias.

En el caso específico de la socialdemocracia, también es necesario recordar que otro de sus presupuestos políticos se derrumbó con la caída del muro de Berlín. Para la derecha —cuya “conciencia económica” es hoy en día el liberalismo, tal como en el pasado lo fue el proteccionismo—, si el peligro del socialismo ya no está presente, no es entonces necesario dividir las ganancias y tener un Estado que asegure esta repartición.

Las transformaciones del Estado arriba señaladas son las causas de la crisis de la socialdemocracia, pero, por otro lado, se alimentan de ella. La crisis es muy compleja porque entre tanto surgieron nuevos protagonistas y nuevos intereses (los nuevos movimientos sociales), algunos de ellos con capacidad para organizarse internacionalmente (por ejemplo, el movimiento ecológico). Por otro lado, la crisis es siempre más dramática en los discursos que en la práctica, dadas las trabas producidas por el sistema electoral y por la lucha democrática. Hay, hasta ahora, una situación de inercia que hace muy evidente la crisis de este modelo sin que por ello se vislumbre una alternativa.

A mi entender, por lo menos en Europa, es preciso regresar a los orígenes y verificar que el modelo de regulación social de la modernidad no reposa en dos pilares, como hoy se cree —Estado y mercado— sino en tres pilares: Estado, mercado y comunidad. La sociedad civil incluye tanto el mercado como la comunidad. Por lo tanto, cuando se privatiza o se desregula una de-

terminada área social, no es obligatorio que ella pase a ser regulada por el mercado. Esta área puede pasar a ser regulada por la comunidad, el llamado tercer sector privado, que no está sujeta a la lógica del lucro. Es mediante esta opción que se va a realizar la lucha social por la reivindicación del Estado providencia en los próximos años. La izquierda y la derecha van a tener aquí un espacio privilegiado de confrontación.

Como lo mencioné al comienzo de este capítulo, el modelo socialdemócrata sólo ha sido realizado hasta ahora por un pequeño número de países desarrollados. En los países de desarrollo intermedio, como Portugal y Brasil, nunca hubo un pacto social democrático. Y, al menos en Portugal, no tenemos un Estado providencia. Tenemos lo que llamo un *cuasi*-Estado providencia o un *lumpen*-Estado providencia.

Por esto mismo, Portugal se encuentra en una situación paradójica: vivimos una crisis del Estado providencia sin nunca haber tenido uno. No sé si el caso de Brasil sea diferente. Las condiciones para construcción tardía del pacto socialdemócrata son muy complejas y difíciles. El caso de Portugal es más complicado por el hecho de estar integrado a la Unión Europea: ¿será éste un país en la periferia de la socialdemocracia o será un país de socialdemocracia periférica? El gran condicionante es el patrón de desigualdad social del que se parte. Si ese patrón fuera de una desigualdad acentuada, cualquier proceso social democratizante parecería estar inviabilizado, tanto así que de producirse sería ciertamente, en las condiciones vigentes, de muy baja intensidad.

A la luz de lo que queda dicho, parece evidente que el fracaso de la modernidad capitalista en la gestión controlada de la desigualdad mediante la integración por el trabajo radica en la política de pleno empleo y en las políticas distributivas del Estado providencia. Este fracaso es tan evidente que a las viejas desigualdades se añaden otras nuevas, a las que haré alusión más adelante.

Del mismo modo, la gestión controlada de los procesos de exclusión parece haber fracasado. En el estado moderno domina la ideología del universalismo antidiferencialista y en algunos Estados, como por ejemplo en Francia, éste fue llevado al extremo. La ciudadanía política es concebida como justificación de la negación de los particularismos, de las especificidades culturales, de las necesidades y de las aspiraciones vinculadas a microclimas culturales, regionales, étnicos, raciales o religiosos. La gestión de la exclusión se

da pues por medio de la asimilación llevada a cabo por una amplia política cultural orientada hacia la homogenización y la homogeneidad. La homogeneidad comienza desde luego por la asimilación lingüística, no sólo porque la lengua nacional es, al menos, la lengua vehicular, sino porque también la pérdida de la memoria lingüística acarrea la pérdida de la memoria cultural.

La pieza clave de esta política es la escuela, el sistema educativo nacional, complementado por las Fuerzas Armadas por medio del servicio militar obligatorio. El papel central del Estado en la construcción de este universalismo antidiferencialista hace que la identidad nacional sobrepase todas las demás identidades. El Estado dispone de recursos que vuelven esta identidad más atractiva, suplantando todas aquéllas que con ella podrían competir. Las leyes nacionales, cada vez más importantes con el crecimiento de los flujos migratorios, favorecen esta forma de integración por la vía de la asimilación. En vez del derecho a la diferencia, la política de homogeneidad cultural impone el derecho a la indiferencia. Las especificidades o las diferencias en la exclusión de las políticas fueron determinadas exclusivamente por criterios territoriales o socioeconómicos, mas nunca de otro orden.

Los campesinos, los pueblos indígenas y los inmigrantes extranjeros fueron los grupos sociales más directamente afectados por la homogeneización cultural, descaracterizadora de sus diferencias. Además de ellos, otros grupos sociales discriminados mediante procesos de exclusión, como los locos, los delincuentes, las mujeres o los homosexuales fueron objeto de muchas políticas, todas ellas vinculadas al universalismo antidiferencialista, en este caso bajo la forma de normatividades nacionales y abstractas casi siempre traducidas en ley. La gestión controlada de la exclusión incluye aquí diferentes formas de sustitución de la segregación por reintegración o reinserción social por medio de programas de reeducación, de retorno a la comunidad y de extensión de la ciudadanía en el caso de las mujeres con acceso al mercado de trabajo.

En ninguna de estas políticas se trató de eliminar la exclusión, tan sólo proceder a su gestión controlada. Se buscó diferenciar entre las diferencias, entre las distintas formas de exclusión, permitiendo que algunas de ellas pasaran por formas de integración subordinada, mientras que otras fueron confirmadas en su prohibición. En el caso de las exclusiones que fueron objeto de reinserción/asimilación, aquello significó que los grupos sociales afectados

fueron socialmente transferidos del sistema de exclusión al sistema de desigualdad. Fue éste el caso de los inmigrantes y de las mujeres. A medida que los derechos de ciudadanía fueron siendo conferidos a las mujeres y que ellas fueron entrando en el mercado de trabajo, pasaron de un sistema de exclusión a uno de desigualdad. Se les integró por el trabajo, pero sus salarios siguen siendo hasta ahora inferiores a los de los hombres.

Por otro lado, las políticas de asimilación nunca impidieron que las diferencias culturales, religiosas o de otro tipo continuaran. Lograron apenas que éstas se manifestaran en el espacio privado de las familias o, cuando mucho, en el espacio local de la recreación, del folclor, de la fiesta. Las necesidades y las aspiraciones culturales, emocionales o comunicativas específicas, fueran ellas religiosas, étnicas, de orientación sexual, etc., pudieron manifestarse en espacios híbridos entre el espacio privado y el espacio público. En otras palabras, el universalismo antidiferencialista permite que en sus márgenes o en sus intersticios opere un universalismo diferencialista.

Por último, en lo que respecta a las políticas de reeducación y de reinserción social o de reintegración a la comunidad, la gestión de exclusión se fundó siempre en un juicio de peligrosidad, según criterios cognitivos y normativos supuestamente universales. Los grupos que quedaron más allá de los máximos de peligrosidad aceptable o tolerable fueron segregados, no en guetos que podrían amenazar la cohesión de la comunidad política nacional, sino en instituciones totales reguladas por el ejercicio íntegro de la exclusión.

Las políticas sociales del Estado providencia articularon muchas veces el sistema de la desigualdad y el sistema de la exclusión. Por ejemplo, la prestación de la seguridad social a las familias presupuso siempre la familia bisexual, monógama y legalmente casada, excluyendo las familias de parejas monosexuales, bígamas o simplemente sin fundamentos en el matrimonio.

Por los tres mecanismos aquí identificados —transferencia del sistema de exclusión al sistema de desigualdad, división del trabajo social de exclusión entre el espacio público y el espacio privado, diferenciación entre varias formas de exclusión según la peligrosidad y su consecuente estigmatización y demonización—, el Estado moderno capitalista, lejos de procurar la eliminación de la exclusión, pues se construye con base en ella, se propone apenas controlarla para que se mantenga dentro de unos niveles de tensión socialmente aceptables.

Pero esta política es excluyente incluso a un nivel más profundo. Sucede que el universalismo antidiferencialista que subyace es mucho menos universal y antidiferencialista de lo que a primera vista podría parecer. En el Estado nacional moderno, lo que pasa por universalismo, es de hecho en su génesis una especificidad, un particularismo, la diferencia de un grupo social, de clase o étnico, que consigue imponerse muchas veces por la violencia frente a otras diferencias de otros grupos sociales y con esto logra universalizarse. La identidad nacional reposa así en la identidad de la etnia dominante. Las políticas culturales y muchas otras del Estado buscan naturalizar esas diferencias bajo la forma de un universalismo, y en consecuencia transmutar el acto de violencia impositiva en un principio de legitimidad y de consenso social. La mayoría de los nacionalismos y de las identidades nacionales del Estado nacional fueron contruidos sobre esa base y, por tanto, apoyándose en la supresión de identidades rivales que no tuvieron recursos para imponerse en la lucha por las identificaciones hegemónicas. Cuanto más marcado es este proceso, más nos encontramos frente a un nacionalismo radicalizado o, mejor, frente a un racismo nacionalizado. En síntesis, en el Estado moderno capitalista la lucha contra la exclusión reside en la afirmación del dispositivo de la exclusión, que a su vez presupone. De la antigua conversión a las modernas asimilaciones, integración y reinserción, la reducción de la exclusión se encuentra en la afirmación de la exclusión.

Tal como acontece con las políticas de gestión controlada de la desigualdad, las políticas de gestión controlada de la exclusión atraviesan hoy una gran crisis y las causas de una y otra son, en parte, muy semejantes. Así ocurrió desde los orígenes de las resocializaciones por el trabajo en las prisiones de Amsterdam en el siglo XVII; así ocurrió con las políticas de inmigración y también con las de la llamada condición femenina. Las políticas de inmigración son ejemplares al respecto, pues fueron siempre determinadas en función de la integración por el trabajo y, por tanto, siempre vulnerables a las variaciones del mercado de trabajo. De aquí resultó una ambigüedad entre las políticas de inmigración y las políticas de nacionalidad y, en consecuencia, de ciudadanía. Incluso cuando se acogió a todos los inmigrantes, las disposiciones para la reunión de la familia y para el acceso al sistema escolar de los hijos variaban, y por encima de todo variaron los criterios y las exigencias concretas para la atribución de la nacionalidad. Adicionalmente, obviando

las formas extremas de la limpieza étnica, las crisis del empleo llevaron en ocasiones a la expulsión de los inmigrantes, en el mejor de los casos bajo la forma benigna de organizar su regreso al país de origen. En segundo lugar, muchas de las políticas de gestión de la exclusión, principalmente aquellas referidas a la reeducación, al tratamiento psiquiátrico y a la reinserción social fueron siempre el pariente pobre de las políticas sociales del Estado providencia. La crisis fiscal de este hizo que estas políticas fueran las primeras en ser eliminadas.

Pero la crisis de la gestión de la exclusión tiene otras causas que son propias de este sistema de pertenencia por el rechazo. La política de homogeneidad cultural recayó en grandes instituciones, especialmente la escuela, que eventualmente sufrió dificultades financieras y de otro tipo que hicieron que la oferta de capital escolar se colocara por debajo del desarrollo exigible frente a la creciente masificación de la educación. Por otro lado, en sociedades de consumo dominadas por la cultura de masas y por la televisión, la escuela dejó de tener el papel privilegiado que antes tuviera en la socialización de las generaciones más jóvenes. Así, debido a la intensificación de los flujos migratorios, las sociedades nacionales se volvieron cada vez más multinacionales y multiculturales, lo cual creó nuevas dificultades para la política de homogeneidad cultural, tanto así que muchos de los grupos sociales “diferentes”, minorías étnicas y otros, comenzaron a tener recursos organizativos suficientemente importantes como para colocar en la agenda política sus necesidades y aspiraciones específicas. Por último, la gestión controlada de la exclusión siempre se basó en el principio de ciudadanía como principio político de integración nacional. La eficacia de este principio está estrictamente vinculada a los principios de representación y de participación que fundamentan los regímenes democráticos. La crisis hoy reconocida de estos principios acarrea la relativa irrelevancia de la ciudadanía que en cualquier caso apunta ya, en su versión liberal, hacia una integración de baja intensidad, formal y abstracta. El desprestigio político del concepto de ciudadanía es sobre todo evidente en los grupos sociales que ocupan las escalas inferiores del sistema de desigualdad o el lado del rechazo, en el sistema de exclusión. El lazo nacional que constituye la obligación política vertical del ciudadano al Estado se encuentra consecuentemente debilitado.

IV. Las transformaciones de la desigualdad y la exclusión en tiempos de globalización

La situación presente es muy compleja en virtud de las metamorfosis por las que están pasando tanto el sistema de desigualdad como el sistema de exclusión. Tales metamorfosis son, en gran medida, producidas o condicionadas por la intensificación de los procesos de globalización en curso en el campo de la economía y en el de la cultura.

Comencé por decir que, tanto el sistema de desigualdad como el de exclusión actúan en la modernidad capitalista según dos espacios-tiempos distintos: el nacional y el transnacional. Y dije también que en relación con este último, si el eje Norte/Sur fue construido predominantemente bajo la tutela del sistema de desigualdad, el eje Este/Oeste lo fue predominantemente bajo la égida del sistema de exclusión. De hecho, el Este y el Sur compartieron posiciones de inferioridad tanto en un sistema como en el otro. El sistema mundial y la economía netamente modernos fueron integrando todas las regiones del mundo en una sola división de trabajo, y en esa medida el sistema de pertenencia por la integración subordinada, es decir, el sistema de la desigualdad, dominó todo el espacio no europeo.

Sin embargo, puede afirmarse que la división de las relaciones imperiales se organizó desigualmente a lo largo de los dos ejes. El eje Norte/Sur envolvió vastas zonas del mundo en las cuales la cultura occidental se impuso, ya sea por la destrucción inicial de culturas rivales y por el genocidio de los pueblos que las componían, o por la ocupación de territorios menos densamente poblados. La modernidad europea fue allí impuesta o adoptada por los colonos y, más tarde, por las independencias proclamadas por ellos y sus descendientes. En este eje, el sistema de exclusión comenzó por dominar las culturas no europeas y lo consiguió por la forma más extrema, la del exterminio.

Cuando el exterminio estuvo casi consumado, fue fácil segregar en reservas o asimilar los pueblos indígenas sobrevivientes, e iniciar un proceso de integración y por tanto un sistema de desigualdad. Este último se llevó a cabo incluyendo también formas extremas de desigualdad, como fue la esclavitud, una institución social híbrida tal como lo es la inmigración en nuestros días, subsidiaria de los dos sistemas de inequidad. Esto significa que en el eje Norte/Sur, la prohibición cultural de la exclusión tuvo tal vez menos

peso que la integración por el trabajo esclavo, colonial y poscolonial. Después del exterminio inicial, el racismo fue sobre todo de explotación y, en consecuencia, parte integrante del sistema de desigualdad.

En el eje Este/Oeste, al contrario, la colonización europea fue más fragmentada y la modernidad capitalista tuvo más dificultades para imponerse como paradigma cultural. Ésta penetró muchas veces cuando la entrada fue selectiva, controlada por élites locales modernizadoras, como fue el caso de Japón y de Turquía. Lo cual significa que la integración en el sistema mundial del Este coexistió siempre con un fuerte componente de prohibición y de exclusión cultural. Este componente fue sucesivamente alimentado y tuvo en nuestro siglo dos formulaciones principales. Por un lado, tenemos el comunismo soviético, el cual, a pesar de pertenecer plenamente a la modernidad occidental, mas no capitalista, alimentó la prohibición de la exclusión, principalmente por medio de las diferencias míticas al despotismo oriental. Por otro lado, está el fundamentalismo islámico, el cual, desde 1989, ha pasado a ser el blanco casi exclusivo de la demonización y la estigmatización del Este.

Tanto el eje Norte/Sur como el eje Este/Oeste se identifican en el espacio-tiempo trasnacional, y es en él donde actúan los fenómenos de globalización, aunque éstos, como veremos, repercuten en el espacio-tiempo nacional, así como en el local. En el siguiente capítulo me ocupo en detalle de los procesos de globalización. Por tanto, me limitaré aquí a ofrecer los elementos necesarios para examinar el impacto de la globalización sobre los sistemas de desigualdad y exclusión.

En su forma actual, la globalización de la economía se fundamenta en una división internacional del trabajo, analizada por primera vez en el inicio de la década de los ochenta por Froebel, Heinrichs y Kreye, y que se caracteriza por la globalización de la producción llevada a cabo por empresas multinacionales cuya participación en el comercio internacional crece exponencialmente. La economía global que de aquí emerge tiene las siguientes características principales: la utilización global de todos los factores de producción, incluyendo la fuerza de trabajo; sistemas flexibles de producción y bajos costos de transporte; un nuevo paradigma técnico-económico, que justifica los beneficios de productividad en incesantes revoluciones tecnológicas; el surgimiento de bloques comerciales regionales como la UE, el Nafta

o el Mercosur; el aumento creciente de los mercados y de los servicios financieros internacionales; la creación de zonas de procesamiento para la exportación, de sistemas bancarios *offshore* y de ciudades globales.

Esta nueva economía mundo se desdobra en una nueva economía política, el modelo neoliberal, impuesto por los países centrales a los países periféricos y semiperiféricos del sistema mundial, fundamentalmente mediante las instituciones financieras dominadas por los primeros, entre las cuales se destacan el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial. En los términos de esta nueva economía política, las economías nacionales deben ser abiertas al comercio internacional y los precios internos deben ser conformes a los precios del mercado internacional. Igualmente, las políticas fiscales y monetarias deben ser orientadas hacia el control de la inflación y del déficit público y hacia la estabilidad de la balanza de pagos. Los derechos de propiedad están en consecuencia claramente protegidos contra las nacionalizaciones, las empresas nacionalizadas tienen que ser privatizadas, la legislación laboral debe ser flexibilizada y, en general, es necesario que la regulación estatal de la economía y del bienestar social sea reducida a su mínima expresión.

El impacto de esta economía política en el sistema de desigualdad es devastador tanto en el espacio-tiempo global como en el espacio-tiempo nacional. Desde un punto de vista general, el impacto consiste en la metamorfosis del sistema de desigualdad en un sistema de exclusión. Podemos incluso afirmar que en este dominio la característica central de nuestro tiempo reside en el hecho de que el sistema de desigualdad se está transformando en un doble del sistema de exclusión. Como vimos, el sistema de desigualdad se basa en un principio de pertenencia por la integración jerarquizada. En la modernidad capitalista esta integración es realizada fundamentalmente por medio del trabajo. La integración por el trabajo es la que fundamenta las políticas redistributivas, mediante lo cual se procura atenuar las desigualdades más abruptas, generadas por vulnerabilidades que están casi siempre ligadas al trabajo (enfermedad, accidente o vejez). Ahora bien, actualmente estamos presenciando el aumento del desempleo estructural porque los aumentos de productividad son muy superiores al incremento del empleo y, en consecuencia, el crecimiento económico tiene lugar sin el correspondiente crecimiento en el empleo.

A medida que el trabajo —y aun más el trabajo seguro— se vuelve más escaso, la integración garantizada por él se muestra más y más precaria. Y, en ese sentido, el trabajo pasa a definir más las situaciones de exclusión que las situaciones de desigualdad. La informalización, la segmentación y la precarización o flexibilización de la relación social hacen que el trabajo, lejos de ser una garantía contra la invulnerabilidad social, se convierta él mismo en la expresión de esta vulnerabilidad. La precariedad del empleo y del trabajo transforma los derechos laborales, económicos y sociales, derivados de la relación salarial y centro de las políticas redistributivas del Estado providencia, en un espejismo. El trabajo pierde entonces eficacia como mecanismo de integración en un sistema de desigualdad, para convertirse en un mecanismo de reinserción dentro de un sistema de exclusión. Igualmente, deja de tener virtualidades para generar redistribución y pasa a ser una forma precaria de reinserción, siempre al punto de degenerar hacia formas todavía más significativas de exclusión. Así, pasa de mecanismo de pertenencia por la integración o mecanismo de pertenencia por la exclusión.

Esta transformación del trabajo está manifestándose un poco en todas partes, aunque en diferentes grados y con diferentes consecuencias. La evolución tecnológica está creando una nueva y rígida segmentación de los mercados de trabajo a nivel mundial, entre una pequeña fracción de empleos altamente calificados, bien remunerados y con alguna seguridad, y la aplastante mayoría de los empleos poco calificados, mal remunerados y sin seguridad alguna o derechos. En este proceso, muchas de las calificaciones, actitudes y casi todas las profesiones desaparecen, y con ellas son lanzados a la inutilidad social grupos significativos de trabajadores, así como los saberes de que éstos son poseedores. Incapaces de reintegrarse al mercado del empleo, salen de un ya cruel sistema de desigualdad para entrar en un sistema de exclusión quizá más cruel. De hecho, la calificación profesional en mercados laborales globalizados más segmentados deja de ser ella misma garantía del nivel de rendimiento y fuente de seguridad. Así, técnicos informáticos con la misma calificación ganan en Asia menos de un tercio de lo que ganan sus similares en Europa. Por eso grandes empresas, como por ejemplo Lufthansa, transfieren a Asia todo su departamento de contabilidad. La inutilidad social de un gran número de trabajadores es sin duda la nueva cara de la exclusión, una prohibición que no se basa en una división cultural o civilizacional a la

manera de Foucault, la cual se mide por la distancia y por la esencialización del otro, sino en una prohibición que se apoya en una división socioeconómica casi natural, evaluada por la proximidad y por la desesencialización del otro, en la medida en que puede sucederle a cualquiera.

Esta metamorfosis del sistema de desigualdad en sistema de exclusión se manifiesta tanto a nivel nacional como a nivel global. En este último, el eje Norte/Sur ha avenido a agravar su inequidad, cualesquiera que sean los indicadores utilizados para medir las asimetrías. África está hoy más integrada en la economía global que en 1945, pero a esa altura era autosuficiente en productos alimenticios, mientras que hoy se encuentra postrada ante el hambre y la miseria y destruida por la guerra civil e interétnica. En otras palabras, África hoy pertenece a la economía mundial por la manera como está excluida.

A nivel nacional, la exclusión es todavía más seria, ya que hasta ahora no se ha inventado ningún sustituto a la integración por el trabajo. Frente a ella, el Estado providencia, en profunda crisis, se muestra desarmado, dado que su actuación presupone la existencia de una relación salarial segura y estable, incluso cuando se trata de producir asistencialismo para los que están desprovistos temporal o permanentemente de ella. Los sindicatos fuertemente vinculados al estado providencia sufren la misma impotencia, aún más si se tiene en cuenta que fueron creados para organizar a los trabajadores y no para organizar a los desempleados. Este desvanecimiento de la protección institucional es otra prueba de cómo el trabajo ha pasado de ser un mecanismo de integración a ser un mecanismo de exclusión. Es también por eso que comienza a detectarse en el mundo del trabajo bajo formas de darwinismo social y de eugenismo tecnológico típicas de los sistemas de exclusión. Al viejo racismo de la superioridad de la raza aria se añade el nuevo racismo de la superioridad de la raza tecnológica. Si bien es cierto que esta estigmatización y demonización de la raza inferior, tecnológicamente atrasada, no surge, como dije, apoyándose en categorías esencialistas en la medida en que el otro puede ser cada uno de nosotros, la verdad es que la probabilidad de que este fenómeno se produzca no está equitativamente distribuida entre las sociedades que componen el sistema mundial. Tampoco se encuentra al interior de la misma sociedad, entre las diferentes clases, regiones, grupos de edad o grupos de capital escolar, cultural o simbólico. De esa

desigualdad en las distribuciones, sedimentadas por las prácticas reiteradas de la economía, emerge un nuevo tipo de esencialismo, un racismo antirracista y protecnológico.

Este esencialismo, en vez de crear la posibilidad de una organización colectiva, contrahegemónica, como fue el caso de los pueblos indígenas, los movimientos negros o feministas, se traduce en un individualismo extremo, opuesto al individualismo posesivo. Un individualismo de desposesión, una forma inquebrantable de destitución y de soledad. La erosión de la protección institucional, siendo una causa, es también un efecto del nuevo darwinismo social. Los individuos son convocados a ser responsables de su destino, de su sobrevivencia y de su seguridad, a ser gestores individuales de sus trayectorias sociales sin dependencia ni proyectos predeterminados. Sin embargo, esta responsabilización ocurre al mismo tiempo que la eliminación de las condiciones que podrían transformarla en energía de realización personal. El individuo es llamado a ser el amo y señor de su destino cuando todo parece estar fuera de su control. Su responsabilización constituye su propia alineación; alineación que, contrariamente a la alienación marxista, no resulta de la explotación del trabajo asalariado sino de la ausencia de ella. Esta responsabilidad individual por la trayectoria social constituye una culpa por un pasado que verdaderamente sólo existe a la luz de un presente sobre el cual el individuo no tiene control alguno. La soledad que de aquí resulta hace que el interés individual, cualquiera que éste sea, no parezca susceptible de poderse congregar y organizar en la sociedad capitalista, ni de poder ser reivindicado según las vías políticas y organizacionales propias de este tipo de sociedad.

Las metamorfosis por las que están atravesando tanto el sistema de desigualdad como el de exclusión, son más complejas de lo que sugiere el análisis anterior. Si el sistema de desigualdad está transformándose parcialmente en un sistema de exclusión, este último parece estar transformándose a su vez en un sistema de desigualdad. Si, por un lado, las exclusiones se agudizan, como es evidente en la nueva ola de racismo y xenofobia por la que atraviesa Europa, por otro lado, algunos grupos sociales pasan de un sistema de exclusión a uno de desigualdad. La etnicización de la fuerza de trabajo como forma de desvalorizarla es un ejemplo de esta metamorfosis. Esta práctica ocurre incluso al interior de bloques regionales, como por ejemplo el Nafta.

Otro caso es el de los pueblos indígenas que constituyen, por así decirlo, el tipo ideal del sistema de exclusión implícito en la modernidad capitalista y que, por medio de un fenómeno que describiré a continuación —la biodiversidad y la biotecnología—, están transitando, hasta un cierto punto, del sistema de exclusión al sistema de desigualdad.

La globalización de la cultura y la globalización de la economía son procesos excesivamente desiguales y contradictorios. Las metamorfosis que la globalización de la cultura está generando en los sistemas de desigualdad y exclusión difieren parcialmente de las producidas por la globalización de la economía. En cuanto a ésta, como vimos, domina la transformación del sistema de desigualdad en sistema de exclusión. En el caso de la globalización de la cultura prevalece la metamorfosis del sistema de exclusión en sistema de desigualdad.

Esta descontextualización opera gracias a dos formas aparentemente contradictorias. De un lado, por la desarticulación descaracterizadora y con miras a seleccionar las características que permiten interfases productivas con la cultura hegemónica, proceso cuya versión extrema se encuentra en la publicidad; de otro lado, por el énfasis excesivo en su integridad, esto es, por su vernaculización como valor creciente en su integración en los circuitos globales culturales, proceso que tiene su versión extrema en la industria del turismo global. Así, muchas de las culturas no norteamericanas que fueron objeto de un racismo cultural que empeoró la situación de exclusión, sobre todo a partir del siglo XIX, son hoy recuperadas por la descaracterización o por la vernaculización en tanto que fundamentos de globalización de las culturas hegemónicas. Esta recuperación implica una integración subordinada, una valorización que, como la fuerza laboral, constituye parte integrante de un proyecto imperial, en este caso un imperialismo cultural. En esa medida, podemos hablar de una metamorfosis del sistema de exclusión en sistema de desigualdad.

Esta metamorfosis es bien evidente, mas no debe hacernos perder de vista aquello que queda fuera de ella, es decir, todas las culturas que no son valorizables en el mercado cultural global, porque no se dejan apropiar o porque su apropiación no despierta interés. Estas culturas están condenadas a una exclusión tan radical como el exterminio; son apartadas de la memoria cultural hegemónica, olvidadas o, cuando mucho, subsisten por la caricatura

que de ellas hace la cultura hegemónica. Ignoradas o trivializadas, no tienen ni siquiera potencialidades para ser estigmatizadas o demonizadas. En cualquier caso, son víctimas de un epistemicidio. En las condiciones de la globalización de la cultura, la homogeneización se produce tanto por la recuperación descontextualizadora como por la eliminación cognitiva.

Las metamorfosis por las que están pasando los sistemas de desigualdad y de exclusión bajo el impacto de los procesos de globalización económica y cultural son tal vez aun más evidentes a la luz de nuevos fenómenos de pertenencia subordinada. Aquí se mezclan cada vez más intrincadamente la pertenencia por la integración y la pertenencia por la exclusión, con repercusiones significativas en la composición social de los grupos sociales en ellos envueltos, así como en las luchas sociales que ellos protagonizan.

A modo de ejemplo, haré referencia a tres de esos fenómenos: la lucha por la biodiversidad, el espacio electrónico y las nuevas desigualdades entre ciudades.

4.1. La biodiversidad y la biotecnología

Se calcula que más del 90% de la diversidad biológica que subsiste en el planeta se encuentra en las regiones tropicales y subtropicales de África, Asia y América del Sur. El papel singular que los pueblos indígenas desempeñan en este campo no se limita a la conservación de la diversidad biológica de la tierra, lo cual será ya bastante. Además de ello, sus conocimientos son la base de muchos de nuestros alimentos y medicinas. Se calcula que 80% de la población mundial continúa dependiendo del conocimiento indígena para satisfacer sus necesidades médicas. De las especies vegetales del mundo —35.000 de las cuales, por lo menos, tienen valor medicinal—, más de dos tercios son originales de los países periféricos y semiperiféricos. Más de 7.000 compuestos medicinales utilizados por la medicina occidental son derivados del conocimiento de las plantas. Es fácil, pues, concluir que a lo largo del último siglo las comunidades indígenas han contribuido significativamente a la agricultura industrial, a la industria farmacéutica y por último a la industria biotecnológica.

La industria biotecnológica y las nuevas biotecnologías en las que ellas se basan han producido un cambio significativo en este dominio en la última dé-

cada. Los avances en la microelectrónica hacen posibles que las empresas detecten mucho más rápido que antes la utilidad de las plantas, razón por la cual la prospección biológica se volvió mucho más rentable. Paralelamente, la separación entre alimentos y medicamentos desaparece, dando origen a una nueva gama de productos conocidos bajo el nombre de productos nutraceuticos. Por otro lado, sólo en los territorios indígenas se encuentran organismos bacterianos, hongos que contribuyen a la fabricación de testosterona, antimicrobicos, antibióticos, antidepresivos, etc. En síntesis, las grandes empresas multinacionales farmacéuticas, alimenticias y biotecnológicas han venido, particularmente en la última década, apropiándose de las plantas y los conocimientos indígenas con una inexistente o mínima contrapartida para los pueblos autóctonos, procesando luego estas sustancias y patentando los procesos al mismo y tiempo los productos que a partir de ellas lanzan al mercado.

Las consecuencias de este auténtico pillaje son avasalladoras. En primer lugar, hoy en día las comunidades indígenas no controlan el material genético que necesitan para su sobrevivencia. Mucho de este material genético está ya almacenado en los países centrales bajo el control de sus científicos. Casi el 70% de todas estas semillas recolectadas en los países periféricos y semiperiféricos se encuentran en poder de los países centrales o en centros internacionales de investigación agrícola. En segundo lugar, la protección de la propiedad industrial, intensificada luego de la Ronda de Uruguay, protege el conocimiento generado por las multinacionales pero deja sin protección alguna el conocimiento indígena a partir del cual es obtenido el conocimiento científico. Las solicitudes de patentes de biodiversidad se multiplican cada día, y en breve los campesinos de los países del sur tendrán que pagar patentes por productos que originalmente fueron suyos.

El imperialismo biológico es, sin duda, una de las formas más insidiosas y más recientes del sistema de desigualdad que establece el eje Norte/Sur. Se basa en una lucha desigual entre diferentes epistemologías, entre el conocimiento científico, hegemónico de las empresas multinacionales, y el conocimiento tradicional cooperativo de los pueblos indígenas. La metamorfosis, que dentro de esta lucha se da entre el sistema de desigualdad y el sistema de exclusión, consiste en este caso en la transformación del sistema de exclusión en sistema de desigualdad. De hecho, los pueblos indígenas representan la versión original del sistema de exclusión de la modernidad capitalista y en-

carnan ciertamente una de sus versiones más extremas, el genocidio. La revolución biotecnológica y la ingeniería genética han venido confiriendo un valor estratégico cada vez mayor a los recursos genéticos de los pueblos indígenas como un potencial de valorización capitalista casi infinito. Por este medio, los territorios y los conocimientos indígenas van siendo integrados en el proceso de acumulación capitalista a una escala mundial y en esa medida pasan de un sistema de pertenencia subordinada por la exclusión a, un sistema de pertenencia subordinada por la integración. No se trata tanto de la integración por el trabajo como de la integración por el conocimiento, cuya subordinación reside en no ser reconocido como tal, sino únicamente como materia prima para el ejercicio del conocimiento hegemónico, el conocimiento científico.

4.2. El espacio electrónico

El espacio electrónico o ciberespacio es el nuevo espacio-tiempo de la comunicación y de la información, que se ha hecho realidad por la revolución tecnológica de la microelectrónica y de la telemática, un espacio-tiempo virtual de ámbito global y de duración instantánea. Es éste el espacio-tiempo del hipertexto, del correo electrónico, de la Internet, del video y de la realidad virtual. Contrariamente a la biodiversidad y a la biotecnología, cuya novedad está en el modo como movilizan recursos naturales multimilenarios y conocimientos ancestrales, el ciberespacio es una hipernovedad, un futuro que se alimenta del futuro. En contraste también con la biodiversidad y la biotecnología, cuya constitución actual no es concebible fuera de los sistemas de desigualdad y de exclusión, el ciberespacio se presenta como un espacio anárquico, de libre acceso, descentralizado, no jerárquico, localmente controlado, en el que la igualdad y la identidad parecen coexistir sin obstáculos. Para algunos, este es el espacio-tiempo de la ciudad sin murallas, de la red que articula horizontalmente a los individuos y a los grupos sociales, el espacio del nomadismo infinito sin tener que cambiar de dirección, en fin, el espacio de la ciudad posmoderna, la redópolis que reemplaza a la metrópolis, la ciudad moderna.

Frente a esto, cabe preguntarse por qué considerar es espacio electrónico como el avatar de una nueva metamorfosis del sistema de la desigualdad y

del sistema de la exclusión. La cuestión está en saber si la redópolis es una ciudad sin murallas o una ciudad en la que las murallas asumen nuevas formas, una pregunta para la cual no hay en este momento respuesta definitiva. Es evidente que el espacio electrónico es hoy un espacio abierto y anárquico, y que navegar en internet parece ser posible con una gran facilidad y libertad. Si es verdad que los sistemas de desigualdad y de exclusión presuponen la existencia de un poder centralizado, no se vislumbra la existencia de tal poder en el espacio electrónico.

Sin embargo, tal vez esto no sea todo. Antes que nada, no es irrelevante que sean los sectores de punta, la producción de servicios complejos y de mercancías organizacionales, los grandes usuarios del espacio electrónico. Tal y como aconteció en nuestras áreas de telecomunicaciones, ellos tienen poder para producir, en un espacio aparentemente anárquico, estratificaciones según la envergadura del usuario. Y, de hecho, comienza ya a dibujarse el sistema de desigualdad y de exclusión que vendrá posiblemente a caracterizar el espacio electrónico.

En primer lugar, en lo que respecta al acceso al espacio electrónico, ya es claro que las autopistas de la información no van a servir por igual todos los países, todas las ciudades, todas las regiones, todos los grupos sociales que constituyen la sociedad civil global. Aquí también, y tal como sucedió con la sociedad civil nacional, comienza a dibujarse una distinción entre la sociedad civil interna, que será abundantemente servida por las autopistas de la información, y la sociedad civil externa, que quedará fuera de ellas, constituida por una subclase tecnológica. Esta subclase será excluida del acceso y de todo lo que el espacio electrónico hace posible. Socialmente, está conformada por muchos de los grupos sociales que hoy ocupan posiciones subordinadas en el sistema de desigualdad, ya sea a nivel nacional o a nivel transnacional (el eje Norte/Sur). La emergencia del ciberespacio hará que, en algunas de las dimensiones de su reproducción social, estos grupos sociales subordinados pasen del sistema de desigualdad al sistema de exclusión.

En segundo lugar, además del acceso al espacio electrónico, hay que cuestionar el acceso dentro del espacio electrónico mismo. Y aquí también se representan diferenciaciones y estratificaciones inminentes. El carácter democrático de la transmisión de texto puede entrar a coexistir con la transmisión de voz e imagen, mucho menos accesible aunque mucho más lucra-

tiva, en la cual eventualmente se vendrán a concentrar las inversiones y los avances tecnológicos. Una estructura de inversiones prolongadamente desequilibrada redundará por cierto en nuevas estratificaciones y desigualdades.

En este momento, lo que resulta fascinante con respecto al espacio electrónico, es que es un espacio disputado, un espacio donde los centros de poder ya comienzan a dibujarse, pero donde todavía es muy grande la capacidad de subversión de los extremos. En esta medida, el espacio electrónico puede llegar a originar un nuevo sistema de desigualdad y de exclusión, como puede llegar también a constituirse en un espacio público de oposición. Esta última posibilidad está bien ilustrada en el frecuente uso de Internet por parte del Ejército Zapatista de Liberación Nacional de Chiapas. Es también posible que las dos funciones, la de producción de desigualdad y de exclusión por un lado, y la de subversión contestataria por el otro, puedan coexistir durante algún tiempo.

4.3. Las nuevas desigualdades entre ciudades

La metamorfosis entre el sistema de desigualdad y el de exclusión, que puede estar ocurriendo en este campo, tiene más similitudes con el espacio electrónico de lo que a primera vista podría parecer. En un estudio sobre el impacto urbano de la globalización en la economía, Saskia Sassen (1991) argumenta que el surgimiento de ciudades globales es uno de los tres puntos estratégicos en los que se apoya la globalización económica. Los otros dos aspectos son las zonas de procesamiento para la exportación y las zonas de banca *offshore*. Las ciudades globales son, entre otras, Nueva York, Tokio, Londres, São Paulo, Hong Kong, Toronto, Miami y Sydney.

Las ciudades globales son lugares estratégicos donde se concentran tanto los servicios complejos y especializados como las telecomunicaciones necesarias para la gestión global de la economía (Sassen, 1991). Es también en ellas donde tienden a concentrarse las sedes de las grandes empresas multinacionales. Son ciudades que acogen a las industrias de punta, a las compañías financieras y que prestan servicios especializados, y donde las empresas y los gobiernos interactúan con unos y otros. Así, las ciudades globales conforman un nuevo sistema urbano a escala global, nodos cruciales de la coordinación internacional de las empresas, de los mercados y de los propios

Estados. Una de las características de estas ciudades es que en ellas se centran los grandes servicios del espacio electrónico. De esta forma, si el espacio electrónico puede llevar a la emergencia de las redópolis, éste parece contribuir por ahora a la creación de megametrópolis, las ciudades globales.

Sin embargo, estas ciudades constituyen un número reducido, y por esta razón resulta legítimo preguntarse lo que acontece, en un período de surgimiento de una minoría de ciudades globales, para la gran mayoría de las ciudades que no se globalizan. Según Sassen, el surgimiento de ciudades globales crea una enorme segmentación entre las ciudades de un determinado país. Por un lado, los recursos y las inversiones tienden a concentrarse exageradamente en las ciudades globales, condenando a las restantes a la marginalización y a la dependencia funcional. Por otro lado, las ciudades globales se integran de manera privilegiada en el sistema urbano transnacional, lo cual define para ellas las jerarquías relevantes y la lógica de desarrollo. Igualmente, se desintegran de las zonas rurales aledañas y de las demás ciudades que componen los sistemas urbanos nacionales. Por estas dos vías, las ciudades no globalizadas transitan de una posición de integración subordinada en el sistema urbano nacional, a una posición de exclusión en el sistema urbano transnacional.

Cualquiera de estos fenómenos, y cada uno a su manera, revela los procesos de tránsito y de metamorfosis recíproca entre los sistemas de desigualdad y el sistema de exclusión. Adicionalmente, su análisis conjunto nos permite sacar algunas conclusiones sobre la situación actual en cada uno de estos sistemas y las relaciones entre ellos.

La primera conclusión es que los nuevos fenómenos de desigualdad/exclusión están fuertemente relacionados con el conocimiento y la tecnología. Son cristalizaciones provisionales de luchas sociales, económicas y culturales, que responden a conocimientos y tecnologías rivales. Los conocimientos y tecnologías que salen vencedores de estas luchas tienen un efecto devastador sobre los demás y, consecuentemente, sobre los grupos sociales que únicamente disponen de ellos. Los vencedores no soportan compartir el campo epistemológico con los vencidos y es por ello que a estos últimos no les es dada la posibilidad de una integración subordinada en un sistema de desigualdad. Por el contrario, pasan para el sistema de exclusión, siendo excluidos por el epistemicidio en sus múltiples versiones: exterminio, expulsión, olvido o sobrevivencia bajo la forma de folclor o atracción turística.

En segundo lugar, las transformaciones en curso ocurren globalmente, no porque éstas se presenten en todos los lugares del mundo, sino porque en donde se manifiestan —y esto se produce siempre localmente— lo hacen por medio de procesos cuyo ámbito es global. La tercera conclusión, relacionada con la segunda, reside en que tales transformaciones en los sistemas de desigualdad y de exclusión son menos estadocéntricas que las del período anterior. Y puesto que el Estado ha sido siempre el gran gestor de las desigualdades y de las exclusiones, el control de unas y otras es menos visible, si es que realmente existe. De algún modo, podemos decir que la idea de gestión controlada se encuentra debilitada, cuando no neutralizada. En el campo del sistema de desigualdad, los límites pero también las virtualidades del Estado providencia son más evidentes ahora que su crisis parece irreversible. Es cierto que la seguridad y la redistribución mínima aseguradas por el Estado providencia son obtenidas a costa de la dependencia de los ciudadanos convertidos en clientes de máquinas burocráticas muy pesadas. Se trata de una dependencia descaracterizadora y finalmente inferiorizadora, en la medida en que es indiferente a las necesidades y a las aspiraciones específicas de los diferentes grupos de ciudadanos. Por el contrario, los promotores del desmantelamiento del Estado providencia incitan a los ciudadanos a la autonomía, a la independencia y a la responsabilización personal por la posición que ocupan en el sistema de la desigualdad, pero lo hacen olvidando la seguridad y la estabilidad mínimas que crean las condiciones bajo las cuales es posible el ejercicio efectivo de la responsabilización. Las desigualdades se agravan y para algunas es tal este aumento que la posibilidad de integración deja de existir transmutándose así en exclusión.

A su vez, el sistema de exclusión parece mucho más subordinado que antes a las exigencias de la acumulación capitalista, y las especificidades civilizacionales, culturales, étnicas o religiosas son accionadas de acuerdo con su congruencia con las exigencias de valorización de las industrias culturales y otras afines. La homogenización cultural, pretendida ya sea por medio de la asimilación o por medio del olvido de las diferencias inapropiables, no es llevada a cabo por el Estado sino que surge como producto automático de procesos de hibridación cultural en curso en la aldea global. Mientras que las políticas culturales del Estado estaban al servicio de los proyectos nacionales, y en ocasiones nacionalistas, de la cohesión de la comunidad política de la

nación, la política cultural de hoy —si de ellas se puede hablar— no es más que un sumario automático de los procesos de globalización y de localización cultural que hacen parte de los procesos de valoración industrial-cultural. En el período anterior, la descaracterización cultural o étnica, siempre combinada con segregación, expulsión y a veces exterminio, estaba al servicio de un proyecto político recaracterizador —la construcción o la consolidación de la nación—, al paso que hoy en día la descaracterización, la vernaculización y el olvido no parecen estar al servicio de un proyecto político identificado. En síntesis, la política de estas transformaciones parece ser la despolitización bajo la forma de la ideología de consumo o del espectáculo mediático.

Una cuarta conclusión es que tanto el sistema de desigualdad como el sistema de exclusión parecen ser hoy en día menos esencialistas. Las escalas de la jerarquización tal vez son hoy más rígidas que nunca, pero la distribución de los grupos sociales o de las regiones en su interior es menos estable, lo que la vuelve menos previsible y menos controlable preventivamente. Y en consecuencia es más difícil luchar contra ella. Funciona no tanto por la caracterización esencialista del otro, como por la posición que éste ocupa en una red de relaciones que circunstancialmente reclaman su integración subordinada o su exclusión. Esta desesencialización es sobre todo visible en el sistema de exclusión, el cual fue tradicionalmente el más rígido de todos. Parafraseando a Ernst Gellner, podemos decir que en la modernidad capitalista el sistema de exclusión fue siempre la jaula de hierro, al paso que el sistema de desigualdad fue la jaula de caucho. Hoy, ambos parecen tener la flexibilidad de la jaula de caucho, y si existe alguna diferencia entre ellas, ésta opera en el sentido inverso de aquella que los separó anteriormente. En otras palabras, el sistema de desigualdad está hoy más próximo a la jaula de hierro, mientras que el sistema de exclusión se encuentra más cerca de la jaula de caucho.

4.4. ¿Qué hacer?

Los sistemas de desigualdad y de exclusión no son los *deus ex-machina* de la modernidad capitalista. Su constitución, su consolidación y sus metamorfosis se presentan en un campo de relaciones sociales conflictivas, donde intervie-

nen grupos sociales constituidos en función de la clase, el sexo, de la raza, de la etnia, de la religión, de la ciudad, de la lengua, del capital educativo, cultural o simbólico, del grado de distancia frente a criterios hegemónicos de normalidad, legalidad, etc. Cada uno de estos factores ha tenido una eficacia discriminatoria en la jerarquía de pertenencia en cualquiera de los dos sistemas. No es posible determinar en abstracto el grado de esta eficacia, no sólo porque ella varía según el tiempo histórico o la sociedad, sino porque los diferentes factores de discriminación actúan casi siempre conjuntamente. Puede decirse, sin embargo, que en el sistema de la desigualdad el factor clase ha tenido un papel preponderante y continúa teniéndolo, aunque de manera creciente su eficacia discriminatoria dependa de otros factores, principalmente la raza, la etnia o el sexo. Por el contrario, en el sistema de exclusión, estos y otros factores de discriminación se han impuesto, correspondiéndole a la clase una eficacia apenas complementaria, potenciadora o atenuadora de la discriminación, constituida por los otros factores.

La gestión controlada de las desigualdades y de la exclusión no fue en ningún momento una iniciativa o una concesión autónoma del Estado capitalista. Fue antes el producto de luchas sociales que impusieron al Estado políticas redistributivas y formas menos extremas de exclusión. Y, del mismo modo, la crisis actual de esta gestión controlada, protagonizada por el Estado nacional, así como las nuevas formas y metamorfosis del sistema de desigualdad y del sistema de exclusión, son producto de luchas sociales, tal como lo serán las posibles evoluciones futuras de la situación en la que nos encontramos.

Enunciaré a continuación las principales dificultades con las que nos enfrentamos ante la creciente virulencia discriminatoria de los sistemas de desigualdad y de exclusión, indicando algunas pistas para superarlas.

4.5. La articulación entre políticas de igualdad y políticas de identidad

La primera dificultad está relacionada con la articulación entre políticas de igualdad y políticas de identidad. La crisis de gestión controlada de los sistemas de desigualdad y de exclusión en la modernidad capitalista tiene, al menos, el mérito de mostrar que el universalismo antidiferencialista que sub-

yace a tal gestión, además de ser genuino, redujo a un simplismo intolerable las complejas relaciones entre igualdad e identidad, entre desigualdad y diferencia. Vimos arriba que tanto las políticas redistributivas del Estado providencia como las políticas asimilacionistas de la homogeneización cultural partieron de una determinada norma de sociabilidad y de un cierto campo de representaciones culturales que se transformaron en universales, subordinando a estas políticas todas las normas y representaciones que con ellas discrepan. Tal subordinación, más allá de fallar en su objetivo igualitario, tuvo un efecto descaracterizador y desequilibrante sobre todas las diferencias culturales, étnicas, raciales, sexuales, en las cuales se sustentaba por la negación, la megaidentidad nacional sancionada por el Estado.

Frente a esto, hay que buscar una nueva articulación entre políticas de igualdad y políticas de identidad. Antes que nada, es necesario reconocer que no toda diferencia es inferiorizadora. Y, por ello mismo, la política de igualdad no tiene que reducirse a una norma identitaria única. Por el contrario, siempre que nos encontremos frente a diferencias no inferiorizadoras, la política de igualdad que las desconoce o las descaracteriza se convierte contradictoriamente en una política de desigualdad. Una política de igualdad que niega las diferencias no inferiorizadoras es de hecho una política racista. Como vimos, el racismo se afirma tanto por la absolutización de las diferencias como por la negación absoluta de aquéllas. Siempre que estamos frente a diferencias no inferiorizadoras, una política genuina es aquella que permite la articulación horizontal entre las identidades discrepantes y entre las diferencias en que ellas se fundan.

De ahí surge el nuevo imperativo categórico que, en mi opinión, debe informar una articulación posmoderna y multicultural de las políticas de igualdad y de identidad: tenemos derecho a ser iguales cada vez que la diferencia nos inferioriza, tenemos derecho a ser diferentes cuando la igualdad nos descaracteriza.

La realización de este imperativo debe superar múltiples y difíciles obstáculos. En primer lugar, el peso de la normalización antidiferencialista es tan grande en la modernidad capitalista que la afirmación de la diferencia redundará casi siempre en un reconocimiento de desigualdad y, en esta medida, la articulación horizontal entre las diferencias tiende a convertirse en una articulación vertical. Esta transformación está relacionada con otro obstáculo

moderno de corte epistemológico, que consiste en que las diferencias son percibidas por una forma de conocimiento que no las reconoce. Efectivamente, la ciencia moderna es un paradigma epistemológico fundado en una versión extrema de universalismo antidiferencialista, cuya hegemonía fue obtenida a costa de sucesivos epistemicidios cometidos contra los conocimientos rivales. Y como estos conocimientos fueron siempre formas de racionalidad constitutivas de identidades y diferencia socialmente constituidas, los epistemicidios redundaron siempre en identidadicidios. Recurrir, en estas circunstancias, al conocimiento moderno para identificar las diferencias no puede dejar de redundar en la descaracterización de éstas.

Esto significa que una nueva política de identidad y de diferencia presupone un nuevo paradigma epistemológico que aquí me limito a enunciar. No hay ignorancia en general, así como no hay conocimiento en general. Todo el paradigma epistemológico es una trayectoria entre un punto A, entendido como la ignorancia, y un punto B, que designa el conocimiento. En el paradigma de la ciencia moderna, la ignorancia es el caos y el conocimiento es el orden. Conocer, dentro de este paradigma, equivale a seguir la trayectoria del caos al orden. Aquí, la diferencia es el caos y por lo tanto ignorar y conocer significa superar esta trayectoria sirviéndose del orden del universalismo antidiferencialista.

El conocimiento y el reconocimiento de las diferencias presuponen otro paradigma de conocimiento que, propongo yo, tenga como punto de ignorancia el colonialismo y como punto de conocimiento la solidaridad. En este paradigma, conocer significará seguir la trayectoria que va del colonialismo a la solidaridad. En esta trayectoria será posible no sólo reconocer las diferencias sino distinguir aquellas que inferiorizan y aquellas que no lo hacen, en la específica constelación social de desigualdades y de exclusiones en que estas diferencias existen.

El tercer obstáculo que hay que vencer en la realización del imperativo multicultural reside en la complejidad propia de una política de identidad. La identidad es siempre una pausa transitoria en un proceso de identificación. Los grupos sociales y los individuos acumulan, a lo largo del tiempo, diferentes identidades y en cada momento pueden disponer de varias identidades complementarias y contradictorias. De este “*stock*” identitario, una de las identidades asume, según las circunstancias, la primacía y en consecuencia

el análisis de este proceso es de gran importancia para comprender la política que entrará a protagonizar o a respaldar tal identidad.

La política de la identidad se explica por medio de tres procesos básicos: diferenciación, autorreferencia y conocimiento. Cualquiera de estos procesos es difícil de concretizar en las condiciones en que han operado los sistemas de desigualdad y de exclusión de la modernidad capitalista. El proceso de diferenciación es el proceso de separación entre el yo y el otro, entre nosotros y el resto. Es, por así decir, el reverso del proceso de exclusión aunque comparta con este dispositivo la separación entre el yo y el otro. Sólo que, contrariamente a lo que sucede en el proceso de exclusión, el otro se asume como yo y la inversión de la separación, lejos de ser impuesta, es una conquista. Dada la virulencia de los procesos hegemónicos de exclusión, la diferenciación constituye una conquista difícil, un acto de resistencia que exige, para tener éxito, la movilización de recursos y de energías organizativas.

El segundo proceso, la autorreferencia, es el momento especular de la creación de identidad, la suma de las distribuciones originales que justifican una pertenencia específica y específicamente identitaria. Los mitos de orígenes, los rituales y los símbolos, la orientación de los valores, la historia compartida, todos ellos son elementos constitutivos de la autorreferencia. También aquí existen serias dificultades en la medida en que estos motivos de distribución surgen constantemente desvalorizados a la luz del universalismo antidiferencialista representado por la megaidentidad hegemónica.

Por último, la política de identidad se apoya en un proceso de reconocimiento. Contrariamente a lo que sucede con el sistema de exclusión, en la identidad el yo necesita del reconocimiento del otro para constituirse plenamente. Ahora bien, como lo expliqué en este y en anteriores capítulos*, el reconocimiento del otro es una de las flaquezas más importantes de la epistemología moderna, sobre todo cuando se coloca al servicio de la gestación de los sistemas de desigualdad y de exclusión de la modernidad capitalista.

La justicia del imperativo categórico multicultural, que preside la articulación posmoderna de la política de igualdad y de la política de identidad, no depende de la viabilidad práctica de las condiciones que la harán realidad. Además, en el contexto histórico presente, este imperativo tiene una fuerte

* Nota de los editores: el Autor hace referencia a su libro *La caída del Angelus Novus. Ensayos para una nueva teoría social y una nueva práctica política* (ver pie de página 1).

dimensión utópica que, lejos de ser suprimida, debe ser promovida. En un período en que la crisis de regulación modernista no deja espacio para el refuerzo de la emancipación modernista —sino que, por el contrario, ésta parece entrar en una crisis que tiene como fuente, paradójicamente, la propia crisis de la regulación— el pensamiento alternativo de las alternativas debe tener forzosamente una tonalidad utópica.

La creación de un mínimo de consenso alrededor de este imperativo es la primera condición de una lucha utópica más realista contra la creciente virulencia de los sistemas de desigualdad y de exclusión. La dificultad de esta construcción no es la única con la que nos vemos enfrentados. Existen otras dos que explicaré brevemente. Estas dificultades son, por un lado, la reinención necesaria del Estado para que éste se adecue a la nueva articulación entre políticas de igualdad y políticas de identidad, y por otro lado, la definición del espacio-tiempo privilegiado para organizar las luchas sociales dentro y fuera del marco del Estado.

4.6. La reinención del Estado

Como vimos, el estado moderno capitalista ha tenido a su cargo la gestión de los sistemas de desigualdad y de exclusión. En términos de política de igualdad, ésta ha sido siempre muy frágil, incluso en su mejor formulación, de los Estados providencia de Europa del Norte. Si en estos países produjo una estructura de clases aún poco igualitaria, en los demás, dentro y fuera de Europa, se limitó a imponer una redistribución mínima que dejó intacto el sistema de desigualdad y apenas eliminó sus efectos más extremos. En términos de política de identidad, las políticas estatales han sido igualmente deficientes. La primacía otorgada a la identidad nacional y la adopción de criterios de normalidad y de normalización avalados científicamente, acabaron por confirmar o crear una gran exclusión, tanto por la descalificación, estigmatización o demonización de las diferencias mayores en relación con los patrones hegemónicos, como por la asimilación descaracterizadora de los demás.

Si, por un lado, la crisis de esta gestación estadocéntrica revela sus límites, por el otro también revela sus potencialidades, al menos en su versión más fuerte, la del Estado providencia. Frente a la nueva virulencia del sistema de

desigualdad, las tareas redistributivas son hoy más urgentes que nunca y no me parece que, en las condiciones actuales, se pueda dispensar al Estado de tener que desempeñar en ellas un papel importante. Es cierto que el capital y las fuerzas sociales que se encuentran a su lado hablan de la crisis irreversible del Estado providencia, únicamente para destruir lo que de él queda y para sustituirlo por un Estado menos keynesiano y más shumpeteriano. Sin embargo, los trabajadores sólo pueden referirse a la crisis irreversible del Estado providencia para proponer su reinvención, entendida como otra forma de realizar mejor y más profundamente las políticas facilitadoras y redistributivas que han sido la marca de este Estado providencia.

En este sentido, a las fuerzas progresistas no les queda sino proponer la reinvención del Estado providencia donde él haya existido e igualmente construirlo donde no exista todavía. Rosanvallon (2000) propuso recientemente que se pasara del Estado pasivo de providencia a un Estado activo de providencia, no tanto centrado en la redistribución social por medio de los derechos laborales, sino en un derecho a la integración o a la reintegración social, fundado en la pertenencia al cuerpo social de la nación. Mientras que los derechos del Estado providencia, tal como lo conocemos, son derechos pasivos de indemnización que se aplican siempre y de la misma forma cualesquiera que sean las circunstancias, el derecho de inserción social es un derecho contractualizado e individualizado que garantiza las condiciones mínimas de participación en el cuerpo nacional, ya prefigurado en Francia desde 1988 en el RMI*. Este derecho sólo está garantizado a cambio de una participación concreta del titular, de una contrapartida en términos de prestación de actividades de interés social, formación profesional, recreación, social, asistencia a la tercera edad, limpieza de las ciudades y otras actividades relativas a la calidad de la vida urbana. El derecho de inserción es así un derecho individualizado y condicional, un derecho que, para ser ejercido, exige un desempeño personal de su titular. Es menos un derecho sustantivo que un derecho procesal.

Rosanvallon tiene razón en cuestionar el principio de una redistribución de riqueza fundada en los derechos laborales cuando éste es cada vez más raro y precario, y cuando el trabajo que sirve de base a las políticas redistributivas del Estado providencia, el trabajo estable, seguro y formalizado, es

* Por sus siglas en francés, Ingreso Mínimo de Inserción.

cada vez más un privilegio de pocos y precisamente de aquellos que menos necesitarían de la redistribución estatal. Sin embargo, temo que su propuesta explícitamente no redistributiva a atenuar la virulencia del sistema de desigualdad y sólo la haga por vía de un nuevo asistencialismo que transforme a los ciudadanos en trabajadores sociales en las áreas del mercado laboral que no interesan al capital.

A mi entender, las líneas orientadoras de la reinención del Estado providencia deben ser otras. Contrariamente a lo que propone Rosanvallon, las políticas redistributivas del nuevo Estado providencia deben ser profundizadas. Si en el viejo Estado providencia el derecho al trabajo fue el criterio de redistribución social, en el nuevo Estado providencia el trabajo debe ser él mismo objeto de redistribución social: del derecho del trabajo al derecho al trabajo. Pero este derecho al trabajo no puede circunscribirse a las áreas sociales no competitivas con el mercado laboral capitalista, sino que debe penetrar en el corazón de éste. Para ser redistributivo, el derecho al trabajo tiene que cobijar el derecho a la repartición del trabajo. Una reducción drástica del horario de trabajo sin reducción del salario debe estar en el centro de las políticas redistributivas del nuevo Estado providencia y debe, por esta razón, ser un objeto central de las fuerzas que luchan por él, principalmente el movimiento sindical. La irreductibilidad del salario es un principio básico pero las modalidades de pago pueden ser múltiples en función de la desagregación del salario en varios salarios parciales, o subsalarios.

La repartición del trabajo capitalista no es una nueva política de pleno empleo. Además, en caso de que se continúe verificando y, probablemente, profundizando la discrepancia entre el aumento de la productividad y la creación de empleo, es bien posible que el capitalismo deje de ser la única fuente de trabajo social. En este caso, la repartición de trabajo, mediante la reducción drástica del horario de trabajo, debe ser complementada por la creación de trabajo social en el llamado sector social de proximidad, de acuerdo con propuestas semejantes a las de Rosanvallon u otras como las de un nuevo régimen de voluntariado, con o sin recompensas formales por parte del Estado o de las asociaciones. Es ésta la segunda línea orientadora del nuevo Estado providencia. Ella abre espacio para una nueva política de identidad en articulación con la política de igualdad, puesto que las prestaciones laborales, socialmente útiles, deben ser decididas de acuerdo con las aspiraciones y las

necesidades específicas de los diferentes grupos sociales, sean ellas étnicas, sexuales, raciales, culturales, regionales, religiosas u otras. Naturalmente, el espacio para esta política está atravesado por el imperativo categórico posmoderno arriba enunciado y, por esto mismo, sólo hay lugar en él para las diferencias no inferiorizadoras.

La tercera línea consiste en una nueva lógica de distribución entre las diferentes fuentes de regulación social inherentes a la modernidad. He afirmado en páginas anteriores que los tres pilares de la regulación social moderna son el Estado, el mercado y la comunidad. Si en su matriz original la modernidad propuso una regulación social en que participaran equilibradamente los tres pilares, la verdad es que, a medida que el proyecto de la modernidad se redujo al proyecto de la modernidad capitalista, el Estado y el mercado adquirieron una total primacía en la regulación social, al paso que la comunidad, tan eloquentemente teorizada por Rousseau, se vio condenada a una mediocre marginalidad. De ahí que la comunidad rousseauiana sea hoy una de las representaciones más subdeterminadas de la modernidad. De ahí también, paradójicamente, su potencialidad para servir de base a la reinención del Estado providencia.

Cuando hoy se habla de la crisis del Estado providencia, se asume casi siempre que la solución está en privatizar los servicios de salud y de seguridad social y que hacer esto significa entregarlos a la regulación mercantil. Básicamente de lo que se trata es de abrir nuevas áreas a la valorización del capital, tanto así que está probado que la privatización mercantil no trae, como regla, ahorro alguno al Estado, pues éste tiene que seguir participando conjuntamente en la adquisición de servicios producidos en el mercado. Es un mito pretender sustituir la ineficiencia del Estado por la eficiencia del mercado, en la medida en que este último, al no funcionar sino en conjunción con el Estado, absorbe la ineficiencia estatal, la suma a la suya y multiplica ambas con la corrupción y los lucros especulativos. Por el contrario, la reinención progresista del Estado providencia debe otorgar un lugar importante a la regulación comunitaria, al llamado tercer sector, el sector privado no lucrativo. Los sindicatos deben asumir un nuevo papel en la producción de la providencia societaria, un papel no muy distinto de aquel que ya asumieron en el período inicial del movimiento obrero organizado, mucho antes del Estado providencia, en la época del mutualismo, de los seguros obreros, de las es-

cuelas, hospitales, fiestas y vacaciones obreras. Y paralelamente a los sindicatos, los movimientos populares y sus asociaciones deben reivindicar su integración en una vasta constelación de modos de producción de providencia societaria, en la que se articulan la producción estatal, la producción mercantil y la producción comunitaria.

La cuarta línea de orientación para la reinención del Estado providencia tiene que ver con la política de gasto público. Hoy se habla de “menos Estado y de mejor Estado” y de la necesidad de reducir el déficit público realizando ahorros en las políticas públicas y reduciendo la planta de funcionarios públicos. Éste es un objetivo sin duda meritorio. Es su aplicación la que suscita serias dudas, sobre todo porque raramente se toca el sector más improductivo del Estado, las Fuerzas Armadas, que han venido a asumir en el Estado moderno un peso creciente con la correspondiente incidencia presupuestal. Tal crecimiento fue legitimado por las sucesivas doctrinas de la seguridad nacional, de la defensa de la ciudadanía y de la integridad del territorio, por la lucha contra el comunismo, contra el terrorismo y los enemigos internos. Influenciadas por las políticas imperiales de los Estados hegemónicos y por los *lobbies* de las industrias de armas, estas doctrinas fueron abriendo y continúan abriendo nuevos espacios de gasto público.

Es necesario proceder a una crítica radical de esta lógica, y las condiciones parecen favorables en virtud del fin de la guerra fría y de la creación de bloques regionales que contienen la mayoría de las veces acuerdos de cooperación militar. El futuro de las Fuerzas Armadas debe entrar urgentemente en la agenda política. La producción organizada de violencia de gran intensidad como la que protagonizan las Fuerzas Armadas tiene que ser sujeta a un exigente escrutinio público, ya que ella es servida por una producción que, a pesar de ser muy dispendiosa, es improductiva. De hecho, la mejor utilización del armamento es su no utilización.

En estas condiciones, los gastos en la producción organizada de violencia deben ser siempre considerados en comparación con los gastos en la producción de condiciones sociales que previenen la necesidad del recurso a la violencia. Más allá de un cierto límite de improbabilidad, la existencia de las Fuerzas Armadas deja de tener justificación razonable. Su permanencia deja de ser un objetivo nacional para volverse la expresión de un interés sectorial, con componentes nacionales y transnacionales, que debe ser ponderado en

el conjunto de intereses sectoriales de que está compuesta la sociedad. Y en esta ponderación no se dejará de tener en cuenta que la virulencia creciente del sistema de desigualdad y del sistema de exclusión está dejando en la pobreza, en el hambre, en la miseria y en la exclusión amplios sectores de la población cuyo interés sectorial, por ser tan vasto en su base, debería asumir cada vez más el estatuto de interés nacional. Y no se olvide que, más allá de los recursos presupuestales que consumen, las Fuerzas Armadas disponen de inmensas infraestructuras, muchas veces de gran calidad, principalmente edificios donde sería fácil instalar escuelas, hospitales, centros de formación profesional, espacios de recreación para la tercera edad, centros de vacaciones para trabajadores y sus familias, etc. Algunos países, como por ejemplo Costa Rica, abolieron las Fuerzas Armadas y la supresión de éstas ya ha sido incluida en referendos en otros países. Donde no fuese posible eliminarlas, éstas deben ser drásticamente reducidas, de acuerdo con las condiciones específicas de cada país. Por ejemplo, en el caso de Portugal —que hace parte de la OTAN y de la Unión Europea y sus acuerdos de defensa regional, y tiene una vasta frontera marítima—, ha llegado a proponer que las Fuerzas Armadas sean reducidas a la Marina.

La última línea de orientación en la reinención del Estado providencia tiene que ver con la política fiscal. El carácter abstracto y descaracterizador de las políticas sociales del Estado providencia tal como lo conocemos, proviene del hecho de que la redistribución efectuada por estas políticas reside en una solidaridad abstracta. Los que trabajan y los que generan beneficios contribuyen con sus impuestos a una redistribución social administrada por el Estado. Las opciones concretas en esta redistribución, así como sus aplicaciones, son decididas por el sistema político y ejecutadas por una vasta burocracia estatal. Ahora bien, hoy es conocida la crisis por la que pasan los sistemas políticos y, principalmente, los regímenes democráticos, minados por la patología de la representación y de la participación. Por otro lado, la burocracia estatal está cada vez más dividida en intereses sectoriales, en ocasiones tan desgarrados, que transforman el Estado en una red de microestados, cada uno con su micropolítica pública, su microclima de corrupción y, en el fondo, su microdespotismo.

En estas condiciones, la solidaridad abstracta del Estado providencia se transforma en un peso inconsecuente y absurdo que deslegitima al mismo

estado y a la vez da fuerza ideológica a muchos episodios de protesta ciudadana contra los impuestos a los que hemos asistido en los últimos años. Muchas de estas revueltas no son activas, son pasivas y se manifiestan por una masiva evasión fiscal.

Mi propuesta consiste en que se debe cambiar radicalmente la lógica fiscal. La nueva articulación entre la política de igualdad y la política de identidad exige que la solidaridad fiscal sea más concreta e individualizada. Una vez fijados los niveles generales de tributación, establecida la lista de los objetivos financiados por el gasto público a nivel nacional y con mecanismos que combinen la democracia representativa y la democracia participativa, es necesario dar la opción a los ciudadanos de decidir dónde y en qué proporción deben ser gastados sus impuestos. Algunos ciudadanos desearán que sus impuestos sean gastados mayoritariamente en la salud, otros preferirán la educación o la seguridad social, etc. En el caso de los ciudadanos cuyos impuestos son deducidos en la fuente, que en muchos países son todos los asalariados, dentro del monto deducido deben constar las diferentes partidas y la proporción de las aplicaciones pretendidas.

Como es de esperar, en sociedades muy grandes, muy heterogéneas y muy asimétricas social y culturalmente no será fácil organizar el referendo, aunque no creo que ello sea imposible. En efecto, ya hay experiencias sociales en curso que constituyen el embrión de esta nueva política fiscal. Para apoyarme en un ejemplo brasileiro, sobre este punto es ejemplar el presupuesto participativo puesto en práctica a nivel municipal por la Alcaldía de Porto Alegre (Santos, 2003). Naturalmente, se trata de una experiencia local que busca la aplicación de un pequeño porcentaje del gasto municipal y en función de una determinada asignación previamente constituida, pero en todo caso se pretende auspiciosamente una nueva transparencia y proximidad entre las políticas estatales y las políticas de los ciudadanos.

La última línea de orientación en la reinención del Estado providencia sugiere que, una vez fijadas participativamente las prioridades fiscales y presupuestales del Estado, la concepción y la aplicación concreta de las políticas en que éstas se deberán traducir tienen también que ser participativas ellas mismas, apoyándose en ese sentido en mecanismos que garanticen el equilibrio arriba citado entre la regulación estatal, la regulación mercantil y la regulación comunitaria. Esta participación será decisiva para abrir el espacio de las políticas

de identidad fundadas en el reconocimiento de las aspiraciones y de las necesidades específicas que confirman las alteridades socialmente vigentes.

4.7. La globalización desde abajo

Las tareas relativas a la reinención del Estado providencia anuncian desde ya la tercera gran dificultad con la que se enfrenta una articulación posmoderna entre las políticas de igualdad y las políticas de identidad. Sostuve en las páginas anteriores que las metamorfosis por las que están pasando el sistema de desigualdad y el sistema de exclusión, así como su creciente virulencia, tienen su raíz en los procesos hegemónicos de la globalización tanto económica como cultural y social.

Los efectos de las desigualdades y de la exclusión tienen lugar a nivel local e incluso a nivel individual, en individuos concretos que sufren, pero por otro lado las causas de este sufrimiento son cada vez más globales, producidas o decididas a una gran distancia espacio-temporal. Esta discrepancia tiene un impacto decisivo, desde luego en el propio Estado que, como vimos arriba, muestra cada vez más la dificultad de imponer la primacía del espacio-tiempo nacional sobre el espacio-tiempo global, mientras que él mismo está en vía de ser transnacionalizado.

La dificultad reside pues en el hecho de que los movimientos y las luchas sociales han venido a imponer límites a los sistemas de desigualdad y de exclusión, pues se encuentran estancados en el espacio-tiempo nacional o local y no es fácil su transferencia hacia el espacio-tiempo global. Es bien conocida la perversión del siglo XX en este campo, el cual nació bajo el lema de “proletarios de todos los países, uníos”, para terminar luego con los movimientos obreros acantonados en el espacio-tiempo nacional, confrontados a capitalistas globalizados. Sucede que, debido a la naturaleza de las metamorfosis por las que pasan los sistemas de desigualdad y de exclusión, la constelación de factores discriminatorios es cada vez más compleja y combina, en formas muy variadas, discriminaciones racistas, sexistas, étnicas, de edad, regionales, religiosas, etc. En estas condiciones, la suma de intereses se hace muy difícil, tanto así que tiene que efectuarse contra la corriente del individualismo, del narcisismo y del consumismo dominantes. Y si las dificultades de organización son grandes a nivel local y nacional, a nivel global son mucho mayores.

No me parece, sin embargo, que estas dificultades sean insuperables. Antes que nada hay que tener en cuenta que lo que llamamos globalización es un conjunto de relaciones sociales. Esto quiere decir, en primer lugar, que no hay propiamente una globalización, sino muchas globalizaciones, diferentes modos de producción de globalización. Quiere decir también que todos estos modos de producción son conflictuales, constituidos en lucha, a pesar de la fatalidad o la necesidad de que ellos se estiman portadores. Por otro lado, los medios tecnológicos de información digitalizada y del espacio electrónico que hacen posible la globalización del capital pueden ser y han sido utilizados por movimientos contrahegemónicos, que van de los movimientos obreros a los grupos ecológicos, de las asociaciones de pueblos indígenas a los movimientos feministas. Y si es cierto que están siendo utilizados por la extrema derecha de todos los países, y sobre todo en los Estados Unidos, ellos han sido igualmente utilizados por el Ejército Zapatista de Liberación Nacional de Chiapas para difundir su mensaje de convergencia nacional.

Hoy estamos asistiendo a la posibilidad de una globalización desde abajo, a lo que designo como una nueva forma de cosmopolitismo: uniones transnacionales de grupos sociales victimizados por los sistemas de desigualdad y de exclusión, que establecen redes entre asociaciones locales, nacionales y transnacionales como el medio más eficaz de lucha por sus intereses igualitarios e identitarios contra la lógica de la globalización capitalista. Los movimientos de lucha por los derechos humanos simbolizan mejor que cualquier otro el potencial pero también los límites de la globalización anticapitalista. La selectividad con que la política internacional de los derechos humanos ha sido puesta en práctica muestra hasta qué punto éstos han estado al servicio de los intereses hegemónicos de los países capitalistas y principalmente de los Estados Unidos. Como lo ha sostenido Richard Falk, las violaciones de los derechos humanos han estado sujetas a una doble política, la política de la invisibilidad y la política de la supervisibilidad, aplicadas alternativamente conforme si los violadores son amigos o enemigos de las potencias hegemónicas. En esta medida, éstos han sido el símbolo del universalismo antidiferencialista que ha dominado la gestión moderna de la desigualdad y de la exclusión.

Pero por otro lado, éste es apenas uno de los rostros de los movimientos de derechos humanos. El otro rostro es el de los activistas de los derechos

humanos, que sacrifican sus vidas en nombre de los principios de dignidad humana, envueltos en lucha emancipatorias y contrahegemónicas que se articulan con las de otros grupos y movimientos en diferentes partes del planeta. En estas uniones contrahegemónicas se encuentra el embrión de un diálogo Sur/Sur, cuya importancia se muestra cada vez más crucial como antídoto urgente a todos los falsos diálogos Norte/Sur con que los países hegemónicos han legitimado el saqueo del Sur. Estas son las señales del nuevo cosmopolitismo que para serlo tiene que mostrarse multicultural, articulador de las diferencias y de las identidades no inferiorizadoras que reconoce horizontalmente. Al falso universalismo de los derechos humanos, exageradamente occidentales en sus presupuestos, hay que contraponer una concepción multicultural de los derechos humanos fundada en el aprendizaje del principio según el cual la defensa de la dignidad humana tiene varios nombres y no todos nos resultan familiares. Los movimientos sociales tienen que poner ellos mismos en práctica la articulación posmoderna entre políticas de igualdad y políticas de identidad, si quieren que el Estado moderno sea reinventado de acuerdo con las exigencias de esta articulación.

V. Conclusión

En este capítulo pasé revista a la constitución de los sistemas de desigualdad y de exclusión de la modernidad capitalista, a través de los cuales ésta organizó la pertenencia subordinada de clases y otros grupos sociales por las vías aparentemente opuestas de la integración y de la exclusión. Mostré que la gestión controlada de las desigualdades y de la exclusión a cargo del Estado y, en su mejor momento, a cargo del Estado providencia, se encuentra hoy en crisis en virtud de la erosión de los recursos redistributivos y asimilacionistas del Estado, gestión que está ligada a los procesos de globalización de la economía y de la cultura responsables de las sucesivas metamorfosis por las que han pasado el sistema de desigualdad y el de exclusión.

Indiqué finalmente las principales dificultades que esta situación genera a las fuerzas sociales progresistas, y señalé también algunas vías de solución. Enuncié un nuevo imperativo categórico de articulación horizontal entre política de igualdad y política de identidad. Procuré mostrar que, contra lo que

afirma el discurso neoliberal, el Estado nacional no está en vía de extinción y continúa siendo un campo de lucha decisivo. La erosión de la soberanía y de las capacidades de acción ocurre de manera muy selectiva y sólo en el ámbito de la providencia de los ciudadanos. En el aspecto represivo y en cuanto a la acción de las empresas no se vislumbra la mínima señal de erosión de las capacidades estatales o, si tal erosión existe, ella es muy tenue. De ahí que el Estado no debe ser abandonado como campo de lucha y acepte la fatalidad que el modelo neoliberal diseñó para él. Para eso, sin embargo, la lucha contrahegemónica tiene que proceder a una profunda reinvencción del estado sin temerle a la tonalidad utópica que algunas medidas puedan asumir. Como dijo Sartre, una idea antes de realizarse tiene una extraña semejanza con la utopía.

Esta reinvencción tiene un fuerte contenido anticapitalista y difícilmente podrá ser llevada a cabo a través de los mecanismos de la democracia representativa. Por el contrario, nos exige pensar en nuevas prácticas democráticas. Por un lado, la reinvencción implica una lucha que sobrepasa el marco nacional en el que la democracia participativa se consolida. De hecho, la lucha que no tenga presente que el Estado nacional está siendo él mismo transnacionalizado está condenada al fracaso. De ahí se desprende la urgencia, a la que también hice alusión, de potenciar las globalizaciones contrahegemónicas que generan un nuevo cosmopolitismo emancipatorio. Dado el espacio-tiempo global en que se despliega, este nuevo cosmopolitismo tiene que articular diferentes formas democráticas, las cuales tendrán que ser multiculturales si quieren ser el instrumento generador de una nueva articulación entre políticas de igualdad y políticas de identidad, de acuerdo con el imperativo que enuncié: tenemos derecho a ser iguales cada vez que la diferencia nos inferioriza; tenemos derecho a ser diferentes cuando la igualdad nos descaracteriza.

VI. Bibliografía

- Rosanvallon, Pierre, *The New social Question*, Princeton University Press, Princeton, 2000.
- Sassen, Saskia, *The Global City. New York, Tokyo, London*, Princeton University Press, Princeton, 1991.

Souza Santos, Boaventura de, “El presupuesto participativo de Porto alegre; para una democracia redistributiva”, en Sousa Santos, Boaventura de (org.), 2003.

———, (org.), *Democratizar la democracia. Los caminos de la democracia participativa*, Fondo de Cultura Económica, México, 2003.

(Des)igualdad estructural¹

Roberto Saba²

Sumario

I. El trato igual y el principio de no discriminación. II. El principio de no discriminación puesto a prueba: el caso de las acciones afirmativas. III. Las versiones “individualista” y “estructural” de la igualdad y su correspondencia con los principios de no discriminación y de no-sometimiento (o de no-exclusión). IV. Dos conceptos de igualdad; dos conceptos de categorías sospechosas. V. La igualdad ante la Ley en la Constitución Argentina a 150 años de su sanción originaria. VI. Bibliografía.

- 1 Este artículo fue publicado como “(Des)igualdad Estructural”, en Jorge Amaya (ed.), *Visiones de la Constitución, 1853-2004*, UCES, 2004, pp. 479-514. Además en Saba, Roberto “(Des)igualdad estructural”, en *Revista Derecho y Humanidades* No.11, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2005; y en Saba, Roberto, “(Des)igualdad estructural”, en Marcelo Alegre y Roberto Gargarella (coords.), *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007.
- 2 JSD Candidate (Yale Law School), máster en Derecho (Yale Law School, 1995), abogado (Universidad de Buenos Aires, 1990), egresado del Colegio Nacional de Buenos Aires (1985). Profesor de derecho constitucional y de derechos humanos de las Universidades de Buenos Aires y Palermo. Ex Director Ejecutivo de la Asociación por los Derechos Civiles (2001-2009), ex Director Ejecutivo de la Fundación Poder Ciudadano, Capítulo Argentino de Transparencia Internacional (1995-1998). Senior Fellow, Ashoka Foundation, director Académico del Centro de Estudios de Postgrado en Derecho de la Universidad de Palermo y, actualmente, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo.

El 6 de diciembre de 1810, Mariano Moreno proyectó un decreto que luego sancionaría la Primera Junta según el cual “la libertad de los pueblos no consiste en palabras, ni debe existir en los papeles solamente. Cualquier déspota puede obligar a sus esclavos a que canten himnos de libertad, y este canto maquinal es muy compatible con las cadenas y opresión de los que lo entonan. Si deseamos que los pueblos sean libres, observemos religiosamente el sagrado dogma de la igualdad”³. El principio expresado en este decreto fue antecedente del art. 1ro, Capítulo V y del artículo 5to del Capítulo XIV del Proyecto de Constitución para las Provincias del Río de la Plata de 1812⁴; del art. 8vo del Capítulo II del Proyecto de la Sociedad Patriótica⁵; del Decreto del 12 de marzo de 1813, las Leyes del 21 de mayo y del 13 de agosto de 1813, todos sancionados por la Asamblea General Constituyente reunida ese año⁶. Finalmente, el principio fue receptado por el proyecto de Constitución de Juan B. Alberdi de 1853 y cristalizado en el artículo 16 de la Carta Magna⁷. En aquella afirmación de Moreno se hace referencia a una idea de igualdad que construida sobre el rechazo del sometimiento de esclavos por

- 3 Citado en Miller, Jonathan; Gelly, María Angélica y Cayuso, Susana; *Constitución y derechos humanos*, Tomo 2, Astrea, Buenos Aires, 1991, p. 1524. Para una reseña histórica sobre el principio de igualdad en los orígenes de nuestra historia constitucional, ver este volumen en pp. 1523 a 1528.
- 4 Capítulo V, artículo 1: “Todos los ciudadanos gozan de igualdad ante la ley [...] bajo la inmediata protección de las leyes”.
Capítulo XIV, artículo 5: “no podrá [el Congreso] conceder títulos de nobleza”.
- 5 Capítulo II, Artículo 8: “La igualdad consiste en que la ley —bien sea preceptiva, penal o aflicitiva— es igual para todos y asiste igualmente al poderoso que al miserable, para la conservación de los derechos que cada uno disfruta”.
- 6 El Decreto del 12 de marzo de 1813 dio por extinguida la mita, las encomiendas, el yanaconazgo y el servicio personal de los indios a las iglesias, sus párrocos y ministros. En él se estableció que los indios debían ser tenidos por “hombres perfectamente libres y en igualdad de derechos a todos los demás ciudadanos que pueblan [las provincias unidas] debiendo imprimirse y publicarse este soberano decreto en todos los pueblos de las mencionadas provincias, traduciéndose fielmente en los idiomas guaraní, quechua y aymará, para la común inteligencia”. Véase Zarini, Helio, *Constitución de la Nación Argentina. Aportes para el estudio de derecho e historia constitucionales*, 2da edición ampliada, Buenos Aires, Astrea, 1982, p. 36, citado por Jonathan Miller en *Constitución y derechos humanos*, Tomo 2, Astrea, Buenos Aires, p. 1525.
- 7 Artículo 16 de la Constitución Nacional: “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas”.

déspotas. Moreno entendía la igualdad como principio opuesto a la opresión y a la imposición de cadenas visibles o invisibles. La intuición fuerte del revolucionario de Mayo, no reflejaba la tantas veces aludida tensión entre libertad e igualdad. La igualdad de la que nos hablaba Moreno no se contradecía con la idea de libertad sino que se encontraba estrechamente vinculada a ella. La igualdad entendida como inexistencia de opresión, sometimiento o, usando un lenguaje más moderno, exclusión, alude al imperativo moral de una igual libertad como precondition de la autonomía de las personas.

En 1958, Isaiah Berlin, uno de los pensadores liberales más importantes del siglo XX, distinguido internacionalmente por haber dedicado su vida a la defensa de los derechos civiles, ofreció una Conferencia Inaugural en la Universidad de Oxford, donde fue profesor hasta su muerte en 1997. En ella, sin saberlo, claro, coincidió con aquella visión de la igualdad que Moreno presentó en su proyecto de decreto un siglo y medio antes. Allí, Berlin propone su teoría acerca de la existencia de una libertad positiva que, lejos de limitarse a la idea de libertad entendida como no-injerencia estatal en las decisiones de las personas (libertad negativa), se funda en la necesidad de que éstas participen en igualdad de condiciones de la empresa colectiva del autogobierno:

A mí me parece que lo que preocupa a la conciencia de los liberales occidentales no es que crean que la libertad que buscan los hombres sea diferente en función de las condiciones sociales y económicas que éstos tengan, sino que la minoría que la tiene la haya conseguido *explotando* a la gran mayoría que no la tiene o, por lo menos, desprecupándose de ella. Crean, con razón, que si la libertad individual es un último fin del ser humano, nadie puede privar a nadie de ella, y mucho menos aún deben disfrutarla a expensas de otros. Igualdad y libertad, no tratar a los demás como yo no quisiera que ellos me trataran a mí, resarcimiento de mi deuda a los únicos que han hecho posible mi libertad, mi prosperidad y mi cultura; justicia en su sentido más simple y más universal: estos son los fundamentos de la moral liberal⁸.

8 Berlin, Isaiah, "Dos conceptos de libertad", en su libro *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Alianza Universidad, Madrid, 1993, p.195. El énfasis es mío.

De un modo que nos deja perplejos, Berlin se acerca sorprendentemente a Moreno, incluso en el ejemplo: “‘El Triunfo del despotismo es forzar a los esclavos a declararse libres’. Puede que no sea necesaria la fuerza, puede que los esclavos proclamen su libertad sinceramente; pero por eso no son menos esclavos. Quizá para los liberales el valor principal de los derechos políticos —‘positivos’—, de participar en el gobierno, es el de ser medios para proteger lo que ellos consideraron que era un valor último: la libertad individual ‘negativa’”⁹.

Berlin, confrontando con la idea de libertad individual defendida por John Stuart Mill¹⁰, sostiene que la libertad de las personas incorpora el dato de la pertenencia a un colectivo libre de autodeterminarse, en eso consiste el régimen democrático de gobierno. De todos modos, y para ser justo con Mill, esta visión individualista de la libertad (y de la igualdad) no encuentra correlato en el reconocimiento de la dimensión “social” de la libertad de expresión que se pone de manifiesto cuando Mill reconoce que, en verdad, ese derecho podría ser mejor descripto como el derecho a la “libertad de discusión”¹¹.

A 193 años de aquella aspiración igualitaria de la revolución de mayo y a 150 años de la sanción de nuestra Constitución originaria depositaria final de ella, Argentina enfrenta la peor situación de su historia en cuanto a la posibilidad de que millones de nuestros compatriotas puedan ejercitar la mayoría de sus derechos más elementales y, entre ellos, los instrumentalmente vitales derechos políticos que son consecuencia directa de la posibilidad de acceder a una mínima educación, alimentación o atención sanitaria. Para la gran mayoría de ellos, parafraseando a Moreno y a Berlin, la libertad sólo “consiste en palabras”.

En este punto, es preciso hacer una aclaración sobre las limitadas aspiraciones de este ensayo a fin de intentar evitar ser malinterpretado. Si bien no creo correcto definir el alcance de un trabajo “por la negativa”, ciertas características alcanzadas por el debate sobre pobreza y desigualdad en nuestro país me obligan a hacerlo. En este trabajo no me referiré a la distinción entre la igualdad formal y la igualdad de hecho. No es mi intención llamar la aten-

9 *Ibidem*, p. 236.

10 Stuart Mill, John, *Sobre la libertad*, Alianza Editorial, Madrid, 1993, Capítulo 1.

11 Fiss, Owen, “A Freedom Both individual and Political”, en Bromwich, David and Geroqe Kateb (eds.), *John Stuart Mill. On Liberty*, Yale University Press, New Haven, 2003, p. 179.

ción sobre un tema tan discutido. En estas líneas sólo intentaré proponer un nuevo marco para discutir la “igualdad ante la ley” que establece la Constitución Nacional. Un encuadre de la discusión que nos permita distinguir entre dos visiones de la igualdad. Una, más cercana a la del pensamiento liberal clásico, de cariz *individualista* y que ha dominado la (a mi modesto entender, poca) discusión sobre el principio de igualdad en Argentina. La otra idea de igualdad, y sobre la cual intentaré atraer la atención de la lectora, se relaciona con una visión de aquélla a la que llamaré estructural. De acuerdo con esta perspectiva, resulta relevante la incorporación de datos históricos y sociales que dé cuenta del fenómeno de sometimiento y exclusión sistemática a la que se encuentran sometidos amplios sectores de la sociedad. Esta segunda concepción del principio de igualdad ante la ley, relativamente ausente de la discusión constitucional local —salvo contadas excepciones que emergen en forma aislada en escasas sentencias judiciales y en trabajos de doctrina a los que me referiré—, se apoya en la idea de que el derecho no puede ser completamente “ciego” a las relaciones existentes en un determinado momento histórico entre diferentes grupos de personas. Esta perspectiva recepta la preocupación de Moreno acerca de la posibilidad de que los “déspotas” *sometan* a los “esclavos” (siendo éstas categorías generales que expresan una relación de sometimiento de un grupo por otro) o, siguiendo a Berlin, que la libertad de algunos se logre gracias a la explotación de otros. Afortunadamente, hoy ya no contamos en nuestro país con esclavos y déspotas claramente identificables cuya relación de sometimiento se manifieste de forma explícita. Sin embargo, sí existen en nuestra sociedad grupos que carecen de acceso a ciertos empleos, funciones, actividades, espacios físicos o a la empresa colectiva del autogobierno. Partiré del presupuesto de que estos grupos no se excluyen de esas actividades o prácticas en forma voluntaria y completamente autónoma. En Argentina, no hay prácticamente¹² normas que excluyan a las mujeres, los discapacitados, los indígenas, u otros “grupos vulnerables” (como podrían serlo los pobres estructurales, aunque esto merecería mayor discusión) del ejercicio de los derechos a ser elegidos para car-

12 Digo “prácticamente” porque en nuestro país afirmar esto de un modo más contundente podría ser un tanto arriesgado, pues uno nunca puede estar positivamente seguro de que no existan normas específicas que establezcan la exclusión de alguno de estos grupos de ciertas actividades. De todos modos, este ensayo apunta a demostrar que esas normas, de existir, serían inconstitucionales.

gos públicos, de trabajar en la administración pública, del derecho a la educación, a la salud o a la alimentación. Sin embargo, *de hecho*, esos derechos son para ellos “sólo palabras”. Y ello, no como consecuencia de la “desigualdad de hecho”, sino como resultado de una situación de exclusión social o de “sometimiento” de estos grupos por otros que, en forma sistemática y debido a complejas prácticas sociales, prejuicios y sistemas de creencias, desplazan a mujeres, discapacitados, indígenas u otros grupos de personas de ámbitos en los que ellos se desarrollan o controlan.

Este ensayo de carácter exploratorio aspira a sugerir una interpretación un tanto diferente del principio de igualdad ante la ley del artículo 16 de nuestra Constitución de aquél que la visión “individualista” le ha dado. Como alternativa propondré una visión “estructural” de la igualdad que, en lugar de tomar como elemento único de juicio la relación de funcionalidad entre la categoría escogida para hacer diferencias y la actividad regulada, considera relevante la situación de la persona individualmente considerada pero como integrante de un grupo sistemáticamente excluido. Además, intentaré demostrar que, a la luz de las modificaciones introducidas en 1994, y en particular en su nuevo artículo 75, inciso 23¹³, la visión “estructural” de la igualdad ha sido expresamente incorporada a la Constitución confirmando la intuición de Moreno presente, aunque muchas veces olvidada, en nuestro artículo 16. Esta “relectura” de nuestra Constitución a 150 años de su sanción originaria puede constituirse en una posible respuesta a situaciones individuales y colectivas puestas en mayor evidencia como consecuencia de la crisis social que enfrenta nuestro país en el presente. Esta visión de la igualdad es consistente con una tradición constitucional liberal igualitaria que se inicia en 1810, se refleja en la Carta Magna de 1853 y se perfecciona en la reforma constitucional de 1994.

13 Artículo 75, Inciso 23 de la Constitución Nacional: “[Corresponde al Congreso] Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la *igualdad real* de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”. El énfasis es mío.

I. El trato igual y el principio de no discriminación

Empecemos por lo básico. El artículo 16 de nuestra Constitución Nacional establece que “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas”. Este artículo se complementa con lo establecido por el Preámbulo cuando asegura los beneficios de la libertad “para nosotros, para nuestra posteridad y *para todos los hombres del mundo* que quieran habitar el suelo argentino”. Ambas expresiones normativas dan cuenta de un principio de igual libertad para todos los habitantes de la Nación, el cual reaparece en el artículo 14 cuando establece que “*Todos los habitantes de la Nación* gozan de los siguientes derechos (...)” y en el artículo 20, al reconocer a nacionales y extranjeros los mismos derechos civiles¹⁴.

Si bien es posible identificar la propuesta constitucional de 1853 con el ideal de igualdad ante la ley expresado en el artículo 16, sin embargo, establecer con claridad el significado de este ideal normativo no es tarea sencilla. Empecemos por descartar posibles versiones de su significado sobre las que parece haber cierto consenso acerca de no ser ellas adecuadas. Es claro que el principio de igualdad ante la ley *no* implica un derecho de los habitantes de nuestro país a que el estado¹⁵ no realice *ningún* tipo de distinción en cuanto a la aplicación de la ley. Las leyes que regulan el ejercicio de los derechos, según lo establece el artículo 14 de la Constitución Nacional con los límites que al Congreso le impone el artículo 28¹⁶, *siempre* establecen “tratos diferentes” de las personas. La cuestión no radica en dilucidar si el estado puede o no puede realizar distinciones entre las personas por medio de las leyes que sanciona el Congreso y que reglamenta el Poder Ejecutivo. El interrogante, en verdad, apunta a establecer si existe posibilidad alguna de identificar cuáles

14 El énfasis es mío en ambas referencias al articulado de la Constitución Nacional.

15 En este artículo me referiré exclusivamente al modo en que el artículo 16 y sus concordantes limitan la acción del estado. No me referiré a las decisiones tomadas por particulares que podrían resultar contrarias a la igualdad ante la ley, aunque las posiciones aquí defendidas son extensibles a esos casos con algunas prevenciones que no se analizarán en este ensayo.

16 Artículo 28 de la Constitución Nacional: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”.

son los criterios que permiten diferenciar las “distinciones” permitidas por nuestra Constitución Nacional de las que no lo son. Veamos un ejemplo: el estado puede establecer un criterio regulatorio del derecho a estudiar según el cual sólo podrán ingresar a las universidades públicas aquellas personas que hubieren completado sus estudios secundarios. Dificilmente, si hacemos caso aunque más no sea, por ahora, a nuestras intuiciones, podamos sostener que este tipo de distinciones resultarían ser contrarias al ideal de igualdad del artículo 16. Como dije más arriba, no encontrándose prohibida la facultad de hacer distinciones, ésta parecería ser, en principio una distinción que no despierta en nosotros ninguna sensación de rechazo. Sin embargo, ello no parece suceder si el Congreso de la Nación estableciera una regulación del derecho a la educación que distinguiera entre varones y mujeres de modo que reconociera sólo a los primeros el derecho a ingresar a la universidad y prohibiera a las segundas la posibilidad de hacerlo. Muchos de nosotros — espero no pecar de ingenuo—, reaccionaríamos intuitivamente contra este trato diferente como contrario a lo que el artículo 16 permite. Esta intuición sobre la irrelevancia del sexo para realizar distinciones válidas no resulta ser tan excepcional dado que algunas decisiones judiciales de nuestros tribunales y de los de los Estados Unidos, nos acompañan. El juez White, en su clásica decisión en el caso *Cleburne v. Cleburne Living Center, Inc.*¹⁷ sostuvo que:

Las clasificaciones legales realizadas sobre la base del género requieren un estándar más alto de revisión. *Ese factor generalmente no provee ningún fundamento relevante para un trato diferenciado.* ‘Lo que diferencia al sexo de otros criterios no-sospechosos, tales como la inteligencia o la discapacidad física... es que *el sexo frecuentemente no guarda ninguna relación con la habilidad para desempeñarse o contribuir con la sociedad*’. En lugar de basarse en consideraciones de alguna significancia, las leyes que distribuyen beneficios o cargas entre los sexos de modo diferente muy probablemente *reflejan nociones anacrónicas acerca de las capacidades relativas de hombres y mujeres*. Una clasificación basada en el género no se sostiene a menos que ella se encuentre sustancialmente relacionada con un interés suficientemente importante del gobierno¹⁸.

17 473 U.S. 432 (1985).

18 *Ibidem*. La traducción y el énfasis son míos.

Como dije más arriba, la igualdad de trato ante la ley establecida en el artículo 16 de la Constitución Nacional no requiere del estado tratar a todas las personas *del mismo modo*. “Tratar igual” no significa “tratar a todos los individuos como si fueran los mismo”, estableciendo una distinción, que cuesta traducir fielmente al español, entre *equality* y *sameness*¹⁹ que sería equivalente a algo así como “trato igual” versus “trato idéntico”. El estado está constitucionalmente facultado a tratar a las personas de modo diferente, siempre que ese trato diferente se funde un criterio justificado. Por supuesto, lo que entendamos por “justificado” hace al centro de la discusión sobre esta cuestión y al tema que me preocupa en este ensayo.

De este modo, nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha interpretado en numerosas oportunidades desde 1875 que la igualdad de trato ante la ley implica la obligación del Estado de tratar igual a aquellas personas que se encuentren en igualdad de circunstancias²⁰. Así, en el caso *Caille*²¹ (1928) ha sostenido que “la igualdad ante la ley establecida por el artículo 16 de la Constitución (...) no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que en iguales circunstancias se concede a otros; de donde se sigue que la verdadera igualdad consiste en aplicar la ley en los casos ocurrentes, según las diferencias constitutivas de ellos y que cualquier otra inteligencia o excepción de este derecho es contraria a su propia naturaleza y al interés social”. En un sentido similar, en el caso *García Monteavaro c/ Amoroso y Pagano*²² (1957), la Corte sostuvo que “la garantía del artículo 16 de la Constitución Nacional no impone una rígida igualdad, pues entrega a la discreción y sabiduría del Poder Legislativo una amplia latitud para ordenar y agrupar, distinguiendo y clasificando objetos de la legislación, siempre que las distinciones o clasificaciones se basen en diferencias razonables y no en propósitos de hostilidad contra determinadas clases o personas”.

En la misma dirección se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, por ejemplo, en el caso *F.S. Royster Guano Co. v. Vir-*

19 Appia, K. Anthony, “Stereotypes and the Shaping of Identity”, en Post, Robert C. *et al.*, *Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law*, Duke University Press, Durham, 2003, p. 56. La traducción es mía.

20 Fallos, 16:118.

21 Fallos, 153:67.

22 Fallos, 238:60.

*ginia*²³ (1920), cuando sostuvo que “la clasificación debe ser razonable (*reasonable*), no arbitraria, y debe fundarse la diferencia de trato en una relación justa y sustancial entre ella y el objeto buscado por la legislación, de modo que todas las personas ubicadas en circunstancias similares deben ser tratadas del mismo modo”²⁴. También, en el mismo sentido, esta Corte ha dicho en *Reed v. Reed*²⁵ (1971), que “Cualquier clasificación debe ser razonable (*reasonable*), no arbitraria, y debe descansar sobre algún tipo de base de diferenciación que tenga vinculación, sustancial y justa, con el propósito de la legislación, de manera tal que todas las personas en similares circunstancias sean tratadas de igual forma”. Es preciso destacar que la Corte Suprema de los Estados Unidos distingue aquí entre la razonabilidad (*reasonableness*) de la relación entre la clasificación realizada y el fin buscado (*classifications-ends relationships*), de la “racionalidad” (*rationality requirement*) como principio más amplio y general que se refiere a la relación entre medios y fines y que se vincula con el debido proceso. Si bien ambos principios, el más abarcativo de racionalidad (*rationality*) y el más específico de razonabilidad (*reasonableness*), se encuentran relacionados, no son exactamente lo mismo. Mientras el primero se refiere a *la proporcionalidad de medios a fines*, el segundo indica la necesidad de *no establecer clasificaciones arbitrarias*. Es este último principio el que ambas Cortes utilizarán para poder establecer un criterio que les permita distinguir los tratos diferentes constitucionalmente permitidos de los prohibidos²⁶.

Si bien el principio de “igualdad de trato en igualdad de circunstancias” parecería proveer de un estándar interpretativo del derecho constitucional a la igualdad de trato ante la ley, lamento señalar que la cuestión no encuentra solución definitiva y completa en él. Este estándar interpretativo sólo ayuda a acercarnos un poco a una respuesta satisfactoria respecto del significado del artículo 16, pero aún resulta relativamente “vacío”. Lo único que parece dejar en claro este criterio de interpretación de la norma es que es posible

23 253 U.S. 412.

24 La traducción es mía.

25 404 U.S. 71. Una versión traducida de este fallo se puede encontrar en Miller, Jonathan, María Angélica Gelly y Susana Cayuso, *Constitución y derechos humanos*, Tomo 2, Astrea, Buenos Aires, 1991, p. 1524.

26 Gunther, Gerald, *Individual Rights in Constitutional Law*, Fifth Edition, The Foundation Press, New York, 1992, pp. 279-283.

tratar de modo diferente a las personas siempre y cuando se lo haga en forma homogénea, uniforme y no arbitraria, pero este “principio guía” sigue sin decirnos nada respecto de lo que califica a esa distinción homogéneamente aplicada como una distinción permitida por el artículo 16. Volvamos a nuestro ejemplo hipotético sobre el ingreso a la universidad pública. En él dijimos que la regla que establece que sólo podrán estudiar en la universidad aquellas personas que hubieren completado los estudios secundarios constituiría una distinción válida a la luz del principio de igualdad de trato ante la ley. Ahora imaginemos que se presenta una persona que no completó sus estudios secundarios y que reclama su derecho a ingresar a la universidad requiriendo, para ello, se declare inconstitucional la regulación mencionada. El fundamento de su reclamo se encuentra en lo que ella dirá es su derecho a ser tratada igual que aquellos que sí completaron sus estudios secundarios (entendiendo “trato igual” como “tratar a todas las personas del mismo modo”). Frente a este reclamo, la Corte, ahora armada con su criterio interpretativo, rechazará el reclamo de la quejosa sosteniendo algo así como lo siguiente:

“Igualdad ante la ley” significa “igualdad de trato en igualdad de circunstancias”. En este caso, la “circunstancia” escogida por el Congreso como “relevante” para hacer una distinción fue la de “haber terminado los estudios secundarios”. En este sentido, todas las personas que se encuentren encuadradas en esa “circunstancia” podrán ejercer su derecho a la educación universitaria, mientras que aquellas que no lo estén no podrán hacerlo. Esta distinción no viola, entonces, la igualdad ante la ley. Lo haría, claro está, si se le negara el derecho a estudiar en la universidad a alguien que se encontrara encuadrado en esa “circunstancia”, es decir, si no se le permitiera el ingreso a la universidad a una persona que hubiera completado satisfactoriamente sus estudios secundarios.

El razonamiento parece impecable. Sin embargo, no lo es. La respuesta hipotética del tribunal no se encuentra dirigida a responder la pregunta que se le plantea. La cuestión central del caso no se refiere a la aplicación “homogénea” o “general” de la norma regulatoria del derecho, sino a la validez constitucional del criterio escogido para hacer la distinción. El razonamiento

“parece” correcto porque el criterio escogido para hacer la distinción es demasiado claramente, a primera vista, relevante para el fin que busca la regulación. Tratemos de aclarar este punto con el siguiente caso hipotético que expone más desnudamente el problema al que me refiero. Imaginemos que la regulación estableciera que, además de tener completos los estudios secundarios, también se impondrá como requisito de ingreso “ser varón”. De acuerdo con la regla de este nuevo ejemplo, el estudio en la universidad pública le estará vedado a las mujeres, incluso cuando hubieran completado sus estudios secundarios satisfactoriamente. Frente a esta regulación, se presenta una mujer que reclama la declaración de inconstitucionalidad de la norma que establece la distinción, por violar el principio de igualdad de trato ante la ley. El Estado, ateniéndose a la estrecha interpretación del principio de “igualdad de trato en igualdad de circunstancias” sostenida hipotéticamente en el ejemplo anterior, podría argumentar que él no ha hecho nada contrario al mandato constitucional entendido de ese modo. En ese sentido, podría argumentar que “todos los que se encuentren bajo esa circunstancia (“ser varón”) gozarán de un trato igualitario, mientras que aquellas que no lo estén, también serán tratadas en forma igualitaria, es decir, no ingresarán a la universidad”. Una vez más, y siguiendo un razonamiento similar al sugerido por el Juez White en el caso *Cleburne*, esta solución no resulta convincente desde que “ese factor [ser mujer] generalmente no provee ningún fundamento relevante para un trato diferenciado”²⁷. El estándar “igualdad ante la ley como igualdad de trato en igualdad de circunstancias” requiere ser completado, si intentamos que sea capaz de responder adecuadamente a situaciones como la del último ejemplo. Es necesario algo más, y ello es una *calificación* de la circunstancia seleccionada como relevante para realizar la distinción que el Estado desea llevar a cabo al regular el ejercicio de un derecho. De este modo, y con la aspiración de perfeccionar el principio de “igualdad de trato en igualdad de circunstancias”, debemos agregar un segundo estándar que prescriba que esas circunstancias *deben* ser razonables, entendiendo por “razonables”, por ejemplo, que ellas guarden una relación de “funcionalidad” o “instrumentalidad” entre el fin buscado por la norma y el criterio o categoría escogido para justificar el trato diferente. Esto es algo similar a lo que la Corte Suprema de los Estados Unidos

27 473 U.S. 432 (1985).

hace en *Reed v. Reed* cuando sostiene que “cualquier clasificación debe ser razonable, no arbitraria, y debe descansar sobre algún tipo de base de diferenciación que tenga vinculación, sustancial y justa, con el propósito de la legislación, de manera tal que todas las personas en similares circunstancias sean tratadas de igual forma”. Esta idea de “razonabilidad funcional” se asemeja al concepto rawlsiano de razonabilidad “apropiado” para su “posición original”. En este sentido, John Rawls sugiere interpretar esa razonabilidad funcional, en su versión más limitada y estrecha posible, característica de la teoría económica, es decir, “adoptar los medios más efectivos para alcanzar determinados fines”²⁸. En un sentido similar se manifiesta Robert Post cuando, analizando la aplicación del principio de igualdad ante la ley aplicado al caso particular de los contratos de empleo, sostiene que lo que debe justificar los “tratos diferenciados” es la posibilidad, por parte del empleador de argüir una “razón instrumental”. Desde esta perspectiva —dice Post— los empleados pueden ser percibidos meramente como medios para el logro de los propósitos gerenciales del negocio del empleador”²⁹.

Esta versión reformulada del significado de “igualdad de trato ante la ley” requiere de un doble juicio. Por un lado, es preciso establecer cuál es el fin que persigue la norma (en nuestro ejemplo, podría ser, según sostendrían algunos, el de admitir en la universidad personas que hayan recibido el entrenamiento básico necesario para poder pasar a un estadio educativo superior sin el cual este último no sería posible) y, por el otro, es necesario poder encontrar una relación de “funcionalidad” o “instrumentalidad” entre el criterio escogido (haber completado los estudios secundarios) y el fin buscado (identificar por medio de ese “criterio indicativo” a aquellas personas que podrán efectivamente realizar estudios universitarios). El criterio “haber completado los estudios secundarios” supera este test, mientras que los criterios “ser varón” o “no ser mujer” no lo superan, por ejemplo, por las razones que

28 Ver Rawls, John, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1971. Precisamente, Rawls sostiene que “Moreover, the concept of rationality must be interpreted as far as possible in the narrow sense, standard in economic theory, of taking the most effective means to given ends”, p. 14. La traducción al español de este párrafo que se incluye en el texto principal es mía.

29 Post, Robert C., “Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law”, en Post, Robert C. et al., *Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law*, Duke University Press, Durham, 2003, p. 18. La traducción es mía.

dio White en el caso *Cleburne*. Siguiendo el argumento de White, no hay modo de poder afirmar que “ser mujer” opera como “criterio indicativo” de “no tener la formación básica necesaria para poder iniciar estudios de nivel superior”³⁰.

Este tipo de razonamiento fue tomado por nuestra Corte Suprema que, siguiendo a la Corte de los Estados Unidos, ha avanzado incluso un poco más. El máximo tribunal de nuestro país no sólo reconoció que criterios como “ser mujer” no son adecuados para establecer una relación “funcional” con el fin de la regulación (suponemos, “tener la formación adecuada para ingresar a etapas formativas superiores”), sino que ese criterio se percibe *a priori* como irrelevante para *cualquier* relación de funcionalidad o instrumentalidad que podamos imaginar, entendiendo que, en principio, el criterio “ser mujer” o “ser varón” *nunca* superarán el test de razonabilidad en el sentido estrecho que Rawls le asignaría, a menos que el Estado demuestre un “interés estatal urgente o insoslayable”. Digo que ha avanzado un poco más porque ambas Cortes no se detienen al momento de sostener la prescripción de que la categoría en que se funda el trato diferente debe guardar una relación de funcionalidad o de instrumentalidad, sino que establecen *a priori* ciertas categorías que (casi) *nunca* podrán ser consideradas razonables. En este sentido, afirman que sólo sería razonables si se fundaran en prejuicios anacrónicos sobre los roles que le corresponden a mujeres y varones en nuestra sociedad. Reitero la cita de White: “En lugar de basarse en consideraciones de alguna significancia, las leyes que distribuyen beneficios o cargas entre los sexos de modo diferente muy probablemente *reflejan nociones anacrónicas acerca de las capacidades relativas de hombres y mujeres*. Una clasificación basada en el género no se sostiene a menos que ella se encuentre sustancial-

30 Esto es así, a menos que se logre demostrar que por razones genéticas o biológicas, las mujeres no se encuentran “naturalmente equipadas” para realizar este tipo de estudios, lo cual resulta inadmisibles. Sin embargo, no olvidemos que han habido intentos semejantes impulsados por autores racistas tales como el que surge del libro *The Bell Curve: Intelligence and Class Structure in American Life*, de Herrnstein, Richard J. and Charles Murray (Oxford University Press, New York, 1994). Para una crítica a estas posiciones asociadas con el determinismo genético, véase Patterson, Orlando, *The Ordeal of Integration*, Civitas Counterpoint, Washington D.C., 1998, especialmente el Capítulo 4: “For Whom the Bell Curves: The Intellectual and Cultural Contradictions of Genetic Determinism”, pp. 125-145.

mente relacionada con un interés suficientemente importante del gobierno”³¹.

En los casos *Repetto*, *Inés María c/ Provincia de Buenos Aires s/ inconstitucionalidad de normas legales*³² y *González de Delgado, Cristina y otros c/ Universidad Nacional de Córdoba*³³, a partir de los votos de los Jueces Enrique Petracchi y Jorge Bacqué, la Corte no sólo ha adherido a esta idea de “categorías no razonables por no funcionales” sino que ha empezado a identificar algunas categorías que, en principio, *nunca* parecen ser razonables o son irrazonables *a priori*. Ellas son similares a lo que la doctrina, la legislación y la jurisprudencia de los Estados Unidos han denominado “categorías sospechosas”³⁴. El derivado de esta identificación y calificación de ciertas categorías, lleva a los magistrados a establecer una presunción de inconstitucionalidad de la regulación sólo superable si el Estado lograra demostrar lo que dieron en denominar “un interés estatal urgente o insoslayable”. Así, en el caso *Repetto*, estos jueces sostuvieron que “(...) ante los categóricos términos del art. 20 —Constitución Nacional— que toda distinción efectuada entre nacionales y extranjeros, en lo que respecta al goce de los derechos reconocidos en la Ley Fundamental, se halla afectada por una presunción de inconstitucionalidad. Por tal razón, aquel que sostenga la legitimidad de la citada distinción debe acreditar la existencia de un ‘interés estatal urgente’ para justificar aquélla, y no es suficiente, a tal efecto, que la medida adoptada sea ‘razonable’”³⁵. En un sentido similar, en el caso *González de Delgado, Cristina y otros c/ Universidad Nacional de Córdoba*, Petracchi sostiene que:

El tribunal [de los Estados Unidos] sostuvo que quienes intenten defender una acción gubernamental que impone categorías, clasificaciones o exclusiones basadas en el sexo, deben demostrar una “justificación (de dicha ac-

31 473 U.S. 432 (1985). La traducción y el énfasis son míos.

32 Fallos 311:2272. También, en forma similar, *Calvo y Pesini c. Provincia de Córdoba*, Fallos 321:194.

33 CSJN, G.653-XXXIII, 20 de septiembre de 2000.

34 Sobre la doctrina de las “categorías sospechosas”, véase Rey Martínez, Fernando, “Igualdad, Diferencia, Discriminación”, en *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Edit. McGraw-Hill, Madrid, 1995, pp. 39-61. También Ferreres Comellas, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 242-268.

35 Caso *Repetto*, Considerandos sexto y séptimo.

ción) sumamente persuasiva”. Los actos gubernamentales (federales o estatales) no son compatibles con la “Equal Protection Clause” cuando una ley o una política oficial niega a la mujer, simplemente porque es mujer, un rango de plena ciudadanía, es decir la oportunidad —igual a la del hombre— para participar y contribuir al desarrollo social de acuerdo a sus talentos y a sus capacidades. Quien defienda una clasificación o exclusión basada en el género sexual deberá probar que aquélla sirve a un importante objetivo gubernamental y que los medios discriminatorios empleados están relacionados sustancialmente con el logro de aquellos objetivos. La justificación ha de ser “genuina” y no ha de basarse en indebidas generalizaciones sobre los diferentes talentos, capacidades o preferencias de hombres y mujeres. Las diferencias inherentes a hombres y mujeres siguen siendo causa de beneplácito —afirma la Corte—, *pero no para denigrar a los miembros de alguno de estos sexos*, o para establecer restricciones artificiales a las oportunidades de una persona.

El exigente estándar de revisión que se aplica a las clasificaciones basadas en el sexo no convierte a aquéllas en una categoría totalmente proscripta; pero, sí significa que *las categorías fundadas en el sexo no deben usarse para crear o perpetuar la inferioridad legal, social y económica de la mujer*. En todo caso, las clasificaciones fundadas en el sexo pueden ser utilizadas para compensar a las mujeres por las inhabilidades que ellas han sufrido a través de la historia.

En el fallo norteamericano se propone un estándar de escrutinio que, si no llega a ser tan estricto como el empleado para las clasificaciones basadas en la raza o la nacionalidad, es sumamente exigente (es revelador que el único juez que hizo disidencia lo encuentre indistinguible del “escrutinio estricto” aplicado para estas dos últimas clasificaciones: 518 U.S. 515, 596)³⁶.

En ambos casos, la Corte estableció que las circunstancias —o categorías— “ser extranjero” y “ser mujer”, en principio, nunca constituyen categorías razonables de modo que superen el test que entiende se desprende del artículo 16 para establecer cuáles distinciones pueden ser realizadas por el Estado sin violar el principio de igualdad ante la ley. En el primer caso, “ser

36 Caso *González de Delgado, Cristina y otros c/ Universidad Nacional de Córdoba*. El énfasis agregado es mío.

nacional” no es un buen *criterio indicador* para deducir de él que una persona será una buena maestra, y, en el segundo, “ser varón” no es la característica de la persona que asegura que ella será un buen estudiante de colegio secundario³⁷.

En síntesis, el principio de igualdad ante la ley, según esta interpretación que le ha dado la Corte Suprema de Justicia de nuestro país, refleja lo que alguna doctrina ha denominado el “principio de no discriminación”³⁸, según el cual la igualdad de trato ante la ley se encontrará violada siempre que no sea posible superar el test de razonabilidad, test que algunas categorías (las “sospechosas”), se presume, *a priori* no pueden superar.

Esta visión individualista de la igualdad ante la ley que establece la posibilidad de hacer distinciones basadas en criterios razonables —entendiendo por “razonables” aquellos que logren establecer una relación de funcionalidad con el fin buscado por la regulación del derecho—, tiene por objeto impedir que las decisiones estatales (y, quizás, también algunas decisiones de particulares) se realicen sobre la base de prejuicios y visiones estigmatizantes de grupos de personas. El objeto de un artículo como el 16 de nuestra Constitución Nacional, entendido desde esta perspectiva, aspira a que las personas sean tratadas de modo que sólo sea relevante su capacidad para cumplir con el objeto que busca la regulación en cuestión. El Estado (y, quizás, también los particulares) debe ser ciego a las características de nacimiento, físicas, o de otro tipo que no resulten de relevancia para los fines de la actividad que esa persona aspira a realizar (por ejemplo, un empleo). El objetivo es noble y sencillo de entender. De todos modos, veamos un ejemplo por demás gráfico para terminar de entender esta visión de lo que igualdad ante la ley significa. En los Estados Unidos, en la década del setenta, con el fin de evitar una extendida práctica discriminatoria en la conformación de las orquestas, las audiciones en las que se probaban a los candidatos para formar parte de ellas se realizaban con paneles opacos que separaban al candidato de los

37 Para un análisis de la doctrina de las “categorías sospechosas” en nuestra Corte Suprema, véase Gullco, Hernán, “El uso de las categorías sospechosas en el derecho argentino”, en AA.VV., *El derecho como objeto e instrumento de transformación*, SELA 2002, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, pp. 287-302.

38 Fiss, Owen, *Una comunidad de iguales*, Miño y Avila, Buenos Aires, 2002. Traducido del inglés por Raúl M. Mejía del original *A Community of Equals. The Constitutional Protection of New Americans*, Beacon Press, Boston, 1999, pp. 3-29.

miembros del jurado examinador. Incluso, en algunos casos, se tendían alfombras en el piso para que no se pudiera deducir el sexo de la persona sometida a prueba por el sonido de sus pasos. De este modo, el sexo, la raza, la religión, el color de piel, el origen nacional o la apariencia externa de la persona se encontraba completamente detrás del “velo de ignorancia” —casi sin metáforas— del comité examinador, de modo que la decisión de contratar a una de esas personas estuviera basada solamente en la calidad del sonido emitido. Según Post, “el músico se convertía en un instrumento perfectamente descorporizado (*disembodied*)”³⁹. El objeto de las normas protectorias de la igualdad, y en particular, la interpretación individualista del artículo 16, intentan construir desde el derecho el mismo tipo de panel opaco virtual entre el sujeto que hace la distinción justificada, ya sea el estado o un particular, y el sujeto cuyo trato igual se aspira a proteger. De este modo, se busca evitar el prejuicio y la selección de personas sobre la base de criterios ajenos a los estrictamente funcionales. ¿Qué tiene esto de malo? ¿Qué puede ser incorrecto acerca de esta visión de la igualdad? Veremos en la sección siguiente que la “ignorancia” no siempre es neutral y que la ceguera respecto de los efectos de un derecho “ciego a las diferencias” puede tener como consecuencia un cierto tipo de trato desigual no justificado desde una visión diferente de la igualdad ante la ley. ¿Podemos pedir más?

II. El principio de no discriminación puesto a prueba: el caso de las acciones afirmativas

Hasta aquí, todo parece ser muy consistente y casi podemos tener la tentación de relajar nuestros esfuerzos frente a la sensación del deber cumplido. Los avances descritos en la sección anterior parecen indicar que hemos logrado identificar el carácter y ubicación de esa línea que el Estado (y, quizá, los particulares) no puede pasar cuando se dispone a realizar distinciones entre las personas dentro de los límites constitucionales. Hemos logrado construir un

39 El ejemplo es ofrecido por Robert Post en Post, Robert C. *et al.*, *Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law*, Duke University Press, Durham, 2003, pp. 18-19. La traducción es mía. Véase también “American Orchestras: All Ears”, *The Economist*, 30 de noviembre de 1996, p. 89.

estándar que interpreta la “igualdad ante la ley” de modo que destierra los prejuicios y los estigmas.

A modo de introducción del problema que intentaré describir en este apartado, puedo adelantar que el principio de no discriminación, sostenido por una visión individualista del principio de igualdad ante la ley, no nos provee de suficientes herramientas para decidir en una gran cantidad de casos en los que las diferencias *de hecho* entre las personas, y en particular las diferencias que surgen a partir de un trato sistemáticamente excluyente o de sometimiento, son relevantes para realizar tratos diferentes que no serían tolerados por esa visión individualista de la igualdad. Uno de los desafíos más complejo que en este sentido enfrenta la interpretación individualista de la igualdad ante la ley está dado por el establecimiento de acciones afirmativas o también denominadas “medidas de discriminación inversa”.

Las acciones afirmativas se corresponden con un “trato (estatal) diferente” fundado en la identificación de ciertos grupos a cuyos miembros, exclusivamente por su calidad de tales, se les reconocen prerrogativas o tratos especiales que no les son reconocidos a miembros de otros grupos. Por ejemplo, diremos que el estado lleva a cabo una política de acción afirmativa cuando establece, al regular el derecho a la educación universitaria, que, debido a que *de hecho* las mujeres no acceden a este tipo de educación superior, se les reconocerá prioridad en el ingreso a la universidad, a través, por ejemplo, de un sistema de cuotas que aparta un cierto número (mínimo y nunca máximo) de las vacantes disponibles por las cuales sólo competirán las personas que sean miembros del grupo al que el Estado ha decidido dar un trato preferencial por diferentes motivos que veremos más adelante. Estas cuotas, al apartar esas vacantes a las que sólo podrán acceder los miembros del grupo beneficiado por el sistema, restan posibilidades a candidatos, en este caso varones, que pudieren incluso demostrar *mayor* “idoneidad” o “mérito” para desempeñarse como estudiantes universitarios que las mujeres que accederán a las vacantes. En otras palabras, es posible que como consecuencia de este sistema de cuotas, una mujer “menos idónea” que un varón (es decir, con menos preparación o antecedentes) sea aceptada en la universidad al tiempo que aquél no lo será por haberse completado las vacantes destinadas a varones (y mujeres no beneficiadas por las cuotas) con otros candidatos mejores que él. En resumen, este postulante varón estaría peor calificado que el resto de

los varones admitidos, pero mejor que sus competidoras mujeres, una de las cuales tomó una posición que pudiera haber sido suya si se hubiera realizado una competencia “detrás del panel opaco”.

Veamos un ejemplo hipotético: supongamos que el ingreso a la universidad pública estuviera limitado a diez vacantes al año y que la selección se hará por medio de un examen que evalúe los conocimientos adquiridos en el colegio secundario. Asumamos también que, si bien es verdad que no existe ninguna norma que establezca un impedimento para que las mujeres ingresen a la universidad, se puede percibir estadísticamente que, *de hecho*, las mujeres no acceden a este nivel educativo. Esto puede darse por diferentes motivos, tales como la autoexclusión de las mujeres (como consecuencia de bajos niveles de autoestima derivados de un discurso degradante sostenido por décadas por los varones —y también por mujeres— de la sociedad) o por ciertas características estructurales derivadas de la distribución de roles en la familia (“la mujer se encarga de las cosas del hogar”). Esta “exclusión de hecho” de las mujeres del derecho a estudiar, le brindaría al Estado el justificativo para establecer que de las diez vacantes anuales, tres de ellas estarán sólo destinadas a ser cubiertas por mujeres, incluso en el caso en que las tres mujeres con mejores calificaciones no alcancen los niveles de las calificaciones de los tres varones peor calificados entre los diez mejor calificados. En esta situación, habrá varones con mejores calificaciones que las mujeres mejor calificadas y que, sin embargo, no ingresarán a la universidad por encontrarse ese cupo de tres ingresantes reservado a las mujeres. Claramente, los varones con buenas calificaciones —pero no tan buenas como las de los primeros siete calificados, claro—, apoyados en la doctrina de la igualdad de trato como no discriminación presentada en el párrafo anterior, sostendrán que su derecho a ser tratados igual ante la ley se encuentra violado por realizar el Estado una distinción fundada en un criterio irrazonable, en el sentido de que el criterio escogido, “el sexo”, no guarda relación funcional o instrumental con el fin buscado, asumiendo que el fin buscado es el de identificar para el ingreso a la universidad a los ‘mejores estudiantes’. Como ya vimos en la sección anterior, el sexo de los postulantes no opera aquí como “criterio indicativo” de la calidad académica necesaria para comenzar estudios superiores. He aquí el dilema. ¿Cómo es posible justificar el trato desigual fundado en el sexo (más precisamente, “ser mujer”) en el caso de las acciones afirmativas, al

tiempo que se sostiene que el criterio a utilizarse debe guardar relación de funcionalidad con el fin buscado por la regulación? Es en este punto en el que las acciones afirmativas, de considerarse justificadas⁴⁰, entran en conflicto con el principio de igualdad ante la ley entendido como “no discriminación”. Parece ser que, o bien las acciones afirmativas serían contrarias al principio de igualdad ante la ley; o bien el principio de igualdad ante la ley debería ser redefinido y reinterpretado de modo que sea compatible con medidas semejantes a las que se instrumentan a través de las acciones afirmativas. Este es el dilema que debió enfrentar la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Bakke*⁴¹ (1978) y, muy recientemente, en los dos casos *Universidad de Michigan*⁴² (2003). En ellos, frente a políticas de acción afirmativa llevadas adelante por las universidades respectivas para favorecer el ingreso de estudiantes afroamericanos, alumnos blancos que vieron impedido su ingreso a pesar de haber obtenido mejores calificaciones que sus competidores de raza negra, exigían la declaración de inconstitucionalidad de estas políticas por violar el derecho a ser tratados igual ante la ley entendiendo este derecho como un derecho a no ser discriminados por causas irrazonables, es decir, entendiendo el derecho de igualdad ante la ley como fundado en el principio de no discriminación. El argumento se construía, básicamente, sobre la idea de que la identificación de la raza como criterio relevante para hacer distinciones en función de la posibilidad de ejercer el derecho a realizar estudios en la universidad no superaba el test de razonabilidad entendido como funcionalidad o instrumentalidad. Para ser gráfico, “ser afroamericano” claramente no operaba como criterio indicativo de “ser mejor estudiante”. Esto era “claro”, pero sobre todo porque en ningún momento las medidas de acción afirmativa aspiran a establecer criterios que permitan establecer esta relación de funcionalidad o instrumentalidad. Todo lo contrario. Estos criterios se erigen con plena conciencia de la imposibilidad de que los beneficiarios de estas acciones afirmativas superen ese test. Ellos asumen la dificultad de

40 Sobre diferentes justificaciones de las acciones afirmativas, véase Rosenfeld, Michael, *Affirmative Action and Justice. A Philosophical and Constitutional Inquiry*, Yale University Press, New Haven, 1991, pp. 11-163.

41 438 U.S. 265.

42 *Barbara Grutter v. Lee Bollinger et al.* and *Jennifer Gratz and Patrick Hamacher v. Lee Bollinger et al.*, decididos por la Corte Suprema de los Estados Unidos el 23 de junio de 2003.

personas de ciertos grupos para lograr alcanzar los estándares académicos de sus competidores de otros grupos y, por esa misma razón, reciben un trato preferencial que antepone la pertenencia al grupo favorecido por la política, por sobre la calidad académica del postulante. En este sentido, Dworkin afirma, basado en un estudio empírico⁴³, que “si la Corte Suprema declarara inconstitucionales las acciones afirmativas (...) el ingreso de estudiantes negros a universidades de élite se vería drásticamente reducido, y los estudiantes negros serían muy excepcionalmente admitidos a las mejores facultades de derecho o de medicina”⁴⁴. Planteado en estos términos, la tensión entre las medidas de acción afirmativa y el principio de igualdad ante la ley como principio de no discriminación queda completamente al descubierto. ¿Cómo rescatar a las acciones afirmativas de su propia “confesión” de apoyarse sobre un criterio irrazonable en términos de funcionalidad o instrumentalidad, es decir, “discriminatorio”?

Ronald Dworkin sugirió un modo de superar este dilema en el caso particular del ingreso a las universidades sin modificar el principio de no discriminación a la vez que justificaba, fundado en él, la constitucionalidad de las acciones afirmativas. Su estrategia se articula sobre la base de una redefinición de los fines mismos de la regulación. En este sentido, dice Dworkin, el dilema surge a partir de una identificación errónea por parte de los recurrentes de los fines de la regulación que establece distinciones respecto de quiénes pueden acceder al ejercicio del derecho a la educación universitaria. No es cierto, sostiene, que el fin buscado sea el de identificar a aquellos estudiantes que sean capaces, gracias a su formación previa, de desempeñarse satisfactoriamente en los cursos universitarios. Los fines buscados por la regulación del ingreso son otros, asociados a los fines mismos de la universidad. En este sentido, Dworkin sostiene que:

A veces se dice que los aspirantes a ingresar a la universidad tienen el derecho de ser juzgados sólo sobre la base de estrechos criterios académicos, pero esto no puede sostenerse seriamente. Las vacantes en las universidades que tiene sistemas de selección de los aspirantes no constituyen insignias de mérito o

43 Bowen, William G. y Derek Bok, *The Shape of the River: Long Term Consequences of Considering Race in College and University Admissions*, Princeton University Press, 1998.

44 Dworkin, Ronald, *Sovereign Virtue*, Harvard University Press, Cambridge, 2000, p. 410.

premios a la posesión de talentos innatos o al desempeño logrado en el pasado o en cierta actividad: ellas son oportunidades que son ofrecidas a quienes demuestren una mayor probabilidad futura de contribuir con los fines que la universidad persigue. Estos fines pueden ser, e históricamente han sido [en los Estados Unidos], sociales, además de ser también, en un sentido más estrecho, académicos. Las Universidades dicen que entrenan a los futuros líderes de la nación y del mundo: si es mejor para la nación que los líderes se identifiquen más íntimamente con la diversidad de sus ciudadanos, entonces nadie es afectado por el accionar de universidades que incluyen ese objetivo entre sus aspiraciones. Por supuesto, ellas no deben actuar injustamente o violando los derechos morales de nadie. Particularmente, ellas no deben excluir estudiantes sobre la base de su raza o cualquier otra forma de prejuicio o estereotipo. Pero los programas de la Universidad de Michigan no reflejan prejuicio racial o de otro tipo. Por el contrario, los estudiantes que eligen esos programas aspiran, entre otras cosas, a reducir el prejuicio en el aula y en el país⁴⁵.

Para Dworkin, no hay dilema alguno entre las acciones afirmativas y el principio de igualdad ante la ley entendido como no discriminación tendiente a evitar distinciones realizadas sobre la base de criterios irrazonables. Sólo se trata de una identificación errada de los fines de la regulación, error que se vincula a una identificación equivocada de los fines de la universidad. Una vez redefinidos los fines de la regulación, el criterio de raza se torna una categoría razonable (en lo funcional o instrumental) para efectuar distinciones y, por lo tanto, ellas serían *permitidas* por el principio de igualdad ante la ley (establecido en la constitución de los Estados Unidos) o, incluso, requeridas por él⁴⁶. Sin embargo, más allá de la aparente adhesión de Dworkin al prin-

45 Dworkin, Ronald, "The Court and the University", *New York Review of Books*, 15 de mayo de 2003, volumen L, núm. 8, pp. 8-9. La traducción, los agregados y el énfasis son míos. Véase también Dworkin, Ronald, *Sovereign Virtue*, Harvard University Press, Cambridge, 2000, Capítulo 12: "Affirmative Action: Is It Fair?", pp. 409-426.

46 Si bien el caso no es idéntico, puesto que lo que se encontraba en debate era la razonabilidad misma del criterio "ser varón" para poder ingresar a un colegio público, la Corte Suprema de Argentina debió también establecer la correlación entre el criterio de ingreso y el fin de la institución educativa "redefinido", según el voto de Fayt, en términos "dworkinianos": "La educación que brindan los colegios universitarios ha sido entendida como "el secreto, el método de la verdadera disciplina

cipio de instrumentalidad o de funcionalidad, su redefinición de los fines no se condice perfectamente con la visión individualista de la igualdad asociada a la idea de no discriminación. La misma redefinición de los fines que él sugiere en el sentido de tornar relevante el contexto social en el que ellos son identificados (es decir, la inclusión de representantes de ciertos grupos nacionales, raciales o de género, de modo que éstos se encuentren reflejados en la composición del aula o tornen posible la generación de líderes para esos grupos con personas provenientes de ellos), convierte a la perspectiva de Dworkin en una mucho más próxima a la que más adelante identificaremos con autores como Post o Fiss en el sentido de que todos ellos consideran relevante el contexto social en el que opera el trato (des)igual, que con la perspectiva individualista y descontextualizada de la Corte norteamericana en *Reed*. En suma, y a riesgo de pecar por superficial en esta consideración de su posición al paso, entiendo que Dworkin intenta permanecer en el terreno de la igualdad como no discriminación incorporando el dato del contexto social en el que el trato (des)igual se lleva a cabo, pero, para lograrlo, abandona la visión individualista y, casi imperceptiblemente, se desliza hacia una visión de la igualdad más *sociológica* que definiré como estructural.

Sin ánimo de criticar aquí esta estrategia dworkiniana de rescate del principio de no discriminación por la vía de la redefinición de los fines de la regulación, dado que no es el objetivo de este artículo, y con el objeto exploratorio que domina en este ensayo, propongo asumir que ella no resulta convincente. En su caso, sugiero examinar otro intento de superar este dilema en el contexto del derecho constitucional argentino. Ella se relaciona con

que asegure los beneficios combinados del colegio y de la universidad”, “la llave de oro para develar el ansiado tesoro educativo que busca la República y que, sin definirlo, la conciencia nacional anhela para la selección de sus elementos directivos”, en cuyo ámbito “se desarrolla el lazo fraternal y solidario... que es el de la convicción de un destino común en la gran asociación política que es la patria” (cónf. Joaquín V. González, “Universidades y Colegios”, conferencia del ministro de Justicia e Instrucción Pública en el aula “Estrada” del Colegio Nacional Central de Buenos Aires antes de su demolición, el 5 de julio de 1905, pp. 249 y ss.). De allí la importancia de admitir a esta altura de los tiempos que esta calidad de educación no cuente con limitación alguna en razón del sexo; por el contrario, y como se señaló ya en la oportunidad recién indicada (cónf. *op. cit.* y *loc. cit.*), la selección de quienes habrán de recibir esa mejor formación destinada a conformar el grupo directivo, “no es deliberada respecto a las personas, ni puede serlo en manos del Estado: éste funda el sistema, le imprime movimientos, y el mecanismo por sí sólo devuelve al artífice el producto depurado”. Caso *Universidad de Córdoba*. El énfasis agregado es mío.

una versión diferente del principio de igualdad, ya no como no discriminación, sino como *no-sometimiento* o *no-exclusión*⁴⁷. Sobre ella me referiré en las próximas dos secciones.

Finalmente, y para concluir este párrafo, es importante señalar que la discusión que se da en el contexto del derecho constitucional de los Estados Unidos y que pone en evidencia la tensión entre el principio de igualdad ante la ley y las acciones afirmativas no es fácilmente extrapolable a nuestro país. Ello es así debido a que, mientras que en los Estados Unidos el principio de igualdad es de carácter constitucional y las medidas de acción afirmativa encuentran su fuente en la ley (y, por ello, son pasibles de ser declaradas inconstitucionales por los tribunales), la incorporación en la propia Constitución Nacional de nuestro país de acciones afirmativas respecto de algunos grupos específicos, como lo es el de las mujeres, según lo establece el artículo 75, inciso 23, torna el debate sobre su “constitucionalidad” irrelevante, dado que *ya tienen* reconocimiento constitucional. En el caso del país del norte, la raíz legal de las acciones afirmativas puede hacerlas vulnerables frente a ataques fundados en la Enmienda XIV de la Constitución, de modo que la discusión tiene sentido al buscar derribar la validez constitucional de la norma legal. En el caso de nuestro país, la inclusión constitucional de las acciones afirmativas *obliga* a conciliar ambas normas, el artículo 16 y el artículo 75, inciso 23, quizá redefiniendo el significado del primero de ellos. A este punto me referiré en la sección siguiente a la próxima.

III. Las versiones “Individualista” y “Estructural” de la igualdad y su correspondencia con los principios de no discriminación y de no-sometimiento (o de no-exclusión)

El principio de igualdad ante la ley entendido como “no discriminación”, tiene su raíz en una versión *individualista* de la igualdad. Esta versión se vincula, por un lado, con una visión descontextualizada de la situación de cada

47 Fiss, Owen, “Groups and the Equal Protection Clause”, en *Philosophy and Public Affairs*, volumen 5, p. 107, 1976. También, más reciente y en referencia a la situación de los inmigrantes en los Estados Unidos, Fiss, Owen, *A Community of Equal*, Beacon Press, Boston.

individuo, como contraria a una visión “sociológica” o contextualizada de una realidad social más amplia que contempla la pertenencia de ese individuo a un grupo que se encuentra sometido a ciertos tratos o prácticas sociales como consecuencia de ser ese grupo. Por otro parte, la versión individualista de la igualdad requiere de una supuesta *intención* de discriminación reconocida a partir de la irrazonabilidad del criterio seleccionado.

Vale la pena aclarar que la versión sociológica de la igualdad no se asocia necesariamente con una perspectiva holista (y por ello, no liberal) que identifica la existencia de entes superiores y diferentes a las partes que los componen. Esta visión no individualista de la igualdad continúa reconociendo a las personas como fines en sí mismos y valiosos en términos individuales, sólo que incorpora, además, el dato de su pertenencia a un grupo determinado que le permite reconocer su identidad, tanto a ella misma, como a los terceros que comparten su condición y aquellos que no. Sostener que el grupo de las mujeres resulta segregado de la actividad política, que el grupo de los discapacitados motrices resulta excluido de los espacios públicos (y privados) o que los afectados del virus de HIV son segregados de los empleos, no implica necesariamente presumir que estos grupos conforman entes diferentes de las partes que los conforman y, por lo tanto, “sacrificables” por el bienestar del “todo”, que sería lo criticable de una visión holista del grupo por un liberal. El reconocimiento de la existencia de grupos, en este sentido, sólo se limita a reconocer que la identidad individual de las personas autónomas se constituye, entre otras cosas, por su condición de *ser mujer, ser discapacitado o ser afectado por una enfermedad* que tiene implicancias en las prácticas sociales dirigidas a tratar con aquellos que la han contraído.

También merece un comentario la relación entre la versión individualista de la igualdad y la requerida *intención* de trato desigual irrazonable (y, por ello, discriminatorio). Si bien este rasgo parece ser fundamental al momento de desplegar una estrategia que enfrente el prejuicio, ella no parece ser prácticamente posible o efectiva. Fiss y Dworkin, por ejemplo, sostienen que las leyes no pueden ser juzgadas respecto de su constitucionalidad por la *intención* de los legisladores, dada las dificultades que se encuentran en el proceso de identificación de *esa particular* intención⁴⁸. ¿Es ella la intención del legis-

48 Fiss, Owen, *A Community of Equals*, p. 29. Véase también Dworkin, Ronald, *Sovereign Virtue*,

lador que propuso originalmente el proyecto de regulación? ¿O la de los legisladores que votaron a favor de ella al sancionarse la ley en cuestión? Y si los votantes en el Congreso apoyaron la sanción por diferentes razones, ¿cuál de ellas es relevante para realizar ese juicio? Si reconocemos el fracaso de esta estrategia “originalista” o “subjetivista”⁴⁹, entonces, desde una visión de la igualdad como no discriminación, sólo nos resta juzgar la regulación, según dice Fiss refiriéndose a las situaciones de los inmigrantes en Estados Unidos, “sobre la base del propósito social concebido objetivamente, y no de la motivación real. Desde esta perspectiva, sería difícil impugnar una ley que impone discapacidades a los inmigrantes [o a otros grupos “sometidos”] alegando discriminación arbitraria, ya que casi siempre puede imaginarse un propósito social legítimo”⁵⁰.

Teniendo en cuenta ambas críticas a la versión individualista de la igualdad, autores como Fiss⁵¹, Post⁵², Siegel⁵³ o MacKinnon⁵⁴, entre muchos otros, proponen una visión diferente de la igualdad ante la ley. Una versión de la igualdad que no es de tipo individualista y que, por lo tanto, tampoco se asocia necesaria o exclusivamente al principio de no discriminación, si bien no siempre debe percibirse como opuesto a él. Fiss denomina a esta versión “*estructural*”, y tiene fuertes parentescos con lo que Post denomina una versión *sociológica* de la igualdad.

En este sentido, Fiss sugiere que “el principio de no discriminación encierra una concepción muy limitada de igualdad... [y que por ese motivo

Harvard University Press, Cambridge, 2000, Capítulo 12: “Affirmative Action: Is It Fair?”, p. 411; y Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge, 1986, Capítulo 9.

49 Sobre críticas a este tipo de interpretación “originalista” realizada sobre la base de la identificación de intenciones, véase Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno*, Ariel, Barcelona, 1996, pp. 59-80.

50 Fiss, Owen, *A Community of Equals*, p. 29.

51 Fiss, Owen, “Groups and the Equal Protection Clause”, en *Philosophy and Public Affairs*, volumen 5, p. 107, 1976.

52 Post, Robert C., “Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law”, en Robert C. Post *et al.*, *Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law*, Duke University Press, Durham, 2003, pp.1-53.

53 Siegel, Reva B., “Discrimination in the Eyes of the Law: How “Color Blindness” Discourse Disrupts and Rationalizes Social Stratification”, en Robert C. Post *et al.*, *Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law*, Duke University Press, Durham, 2003, pp. 99-152.

54 MacKinnon, Catharine A., *op. cit.*, pp. 102-103.

proponer] delinear otro principio intermedio —el principio del grupo desaventajado— que tenga un buen, si no mejor, argumento para representar el ideal de la igualdad, un principio que dé mejor cuenta de la realidad social, y que haga foco más claramente en las cuestiones sobre las que es preciso decidir en los casos de igual protección de la ley”⁵⁵.

Esta lectura estructural de la igualdad ante la ley no se vincula con la irrazonabilidad (funcional o instrumental) del criterio escogido para realizar la distinción, sino que entiende que lo que la igualdad ante la ley persigue es el objetivo de evitar la constitución y establecimiento de grupos *sometidos*, *excluidos* o *sojuzgados* por otros grupos. Fiss llama nuestra atención sobre la contradicción que existe entre el principio de igualdad y la cristalización de “castas” o grupos considerados “parias”, justamente como consecuencia de una práctica sistemática de exclusión social, económica y, sobre todo, política. Según esta perspectiva, evitar la cristalización de un grupo excluido, sometido o sojuzgado⁵⁶ es lo que parece subyacer como fundamento del principio de igualdad ante la ley. Es ésta posiblemente la idea de igualdad que se encontraba detrás de la afirmación de Moreno citada al inicio de este ensayo, en la que se identificaba a la igualdad con la lucha contra la opresión y las cadenas con las que los déspotas *someten* a los esclavos que cantan, forzados, himnos de libertad sin ser libres. Esta es, probablemente, la misma idea de igualdad como “libre de opresión” que Berlin defendía al presentar su concepto de libertad positiva ante su audiencia en la Universidad de Oxford en 1956.

Esta concepción de la igualdad estructural emerge también en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, sobre todo mediante la opinión del juez Brennan en varios casos, como por ejemplo *Plyler v. Doe*⁵⁷ (1982). En este pleito se encontraba en debate la existencia de un derecho a la provisión mínima de recursos educativos. En 1975, el Congreso del estado de Texas modificó su legislación en materia educativa autorizando a las escuelas locales de distrito a negar la inscripción en ellas de niños que no hubieran ingresado legalmente a los Estados Unidos, es decir, hijos e hijas de

55 Fiss, Owen, “Groups and the Equal Protection Clause”, en *Philosophy and Public Affairs*, volumen 5, p. 107, 1976.

56 Fiss los denomina “castas”, Fiss, Owen, *A Community of Equals*, p. 12.

57 457 U.S. 202.

inmigrantes ilegales. El caso había sido promovido por medio de una acción de clase que reclamaba la inconstitucionalidad de la ley de Texas ante la Corte Suprema de los Estados Unidos. El argumento de la defensa se centró en sostener que la Enmienda XIV establece “que ningún estado (...) negará *a ninguna persona bajo su jurisdicción* una protección igual de las leyes” (una cláusula sumamente emparentada con la idea de “igualdad de trato ante la ley” de nuestro artículo 16) y que, debido a su estatus legal en materia inmigratoria, los que hubieran ingresado ilegalmente a los Estados Unidos no eran, estrictamente, “personas bajo su jurisdicción”. Brennan se opuso frontalmente a este argumento sosteniendo que más allá de estatus que tengan estos inmigrantes de acuerdo con las leyes de migraciones, ellos “son claramente ‘personas’ en el sentido más ordinario del término”. En referencia al tema que nos ocupa, Brennan desarrolla con claridad una interpretación de la Enmienda XIV fundada en una visión de la igualdad ante la ley similar a la idea de igualdad estructural que persigue impedir la constitución de grupos excluidos que se cristalicen como “castas” o “parias” sociales:

la más completa incapacidad o la aplicación laxa de las leyes que impiden el ingreso ilegal a este país, acompañadas del fracaso en establecer una barrera efectiva al empleo de inmigrantes indocumentados, ha resultado en la creación de una significativa ‘población en las sombras’ (*shadow population*) de inmigrantes ilegales —que llega a ser de millones— dentro de nuestras fronteras. Esta situación levanta el espectro de una casta permanente de residentes indocumentados, alentados por algunos a permanecer aquí como fuerza de trabajo barata, pero negándoseles los beneficios que nuestra sociedad pone a disposición de los ciudadanos y residentes legales. La existencia de este grupo marginado (*underclass*) representa uno de sus problemas más complejos para una Nación que se enorgullece por su adhesión al principio de igualdad ante la ley⁵⁸.

Los demandantes en este caso no eran los padres ilegales, sino los niños y niñas que, por la ley de Texas, resultaban afectados por la decisión de sus padres de ingresar ilegalmente a los Estados Unidos. En este sentido, Brennan

58 La traducción y el énfasis son míos.

agrega mayor definición a lo que es para él este particular grupo de “marginados”, cuando sostiene, citando *Trimble v. Gordon*⁵⁹ (1977), que estos niños “no tienen la posibilidad de influir en la conducta de sus padres, así como tampoco en su propio status (...) utilizar la responsabilidad de la conducta ilegal de los padres contra sus hijos no se condice con las concepciones más fundamentales de Justicia”⁶⁰. De esta última afirmación se podría desprender un rasgo adicional que permitiría identificar a este grupo marginado, y que podría estar dado por su falta de responsabilidad respecto de su propia situación, por encontrarse éste en la situación en la que se halla (en este caso, los niños no son responsables por una situación que encuentra su raíz en la decisión de sus padres de ingresar ilegalmente a un país), o su contracara, es decir, la ausencia de la posibilidad de influir sobre la decisión o la conducta de aquellos que los condujeran a la situación en la que se encuentran.

Finalmente, y por los rasgos particulares de este caso, que se refería, en última instancia, al derecho de acceso a la educación, Brennan, luego de aclarar que la educación pública no es un “derecho” reconocido a los individuos por la Constitución, citando *San Antonio School District*, y en consistencia con la tradición de rechazo del reconocimiento de los denominados “derechos sociales” por el derecho constitucional de los Estados Unidos⁶¹, agrega que la Corte Suprema de los Estados Unidos ha reconocido “a la escuela pública como una institución cívica vital para la preservación del sistema democrático de gobierno”, de acuerdo con lo sostenido por el propio Brennan en su voto concurrente en *Abington School District v. Schempp*⁶² (1963) y en el famoso caso *Wisconsin v. Yoder*⁶³ (1972), en el que la Corte estableció que “algún grado de educación es necesario para preparar a los ciudadanos para participar efectiva e inteligentemente en nuestro sistema político abierto si aspiramos a preservar la libertad y la independencia”⁶⁴. Estas afirmaciones

59 430 U.S. 762, 770.

60 La traducción y el énfasis son míos.

61 Para una relación entre el reclamo por el respeto de derechos sociales y el principio de igualdad ante la ley como una estrategia de exigibilidad indirecta de los primeros, véase Abramovich, Víctor y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Editorial Trotta, Madrid, 2002, pp. 168-178.

62 374 U.S. 203, 230.

63 406 U.S. 205, 221.

64 La traducción es mía.

agregan mayor definición a la caracterización del grupo marginado institucionalmente, agregando un rasgo asociado a lo que Berlin llamaba libertad positiva y que se relaciona con la idea de inclusión en la toma de decisiones colectivas en un sistema democrático y que, según John Ely⁶⁵, también emerge en la famosa nota de pie de página número 4 del caso *United States v. Carolene Products Co.*⁶⁶ decidido por la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1938, en la que el tribunal llama la atención sobre la posibilidad del control judicial de constitucionalidad cuando se hubiere operado la exclusión de “minorías insulares” del proceso de toma de decisión política.

MacKinnon, siguiendo el marco conceptual ofrecido por Fiss en su angular artículo de 1976⁶⁷, sostiene en su libro de 1979 sobre el acoso sexual de las mujeres trabajadoras⁶⁸, que “la posición social de las mujeres tiene un lugar particular en el análisis de la desigualdad, mientras que *no lo tiene* en el análisis de la diferenciación arbitraria. Desde esta perspectiva, la prohibición de la discriminación por sexo aspira a *eliminar la inferioridad social de un sexo respecto del otro, y a dismantelar la estructura social que mantiene una serie de prácticas que se acumulan, en términos de Owen Fiss, sobre las mujeres ‘desaventajadas’*”⁶⁹.

Fiss y MacKinnon rechazan la versión de la igualdad asociada a la idea de no discriminación por no incorporar el “dato” sociológico de la situación social de las mujeres como grupo desplazado por otro grupo. La versión de la igualdad estructural no adhiere sólo y exclusivamente a la idea de no discriminación (entendida como trato no arbitrario fundado en prejuicios), sino a un trato segregacionista y excluyente tendiente a consolidar una situación de grupo marginado (la casta o *underclass*). La idea de igualdad como no sometimiento no se opone al ideal de no arbitrariedad que subyace a la idea de igualdad como no discriminación, sino que lo concibe como insuficiente o incompleto. Volvamos por un momento a nuestro ejemplo de la selección de músicos para una orquesta. La mampara opaca, símbolo de ignorancia

65 Ely, John H., *Democracia y desconfianza*, Universidad de los Andes, Capítulo 4, pp. 97-131.

66 304 U.S. 144, 152-153, nota 4.

67 Fiss, Owen, “Groups and the Equal Protection Clause”, en *Philosophy and Public Affairs*, Volumen 5, p. 107, 1976.

68 MacKinnon, Catharine A., *op. cit.*, pp. 102-103.

69 *Ibidem*, pp. 103. La traducción y el énfasis son míos.

desprejuiciada, permite evaluar a los candidatos sólo sobre la base de sus aptitudes como ejecutores de instrumentos musicales. Como sostiene Post, cada postulante *es como si fuera un instrumento en sí mismo*. En un mundo ideal, este modo de seleccionar miembros de la orquesta, permitirá elegir a los mejores músicos sin resultar influenciados por prejuicios discriminatorios hacia, por ejemplo, mujeres o afroamericanos. El jurado es completamente ciego —pero no sordo, en este caso, por supuesto— a las diferencias que sean irrelevantes para juzgar el desempeño de los músicos. Sin embargo, esta decisión aparentemente neutral y desprejuiciada, fundada en el principio de igualdad como no discriminación, es también ciega, y por lo tanto no neutral, al tipo de personas que se presentan como candidatos para formar parte de la orquesta. Me explico. Supongamos que debido a ciertas condiciones y prácticas sociales las mujeres se autoexcluyeran de este concurso para cubrir puestos vacantes en la orquesta. Esto es perfectamente imaginable si pensamos que algunas sociedades asignan informalmente a las mujeres un rol social que se limita, por ejemplo, a las actividades domésticas. Asumamos que dado el hecho de que la mayoría de las orquestas, hasta el momento, no cuentan con mujeres, éstas pueden bien suponer que, incluso de ser aceptadas, su situación dentro de la orquesta no será sencilla debiendo enfrentar prejuicios y maltratos cotidianos mientras ejecutan sus obligaciones. Supongamos que algo de esto sucediera y que los postulantes para los puestos vacantes en la orquesta, aquellos cuyos rostros no son vistos por los jurados ubicados detrás de la mampara opaca, fueran todos varones, ¿podríamos afirmar sin algún grado de duda que esa selección es totalmente neutral? Desde el punto de vista de la igualdad ante la ley, ¿es *absolutamente* irrelevante el dato de quiénes llegan a participar de la instancia de selección detrás del “velo de ignorancia” del jurado? Para la visión de la igualdad como no sometimiento o no exclusión, este dato no es irrelevante. Todo lo contrario. Ese es exactamente el dato de mayor relevancia contra cuyas causas y efectos se articula el principio de igualdad ante la ley. Correr el velo y tratar de modo diferente a las personas de acuerdo con el grupo (de personas de un determinado sexo) al que pertenecen, privilegiando, por ejemplo a las mujeres por sobre los varones en un contexto de exclusión sistemática de las primeras de su participación en las orquestas, no sólo no sería contrario al principio de igualdad como no sometimiento, sino que sería requerido por éste, mientras que resultaría inad-

misible desde la perspectiva de la igualdad como no discriminación. No sería el “sexo” el criterio insostenible para hacer distinciones, sino el hecho de “ser mujer” el que no sólo no podría tomarse como relevante para la contratación de músicos, sino que él sería relevante —y constitucionalmente requerido— para brindarles a las mujeres un trato privilegiado justificado. Es más, en un contexto de exclusión de las mujeres como el descrito, sería inconstitucional por contrario a la idea de igualdad como no sometimiento, establecer algún tipo de privilegio para los varones. Es por este motivo que las acciones afirmativas respecto de las mujeres serían requeridas por el principio de igualdad, mientras sería impensable establecer acciones afirmativas para varones”⁷⁰.

En nuestro país, esta distinción entre las dos versiones del principio de igualdad ante la ley y su consiguiente tensión, se ha puesto de manifiesto en unos pocos casos, siendo el más representativo *González de Delgado, Cristina y otros c/ Universidad Nacional de Córdoba*. Es éste un caso un tanto extraño que llega a los estrados de la Corte Suprema de Justicia a instancia de los padres de los alumnos varones de un prestigioso colegio público que luego de más de un centenar de años de no admitir mujeres, comenzó a hacerlo. Los padres de los estudiantes alegaban un supuesto derecho de sus hijos a continuar asistiendo al colegio sin mujeres en las aulas. Más allá de la curiosidad del planteo y la extrañeza de que caso hubiere sido admitido por la Corte para decidir sobre él, el debate de fondo se centró en la constitucionalidad del criterio “sexo” para la admisión de estudiantes al colegio. La mayoría de los argumentos de los Ministros de la Corte se articularon en torno al principio de no discriminación, identificando al “sexo” como criterio irrazonable apoyado en la tradición dominante de interpretación del principio de igualdad ante la ley. Sin embargo, es en el voto del Juez Enrique Petracchi que se reconocen rasgos emergentes de una idea diferente de igualdad, más cercana a la de no sometimiento:

Que lo expuesto evidencia que la Universidad Nacional de Córdoba, al disponer que las inscripciones en el Colegio Nacional de Monserrat se efectuarán sin distinción de sexo, no sólo ha actuado como órgano competente dentro de la esfera de sus atribuciones, sino que, más aún, ha removido un

70 Ginsburg, Ruth B., *Constitutional Aspects of Sex-Based Discrimination*, St. Paul, Minnesota, West Publishing Co., 1974, p. 89.

valladar discriminatorio —que hoy resulta moral y jurídicamente abominable— que impedía la plena participación de las jóvenes cordobesas en la vida educacional y cultural de su provincia⁷¹.

Y agrega:

las categorías fundadas en el sexo no deben usarse para crear o perpetuar la inferioridad legal, social y económica de la mujer. En todo caso, las clasificaciones fundadas en el sexo pueden ser utilizadas para compensar a las mujeres por las inhabilidades que ellas han sufrido a través de la historia⁷².

Al afirmar Petracchi que el estado no puede “perpetuar la inferioridad legal, social y económica de la mujer”, incorpora al análisis sobre la igualdad de trato ante la ley mucho más que el limitado principio de razonabilidad funcional o instrumental. La idea de “no perpetuación de la inferioridad” de un grupo, nos acerca a la aspiración de dismantelar un sistema de castas, como dirían Fiss o MacKinnon, que coloca a ese grupo en condición permanente de exclusión e inferioridad. Con este argumento, Petracchi pasó del campo de la igualdad como no discriminación, que domina la interpretación histórica de la Corte del artículo 16, al de la igualdad como no sometimiento. Aquí Petracchi está más cerca del Brennan de *Plyer* que de la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Reed v. Reed*.

IV. Dos conceptos de igualdad; dos conceptos de categorías sospechosas

La adopción justificada de alguno de los dos conceptos de igualdad presentados en este ensayo tiene implicancias relevantes para discernir la constitucionalidad de una variada gama de decisiones públicas. Según la jurisprudencia y doctrina vigentes, las categorías sospechosas operan como límite al accionar del estado respecto de distinciones que éste desee llevar a cabo entre las personas. Sin embargo, la identificación de esas categorías sos-

71 Caso *González de Delgado, Cristina y otros c/ Universidad Nacional de Córdoba*.

72 *Ibidem*. El énfasis agregado es mío.

pechosas estará controlada por el concepto de igualdad que se adopte. La toma de posición respecto del concepto de igualdad como no discriminación o como no-sometimiento, conduce a dos concepciones muy diferentes de categorías sospechosas. Veamos qué sucede en cada caso.

Desde la perspectiva de la igualdad como no discriminación, las categorías sospechosas se referirían a aquellos criterios utilizados para realizar diferencias entre las personas y que *nunca* parecerían justificarse como criterios que puedan superar el test de razonabilidad funcional o instrumental. La edad (caso *Salgado, Graciela Beatriz c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ acción declarativa de inconstitucionalidad*)⁷³, la estatura (caso *Arenzon, Gabriel c/ Gobierno Nacional (Ministerio de Educación)*)⁷⁴, la nacionalidad (caso *Repetto, Inés M. c/ Pcia. de Buenos Aires*)⁷⁵, o incluso la apariencia exterior o *lookism* (Ordenanza del Municipio de Santa Cruz, California, de enero de 1992 prohibiendo la discriminación en el empleo sobre la base de la apariencia)⁷⁶, serían consideradas como categorías sospechosas desde la perspectiva de la igualdad como no discriminación. La calificación de una categoría como “sospechosa” no es una cuestión menor, desde que ella deposita en aquél que realiza la distinción, la carga de la demostración argumentativa de que existe un interés estatal urgente, si se trata del ámbito estatal⁷⁷, o de una excepción basada en lo que la jurisprudencia de los Estados Unidos a denominado “calificación ocupacional de buena fe” (*bona fide occupational qualification o BFOQ*), si la distinción se realizara en la actividad privada⁷⁸, a fin de superar la presunción de inconstitucionalidad. Según el principio de igualdad como no discriminación, estaría vedada la utilización de cualquier tipo

73 Expte. Nro. 826/01, 21 de noviembre de 2001, Tribunal Superior de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2002-B, p. 79. Ver el comentario a este fallo de Sebastián Schwartzman, “¿Debe ser la edad considerada una categoría sospechosa?”, *Suplemento de Derecho Constitucional, Revista La Ley*, Buenos Aires, 18 de octubre de 2002.

74 Corte Suprema de Justicia de la Nación, 15 de mayo de 1984, publicado en *La Ley*, 1984-C, p. 183.

75 Corte Suprema de Justicia de la Nación, 8 de noviembre 1988, publicado en *La Ley*, 1989-B, p. 348.

76 Ver Robert Post en Robert C. Post, “Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law”, en Robert C. Post *et al.*, *Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law*, Duke University Press, Durham, 2003, p. 2.

77 Véase Post, Robert C., *op. cit.*, p. 17.

78 *Ibidem*, p. 24.

de categoría que no fuera estrictamente funcional o instrumental a los fines de la regulación. En este sentido, resulta difícil identificar alguna actividad (laboral, política, deportiva, etc.) que pudiera estar condicionada por la edad, el sexo, la raza, la religión o incluso la apariencia física. Estas categorías refuerzan la “opacidad” de la mampara detrás de la cual se ubica el jurado (o el empleador) para tomar una decisión, por ejemplo, de contratación. Si lo que deseo es contratar una persona para operar la caja de un banco, el jurado sólo necesitará saber si puede cumplir las funciones que se espera realice (contar dinero, atender al público amablemente, etc.). Si esa persona es hombre o mujer, alto o bajo, feo o bonita, resulta ser irrelevante y, por lo tanto, la elección de alguno de estos criterios o categorías pondría en evidencia una decisión fundada en razones “prohibidas” por no ser de tipo funcional o instrumental y, por lo tanto, inconstitucionales.

Desde la perspectiva de la igualdad como no-sometimiento, las categorías sospechosas sólo serían aquellas que se refieran a una condición (“ser mujer”, por ejemplo) que se asocie con la caracterización de un grupo sistemáticamente excluido, sometido o sojuzgado por otro u otros grupos dentro de una estructura social medianamente cristalizada. Este principio no expande ni reduce el universo de las categorías sospechosas, sino que asocia las categorías sospechosas con criterios divergentes o idénticos a los que identifica el principio de no discriminación, pero por razones diferentes. No cualquier categoría que no pueda superar el test de “funcionalidad” o “instrumentalidad” será calificada de sospechosa, sino que sólo lo serán aquellas categorías que se correspondan con un grupo sojuzgado o excluido. “Ser bajo de estatura” difícilmente pueda corresponderse con la categoría que identifica a un grupo sojuzgado. Las personas de baja estatura no son, generalmente, un grupo sometido. En cambio, “ser mujer”, en la mayoría de los países de América Latina y, por cierto en Argentina, es una categoría sospechosa desde la perspectiva de la igualdad como no sometimiento.

Esta distinción entre categorías sospechosas (que se corresponden con la igualdad como no sometimiento) y categorías irrazonables (que se corresponden con la igualdad como no discriminación) impone en cabeza de los agentes que llevan a cabo el trato diferente sobre la base de unas y otras, distintos niveles de exigencia argumentativa justificatoria del trato desigual, se trate del estado o de particulares, y un tipo de análisis diferente. En el primer

caso, deberá demostrarse la no existencia de una situación de sometimiento, sojuzgamiento, exclusión o, en términos de Petracchi, de perpetuación de una relación de inferioridad. En el segundo caso, se deberá demostrar la relación de funcionalidad o instrumentalidad entre el criterio escogido y el fin buscado por la regulación (la estatura no parece ser funcional al buen desempeño como maestro), a menos que se redefinan los fines de la regulación.

Volviendo al caso *González de Delgado, Cristina y otros c/ Universidad Nacional de Córdoba*, es interesante observar de qué modo, la falta de claridad respecto de la concepción de igualdad adoptada, condujo a una cierta ambigüedad en la decisión de Petracchi, quien por momentos parece adoptar un criterio de igualdad como no sometimiento (de acuerdo al párrafo citado más arriba) y por momentos funda su opinión en una concepción de igualdad como no discriminación. La versión de igualdad como no discriminación, contribuye a identificar al “sexo” como categoría sospechosa y, por lo tanto, como sostiene Petracchi, pone en cabeza del estado la carga de la argumentación necesaria para derribar la presunción de inconstitucionalidad por no ser un criterio funcional o instrumental con el fin de selección a los mejores estudiantes. Sin embargo, desde la perspectiva de la igualdad como no sometimiento, que parece subyacer a la aspiración de Petracchi de revertir una situación de “perpetuación de la inferioridad” de un grupo respecto de otro, la categoría sospechosa no sería el “sexo” sino la condición de “ser mujer”. No es el “sexo” el criterio sospechoso, sino “ser de sexo femenino” lo que resulta una categoría imposible de ser sostenida como justificatoria de diferencias que se correspondan con el mandato constitucional. Además, desde la perspectiva de la igualdad como no sometimiento, no se trata de demostrar que “ser de sexo femenino” o “ser mujer” no es una categoría que supere el test de razonabilidad funcional o instrumental, sino que es una categoría que contribuye a “perpetuar la inferioridad” del grupo de las mujeres. Una de las razones por la que esta distinción entre tipos de categorías sospechosas es sumamente relevante, es justamente porque en algunos casos las categorías sospechosas fundadas en el principio de igualdad como no sometimiento resultan contradictorias con las categorías sospechosas que se fundan en la igualdad como no discriminación. Veamos un último caso hipotético. Asumamos que vivimos en una sociedad en la que sistemáticamente se excluye a las mujeres de los cargos políticos, de las posiciones más importantes

en los órganos de decisión empresarial o de la actividad educativa. Supongamos que, fundados en la concepción de igualdad como no sometimiento consideramos contraria al artículo 16 de la Constitución Nacional la contratación de empleados públicos exclusivamente varones por “perpetuar una situación de inferioridad” de las mujeres. Supongamos que, en este mismo contexto, una determinada agencia del gobierno *sólo* contrate mujeres. ¿Es posible sostener que esta práctica de contratación es contraria a la igualdad ante la ley del artículo 16? Desde la perspectiva de la igualdad como no discriminación, el “sexo” será la categoría vedada y la contratación deberá *siempre* hacerse sin tener en cuenta esa característica de la persona (como en nuestro ejemplo de la mampara opaca para seleccionar miembros de la orquesta). Sin embargo, desde la perspectiva de la igualdad como no sometimiento, “ser mujer” será la categoría vedada, mientras que “ser varón” no sufrirá la misma suerte.

V. La igualdad ante la Ley en la Constitución Argentina a 150 años de su sanción originaria

Dos conceptos de igualdad están en debate: la igualdad como no discriminación y la igualdad como no sometimiento. La idea de igualdad como no discriminación no está necesariamente en el completo error. Todo lo contrario, ella responde al ideal básico de la igualdad de trato ante la ley libre de caprichos, tratos arbitrarios o prejuiciosos. Ello es lo menos que exigimos como trato igualitario. Sin embargo, esta idea de igualdad parece olvidar situaciones en las que la desigualdad de trato no se funda en la arbitrariedad o el prejuicio, sino que es la consecuencia de situaciones de desigualdad estructural a la que se encuentran sometidos algunos grupos de nuestra sociedad. Una idea de igualdad nos protege frente al capricho y la “irrazonabilidad”, la otra se dirige a revertir prácticas sociales de exclusión y “perpetuación de situaciones de inferioridad”. Como sostiene Post, la razonabilidad funcional puede, en ocasiones, por ser “ciega” al contexto, perpetuar prácticas sociales desigualitarias⁷⁹.

79 Post, Robert C., “Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law”, en Post, Robert C. *et al.*, *Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law*, Duke University Press, Durham, 2003, p. 40.

La mampara opaca es “aparentemente” neutral, sólo que opera desprejuiciadamente en una estructura social que impide tener un real acceso a la audición de prueba para la orquesta a todos los grupos por igual. La mampara, sin embargo, resulta altamente eficaz para impedir al jurado seleccionar al músico fundando la decisión en que es más elegante o que es el amigo del mayor donante al teatro en el que funciona la orquesta, pero esa neutralidad sirve para evitar cierto tipo de trato desigual pero no todos ellos.

La nuestra es una Constitución de raíz liberal igualitaria que incorpora una idea de igualdad relacionada con la idea de no-sometimiento. Sin embargo, es verdad que el artículo 16 no ofrece muestras claras e irrefutables de reflejar ese sentido. Su redacción es muy magra y la referencia a la “idoneidad” para ocupar cargos públicos puede inducirnos a pensar que la idea de igualdad como no discriminación subyace a esa norma. También podemos decir que expresiones como las de Moreno confirman la intuición del ideal igualitario en el sentido de igualdad como no-sometimiento presente en los debates constitucionales del siglo XIX. Sin embargo, las cosas se han aclarado un poco más a partir de 1994. El reconocimiento constitucional de las acciones afirmativas vino a confirmar que la concepción de igualdad como no sometimiento debe complementar la idea de igualdad como no discriminación y, de este modo, esta versión combinada de la igualdad ante la ley es la que debe guiar nuestra interpretación del artículo 16 de la Constitución Nacional y la resolución de casos en los que esa igualdad se encuentra vulnerada por actos u omisiones del estado o de los particulares. La introducción del artículo 75, inciso 23 y su implícito reconocimiento de la igualdad como no sometimiento, sumada al camino que nuestra Corte ha empezado a transitar con la idea de “no perpetuación de la inferioridad” de grupos por medio de los votos del Ministro Petracchi, deben guiar nuestra más moderna interpretación del principio de igualdad ante la ley del artículo 16 de nuestra Constitución Nacional.

VI. Bibliografía

Abramovich, Víctor y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Editorial Trotta, Madrid, 2002.

- Appia, K. Anthony, "Stereotypes and the Shaping of Identity", en Post, Robert C. *et al.*, *Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law*, Duke University Press, Durham, 2003.
- Berlin, Isaiah, "Dos conceptos de libertad", en su libro *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Alianza Universidad, Madrid, 1993.
- Bowen, William G. y Derek Bok, *The Shape of the River: Long Term Consequences of Considering Race in College and University Admissions*, Princeton University Press, 1998.
- Dworkin, Ronald, "The Court and the University", *New York Review of Books*, 15 de mayo de 2003, volumen L, núm. 8.
- Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge, 1986.
- Dworkin, Ronald, *Sovereign Virtue*, Harvard University Press, Cambridge, 2000.
- Ely, John H., *Democracia y desconfianza*, Universidad de los Andes, Capítulo 4.
- Ferreres Comellas, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.
- Fiss, Owen, "A Freedom Both individual and Political", en Bromwich, David and Geroge Kateb (eds.), *John Stuart Mill. On Liberty*, Yale University Press, New Haven, 2003.
- , "Groups and the Equal Protection Clause", en *Philosophy and Public Affairs*, volumen 5, 1976.
- , *A Community of Equal*, Beacon Press, Boston.
- , *Una comunidad de iguales*, Miño y Avila, Buenos Aires, 2002. Traducido del inglés por Raúl M. Mejía del original *A Community of Equals. The Constitutional Protection of New Americans*, Beacon Press, Boston, 1999.
- Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno*, Ariel, Barcelona, 1996.
- Ginsburg, Ruth B., *Constitutional Aspects of Sex-Based Discrimination*, St. Paul, Minnesota, West Publishing Co., 1974.
- Gullco, Hernán, "El uso de las categorías sospechosas en el derecho argentino", en AA.VV., *El derecho como objeto e instrumento de transformación*, SELA 2002, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003.
- Gunther, Gerald, *Individual Rights in Constitutional Law*, Fifth Edition, The Foundation Press, New York, 1992.

- Herrnshtein, Richard J. and Charles Murray, *The Bell Curve: Intelligence and Class Structure in American Life*, Oxford University Press, New York, 1994.
- MacKinnon, Catharine A., *Sexual Harassment of Working Women*, Yale University Press, New Haven, 1979.
- Miller, Jonathan, María Angélica Gelly y Susana Cayuso, *Constitución y derechos humanos*, Tomo 2, Astrea, Buenos Aires, 1991.
- Patterson, Orlando, *The Ordeal of Integration*, Civitas Counterpoint, Washington D.C., 1998.
- Post, Robert C. et al., *Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law*, Duke University Press, Durham, 2003.
- Rawls, John, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1971.
- Rey Martínez, Fernando, “Igualdad, Diferencia, Discriminación”, en *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Edit. McGraw-Hill, Madrid, 1995.
- Rosenfeld, Michael, *Affirmative Action and Justice. A Philosophical and Constitutional Inquiry*, Yale University Press, New Haven, 1991.
- Siegel, Reva B., “Discrimination in the Eyes of the Law: How “Color Blindness” Discourse Disrupts and Rationalizes Social Stratification”, en Robert C. Post et al., *Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law*, Duke University Press, Durham, 2003.
- Stuart Mill, John, *Sobre la libertad*, Alianza Editorial, Madrid, 1993.
- Zarini, Helio, *Constitución de la Nación Argentina. Aportes para el estudio de derecho e historia constitucionales*, 2da edición ampliada, Buenos Aires, Astrea, 1982.

Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial¹

Luis Prieto Sanchís²

Sumario

I. Resumen. II. Los derechos fundamentales y los derechos sociales. III. Caracterización de los derechos sociales: a) Los derechos y las instituciones; b) Los derechos sociales como derechos prestacionales; c) La titularidad de los derechos; d) Los derechos sociales como derechos de igualdad; e) El carácter de la obligación; f) La dimensión objetiva y subjetiva de los derechos. IV. Una definición convencional. V. El principio de igualdad: a) La igualdad y los derechos sociales; b) Las exigencias de la igualdad; c) La igualdad sustancial. VI. La naturaleza de los derechos prestacionales: a) El problema de su valor jurídico; b) Dimensión objetiva; c) Dimensión subjetiva. VII. Entre la justicia y la política. VIII. Bibliografía.

-
- 1 Este ensayo ha sido publicado con anterioridad como “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial” en Miguel Carbonell, Juan Antonio Cruz Parceroy y Rodolfo Vázquez: *Derechos Sociales y Derecho de las Minorías*, México D.F, Editorial Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, Pp. 17-67
 - 2 Luis Prieto Sanchís es catedrático de filosofía del Derecho en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo, Universidad de Castilla-La Mancha, de la que fue su Decano. Su trabajo de investigación, centrado principalmente en el ámbito de la teoría del derecho y de los derechos fundamentales, se ha extendido asimismo a problemas de derecho constitucional y derecho eclesiástico del Estado. Entre sus publicaciones cabe destacar: *Ideología e interpretación jurídica* (1987), *Estudios sobre derechos fundamentales* (1990), *Constitucionalismo y positivismo* (1997) y *Justicia constitucional y derechos fundamentales* (2003). Asimismo, es autor del manual *Apuntes de teoría del derecho* (2005).

I. Resumen

Se trata de analizar si, más allá de su frecuente invocación retórica, los derechos sociales generalmente reconocidos en el constitucionalismo contemporáneo gozan de plena virtualidad jurídica o si, por el contrario, se presentan como meras promesas políticas incapaces de cimentar posiciones subjetivas exigibles incluso “contra” la mayoría, tal y como sucede con los derechos civiles y políticos. La conclusión es, en síntesis, que el régimen devaluado que hoy caracteriza a los derechos sociales no responde tanto a dificultades de articulación técnica, cuanto a un designio político que, por otra parte, resulta coherente con la filosofía que se halla en la base del modelo liberal de Estado de Derecho.

II. Los derechos fundamentales y los derechos sociales

El reconocimiento de los derechos humanos o fundamentales en el constitucionalismo de finales del siglo XVIII representa la traslación al Derecho positivo de la teoría de los derechos naturales elaborada por el iusnaturalismo racionalista desde comienzos del siglo precedente: su objeto o finalidad, sus titulares y su contenido resultan coincidentes. El objetivo era en ambos casos preservar ciertos valores o bienes morales que se consideraban innatos, inalienables y universales, como la vida, la propiedad y la libertad³. Los titulares o, mejor dicho, el titular resultaba ser también el mismo sujeto abstracto y racional, el hombre autónomo e independiente portador de los derechos naturales, que en su calidad de ciudadano y guiado sólo por su interés⁴ concluía con otros sujetos iguales un contrato social que daba vida artificial a las instituciones, y que en calidad de propietario y movido asimismo sólo por el interés pactaba sucesivos negocios jurídicos de acuerdo con unas reglas formales fijas y seguras, sin que fuera relevante la condición social de quienes negociasen ni qué cosas se intercambiaran⁵. Finalmente, el contenido, aquello

3 Véase singularmente, Locke, J., *Ensayo sobre el gobierno civil*, trad. de A. Lázaro, Aguilar, Madrid, cap. XI.

4 Salvo el caso de Grocio, donde aún queda el residuo medieval del *appetitus societatis*, en el resto de los autores racionalistas el móvil del contrato social no es otro que el interés, véase Bobbio, N., “El modelo iusnaturalista”, en *Estudios de Historia de la Filosofía: de Hobbes a Gramsci*, trad. de J. C. Bayón, Debate, Madrid, 1985, pp. 95 y ss.

que representa la cara obligacional que acompaña a todo derecho, era también común y muy sencillo: lograr la garantía del ámbito de inmunidad necesario para la preservación de la propia vida y propiedad y para el ejercicio de la libertad en lo público y en lo privado; por tanto, el Estado debería de ser tan extenso como fuera imprescindible para asegurar dicha inmunidad frente a los demás individuos y tan limitado como fuese preciso para no convertirse él mismo en una amenaza de los derechos⁶.

Este punto de partida daría lugar a una concepción de los derechos fundamentales y del propio Estado que, con algunos matices, puede decirse que sigue siendo nuestra concepción de los derechos y del Estado. Creo que puede resumirse en estos dos lemas: supremacía constitucional y artificialidad o instrumentalidad de las instituciones políticas. La supremacía constitucional significa que los derechos operan “como si” encarnasen decisiones superiores a cualesquiera órganos estatales, incluido el legislador, y, por tanto, como si emanasen de un poder constituyente o soberano al que todas las autoridades e instituciones deben someterse⁷; de ahí que los derechos no sean negociables o que en una democracia representen “triumfos frente a la mayoría”⁸. A su vez, la artificialidad de las instituciones significa que, en realidad, éstas carecen de fines propios y existen sólo para salvaguardar las libertades y la seguridad que necesariamente ha de acompañarla⁹, por lo que, en con-

5 Véase Barcellona, P., *Formazione e sviluppo del Diritto privato moderno*, Jovene, Napoli, 1993, pp. 48 y ss.

6 Como escribe todavía Schmitt, C., “los derechos fundamentales en sentido propio son, esencialmente, derechos del hombre individual libre y, por cierto, derechos que él tiene frente al Estado”, *Teoría de la Constitución* (1927), trad. de F. Ayala, Alianza, Madrid, 1982, p. 170. (El subrayado es nuestro.)

7 En palabras de F. Rubio, “si se parte de la idea de la soberanía popular o, si se quiere, de la idea de poder constituyente, para subrayar el carácter germinal, no sólo en el tiempo, que es lo de menos, sino sobre todo, en el orden lógico, de este poder, la incardinación en la Constitución de los derechos ciudadanos y de los deberes del poder, o lo que es lo mismo, la afirmación de la Constitución como fuente del Derecho, adquiere una firmeza granítica”, “La Constitución como fuente del Derecho”, en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, vol. I, p. 59; hoy recogido en *La forma del poder*, C.E.C., Madrid, 1993.

8 Esta es la conocida tesis de Dworkin, R., *Los derechos en serio* (1977), trad. de M. Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984, en particular pp. 276 y ss.

9 Creo que esto resulta crucial en toda concepción liberal del Estado y se conecta al papel protagonista del individuo. Véase, por ejemplo, Mill, J. S., *Sobre la libertad* (1859), trad. de J. Sainz Pulido, Orbis, Barcelona, 1985.

secuencia, toda limitación de la libertad ha de justificarse racionalmente, no en cualquier idea particular acerca de lo virtuoso o de lo justo, sino precisamente en la mejor preservación de los derechos¹⁰.

Consecuencia de lo anterior habría de ser un régimen jurídico característico del constitucionalismo norteamericano y que en Europa ha terminado imponiéndose tras costosa evolución¹¹. Creo que sus dos ejes fundamentales son la fuerte limitación de la libertad política de legislador y una tutela jurisdiccional estricta y rigurosa. Los derechos fundamentales se conciben, en efecto, mucho más como una cuestión de justicia que de política; las concepciones de la mayoría pueden proyectarse sobre el ámbito protegido por las libertades, pero de forma muy restringida y siempre vigiladas por el control jurisdiccional. Cualesquiera que sean las circunstancias políticas y las razones de Estado, ese control garantiza, cuando menos, lo que hoy llaman algunas Constituciones el “contenido esencial” de los derechos, así como un examen preciso de la justificación, racionalidad y proporcionalidad de toda medida limitadora. En suma, siempre una protección mínima del derecho y nunca una limitación innecesaria o no justificada podrían ser los lemas del sistema de derechos fundamentales en el marco constitucional¹².

Pues bien, la cuestión que corresponde plantear es si esta concepción de los derechos fundamentales resulta apta o aplicable a todo un conjunto de derechos que actualmente se hayan recogidos en las Constituciones y en las Declaraciones internacionales, pero que no presentan la fisonomía de los primeros derechos fundamentales incorporados por el constitucionalismo de finales del siglo XVIII: ni protegen bienes o valores que en hipótesis puedan ser atribuidos al hombre al margen o con carácter previo a las instituciones; ni su titular es el sujeto abstracto y racional, es decir, cualquier hombre con independencia de su posición social y con independencia también del objeto material protegido; ni, en fin, su contenido consiste tampoco en un mero respeto o “abstención” por parte de los demás y, en particular, de las institu-

10 Por eso, decía la Declaración de 1789, “el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos” (art. 4).

11 Véase recientemente entre nosotros Blanco Valdés, R.L., *El valor de la Constitución*, Alianza, Madrid, 1994.

12 He tratado más ampliamente este aspecto en mis *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, pp. 139 y ss.

ciones, sino que exigen por parte de éstas una acción positiva que interfiere en el libre juego de los sujetos privados. Estos son los llamados derechos económicos, sociales y culturales o, más simplemente, los derechos sociales. Parece existir coincidencia en que esta categoría, de uso corriente incluso en el lenguaje del legislador, presenta unos contornos bastante dudosos o difuminados¹³, y resulta comprensible que así suceda pues, en palabras de Forst-hoff, “lo social es un indefinibles definiens”¹⁴. Los criterios que se suelen ofrecer para delimitar los perfiles de los derechos sociales son tan variados como heterogéneos, dando lugar cada uno de ellos a listas o elencos diferentes. Por ejemplo, y para comenzar por algún sitio, dice Burdeau que “los derechos sociales son los derechos de los trabajadores en tanto que tales, los derechos de clase y más precisamente de la clase obrera”¹⁵. En cambio, otros autores prefieren un criterio material, de forma que los derechos económicos, sociales y culturales incluirían justamente aquellos que están implicados en el ámbito de las relaciones económicas o laborales, como el derecho de propiedad o la libertad de industria y comercio¹⁶, que de modo manifiesto no parecen ser derechos de los trabajadores, sino más bien el obstáculo histórico a su realización. Asimismo, es muy corriente identificar los derechos sociales con los derechos prestacionales, esto es, con aquellos derechos que en lugar de satisfacerse mediante una abstención del sujeto obligado, requieren por su parte una acción positiva que se traduce normalmente en la prestación de algún bien o servicio¹⁷, pero entonces dejarían de ser derechos sociales algunos derechos típicos de los trabajadores, como la huelga y la libertad sindical, y algunos otros de carácter económico, como la propiedad, mientras que se

13 Para esta cuestión véase, por todos, Castro Cid, Benido de, *Los derechos económicos, sociales y culturales. Análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos*, Universidad de León, 1993, pp. 13 y ss.

14 Forsthoff, E., “Problemas constitucionales del Estado social” (1961), en el volumen colectivo *El Estado social*, trad. de J. Puente Egido, C.E.C., Madrid, 1986, p. 46.

15 Burdeau, G., *Les libertés publiques*, L.G.D.J., París, 1972, p. 370.

16 Véase Peces-Barba, G., “Reflexiones sobre los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Escritos sobre derechos fundamentales*, Eudema, Madrid, 1988, p. 200.

17 Esta identificación se encuentra ya en Schmitt, C., *Teoría de la Constitución*, citado, p. 174. Véase también, a título de mero ejemplo, Cossio, J. R., *Estado social y derechos de prestación*, C.E.C., Madrid, 1989, p. 45; Cascajo, J. L., *La tutela constitucional de los derechos sociales*, C.E.C., Madrid, 1988, p. 67; Böckenförde, E. W., *Escritos sobre derechos fundamentales*, trad. de J. L. Requejo e I. Villaverde, Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993, p. 75.

transformarían en sociales algunas prestaciones que no constituyen una exigencia propia de la condición de trabajador, como la asistencia letrada gratuita¹⁸.

Seguramente, la noción de derechos sociales haya de resultar irremediablemente ambigua, imprecisa y carente de homogeneidad; quizá lo máximo que se pueda pedir sea una caracterización meramente aproximativa y, eso sí, una identificación correcta de los problemas de interpretación en verdad relevantes. Por eso, en primer lugar, procederemos a enunciar una serie de rasgos o connotaciones que suelen estar presentes cuando se usa la expresión “derechos sociales”, para más tarde intentar dilucidar el problema central que los mismos suscitan, al menos desde la perspectiva de la teoría de los derechos y de la dogmática constitucional, que es su naturaleza prestacional. A mi juicio, precisamente esta es la cuestión básica: si y en qué condiciones pueden construirse posiciones subjetivas iusfundamentales de naturaleza prestacional.

III. Caracterización de los derechos sociales

a) Los derechos y las instituciones

Los derechos civiles y políticos son concebibles sin Estado, sin necesidad de instituciones sociales que los definan, o, al menos, así han sido tradicionalmente concebidos, mientras que los económicos, sociales y culturales ni siquiera pueden ser pensados sin alguna forma de organización política. La vida, la propiedad y la libertad son para la filosofía política liberal derechos naturales anteriores a cualquier manifestación institucional y precisamente si el Estado existe es con el único fin de protegerlos; por ello, el Estado puede resultar necesario para garantizar dicha protección, pero en ningún caso para definir lo esencial del contenido de los derechos: “la libertad es aquí algo antecedente, no viene creada por la regulación legal, sino que es protegida (hecha ejercitable) y/o limitada por ella”¹⁹. Es más, algunos sostienen que

18 éase Peces-Barba, G., *op. cit.*, p. 201; también B. de Castro, *op. cit.*, pp. 67 y ss.

19 Böckenförde, E.W., *op. cit.*, p. 76. No en vano la Constitución española, siguiendo los pasos de la alemana, intenta garantizar el “contenido esencial” de los derechos fundamentales que considera más importantes, incluso frente al legislador (art. 53,1).

los derechos no sólo son independientes de cualquier organización política, sino que cuanto “menos Estado” exista tanto mejor para los derechos²⁰.

Justamente lo contrario sucede con los derechos sociales. De entrada, la mera determinación del catálogo y contenido de tales derechos, de carácter marcadamente histórico y variable²¹, supone ya un proceso de debate inimaginable al margen de la sociedad política; pues esa determinación depende en gran medida del grado de desarrollo de las fuerzas productivas, del nivel de riqueza alcanzado por el conjunto social, de la escasez relativa de ciertos bienes e incluso de la sensibilidad cultural que convierte en urgente la satisfacción de algunas necesidades²². No estamos en presencia de derechos racionales, de pretensiones que puedan postularse en favor de todo individuo cualquiera que sea su situación social, sino de derechos históricos cuya definición requiere una decisión previa acerca del reparto de los recursos y de las cargas sociales, que obviamente no puede adoptarse en abstracto ni con un valor universal. Y, por otra parte, si la protección de todos los derechos supone una mínima estructura estatal, la de los derechos sociales resulta mucho más compleja, dado que ha de contar con una organización de servicios y prestaciones públicas sólo conocidas en el Estado contemporáneo; cabe decir que en este punto la distancia que separa a los derechos civiles de los sociales es la misma que separa al Estado liberal decimonónico del Estado social de nuestros días²³.

b) Los derechos sociales como derechos prestacionales

Como ya se ha indicado, el carácter prestacional es uno de los rasgos más frecuentemente subrayados, tal vez porque, desde el punto de vista jurídico,

20 En este sentido se orientaría la propuesta de un “Estado mínimo” de Nozick, R., *Anarquía, Estado y utopía* (1974), trad. de R. Tamayo, F.C.E., México, 1988.

21 Hasta el punto de que sería concebible la desaparición de los derechos sociales una vez desapareciesen las situaciones de necesidad material y de desigualdad en el reparto de los recursos que hoy constituyen su justificación.

22 Véase el capítulo monográfico que sobre “Los derechos humanos y el problema de la escasez” aparece en el volumen *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, edición de Sauca, J.M., Universidad Carlos III, B.O.E., Madrid, 1994, pp. 193 y ss. Por mi parte, he tratado el problema en Prieto Sanchís, L., “Notas sobre el bienestar”, *Doxa*, núm. 9, 1991, pp. 157 y ss.

23 Acaso también por ello la referida cláusula de defensa del contenido esencial no se extiende a la mayor parte de los derechos sociales, que son los incluidos en el Capítulo III bajo la rúbrica de “principios de la política social y económica”. En ello insiste Cossío, J.R., *op. cit.*, pp. 93 y ss.

resulta más explicativo o definidor que aquellos otros que se basan en consideraciones históricas, ideológicas o sociológicas²⁴. El criterio definidor residiría en el contenido de la obligación que, usando terminología kelseniana, constituye el “reflejo” del derecho: en los derechos civiles o individuales, el contenido de la obligación consiste en una abstención u omisión, en un “no hacer nada” que comprometa el ejercicio de la libertad o el ámbito de inmunidad garantizado; en cambio, en los derechos sociales el contenido de la obligación es de carácter positivo, de dar o de hacer. Con todo, conviene formular algunas precisiones.

La primera es que algunos derechos generalmente considerados sociales se separan del esquema indicado, bien porque por naturaleza carezcan de todo contenido prestacional, bien porque la intervención pública que suponen no se traduzca en una prestación en sentido estricto; así, es manifiesto que carecen de contenido prestacional el derecho de huelga o la libertad sindical, salvo que interpretemos que la tutela pública de estas libertades es ya una prestación. A su vez, derechos sociales que requieren algún género de intervención pública, pero que no pueden calificarse propiamente de prestaciones son, por ejemplo, todos los que expresan restricciones a la autonomía individual en el contrato de trabajo, como la limitación de jornada, un salario mínimo o las vacaciones anuales. De carácter análogo, aunque no puedan calificarse como sociales, son aquellos derechos que implican “prestaciones jurídicas”, como el derecho a la tutela judicial²⁵. Finalmente, algunos derechos prestacionales se presentan bajo la forma de principios-directriz, como veremos más adelante.

La segunda observación es que cuando hablamos de derechos prestacionales en sentido estricto nos referimos a bienes o servicios económicamente evaluables, subsidios de paro, enfermedad o vejez, sanidad, educación, vivienda, etc.; pues de otro modo, si se incluyera también la defensa jurídica o la protección administrativa, todos los derechos fundamentales merecerían llamarse prestacionales²⁶, dado que todos ellos exigen en mayor o menor me-

24 Véase Contreras Peláez, F.J., *Derechos sociales: teoría e ideología*, Tecnos, Madrid, 1994, pp. 22 y ss.

25 Estos serían los derechos prestacionales en sentido amplio, es decir derechos a protección, organización y procedimiento, véase Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón, C.E.C., Madrid, 1993, pp. 435 y ss.

26 Véase Gomes Canotilho, J. J., “Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales”, trad. de E. Calderón y A. Elvira, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 1, 1988, p. 247.

dida una organización estatal que permita su ejercicio o que los defienda frente a intromisiones ilegítimas, o también el diseño de formas de participación; desde la tutela judicial efectiva al derecho de voto, todos requieren de esas prestaciones en sentido amplio.

Finalmente, conviene advertir que las técnicas prestacionales no pertenecen en exclusiva a alguna clase de derechos, sino que en general son aplicables a cualesquiera de los fines del Estado, incluso también a los derechos civiles y políticos. Piénsese, por ejemplo, en la libertad religiosa que, según opinión difundida, no sólo ha de ser respetada, sino también protegida y hasta subvencionada a fin de que su ejercicio pueda resultar verdaderamente libre. Que esta práctica sea saludable para las libertades o que, al contrario, represente una intervención inaceptable que lesiona de paso la igualdad jurídica de todas las ideologías y confesiones es cuestión que no procede discutir ahora²⁷, pero en el fondo la técnica prestacional plantea problemas semejantes en aquellos derechos que los son “por naturaleza” y en aquellos otros que eventualmente se benefician de la misma²⁸.

c) *La titularidad de los derechos*

Si bien en una cierta literatura se presentó en términos un tanto radicales la escisión entre hombre abstracto y hombre histórico, entre persona y ciudadano, olvidando acaso que las necesidades y pretensiones del hombre concreto comenzaban por las del hombre abstracto, lo cierto es que esa imagen sigue siendo útil para perfilar el carácter de los derechos fundamentales, porque, en efecto, los derechos civiles y políticos se atribuyen a ese hombre abstracto y racional (a todos), mientras que los derechos económicos, sociales y culturales lo son del hombre trabajador, del joven, del anciano, de quien precisa asistencia, etc.; en suma, los primeros se dirigen al famoso sujeto del Código civil que fuera objeto de la crítica de Marx²⁹, en tanto que los segundos tienden a considerar al hombre en su específica situación social³⁰.

27 He tratado la cuestión más ampliamente en el *Curso de Derecho Eclesiástico*, con Ibán, I. C. y A. Motilla, Universidad Complutense, Madrid, 1991, pp. 206 y ss.

28 Véase Böckenförde, E.W., *op. cit.*, pp. 78 y ss.

29 Así, por ejemplo, en “Sobre la cuestión judía” (1844), en *Escritos de Juventud*, selección, traducción e introducción de F. Rubio, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1965, pp. 55 y ss.

30 Véase Barcellona, P., *op. cit.*, p. 95.

Se observa aquí lo que Bobbio ha llamado un proceso de especificación, “consistente en el paso gradual, pero siempre muy acentuado, hacia una ulterior determinación de los sujetos titulares de los derechos... el paso se ha producido del hombre genérico, del hombre en cuanto hombre, al hombre específico, o sea, en la especificidad de sus diversos status sociales”³¹. En el fondo, esa especificación de los sujetos viene a ser una consecuencia de la toma en consideración de las necesidades en el ámbito de la definición de los derechos³². Los derechos sociales no pueden definirse ni justificarse sin tener en cuenta los fines particulares, es decir, sin tener en cuenta entre otras cosas las necesidades, como se supone que hacía Kant para fundamentar la moral³³; y, por ello, tampoco son concebibles como derechos universales en el sentido de que interesen por igual a todo miembro de la familia humana³⁴, ya que se formulan para atender carencias y requerimientos instalados en la esfera desigual de las relaciones sociales. Dicho de otro modo, las ventajas o intereses que proporcionan o satisfacen las libertades y garantías individuales son bienes preciosos para toda persona, mientras que las ventajas o intereses que encierran los derechos sociales se conectan a ciertas necesidades cuya satisfacción en el entramado de las relaciones jurídico-privadas es obviamente desigual³⁵.

31 Bobbio, N., *El tiempo de los derechos*, trad. de R. de Asís, Sistema, Madrid, 1991, pp.109 y 114. (El subrayado es nuestro.)

32 Véase sobre esto Añón, M.J., *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*, C.E.C., Madrid, 1994.

33 La ética, escribe Kant, “no puede partir de los fines que el hombre quiera proponerse... porque tales fundamentos de las máximas serán fundamentos empíricos, que no proporcionan ningún concepto del deber, ya que éste (el deber categórico) tiene su raíces sólo en la razón pura”, *La metafísica de las costumbres* (1797), trad. y notas de A. Cortina y J. Conill, Tecnos, Madrid, 1989, p. 232. De ahí que esa razón pura sólo nos proporcione dos derechos innatos, la libertad y la igualdad jurídica, los dos únicos que pueden ser pensados sin considerar los fines empíricos, precisamente porque son instrumentos necesarios para que cada individuo alcance los fines que se propone.

34 R. Alexy dice que “los derechos a prestaciones en sentido estricto son derechos del individuo frente al Estado a algo que —si el individuo poseyera medios financieros suficientes y si encontrase en el mercado una oferta suficiente— podría obtenerlo también de particulares”, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 482.

35 Véase Sadursky, W., “Economic Rights and Basic Need” en *Law, Rights and the Welfare State*, C. Sampford y D. Galligan (eds.), Croom Helm, Beckenham, 1986.

d) Los derechos sociales como derechos de igualdad

Por las mismas razones, los derechos sociales se configuran como derechos de igualdad entendida en el sentido de igualdad material o sustancial, esto es, como derechos, no a defenderse ante cualquier discriminación normativa, sino a gozar de un régimen jurídico diferenciado o desigual en atención precisamente a una desigualdad de hecho que trata de ser limitada o superada. Este es el sentido general del art. 9.2 de la Constitución cuando ordena a los poderes públicos “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas...”; pero, a mi juicio, derechos de igualdad sustancial pueden construirse no sólo a partir del “principio” del art. 9.2, sino en ciertas condiciones también a partir del “derecho” del art. 14, como tendremos ocasión de ver.

Lo que interesa destacar ahora es que esa adscripción básica de los derechos sociales a la igualdad no significa en modo alguno una división fuerte o cualitativa respecto de los derechos civiles. De una parte, porque la otra cara de la igualdad, la igualdad jurídica o ante la ley, es precisamente una de las primeras manifestaciones de las libertades individuales; pero, sobre todo, porque constitucionalmente no cabe establecer una contraposición rígida entre libertad e igualdad ni, por tanto, entre los derechos adscribibles a una y otra³⁶. Como observa Pérez Luño, ni en el plano de la fundamentación, ni en el de la formulación jurídica, ni en el de la tutela, ni, en fin, en el de la titularidad procede trazar una separación estricta entre derechos civiles y sociales³⁷. Acaso cabría decir, recordando una distinción de Rawls, que los derechos sociales promueven que el valor de la libertad llegue a ser igual para todos, como igual es la atribución jurídica de esa libertad³⁸; o, en palabras

36 Naturalmente, la afirmación del texto no sería compartida por la crítica neoliberal; por ejemplo, para Hayek “la igualdad formal ante la ley está en pugna y de hecho es incompatible con toda actividad del Estado dirigida deliberadamente a la igualdad material o sustantiva de los individuos”, *Camino de servidumbre* (1944), trad. de J. Vergara, Alianza Editorial, Madrid, 1976, p. 111. No procede detenerse en este punto, pero sobre dicha crítica véase más ampliamente Fernández, E., “El Estado social: desarrollo y revisión”, en *Filosofía, Política y Derecho*, M. Pons, Madrid, 1995, pp. 118 y ss.

37 Pérez Luño, A. E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 90 y ss.

38 Véase Rawls, J., *Teoría de la Justicia* (1971), trad. de M.D. González, F.C.E., Madrid, 1979, p. 237.

de Böckenförde, “si la libertad jurídica debe poder convertirse en libertad real, sus titulares precisan de una participación básica en los bienes sociales materiales; incluso esta participación en los bienes materiales es una parte de la libertad, dado que es un presupuesto necesario para su realización”³⁹. Lo que no significa, obviamente, que en el plano de lo concreto se excluyan las colisiones entre la libertad y la igualdad o, más exactamente, entre la igualdad jurídica y los intentos de construir igualdades de hecho mediante tratamientos jurídicos diferenciadores.

e) El carácter de la obligación

Una quinta característica, en realidad más propia de los derechos prestacionales que de los derechos sociales en general, se refiere al tipo o carácter de las obligaciones generadas por los diferentes derechos. En efecto, tras los derechos civiles y políticos existen deberes jurídicos, normalmente de abstención, que representan reglas primarias o de comportamiento por lo común con un sujeto obligado universal; en cambio, tras los derechos sociales existen además normas secundarias o de organización⁴⁰ que, por así decirlo, se interponen entre el derecho y la obligación, entre el sujeto acreedor y el sujeto deudor. Tal vez éste sea uno de los motivos que explican las particulares dificultades de los derechos prestacionales: las libertades generan un tipo de relación jurídica sencilla donde los individuos saben perfectamente en qué consisten sus derechos y deberes recíprocos, mientras que estos otros derechos requieren un previo entramado de normas de organización, por cierto carentes de exigibilidad, que a su vez generan una multiplicidad de obligaciones jurídicas de distintos sujetos, cuyo cumplimiento conjunto es necesario para la plena satisfacción del derecho.

f) La dimensión subjetiva y objetiva de los derechos

Finalmente, y en parte como consecuencia de lo anterior me parece que en los derechos sociales tiende a predominar la dimensión objetiva sobre la subjetiva. Esta es una cuestión de grado y no un elemento esencial que permita

39 Böckenförde, E.W., *op. cit.*, p. 74; véase también Alexy, R., *op. cit.*, pp. 486 y ss.

40 En ello insiste Peces-Barba, G., *op. cit.*, p. 207.

trazar una nítida frontera entre los distintos derechos; el Tribunal Constitucional ha declarado que todos los derechos presentan esa faceta objetiva, más exactamente que “son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional”⁴¹, y de ahí la función preferente que desempeñan en la interpretación del Derecho y el interés público que existe en su protección⁴². Lo que sucede es que las libertades operan principalmente como derechos subjetivos, y sólo una larga tradición de reconocimiento y ejercicio de los mismos ha permitido delimitar en cada uno de ellos normas objetivas y pautas hermenéuticas aptas para inspirar la interpretación de todo el ordenamiento; mientras que en los derechos sociales ocurre aproximadamente a la inversa, pues surgen como despliegues o exigencias objetivas de la idea de Estado social, que sólo más tarde y costosamente serán articulables en forma de derechos subjetivos. Y es que, expresado de un modo trivial, si las libertades no le decían al Estado lo que debía hacer, sino más bien lo que no debía hacer, los derechos sociales nacen con el propósito de imponer ciertos comportamientos a las instituciones públicas, y ello se consigue ante todo mediante la imposición de metas o fines plasmados en normas objetivas.

IV. Una definición convencional

Me parece que los criterios que se han enunciado y acaso algún otro que pudiera desarrollarse definen bastante bien al conjunto de los que usualmente se llaman derechos sociales o, dicho de otro modo, sería en verdad difícil indicar un derecho social que, al menos, no reuniese alguna de las características comentadas; pero es cierto que tampoco resulta fácil proponer un derecho que reúna todas ellas. Por tanto, hemos de optar. Y seguramente cualquier opción resulta teóricamente legítima: un laboralista, por ejemplo, puede englobar bajo el calificativo de sociales sólo los derechos específicos de los trabajadores; un iusprivatista, los que representan límites o restricciones a los dos grandes principios de la codificación moderna, la propiedad y la autonomía de la voluntad; un historiador, en fin, aquellos otros que nacieron bajo el impulso de la ideología socialista a partir de mediados del

41 STC 25/1981.

42 STC 53/1985.

siglo XIX. El resultado de esos diferentes enfoques sólo será parcialmente coincidente.

Sin embargo, como ya hemos adelantado, desde la perspectiva de la teoría de los derechos y de los propios retos políticos y jurídicos que hoy plantea la realización del programa constitucional, acaso la discusión deba centrarse en el capítulo de los derechos prestacionales en sentido estricto⁴³; más concretamente, en si la caracterización básica de los derechos fundamentales como obligaciones estatales capaces de cimentar posiciones subjetivas aún contra la mayoría, puede hacerse extensiva a los derechos que no generan un deber de abstención o de prestaciones meramente jurídicas⁴⁴, sino deberes positivos de dar bienes o servicios o de realizar actividades que, si se tuvieran medios, podrían obtenerse también en el mercado.

Con todo, la respuesta admite ser enfocada desde dos perspectivas, sólo en parte coincidentes. La primera y más genérica es si a partir del principio constitucional de igualdad (art.14 C.E.*) cabe postular un trato desigual de las diferencias, esto es, un tratamiento jurídico diferente en lo normativo que persiga una igualdad sustancial en las consecuencias⁴⁵; es verdad que la construcción de igualdades de hecho mediante diferenciaciones o desigualdades jurídicas no se consigue sólo mediante prestaciones, pero también es cierto que las prestaciones en sentido estricto, tal y como aquí han sido perfiladas, sirven siempre a una finalidad de igualdad fáctica. La segunda y más concreta es si los derechos prestacionales expresos, que pueden considerarse una especificación de la genérica igualdad sustancial, pueden amparar posiciones de carácter iusfundamental. Seguidamente, ensayaremos cada una de estas perspectivas.

Así pues, en lo sucesivo por derechos sociales entenderemos sólo derechos prestacionales en sentido estricto, esto es, aquellos cuyo contenido obligatorio consiste en un dar a en un hacer bienes o servicios que, en principio, el sujeto titular podría obtener en el mercado si tuviera medios suficientes

43 Véase Cossío, J.R., *op. cit.*, pp. 44 y ss.

44 Como ya se ha indicado, en sentido amplio, numerosos derechos son o requieren algún género de prestación estatal, como la defensa jurídica, el diseño de procedimientos o de normas de organización, etc.

* Nota del editor: las referencias normativas que hace el Autor durante el Artículo se refieren a la actual Constitución Española.

45 De igualdad referida a actos y de igualdad referida a consecuencias habla Alexy, R., *op. cit.*, p. 403.

para ello. Aunque nada impide que tales prestaciones sean asumidas por particulares, por ejemplo por el empresario que debe proporcionar medios de seguridad e higiene en el trabajo, aquí nos ocuparemos sólo de los derechos que generan obligaciones frente a los poderes públicos, y que además lo hacen desde la Constitución, sin perjuicio de que hayan podido ser o de que sean en el futuro desarrollados por la normativa ordinaria. A su vez, adoptaremos dos perspectivas: la de la igualdad sustancial entendida como una exigencia del genérico principio de igualdad, y la de los concretos derechos prestacionales, tanto en su dimensión de normas objetivas como en su posible carácter de derechos subjetivos.

V. El principio de igualdad

a) La igualdad y los derechos sociales

La igualdad sustancial o de hecho puede constituir el vehículo para incorporar al acervo constitucional un principio genérico en favor de las prestaciones, y de hecho así sucede en aquellos países, como Alemania, cuya Constitución carece de una tabla de concretos derechos prestacionales. Pero es que, además, es fácil comprobar que esta forma de entender la igualdad está presente o se conecta a cada uno de los rasgos característicos examinados en el epígrafe anterior: por ejemplo, el establecimiento de desigualdades jurídicas para crear igualdad de hecho sólo es concebible desde las instituciones, mientras que acaso la más perfecta igualdad formal se daría en un estado de naturaleza preestatal, donde nadie se viera diferenciado cualquiera que fuese su situación o su conducta; asimismo, todos los derechos prestacionales son expresiones concretas de la igualdad sustancial, pues consisten en un dar o en un hacer en favor de algunos individuos según ciertos criterios que introducen inevitablemente desigualdades normativas; más claramente aún, la construcción de igualdad de hecho sólo tiene presente al hombre concreto, que es el único que puede sufrir una desigualdad fáctica, pues si no fuera así, si tuviese presente al “hombre abstracto” ninguna desigualdad jurídica podría justificarse; a su vez, la igualdad jurídica genera frente al poder un deber nítido de abstención o no discriminación, mientras que la igualdad de hecho genera obli-

gaciones más complejas, de organización, procedimiento y prestación; y, en fin, mientras que la igualdad jurídica se manifiesta en una posición subjetiva, la igualdad sustancial se vincula más bien al principio objetivo del Estado social y sólo muy costosamente permite diseñar posiciones subjetivas de desigualdad (jurídica).

Sin embargo, y al margen de la conexión entre la igualdad sustancial y las características que hemos postulado para los derechos sociales, aquí lo que interesa subrayar es su papel al servicio de los derechos prestacionales. Y es que, en efecto, el principio prestacional o un derecho concreto a prestaciones puede ser reivindicado a través de dos caminos, no excluyentes pero distintos: el primero consiste en invocar una concreta norma constitucional que, bien en forma de derecho o de directriz, proteja de modo singular una pretensión a cierto bien o servicio, como el trabajo, la vivienda, la cultura, etc. Un segundo camino, que intentaremos recorrer ahora, supone apelar a la igualdad en su versión de que han de ser tratadas de modo desigual las situaciones de hecho diferentes.

En el marco de una Constitución como la española, que el Estado puede dar vida a desigualdades normativas con el fin de alcanzar igualdad de hecho es algo que está fuera de toda duda, aunque, por supuesto, no es una competencia absoluta, sino limitada, entre otras cosas por el propio principio de igualdad jurídica. El art. 9.2 C.E., dice el Tribunal Constitucional, permite “regulaciones cuya desigualdad formal se justifica en la promoción de la igualdad material”⁴⁶; más concretamente, “debe admitirse como constitucional 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 su diferente régimen jurídico”⁴⁷. El problema, por tanto, no es si el legislador o el gobierno pueden, sino si deben en algunos casos dar vida a desigualdades jurídicas con el fin de superar desigualdades de hecho; visto desde el lado subjetivo, si cabe defender un derecho fundamental a un tratamiento desigual a partir del art. 14. Lo que requiere un análisis del conjunto del precepto.

46 STC 98/1985.

47 STC 14/1983.

b) Las exigencias de la igualdad

Según una célebre fórmula “la justicia consiste en igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justa, y lo es en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales”⁴⁸. De forma más abreviada, lo igual debe ser tratado de modo igual, y lo desigual de modo desigual. Ahora bien, ¿cuándo dos cosas, dos personas o dos situaciones son iguales? Cabe decir como primera aproximación que mediante la igualdad “se describe, se instaura o se prescribe una relación comparativa entre dos o más sujetos u objetos que poseen al menos una característica relevante en común”⁴⁹. Por consiguiente, el juicio de igualdad excluye tanto la identidad como la mera semejanza. Excluye la identidad porque parte de la diversidad, esto es, parte de dos sujetos distintos, pero respecto de los cuales se hace abstracción de las diferencias para subrayar su igualdad en atención a una característica común; la identidad se produce “cuando dos o más objetos tienen en común todos sus elementos o características”, mientras que la igualdad “supone una identidad parcial, es decir, la coincidencia de dos o más objetos en unos elementos o características desde un determinado punto de vista y haciendo abstracción de los demás”⁵⁰. Y se distingue también de la semejanza porque, si bien ésta implica asimismo que exista algún rasgo común, no obliga a hacer abstracción de los elementos propios o diferenciadores.

Por ello, dado que nunca dos personas o situaciones vitales son iguales en todos los aspectos, los juicios de igualdad no parten nunca de la identidad, sino que son siempre juicios sobre una igualdad fáctica parcial. Pero, como las personas son siempre iguales en ciertos aspectos y desiguales en otros, resulta que los juicios fácticos sobre igualdad/desigualdad parcial no nos dicen todavía nada acerca de si el tratamiento jurídico debe ser igual o desigual⁵¹: que “A” y “B” desarrollen la misma profesión supone que son parcialmente iguales, pero no que merezcan el mismo tratamiento a todos los efectos; que

48 Aristóteles, *Política*, Marías, J. y M. Araujo (eds.), C.E.C., Madrid, 1983, p. 83.

49 Comanducci, P., *Assagi di metaetica*, Giappichelli, Torino, 1992, p. 108.

50 Pérez Luño, A. E., “Sobre la igualdad en la Constitución española”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, IV, 1987, p. 134. Véase también Westen, P., *Speaking of Equality. An Analysis of the Rhetorical Force of ‘Equality’ in Moral and legal Discourse*, Princeton University Press, 1990, pp. 62 y ss.

51 Véase Alexy, R., *op. cit.*, p. 387.

“C” y “D” tengan profesiones distintas supone que son parcialmente desiguales, pero no impide que merezcan el mismo tratamiento en ciertos aspectos. Como escribe Rubio, la igualdad que se predica de un conjunto de entes diversos ha de referirse, no a su existencia misma, sino a uno o varios rasgos en ellos discernibles; “cuáles sean los rasgos de los términos de la comparación que se tomarán en consideración para afirmar o negar la igualdad entre ellos es cosa que no viene impuesta por la naturaleza de las realidades mismas que se comparan... toda igualdad es siempre, por eso, relativa, pues sólo en relación con un determinado *tertium comparationis* puede ser afirmada o negada”, y la fijación de ese *tertium* “es una decisión libre, aunque no arbitraria, de quien juzga”⁵². La igualdad es, pues, un concepto normativo y no descriptivo de ninguna realidad natural o social⁵³.

Esto significa que los juicios de igualdad son siempre juicios valorativos, referidos conjuntamente a las igualdades o desigualdades fácticas y a las consecuencias normativas que se unen a las mismas. Afirmar que dos sujetos merecen el mismo trato supone valorar una característica común como relevante a efectos de cierta regulación, haciendo abstracción tanto de los rasgos diferenciadores como de los demás ámbitos de regulación. Ambas consideraciones son inescindibles: postular que una cierta característica de hecho que diferencia o iguala a dos sujetos sea relevante o esencial no proporciona ningún avance si no añadimos para qué o en función de qué regulación jurídica debe serlo; “según a qué efectos, todos los supuestos de hecho o situaciones personales son absolutamente iguales o absolutamente desiguales entre sí... sólo la consecuencia jurídica puede ser diferencial”⁵⁴. Y del mismo modo, decir que dos sujetos son destinatarios del mismo o de diferente tratamiento jurídico constituye una mera constatación de la que no cabe derivar ulteriores conclusiones si no decimos en razón de qué circunstancias existe uniformidad o diferencia.

El punto central consiste, pues, en determinar los rasgos que representan una razón para un tratamiento igual o desigual, rasgos que han de ser al

52 Rubio, F., “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 31, 1991, pp. 12 y ss.

53 Véase Calsamiglia, A., “Sobre el principio de igualdad”, en Muguerza, J. y otros, *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1989, p. 89.

54 Carrasco, A., “El principio de no discriminación por razón de sexo”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 11-12, 1991, p. 23.

mismo tiempo el criterio de la clasificación normativa, esto es, de la condición de aplicación, y el fundamento de la consecuencia jurídica⁵⁵; la concurrencia de una circunstancia o propiedad debe ser, por tanto, el criterio que defina el universo de los destinatarios de la norma y asimismo la razón o fundamento de la consecuencia en ella prevista. Si no me equivoco, esta valoración conjunta de elementos fácticos y normativos es lo que la jurisprudencia constitucional denomina razonabilidad o interdicción de la arbitrariedad: existe discriminación cuando “la desigualdad del tratamiento legal sea injustificada por no ser razonable”⁵⁶; para que exista violación del principio de igualdad es preciso que el tratamiento desigual “esté desprovisto de una justificación objetiva y razonable”⁵⁷; el principio de igualdad exige “que las consecuencias jurídicas que se derivan de supuestos de hechos iguales sean, asimismo, iguales, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando el elemento diferenciador introducido por el legislador carece de relevancia para el fin perseguido en la norma”⁵⁸. Por eso, la distinta edad de las personas es seguramente irrelevante a casi todos los efectos, pero no en lo relativo a la jubilación⁵⁹; asimismo, la diferencia entre español y extranjero no sería, sin duda, razonable si a ella quiere unirse una tipificación distinta de delitos y penas, pero, al parecer se convierte en razonable cuando se trata de la posibilidad de trabajar en España⁶⁰.

Así pues, el principio de igualdad se traduce en una exigencia de fundamentación racional de los juicios de valor que son inexcusables a la hora de conectar determinada situación —con exclusión de otras situaciones— a una cierta consecuencia jurídica; la referencia a los criterios materiales (necesidades, méritos, etc.) a la razonabilidad y a la proporcionalidad es, por tanto, una remisión a la justificación racional de la decisión⁶¹. Las igualdades y desigualdades de hecho no son más que el punto de partida para construir

55 Véase Laporta, F., “El principio de igualdad. Introducción a su análisis”, *Sistema*, núm. 67, 1985, pp. 18 y ss.

56 STC 34/1981.

57 STC 33/1983.

58 STC 176/1989. Véase Jiménez Campo, J., “La igualdad jurídica como límite frente al legislador”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 9, 1983, pp. 71 y ss.

59 STC 75/1983.

60 STC 107/1984.

61 Calsamiglia, A., *op. cit.*, p. 109.

igualdades y desigualdades normativas, cuya justificación no puede apelar sólo a la mera facticidad.

Sucede, sin embargo, que la igualdad presenta una doble faceta (tratar igual lo que es igual y desigual lo que es desigual), por lo que en buena lógica parece que necesitarían el mismo grado de justificación tanto las normas que establecen diferenciaciones como las regulaciones uniformes u homogeneizadoras, o, dicho de otro modo, que tan exigible sería el derecho a ser tratado igual como el derecho a la diferenciación. Lo cierto es que, seguramente por motivos pragmáticos, esa simetría entre ambas dimensiones se rompe en favor de la primera: “la igualdad no tiene necesidad, como tal, de justificación. El deber de justificación pesa, en cambio, sobre las desviaciones de la igualdad”⁶². Es como si se partiese de un “orden natural” (y, por cierto, desigual) de las cosas, sobre el que operaría el Derecho estableciendo clasificaciones o diferencias “artificiales”, siendo estas últimas las que deben justificarse. Con todo, dicha presunción no carece de fundamento, pues si aceptamos la hipótesis de que los mandatos del legislador persiguen fines valiosos y de que sus prohibiciones tratan de evitar resultados indeseables, entonces parece razonable que, en principio, deban vincular a todos los destinatarios del Derecho; clasificar o diferenciar requiere por tanto una razón especial. R. Alexy concreta esa asimetría en las dos reglas siguientes: “si no hay ninguna razón suficiente para la permisión de un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento igual”; “si hay una razón suficiente para ordenar un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento desigual”⁶³; reglas que, en su opinión, encarnan un postulado básico de la racionalidad práctica, que es “la carga de la argumentación para los tratamientos desiguales”⁶⁴.

Este último autor añade una argumentación en favor de la prioridad de la igualdad jurídica, y es que ésta, al fijarse sólo en el tratamiento jurídico y no en sus consecuencias fácticas, puede ser aplicado con mucha mayor facilidad que la igualdad de hecho, mientras que cuando se persigue la igualdad sustancial ha de justificarse que efectivamente las medidas normativas de diferenciación serán capaces de apuntar hacia una igualación de hecho en el

62 Comanducci, P., *op. cit.*, p. 110; Laporta, F., *op. cit.*, p. 26.

63 Alexy, R., *op. cit.*, pp. 395 y ss.

64 *Ibidem*, p. 405.

ámbito vital que se considere relevante. Por ejemplo, si el Estado decide que un cierto grupo de niños obtenga educación gratuita atendiendo a su renta familiar, el juicio de igualdad de iure no necesita plantearse si con tal medida se limita la desigualdad entre niños pobres y ricos, sino sólo si han quedado indebidamente excluidos algunos niños; en cambio, el juicio de igualdad sustancial no puede dejar de considerar la razonabilidad, adecuación y proporcionalidad de la norma en relación con las situaciones de hecho y a la luz del fin perseguido, esto es, de limitar la desigualdad entre ricos y pobres en materia educativa. La igualdad de iure acepta el criterio clasificatorio del legislador (la renta familiar), salvo que sea radicalmente arbitrario; en cambio, la igualdad sustancial exige justificar que precisamente ese criterio que introduce desigualdades normativas es en sí mismo racional para obtener igualdades de hecho.

Enfocado de este modo, no cabe duda que el principio de igualdad deja abierto un ancho campo de libre configuración legislativa, es decir, un campo donde tratamientos iguales y desiguales resultan simultáneamente lícitos o admisibles. Pues, en efecto, mientras que la exigencia de una regulación desigual requiere una razón que imponga precisamente el tipo de desigualdad que se pretende establecer, la justificación de un tratamiento igual requiere tan sólo que no logre justificarse la obligatoriedad de la distinción; en consecuencia, allí donde exista sólo una razón que permita la desigualdad, queda autorizada tanto una regulación igualitaria como diferenciadora. Dicho de otra forma, inicialmente un control sobre el legislativo por violación del principio de igualdad sólo procede: a) cuando estamos en presencia de un tratamiento desigual, sin ninguna razón que lo permita; b) cuando estamos en presencia de un tratamiento igual, habiendo una razón que lo impida. Por ello, que un tratamiento desigual no resulte arbitrario o carente de razón no significa que, a sensu contrario, un tratamiento igual haya de reputarse arbitrario.

Hasta aquí hemos hablado del ámbito general cubierto por el principio de igualdad, que la Constitución reconoce en el primer inciso del artículo 14: “Los españoles son iguales ante la ley”. Sin embargo, el mismo precepto añade: “sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Estas especificaciones constituyen casos de

“igualdad normativa”⁶⁵, es decir, casos en que el tratamiento igualitario viene impuesto, no desde la racionalidad argumentativa, sino desde la propia disposición constitucional. Igualdad normativa que no se circunscribe a lo indicado en el artículo 14; del artículo 39, 2º, por ejemplo, se deduce la igualdad de los hijos con independencia de su filiación, y de las madres con independencia del estado civil, lo que significa que tales elementos (filiación y estado civil) no son razonables como criterios para establecer distinciones en la posición jurídica de hijos o madres. Pues bien, si antes hemos hablado de razones que permiten o imponen un trato diferencial, ahora nos encontramos ante razones que prohíben dicha diferenciación. La raza o el sexo son así criterios prohibidos a la hora de delimitar el contenido o el ámbito de eficacia de las normas.

La prohibición es, sin embargo, relativa. Como ha reconocido el propio Tribunal Constitucional, “si esta carga de la demostración del carácter justificado de la diferenciación es obvia en todos aquellos casos que quedan genéricamente dentro del general principio de igualdad..., tal carga se torna aún más rigurosa en aquellos otros casos en que el factor diferencial es precisamente uno de los típicos que el artículo 14 concreta”⁶⁶. Los “criterios prohibidos” del artículo 14 pueden, en consecuencia, ser tomados en consideración como fundamento de un tratamiento desigual, en especial si tenemos en cuenta que el precepto alude conjuntamente a “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, que obviamente, si se interpretase literalmente, impediría cualquier género de distinción, esto es, el ejercicio mismo de la potestad legislativa⁶⁷. De manera que estos criterios representan simplemente una razón más intensa para la prohibición de la desigualdad normativa, pero una razón que puede quedar superada por otras razones que en el caso tengan un peso superior. Tan sólo cabe exigir entonces un control más estricto, un “stric scrutiny”⁶⁸ o, si se quiere, una carga suplementaria de argumentación. En otras palabras, las especificaciones del artículo 14 vienen

65 Carrasco, A., *op. cit.*, p. 28.

66 STC 81/1982.

67 Ruiz Miguel, A., “La igualdad como diferenciación”, en *Derechos de las minorías y grupos diferenciados*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1994, pp. 288 y ss.

68 Rubio, F., “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *op. cit.*, p. 31.

a recordar que, por regla general, la raza, el sexo o la religión no constituyen elementos razonables para diseñar un tratamiento jurídico particular⁶⁹.

Sin embargo, ni esas especificaciones del art. 14 ni ningún otro criterio excluyen por completo o con carácter general toda posible distinción normativa; es más, razones de igualdad sustancial pueden militar en favor de la desigualdad de iure y entonces cabe que alguno de los “criterios prohibidos” opere expresamente como base de la diferenciación. Así, por ejemplo, “la referencia al sexo en el art. 14 implica la decisión constitucional de acabar con una histórica situación de inferioridad atribuida a la mujer, siendo inconstitucional la diferenciación normativa basada en dicho criterio. Con todo, en la perspectiva del art. 9.2 C.E., de promoción de las condiciones de igualdad no se considera discriminatorio que... se adopten medidas de acción positiva en beneficio de la mujer”⁷⁰.

Ahora bien, si no existe *a priori* ninguna razón que impida un trato diferenciador, tampoco debe existir ninguna razón que lo imponga. Así lo ha declarado el Tribunal Constitucional: el artículo 14 no funda un derecho a exigir divergencias de trato, sino un derecho a no sufrir discriminación⁷¹. Esto no significa propiamente que un trato diferente no pueda venir impuesto en algunas ocasiones, como ha reconocido el propio Tribunal Constitucional⁷², sino que ese trato diferente no puede ser exigido sólo como un imperativo de la segunda parte del principio de igualdad, es decir, de aquella que ordena tratar de forma desigual lo que es desigual. Por tanto, que lo desigual debe ser tratado de forma desigual supone tan sólo que pueden existir razones que permitan o que, valoradas todas las demás razones en pugna, impongan dicha desigualdad, no que exista algún criterio que siempre y en todo caso obligue

69 Una interpretación distinta y no carente de argumentos es que los “criterios” del art. 14 no son simples ejemplos del mandato general de igualdad, sino tipos específicos de desigualdad que se traducirían en una prohibición de discriminaciones injustas, pero que admitirían, eso sí mediante un examen estricto, discriminaciones justas, como la llamada discriminación inversa. Véase Ruiz Miguel, A., “Las huellas de la igualdad en la Constitución”, en *Pensar la igualdad y la diferencia. Una reflexión filosófica*, Reyes-Mate, M. (ed.), Argenteria, Visor, Madrid, 1995, pp. 116 y ss. En todo caso, creo que la discusión no es aquí relevante: se interpreten como se interpreten, los criterios del art. 14 no encarnan prohibiciones absolutas, sino razones que pueden ser superadas.

70 STC 3/1993.

71 STC 52/1987 y 48/1989.

72 “El principio de igualdad, si bien ordena tratar de modo distinto a lo que es diferente, también exige que haya una correspondencia o proporcionalidad”, STC 50/1991.

a la diferenciación; del mismo modo que ni siquiera los criterios del artículo 14 prohíben siempre su utilización como elementos de trato diferenciado, así tampoco existe ningún criterio que, en virtud de la máxima de igualdad, imponga siempre un trato desigual; y ello pese a que, lo mismo que existen “igualdades normativas”, existen también “desigualdades normativas”, como la contenida en el artículo 103,3 cuando establece que mérito y capacidad son dos criterios a valorar en el acceso a la función pública⁷³.

Así pues, igualdad de iure e igualdad de hecho, o igualdad formal y real⁷⁴ son modalidades tendencialmente contradictorias, pues quien “desea crear igualdad de hecho tiene que aceptar desigualdades de iure”⁷⁵, dado que el logro de la igualdad real consiste precisamente en operar diferenciaciones de tratamiento normativo a fin de compensar por vía jurídica una previa desigualdad fáctica. Son modalidades tendencialmente contradictorias, pero que han de convivir en el plano constitucional, y de ahí que tampoco exista ninguna razón *a priori* que imponga siempre, como razón definitiva, un tratamiento desigual, y ello aunque sólo sea porque habrá de enfrentarse con las razones que avalen o apoyen la igualdad de iure y porque esta clase de igualdad suele tomar como criterio de distinción alguno de los prohibidos por el art. 14⁷⁶.

Todo ello pone de relieve que la igualdad opera como —según una cierta versión de la diferencia entre reglas y principio— se supone que hacen los principios, es decir, como mandatos de optimización que, cuando entran en conflicto, requieren un ejercicio de ponderación. Las reglas, en efecto, sólo admiten un cumplimiento pleno, mientras que los principios son mandatos de optimización que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible⁷⁷. La idea resulta particularmente fecunda en los casos de conflicto o de

73 Que el mérito y la capacidad sean circunstancias que obliguen a establecer diferencias en el acceso a la función pública no significa, por cierto, que, a su vez, no puedan ser superadas por razones más fuertes. Por ejemplo, la STC 269/94 considera legítima la reserva de plazas de funcionario en favor de los minusválidos, entendiendo que no constituye una discriminación (que de iure lo es), sino al contrario, un restablecimiento de la igualdad de hecho en la línea del art. 9.2.

74 Laporta, F., *op. cit.*, p. 27.

75 Alexy, R., *op. cit.*, p. 404.

76 Rubio, F., *op. cit.*, citado, p. 35.

77 Véase Alexy, R., *op. cit.*, pp. 86 y ss; también del mismo autor, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, *Doxa*, núm. 5, 1988, pp. 143 y ss. En realidad, no creo que todos los principios sean mandatos de optimización y, de hecho, la igualdad no lo es. Lo que ocurre es que, como se

colisión entre reglas y entre principios. En el primer supuesto, o bien se declara inválida una de las reglas, o bien una de ellas opera siempre como excepción de la otra; en cambio, una colisión entre principios no se traduce en una pérdida de validez de alguno de ellos, sin que sea preciso tampoco formular una cláusula de excepción con carácter general, sino que cede uno u otro según las circunstancias del caso. Decidir cuál es el que triunfa exige un juicio de ponderación que valore el peso relativo de las razones que fundamentan cada uno de los principios en pugna⁷⁸; juicio que ciertamente no proporciona una solución indubitada, sino que representa un llamamiento al ejercicio de la racionalidad.

Pues bien, al margen de la virtualidad del criterio comentado en orden a la distinción entre reglas y principios, no cabe duda de que resulta particularmente útil en relación con la igualdad, pues ésta opera siempre a partir de igualdades y desigualdades fácticas parciales que postulan tratamientos tendencialmente contradictorios, cada uno de los cuales puede alegar en su favor uno de los subprincipios que componen la igualdad: tratar igual lo que es igual, y siempre habrá alguna razón para la igualdad pues todos los seres humanos tienen algo en común, y desigual lo que es desigual, y siempre habrá también alguna razón para la desigualdad pues no hay dos seres humanos ni dos situaciones idénticas. Ciertamente, como hemos indicado, parece existir una prioridad de la igualdad sobre la diferenciación, de manera que la regla podría describirse del siguiente modo: siempre existe alguna razón para la igualdad y, por tanto, ésta debe postularse mientras que alguna desigualdad fáctica —que siempre existirá— no proporcione una razón que permita o que, valoradas las razones en pugna, imponga una regulación diferenciada.

c) La igualdad sustancial

Así pues, la cuestión reside en si las desigualdades de hecho pueden justificar desigualdades jurídicas orientadas precisamente a eliminar o limitar el alcance

explica en el texto, los juicios sobre igualdad/desigualdad operan como conflictos entre principios, esto es, según lo que Alexy llama mandatos de optimización que, a su vez, se traducen en exigencias de ponderación. Véase más ampliamente mis *Lecciones de Teoría del Derecho*, con Betegón, J., M. Gascón y J. R. de Páramo, Universidad de Castilla-La Mancha, Librería Popular, Albacete, 1995, pp. 324 y ss.

78 Véase Gianformaggio, L., *Studi sulla giustificazione giuridica*, Giappichelli, Torino, 1986, p. 117.

de las primeras; y justificar, además, en calidad de una posición subjetiva vinculada al art. 14, esto es, como una razón que en última instancia puede imponer, y no sólo permitir, el tratamiento normativo desigual. Por tanto, el problema es doble: de un lado, determinar qué tipo de desigualdades de hecho cabe alegar como fundamento de una desigualdad jurídica; y segundo, si en algún caso aquellas desigualdades son capaces de representar una razón suficiente que imponga el trato desigual.

Naturalmente, el primero de los interrogantes no puede ser respondido aquí, pues encierra nada menos que la justificación política del Estado social, de cuándo y en qué medida pueden alterarse las leyes “naturales” (naturales en sentido estricto, pero también de fortuna social) que permiten una participación desigual de las personas en el conjunto de los bienes y de las expectativas. Baste decir (pues esto es ahora suficiente) que las desigualdades que han de ser compensadas son las desigualdades inmerecidas, pues, en palabras de Kymlicka, “las porciones distributivas no debieran estar influidas por factores que son arbitrarios desde el punto de vista moral”⁷⁹. Es obvio que no toda diferencia debe combatirse; al contrario, algunas deben tolerarse y hasta tutelarse. Como escribe Ferrajoli, “el principio (o deber) de tolerancia sirve para fundar el conjunto de los derechos de libertad”, pero además “debe hablarse de un principio (o deber) de no tolerancia, que vale para fundamentar el concepto de los derechos sociales”: aquello que está en la base de los derechos civiles, creencias y planes de vida, debe ser tolerado; aquello otro que está en la base de los derechos sociales, carencias o pobreza, no debe tolerarse⁸⁰.

Pero, volviendo al segundo problema, ¿en qué medida la igualdad material puede dar lugar a pretensiones concretas e inmediatamente exigibles?; con base en el art. 14 y sin mediación legislativa, ¿es posible reclamar una desigualdad de trato del mismo modo que se reclama la eliminación de una discriminación directa o negativa?; ¿pueden las exigencias de igualdad sustancial fundamentar una posición análoga a la que proporciona las exigencias

79 Kymlicka, W., *Filosofía política contemporánea. Una introducción*, trad. de R. Gargarella, Ariel, Barcelona, 1995, p. 70.

80 Ferrajoli, L., “Tolleranza e intollerabilità nello stato di diritto”, en *Analisi e Diritto*, Giappichelli, Torino, 1993, p. 289. He tratado más ampliamente de la fundamentación de los derechos sociales y de la igualdad sustancial, que es coincidente, en *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, pp. 43 y ss.

de igualdad formal?; en suma, si cabe pedir que “los iguales sean tratados como iguales”, ¿cabe pedir también que “los desiguales sean tratados como desiguales”?

Como se recordará, la norma de la desigualdad presenta dos peculiaridades: la primera es que funciona siempre como un principio, pues, aunque haya razones para la desigualdad, siempre habrá alguna para la igualdad; lo que significa que proporcionará en todo caso razones *prima facie*, que han de “combatir” con principios opuestos. La segunda es que, así como la igualdad resulta obligada cuando no exista ningún motivo que permita el trato desigual, este último, en cambio, requiere que exista una razón suficiente que, valoradas todas las razones en pugna, ordene el tratamiento desigual⁸¹. Por tanto, la cuestión es si este último caso puede concebirse en el marco del actual Estado constitucional.

Ciertamente, existe una dificultad inicial de no pequeño alcance, y es que la igualdad de hecho se presta a múltiples interpretaciones y concepciones, sin que la Constitución contenga un programa preciso de distribución, ni una prelación exacta de las necesidades atendibles. Una “política social” desarrollada por el Tribunal Constitucional cercenaría la libertad de configuración que en este campo se reconoce al legislador, único sujeto facultado para escoger, de entre las distintas concepciones, la que en cada ocasión debe imperar. Además, y esta es la otra cara de la misma moneda, la igualdad material requiere importantes recursos financieros, escasos por definición, cuyo reparto forma parte también de la libertad política de quien representa la voluntad popular. Por tanto, un reconocimiento expreso de pretensiones subjetivas de igualdad de hecho con base únicamente en la interpretación del art. 14, y sin mediación legislativa, supondría una intromisión exorbitante del Tribunal Constitucional en el ámbito de la discrecionalidad del Parlamento. Como veremos, no ocurre exactamente lo mismo ante derechos expresos de naturaleza prestacional, pues éstos, por numerosas que sean las dificultades que presenten, entrañan ya una cierta decisión constitucional en favor de la urgencia o exigibilidad de determinados requerimientos de igualdad de hecho.

Por otra parte, aunque unido a lo anterior, desde el punto de vista de la jurisdicción constitucional, la igualdad formal opera de un modo muy dis-

81 Véase Alexy, R., *op. cit.*, pp. 408 y ss.

tinto a como lo hace la igualdad material. Porque la primera, en efecto, se traduce en una exigencia negativa que se acomoda bien a la propia naturaleza del Tribunal concebido como legislador negativo; éste, cuando declara que una ley, una sentencia o una decisión viola la igualdad ante la ley desempeña normalmente una tarea de anulación, supresión o eliminación, en suma, de depuración del ordenamiento. En cambio, reconocer que alguien tiene derecho a una prestación porque así lo exige la igualdad material implica una labor positiva, propiamente normativa, donde el Tribunal sustituye al legislador dado que ha de crear una norma que vincule determinada prestación con cierta posición de hecho.

Sin embargo, y aunque la articulación jurisdiccional tropiece con serias dificultades, las objeciones que hemos visto no impiden por completo que, en ciertos casos, pretensiones de igualdad material puedan formularse como posiciones subjetivas amparadas por el derecho fundamental a la igualdad. Desde luego, un reconocimiento abierto o general de pretensiones de esta naturaleza parece inviable, pero un reconocimiento matizado no debe excluirse. En concreto, creo que esa viabilidad se da en tres supuestos: primero, cuando la igualdad material viene apoyada por un derecho fundamental de naturaleza prestacional directamente exigible, lo que supone una toma de posición constitucional que elimina toda ulterior discusión; por ejemplo, se tiene derecho a la educación gratuita en ciertos niveles sin necesidad de invocar una exigencia de igualdad sustancial, pues “el derecho de todos a la educación (presenta) una dimensión prestacional, en cuya virtud los poderes públicos habrán de procurar la efectividad de tal derecho y hacerlo, para los niveles básicos de la enseñanza, en las condiciones de obligatoriedad y gratuidad”⁸².

El segundo supuesto tiene lugar cuando una pretensión de igualdad sustancial concurre con otro derecho fundamental, aun cuando no sea de naturaleza prestacional. Naturalmente, sería de todo punto apresurado suponer que las libertades “negativas” generan sin más un derecho a obtener prestaciones concretamente exigibles; de nuevo hay que decir que, si bien los poderes públicos pueden “subvencionar” la libertad⁸³, no están obligados a

82 STC 86/1985.

83 Por ejemplo, “el hecho de que el Estado preste asistencia religiosa católica a los individuos de las Fuerzas Armadas no sólo no determina lesión constitucional, sino que ofrece, por el contrario, la posibilidad de hacer efectivo el derecho al culto de los individuos y comunidades”, STC. 24/1982.

hacerlo. Sin embargo, al menos hay un caso en el que cabe afirmar que una libertad o garantía genera una exigencia de igualdad material traducible en una prestación: el derecho a la defensa y asistencia de Letrado⁸⁴.

En efecto, ya en una temprana sentencia de 1982, el Tribunal Constitucional observaba que tal derecho, concebido inicialmente en el marco del Estado de Derecho, había de ser reinterpretado en el marco del Estado social, sugiriendo que “la idea del Estado social de Derecho y el mandato genérico del art. 9.2 exigen seguramente una organización del derecho a ser asistido de Letrado que no haga descansar la garantía material de su ejercicio por los desposeídos en un *munus honorificum* de los profesionales de la abogacía⁸⁵. Más claramente, proporcionar asistencia letrada “se torna en una obligación jurídico-constitucional que incumbe singularmente a los órganos judiciales”, hasta el punto de que puede originarse una situación de indefensión “si al litigante carente de recursos económicos no se le nombra un defensor de oficio”⁸⁶. Así pues, la garantía de la tutela judicial efectiva no genera un derecho universal al asesoramiento gratuito de abogado, pero sí puede fundamentar una pretensión de esa naturaleza cuando el sujeto, además de hallarse en una situación de necesidad económica, resulta acreedor a la tutela que ofrece el art. 24. Esto es, el art. 24 protege unos derechos que se postulan como universales, de manera que, ante carencias de hecho, puede poner en marcha acciones de igualdad material; o, si se prefiere a la inversa, una medida de igualdad material se hace concretamente exigible cuando de la misma depende una garantía a la que “todos tienen derecho”.

Finalmente, el último supuesto se produce cuando una exigencia de igualdad material viene acompañada por una exigencia de igualdad formal. Porque, en efecto, uno de los problemas que presenta la discriminación positiva es que suele faltar un *tertium comparationis* suficientemente sólido o convincente: que el Estado subvencione la educación o atienda las situaciones de extrema necesidad no puede ser invocado como discriminatorio por quien pretende una vivienda gratuita o de precio reducido, pues, según hemos dicho, la Cons-

84 Curiosamente el mismo caso sirve de ejemplo para ilustrar la jurisprudencia alemana e italiana a propósito de la igualdad sustancial. Véase Alexy, R., *op. cit.*, p. 403; Bin, R., *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 116.

85 STC. 42/1982.

86 STC. 132/1992.

titución carece de un programa ordenado de distribución de los recursos. Otra cosa sucede, sin embargo, si los poderes públicos deciden entregar viviendas gratuitas a una cierta categoría de personas y utiliza en la delimitación de esa categoría un criterio irracional, falto de proporción o de cualquier modo infundado; entonces, una pretensión de igualdad material, en principio no exigible ante el Tribunal Constitucional, se fortalece o adquiere virtualidad gracias al concurso de la igualdad formal: el legislador decide que esa pretensión está justificada, pero “clasifica” mal el núcleo de destinatarios merecedores de la misma y, por tanto, quienes resultan discriminados pueden reclamar unos beneficios a los que, de otro modo, no tendrían derecho.

Esta es la razón de ser de muchas de las llamadas sentencias aditivas del Tribunal Constitucional⁸⁷, es decir, de aquellas decisiones en las que el Tribunal extiende a sujetos no mencionados en la norma los “beneficios” en ella previstos; por ejemplo, la STC 103/1983, que amplió para los viudos el régimen de pensiones más favorable establecido para las viudas; o la 116/1987, que consideró que los militares republicanos ingresados en el Ejército después de la rebelión del 18 de julio de 1936 merecían iguales atenciones que aquellos que lo hicieron con anterioridad. Muy probablemente, ni los viudos ni los viejos defensores de la República hubiesen podido fundar una pretensión iusfundamental a la obtención de cierta clase de pensión o ayuda de no ser porque el legislador decidió previamente que tal pretensión estaba justificada para cierto colectivo “análogo”. Es verdad que las consideraciones de igualdad sustancial no bastan y que se requiere además el concurso de la igualdad formal; pero esta última tampoco constituye la justificación de la pretensión iusfundamental, sino que simplemente proporciona el término de comparación que permite considerar irracional la exclusión de un sujeto o grupo.

Ciertamente, este género de sentencias plantean problemas tanto desde el punto de vista de las relaciones entre el legislador y el juez constitucional, como desde la perspectiva de la articulación de la igualdad en forma de prestaciones. Lo primero porque, como es obvio, las “adiciones” o manipulaciones⁸⁸ convierten a quien en la concepción kelseniana era un legislador

87 R. Bin las denomina más claramente “sentencias aditivas de prestación”, *op. cit.*, p. 117.

88 Por ejemplo, la sentencia de la Corte Constitucional italiana 215/1987 ordena que allí donde la ley dice que “será facilitada” la integración de los minusválidos en la escuela, en lo sucesivo diga que “será garantizada”. Véase Bin, R., *op. cit.*, p. 119.

negativo en un legislador positivo⁸⁹. Y lo segundo porque el Tribunal es un órgano poco idóneo o casi imposibilitado para establecer las estructuras administrativas, los procedimientos y las variadas modalidades que exigen o admiten los derechos prestacionales⁹⁰. Con todo, si las sentencias aditivas prestacionales son posibles, es porque resultan también posibles pretensiones basadas en la igualdad material.

La Constitución, pues, ampara directamente posiciones iusfundamentales de igualdad de hecho, si bien con un carácter fragmentario que exige el concurso de otras razones, es decir, de otros derechos o de la propia igualdad formal. Más concretamente, parece que los “complementos” que requiere la igualdad sustancial desempeñan funciones distintas. La concurrencia de un derecho prestacional inmediatamente exigible, como la enseñanza, implica la consagración constitucional de una concreta pretensión adscribible a la igualdad de hecho; que los poderes públicos tienen la obligación de prestar el servicio de la enseñanza supone por ello una toma de posición que elimina toda ulterior discusión: se tiene derecho a la educación gratuita en ciertos niveles sin necesidad de invocar el art. 14. A su vez, la concurrencia de un derecho en principio no prestacional, como el derecho de defensa y a la tutela efectiva, implica una cierta presunción de que el bien tutelado es valioso y merece protección; esto es que, entre los múltiples objetivos que pueden perseguir las acciones positivas de prestación, hay algunos que aparecen “privilegiados” por la Constitución (los derechos fundamentales), representando en consecuencia una razón fuerte en favor de la adopción de medidas de igualdad material. Por último, la presencia de un argumento de igualdad de *iure* o ante la ley significa que, de entrada, no existiría un derecho constitucional a prestaciones, pero que, dada la opción legislativa en favor de ofrecer esas prestaciones a ciertos destinatarios, un imperativo de racionalidad o coherencia exige su extensión a otros sujetos.

89 Véase Rubio, F., “La jurisdicción constitucional como forma de creación de Derecho”, Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 22, p. 38; Gascón, M., “La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción”, Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 41, pp. 66 y ss.

90 Véase Elia, L., “‘Constitucionalismo cooperativo’. ‘Racionalidad’ y ‘Sentencias aditivas’ en la jurisprudencia italiana sobre control de normas”, en *División de poderes e interpretación*, Tecnos, Madrid, 1987.

VI. La naturaleza de los derechos prestacionales

a) El problema de su valor jurídico

Creo que existe una cierta conciencia de que los derechos sociales en general y muy particularmente los derechos prestacionales o no son auténticos derechos fundamentales, representando una suerte de retórica jurídica, o bien, en el mejor de los casos, son derechos disminuidos o en formación. Esto ocurre incluso en la que parece ser filosofía política dominante, que concibe a estos derechos como expresión de principios de justicia secundarios, cuando no peligrosas confirmaciones del criterio utilitarista que amenaza el disfrute de los derechos individuales; o sea, en ningún caso se trata de triunfos frente a la mayoría e incluso, en no pocas exposiciones, aparecen como los principales enemigos que han de superar esos triunfos⁹¹. Consecuentemente, de otro lado, en el panorama que ofrecen los ordenamientos de corte liberal, los derechos prestacionales tienden a situarse en el etéreo capítulo de los principios programáticos, muy lejos, desde luego, de las técnicas vigorosas de protección que caracterizan a los derechos fundamentales⁹². La simple lectura del art. 53 de la Constitución española confirma esta impresión: existen unos derechos civiles y políticos intangibles para el legislador y rodeados de múltiples garantías, y existen unos principios (ni siquiera derechos) rectores de la política social y económica que “informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”, pero que “sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”.

Ciertamente, no todos los derechos prestacionales se hallan recogidos en el Capítulo III del Título I, ni, por cierto, en ese capítulo hay sólo derechos prestacionales, pero no cabe duda que el grueso de la que pudiéramos llamar promesa prestacional de la Constitución se encuentra bajo dicha rúbrica. Por eso, es muy significativo el juicio de uno de los primeros comentaristas: el Capítulo III, decía Garrido Falla en 1979, “está lleno de declaraciones retóricas que por su propia vaguedad son ineficaces desde el punto de vista jurí-

91 He tratado este punto en mis *Estudios sobre derechos fundamentales*, op. cit., pp. 43 y ss.

92 Véase Cascajo, J.L., op. cit., pp. 77 y ss.

dico”⁹³, pues para que una declaración tenga carácter jurídico no basta su inclusión en un texto constitucional o legal, sino que además es necesario “que tenga estructura lógica de norma jurídica: que sea una orden, un mandato, prohibición”⁹⁴, esto es, que adopte una determinada estructura lingüística imperativa.

Esta es una idea ampliamente extendida. Por citar sólo un par de ejemplos, decía E. Forsthoff que el intento de dar vida a derechos sociales “tenía que fracasar, porque formulaciones de este tipo no son aptas para fundamentar derechos y deberes concretos”⁹⁵. Más rotundamente escribe Ph. Braud que “los derechos-obligaciones positivas (...) no son normas jurídicas, pues carecen de una condición indispensable: la aptitud para la efectividad” y, siendo así, “se sitúan fuera del Derecho”⁹⁶.

Me parece que esta posición ha sido hoy mayoritariamente abandonada, pues “ya no se puede dar por buena la vieja tesis, de la época de Weimar, según la cual la imposibilidad de la aplicación inmediata de los derechos sociales constitucionales viene dada por su propia indeterminación”⁹⁷. Sin duda, los principios rectores del Capítulo III, como todos los valores y principios de la Constitución, tienen naturaleza jurídica y participan de la fuerza propia de las normas constitucionales⁹⁸. Ante todo, porque la formulación lingüística del precepto no es un criterio definitivo para separar el Derecho de las buenas intenciones, pues, al margen de que no todos los derechos presenciales aparecen con la misma estructura lingüística, lo cierto es que la concepción del positivismo teórico a propósito de las normas puede considerarse superada: sencillamente, no es cierto que allí donde falta un supuesto de hecho o una consecuencia jurídica perfectamente delimitados falte una

93 Garrido Falla, F., “El artículo 53 de la Constitución”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 21, 1979, p. 176.

94 Garrido Falla, F., “Comentario al art. 53”, en Garrido Falla, F. y otros, *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1980, p. 590.

95 Forsthoff, E., *El Estado de la sociedad industrial*, trad. de L. López Guerra y J. Nicolás Muñiz, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975, p. 258.

96 Braud, Ph., *La notion de liberté publique en Droit français*, LGDJ, París, 1968, pp. 152 y ss.

97 Cascajo, J. L., *op. cit.*, p. 70. En igual sentido, Garrorena, A., *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Universidad de Murcia, 1980, pp. 66 y ss.; Cossío, J. R., *Estado social y derechos de prestación*, citado, p. 252.

98 Véase el estudio más detallado de Aragón, M., *Constitución y Democracia*, Tecnos, Madrid, 1989, pp.74 y ss.

norma jurídica⁹⁹. Que las normas materiales de la Constitución sean “en general esquemáticas, abstractas, indeterminadas y elásticas”¹⁰⁰ no representa ninguna dificultad a su carácter vinculante. En suma, la fuerza jurídica y el valor constitucional de las disposiciones de principio están hoy suficientemente acreditados¹⁰¹; y, por otra parte, la llamada retórica constitucional no es monopolio del Capítulo III, sino que es posible hallarla en otros pasajes constitucionales, incluso dentro de la sección 1ª del Capítulo II, como en el art. 27.2º.

b) Dimensión objetiva

En cuanto que normas objetivas, las cláusulas que recogen derechos sociales o prestacionales vinculan a todos los poderes públicos, incluido el legislador, por lo que, en principio, nada impide que sean invocados en cualquier instancia jurisdiccional y, por supuesto, que sirvan de parámetro para el juicio de constitucionalidad. Böckenförde ha resumido esa vinculación efectiva en tres aspectos: el fin o programa que supone un derecho prestacional se sustrae a la en otro caso libertad del legislador; es inadmisibles la inactividad o la desatención evidente y grosera por parte de los poderes públicos; y, por último, la satisfacción conferida a un derecho prestacional, una vez establecida, se muestra relativamente irreversible, en el sentido de que está protegida frente a una supresión definitiva o frente a una reducción que traspase los límites hacia la desatención grosera¹⁰².

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional pone de relieve que la toma en consideración de los principios rectores y de los derechos prestacionales en cuanto que normas objetivas no es meramente retórica. Por ejemplo, en una cuestión de inconstitucionalidad acerca del art.160 de la Ley de Seguridad Social de mayo de 1974, el Tribunal acude al principio rector del art. 41 nada menos que para considerar caduco un modelo de Seguridad Social basado en el principio contributivo y de compensación frente al daño, y

99 He tratado este tema más ampliamente en las *Lecciones de Teoría del Derecho*, con Betegón, J., M. Gascón y J. R. de Páramo, *op. cit.*, pp. 323 y ss.

100 Véase Rubio, F., *op. cit.*, p. 63.

101 He tratado la cuestión más detenidamente en *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, C.E.C., Madrid, 1992, pp. 135 y ss.

102 Véase Böckenförde, E. W., *op. cit.*, p. 81.

sustituirlo por un sistema basado en la protección frente a la necesidad o la pobreza económica. En concreto, “acoger el estado o situación de necesidad como objeto y fundamento de la protección implica una tendencia a garantizar a los ciudadanos un mínimo de rentas, estableciendo una línea por debajo de la cual comienza a actuar la protección”¹⁰³. Y, confirmando esta doctrina, una sentencia posterior declara que la Seguridad Social representa hoy una “función del Estado” cuya finalidad constitucional es la “reducción, remedio o eliminación de situaciones de necesidad”¹⁰⁴.

Precisamente, con motivo de otro asunto sobre pensiones, el Tribunal tuvo oportunidad de sentar una doctrina bastante nítida acerca del valor de los principios rectores y de su importancia en la interpretación constitucional. Ante todo, pone de relieve la conexión existente entre el principio del Estado social y democrático de Derecho (art. 1,1), la igualdad sustancial (art. 9,2) y los principios rectores del Capítulo III, cuyo régimen jurídico establecido en el art. 53,3 “impide considerar a tales principios como normas sin contenido y que obliga a tenerlos presentes en la interpretación tanto de las restantes normas constitucionales como de las leyes”; particularmente, en este caso el juego de los tres criterios enunciados se muestra fundamental para enjuiciar cuándo una desigualdad jurídica entraña discriminación; más aún, el art. 50 relativo a la protección de la vejez resulta ser un “criterio de interpretación preferente”¹⁰⁵. Cabe decir que hoy esta es una doctrina plenamente consolidada: los principios rectores, “al margen de su mayor o menor generalidad de contenido, enuncian proposiciones vinculantes en términos que se desprenden inequívocamente de los artículo 9 y 53 de la Constitución”¹⁰⁶.

La proclamación del valor normativo de los principios rectores es frecuente en la jurisprudencia constitucional, si bien la concreta operatividad de los mismos no resulta siempre uniforme y generalmente depende de la presencia de otras disposiciones constitucionales relevantes para el caso. Así,

103 STC 103/1983.

104 STC 65/1987. La STC 37/1994, si bien reconoce la libertad del legislador para modular la acción protectora del sistema, recuerda que el art. 41 “consagra en forma de garantía institucional un régimen público” cuyo “núcleo o reducto indisponible por el legislador (...) ha de ser preservado en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar”.

105 STC 19/1982.

106 STC 14/1992.

en ocasiones, los principios vienen a justificar limitaciones a ciertos derechos que de otra manera acaso no podrían formularse: la protección del medio ambiente (art. 45) juega como límite a la explotación de los recursos naturales y al aumento de la producción, en suma, al derecho de propiedad¹⁰⁷; del mismo modo, la política de pleno empleo (art. 40) “supone una limitación de un derecho individual, como el derecho al trabajo” (art. 35), limitación que está justificada porque “se apoya en principios y valores asumidos constitucionalmente, como son la solidaridad, la igualdad real y efectiva y la participación de todos en la vida económica del país”¹⁰⁸. Otras veces, en cambio, es el propio Tribunal quien armoniza distintas disposiciones, concretando el alcance de algún principio; por ejemplo, el principio de protección a la familia (art. 39) no sólo constituye un límite a la embargabilidad de bienes¹⁰⁹, sino que permite derivar a través del art. 14 una igualación “por arriba” entre civiles y militares en materia de embargo de haberes¹¹⁰; y el genérico principio del Estado social unido a las exigencias de la igualdad sustancial obliga a realizar la equiparación de sexos extendiendo la regulación más favorable: “dado el carácter social y democrático del Estado de Derecho (...) y la obligación que al Estado imponen los arts. 9,2 y 35... debe entenderse que no se puede privar al trabajador sin razón suficiente para ello de las conquistas sociales ya conseguidas. De esta manera... no debe restablecerse la igualdad privando al personal femenino de los beneficios que en el pasado hubiera adquirido, sino otorgando los mismos al personal masculino”¹¹¹.

Finalmente, si antes vimos que un derecho prestacional inmediatamente exigible como la educación daba lugar a posiciones subjetivas de igualdad sustancial, cabe constatar también que la conexión de esta última a una directriz o principio rector puede hallarse en la base de una norma objetiva.

107 STC 64/1982 y 66/1991.

108 STC 22/1981.

109 STC 113/1989.

110 STC 54/1986.

111 STC 81/1982. Por cierto, en esta sentencia pudiera apreciarse un atisbo del principio de irreversibilidad de las conquistas sociales; véase Parejo, L., *Estado social y Administración pública*, Civitas, Madrid, 1983, pp. 89 y ss. Sin embargo, no creo que el Tribunal Constitucional llegue tan lejos: la igualación “por arriba” entre trabajadores y trabajadoras es una opción interpretativa estimulada por los principios del Estado social y de la igualdad sustancial, pero ello no impide que “en el futuro el legislador pueda establecer un régimen diferente del actual”.

En este sentido, la jurisprudencia en materia de igualdad de la mujer trabajadora resulta interesante al menos por dos motivos: primero, porque el sexo no sólo constituye uno de los criterios prohibidos por el art. 14 en orden al establecimiento de desigualdades normativas, sino porque además el art. 35,1 reitera que en materia laboral “en ningún caso puede hacerse discriminación por razón de sexo”; y segundo, porque el enunciado prestacional que sirve para amparar desigualdades jurídicas en favor de una igualdad de hecho para la mujer resulta ser tan amplio o impreciso como el contenido en el art. 39,2: “Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección (...) de las madres”. Pues bien, pese a ello, el Tribunal Constitucional “no puede ignorar” que existe una realidad de hecho discriminatoria para la mujer, por lo que, en tanto perdure, “no pueden considerarse discriminatorias las medidas tendentes a favorecer el acceso al trabajo de un grupo en situación de clara desigualdad social”¹¹²; es más, el mandato de “interdicción de la discriminación implica también la adopción de medidas que tratan de asegurar la igualdad efectiva de trato y oportunidades de la mujer y del hombre”¹¹³.

La jurisprudencia examinada creo que pone de relieve una virtualidad y una insuficiencia. La virtualidad es que los principios rectores y los derechos prestacionales que derivan de los mismos encarnan normas objetivas de eficacia directa e inmediata al menos en dos aspectos: como cobertura de una acción estatal que en otro caso pudiera resultar lesiva desde la perspectiva de ciertos derechos y libertades; y como pautas interpretativas de disposiciones legales o constitucionales, permitiendo soluciones más acordes con el modelo del Estado social. En consecuencia, sirven principalmente para justificar leyes ya dictadas desde el impulso político o también para escoger significados posibles dentro del ámbito semántico de esas leyes. En particular, creo que esta última es la dimensión más interesante desde el punto de vista de la interpretación constitucional: dada la pluralidad de significados, es decir, de normas que cabe obtener de todo enunciado lingüístico¹¹⁴, los principios rectores se muestran como razones a favor de escoger aquellas más acordes con la igualdad sustancial y, en general, con los valores que están detrás del Capítulo III.

112 STC 128/1987.

113 STC 109/1993.

114 Véase Guastini, R., *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Torino, 1990, pp. 15 y ss.

La insuficiencia me parece que también es doble: primero, y seguramente por la propia formulación lingüística de los principios rectores, por lo común indicativa y genérica, no puede decirse que resulte habitual invocarlos como parámetro único para acordar la inconstitucionalidad de una ley, aunque ello no resulte jurídicamente imposible; si cabe decirlo así, los principios rectores entran en escena más para respaldar al legislador que para sancionarlo, y es que los enunciados constitucionales resultan aquí lo suficientemente amplios como para que casi cualquier política pueda justificarse, pero también para que casi ninguna pueda reputarse como obligatoria. La segunda, y acaso más importante, es que a partir de los principios rectores es difícil construir posiciones subjetivas de prestación, no sólo porque existan dificultades procesales para que los sujetos titulares puedan reivindicar su cumplimiento, dos problemas que conviene a mi juicio separar, sino por otras razones que serán seguidamente examinadas.

c) Dimensión subjetiva

Así pues, que la toma en consideración de los derechos prestacionales resulte relevante todavía no demuestra que los mismos puedan cimentar auténticas posiciones subjetivas iusfundamentales del mismo tipo que las que nacen de las libertades individuales; es decir, posiciones que supongan el reconocimiento constitucional a determinada prestación en ausencia de ley que desarrolle el principio rector, o incluso contra la voluntad de la mayoría expresada en la ley. Pero para abordar esta cuestión conviene aclarar dos aspectos, a saber: el estatus constitucional de los derechos prestacionales y las eventuales dificultades de su tutela judicial derivadas de la exigencia de desarrollo legislativo.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, conviene advertir que, si bien la mayor parte de los derechos prestacionales aparecen en el devaluado Capítulo III, algunos otros gozan de la máxima protección jurídica. Ya hemos tenido oportunidad de referirnos a la asistencia y defensa letrada; desde luego, es evidente que aquí los poderes públicos tienen una cierta libertad de configuración en orden a regular las formas y modalidades de las prestaciones, pero en ningún caso hasta el punto de suprimir o debilitar absolutamente el derecho: en determinadas circunstancias, toda persona tiene derecho a obte-

ner y el Estado la obligación de proporcionar defensa letrada gratuita. Lo mismo cabe decir del derecho a la educación: también aquí el legislador dispone de una amplia discrecionalidad para organizar la enseñanza, pero al final ha de garantizar la escolarización gratuita de todos los niños en los niveles básicos, y esta es sin más una pretensión accionable ante los Tribunales, incluido el Constitucional¹¹⁵. En ambos casos, y por muy amplia que sea la libertad de configuración del legislador como consecuencia de la propia imprecisión del precepto, el estatus constitucional fuerte de estos derechos prestacionales, es decir, su inclusión en la sección 1ª del Capítulo II, parece resolver el problema de su tutela judicial; luego este último no deriva inicialmente, como a veces parece pensarse, sólo de la estructura lingüística del enunciado que reconoce el derecho: aunque sea mucho lo que le corresponde decir al legislador, la tutela judicial del derecho a una prestación educativa está fuera de duda, y esa tutela se proyecta lógicamente sobre dimensiones subjetivas.

Sin embargo, y esta es la segunda cuestión previa, resulta que la mayor parte de los derechos prestacionales aparece recogida en el Capítulo III del Título I y, por tanto, se ve afectada por el art. 53,3: los principios rectores/derechos prestacionales “informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”, pero “sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”. Como ya se ha dicho, la redacción del precepto no es muy afortunada, pero en modo alguno puede suponerse que los arts. 39 y siguientes de la Constitución no sean alegables ante los tribunales ordinarios, pues, si su reconocimiento, respeto y protección debe informar la “práctica judicial”, es evidente que no sólo son alegables, sino que deberán ser aplicados por los tribunales. En realidad, lo que el precepto parece querer decir es que los principios rectores no son todavía derechos en sentido técnico¹¹⁶, es decir, no

115 En cambio, como es comprensible, el Tribunal Constitucional ha interpretado muy cautamente el art. 35, donde se reconoce el derecho al trabajo. En su opinión, este derecho presenta dos dimensiones muy distintas: de libertad, tutelada por el art. 35, y de prestación, que adscribe, en cambio, al art. 40.1, que simplemente establece que los poderes públicos “realizarán una política orientada al pleno empleo”. Véase STC 22/1981.

116 Empleo aquí la terminología de Kelsen: “un derecho subjetivo en sentido técnico (consiste) en un poder jurídico otorgado para llevar adelante una acción por incumplimiento de la obligación”, *Teoría pura del derecho*, 2ª ed. 1960, trad. de R. Vernengo, UNAM, 5ª edición, México, 1986, p. 147.

ampan una concreta acción ante la justicia dirigida a obtener la prestación “prometida”. Las normas constitucionales son directamente invocables y aplicables en el curso de cualquier controversia jurídica, pero su configuración como verdaderos derechos accionables ante la jurisdicción requiere la mediación del legislador, cuya función será concretar el alcance de la declaración, establecer formas de tutela, etc. Esta conclusión se obtenía con mayor claridad de la primitiva redacción del precepto¹¹⁷, pero la fórmula vigente debe conducirnos al mismo resultado.

Ahora bien, esta exigencia de desarrollo legislativo no vacía de contenido constitucional a los derechos prestacionales, ni siquiera impide que pueda apreciarse en ellos una dimensión subjetiva. Primero, porque la intervención del legislador es necesaria para articular derechos subjetivos accionables ante los tribunales y sólo conveniente para perfilar los contornos de unos derechos que ya existen en y desde la Constitución. Y, segundo, porque el desarrollo legislativo resulta también imprescindible en otros muchos derechos fundamentales¹¹⁸, y del mismo modo que en la hipótesis (absurda) de que el Estado decidiese dismantelar la organización de justicia o en la (no tan absurda) de que quisiera hacer lo propio con el sistema público de enseñanza, ni el derecho a la tutela judicial ni el derecho a la educación dejarían de ser derechos constitucionales, así tampoco los derechos prestacionales deben su existencia a la actitud del legislador. Pero, sobre todo, conviene insistir en que la restricción contenida en el art. 53,3 afecta sólo a las posibilidades de tutela judicial ordinaria, que acaso sea la principal consecuencia de la dimensión subjetiva de un derecho, pero que no se identifica con ella. El mencionado precepto no impide —entre otras cosas porque no podría hacerlo— que por vía interpretativa se perfilen pretensiones subjetivas a partir de enunciados prestacionales, por más que esa interpretación no pueda producirse en el curso de un proceso ordinario iniciado por el sujeto titular con el único apoyo de un principio rector.

Así pues, con desarrollo legislativo o sin él, si los derechos prestacionales del Capítulo III han de informar la práctica judicial, es que pueden ser objeto de interpretación por los tribunales ordinarios, cualquiera que sea la vía ju-

117 En el proyecto constitucional publicado en el Boletín Oficial de las Cortes de 5 de enero de 1978 se decía que “no podrán ser alegados directamente como derechos subjetivos ante los tribunales”.

118 Véase Alexy, R., *op. cit.*, p. 496.

dicial utilizada; y, desde luego, resultan justiciables también ante el Tribunal Constitucional, y no sólo a través del recurso y de la cuestión de inconstitucionalidad, sino acaso también mediante el recurso de amparo. Ciertamente, esta posibilidad requiere una interpretación algo tortuosa, dado que los principios rectores del Capítulo III están excluidos del recurso de amparo, pero creo que no se encuentra impedida por completo; por ejemplo, cabría articular dicho recurso a través de alguno de los derechos susceptibles de obtener tutela judicial mediante ese procedimiento para seguidamente ser interpretado a la luz o en conexión con un derecho prestacional¹¹⁹. En suma, que la jurisdicción ordinaria no pueda brindar tutela directa a posiciones subjetivas nacidas de un derecho prestacional mientras falte el desarrollo legislativo, según establece el art. 53,3, no significa que en el curso de cualquier procedimiento tenga prohibida la consideración de los principios rectores, como tampoco impide que haga lo propio el Tribunal Constitucional por cualquier camino procesal, incluido el amparo si resulta viable a través de otro derecho¹²⁰.

Por otra parte, el recurso de amparo resulta posible una vez que se haya producido el desarrollo legislativo a que alude el art. 53,3 y, por tanto, una vez que la jurisdicción ordinaria tenga competencia para conocer demandas directamente orientadas a la tutela de derechos prestacionales. En efecto, del mismo modo que cuando la violación de un derecho se ha producido en una relación jurídico privada el Tribunal Constitucional imputa la infracción al juez que no puso el adecuado remedio, considerando que en su omisión se encuentra el “origen inmediato y directo” de la violación (art. 44,1 LOTC)¹²¹, así también cuando un derecho prestacional no resulta satisfecho por el sujeto público o privado llamado a cumplirlo y la jurisdicción deja de

119 Cabe hablar aquí de una ampliación del ámbito del recurso de amparo por vía de conexión, esto es, de la tutela de una garantía o derecho en principio excluido del núcleo protegido, pero que se puede conectar a otro derecho susceptible de amparo. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha defendido una especie de derecho al rango de ley orgánica a partir de una conexión entre el art. 17,1 y el 81,1, STC 159/1986; o un derecho a la motivación de las decisiones judiciales sobre la base de la conexión del art. 120,3 al 24,1, STC 14/1991.

120 Por ejemplo, un derecho al “mínimo vital” podría construirse a partir del derecho a la vida (art.15), del principio de Estado social (art. 1,1), conectado a la dignidad de la persona (art. 10,1) y, en fin, de algún principio rector, como el derecho a la protección de la salud, a una vivienda digna, etc.

121 Véase, por ejemplo, STC 55/1983 y 18/1984.

prestar la adecuada tutela, cabe admitir el amparo contra la sentencia correspondiente; siempre, claro está, que además pueda invocarse alguno de los derechos susceptibles de amparo. En cierto modo, este es el camino que parece anunciar el Tribunal cuando, ante el incumplimiento por el empresario de las medidas de sanidad e higiene en el trabajo, dice que “la pasividad del juez ante una conducta empresarial que pusiera en peligro la vida o la integridad física de los trabajadores podría vulnerar el derecho de éstos a dichos bienes y a los preceptos que los reconocen”¹²².

Y llegados a este punto, es decir, al punto en que un órgano jurisdiccional a través de cualquier vía o procedimiento es llamado a decidir sobre un derecho prestacional, se suscita la que acaso sea pregunta nuclear: en qué condiciones y con qué alcance puede ofrecerle tutela. Aquí quizá convenga llamar la atención sobre dos modalidades distintas de derechos prestacionales, aun cuando las consecuencias prácticas no sean a mi juicio muy diferentes. La primera es la modalidad de los derechos propiamente dichos, por impreciso que pueda resultar el contenido obligacional; por ejemplo, “se reconoce el derecho a la protección de la salud” (art. 43,1) o “todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada” (art. 47). La segunda modalidad es la de los principios-directriz; por ejemplo, los poderes públicos “realizarán una política orientada al pleno empleo” (art. 40,1), “mantendrán un régimen público de Seguridad social” (art. 41) o “realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos” (art. 49). En mi opinión, la diferencia es más bien de matiz. Los principios-directriz son normas programáticas o mandatos de optimización, que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diferente grado o, lo que es lo mismo, porque no prescriben una conducta concreta, sino sólo la obligación de perseguir ciertos fines, pero sin imponer los medios adecuados para ello, ni siquiera tampoco la plena satisfacción de aquellos fines: “realizar una política de (...) u orientada a (...), promover las condiciones para (...)” en puridad no supone establecer ninguna conducta determinada como jurídicamente debida¹²³. Los enunciados normativos que presentan la fisonomía de derechos, en cambio, no serían principios abiertos,

122 ATC 868/1986.

123 Véase Atienza, M. y Ruiz Manero, J, “Sobre principios y reglas”, *Doxa*, núm. 10, 1991, p. 110.

sino reglas, aunque tan sumamente imprecisas que apenas permitirían fundar pretensiones concretas por vía de interpretación: el derecho a la vivienda, por ejemplo, puede intentar satisfacerse mediante subsidios de alquiler o fijando un precio tasado o, en fin, mediante la construcción pública; por otro lado, ¿qué condiciones ha de reunir una “vivienda digna”?, ¿debe garantizarse a todos o sólo a quienes carecen de cierto nivel económico?¹²⁴. Y lo mismo cabe decir del derecho al trabajo: entre las más modestas medidas de fomento del empleo y el ideal de que cada persona pueda gozar en todo momento de un trabajo adecuado, gratificante y seguro existe un amplísimo campo de posibilidades.

Que el enunciado constitucional y, por tanto, que el contenido obligatorio de los derechos prestacionales resulte abierto o impreciso no constituye ninguna novedad para la teoría de la interpretación, que con frecuencia ha de trabajar con conceptos no menos vagos o ambiguos. El problema reside en determinar quién es el sujeto competente para configurar de modo concreto lo que en la Constitución aparece con perfiles tan difuminados, si dicha tarea corresponde sólo al legislador y a la Administración o si, por el contrario, la jurisdicción y especialmente la jurisdicción constitucional gozan también de alguna competencia en esta materia. Aquí es donde aparece la principal dificultad para una consideración de los derechos prestacionales como auténticos derechos fundamentales susceptibles de tutela judicial: las prestaciones, en efecto, requieren un amplio entramado organizativo, el diseño de servicios públicos, el desarrollo de procedimientos y, sobre todo, el empleo de grandes medios financieros que implican la adopción de decisiones típicamente políticas, de “legislación positiva” que, en el marco del Estado de Derecho y de separación de poderes, parecen excluidas del ámbito jurisdiccional¹²⁵. Sin embargo, de aceptarse íntegramente esta idea, la conclusión resultaría cuando menos desalentadora, ya que entonces los derechos prestacionales carecerían de toda dimensión subjetiva, es decir, no serían propiamente derechos¹²⁶, ni siquiera derechos fragmentarios, sino sólo normas constitucionales objetivas con todas sus virtualidades, salvo acaso la más importante, la de ser capaces de cimentar posiciones iusfundamentales.

124 Véase Böckenförde, E. W., *op. cit.*, p. 77.

125 *Ibidem*.

126 Véase en este sentido, Cossío, J. R., *op. cit.*, pp. 233 y ss.

Alexy ha intentado resolver el problema con una argumentación sugestiva. La idea fundamental es que, desde la Constitución, debe renunciarse a un modelo de derechos sociales definitivos e indiscutibles; las exigencias presenciales entran siempre en conflicto con otros principios o derechos, singularmente con la competencia legislativa y con los requerimientos de otras libertades o derechos, por lo que determinar en cada caso concreto si está justificada una prestación requiere un previo ejercicio de ponderación entre razones tendencialmente contradictorias que siempre concurrirán en mayor o menor medida. Concretamente, una posición de prestación estará definitivamente garantizada cuando el valor que está detrás de los derechos sociales, la libertad real o efectiva, exija con urgencia la satisfacción de una necesidad y, a su vez, los principios o derechos en pugna (el principio democrático en favor del legislador, las libertades de terceros, etc.) se vean afectados de modo reducido. En opinión de Alexy, esta condición se cumple “en el caso de los derechos fundamentales sociales mínimos, es decir, por ejemplo, a un mínimo vital, a una vivienda simple, a la educación escolar...”¹²⁷.

El Tribunal Constitucional español no parece haber llegado tan lejos, sino que, más bien al contrario, su firme reconocimiento de la libertad de configuración por parte del legislador parece impedir toda posible construcción de posiciones subjetivas de carácter prestacional. De un lado, en efecto, da a entender que de los principios rectores no cabe obtener ningún tipo de derecho subjetivo¹²⁸, acaso identificando la inviable tutela directa a través del recurso de amparo con la imposibilidad de perfilar posiciones subjetivas a partir de tales principios. De otro lado, subraya el carácter no vinculante de los medios necesarios para cumplir los fines o las prestaciones constitucionales; por ejemplo, en relación con el principio de protección familiar (art. 39), sostiene que “es claro que corresponde a la libertad de configuración del legislador articular los instrumentos, normativos o de otro tipo, a través de los que hacer efectivo el mandato constitucional, sin que ninguno de ellos resulte *a priori* constitucionalmente obligado”¹²⁹; y lo mismo cabe decir de la Seguridad Social, pues si bien corresponde a todos los poderes públicos la tarea de acercar la realidad al horizonte de los principios rectores, de “entre

127 Alexy, R., *op. cit.*, p. 495.

128 ATC 241/1985.

129 STC 222/1992.

tales poderes públicos son el legislador y el Gobierno quienes tienen el poder de iniciativa (...) Son ellos, y no este Tribunal, quienes deben adoptar decisiones y normas”¹³⁰. Finalmente, tampoco parece haber acogido el criterio de “irregresividad” que alguna doctrina creía ver en el Capítulo de los derechos sociales¹³¹, esto es, la idea de que, si bien los derechos prestacionales no imponen una obligación de “avanzar”, sí establecen una prohibición de “retroceder”; con independencia de que dicho criterio pueda considerarse incorporado a la Constitución, aspecto sobre el que el Tribunal rehúsa pronunciarse, resulta que del art. 50, relativo a la protección de los ancianos, no se deduce el deber de mantener “todas y cada una de las pensiones iniciales en su cuantía prevista ni que todas y cada una de las ya causadas experimenten un incremento anual”¹³².

Por tanto, los resultados no parecen hoy por hoy excesivamente prometedores. Sólo en alguna ocasión el Tribunal se ha pronunciado en favor de un núcleo indisponible para el legislador; así, a propósito del sistema de Seguridad Social, el Tribunal dice que el art. 41 “consagra en forma de garantía institucional un régimen público cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo... un núcleo o reducto indisponible por el legislador”¹³³. Ciertamente, no queda muy claro el concreto alcance de ese núcleo, pues para determinarlo se remite a “la conciencia social de cada tiempo y lugar”, pero lo importante es que su existencia, en éste y seguramente en otros derechos prestacionales, acredita lo que pudiéramos llamar una “competencia de configuración” por parte del Tribunal, al margen y por encima del legislador, pues a la postre es al Tribunal a quien corresponde traducir la “conciencia social” en exigencias concretas. Que los derechos prestacionales gozan de un núcleo indisponible significa que, al menos, algunas prestaciones representan auténticos derechos fundamentales, es decir, pretensiones subjetivas jurídicamente reconocibles con independencia de la mayoría política.

130 STC 189/1987.

131 Véase Esteban, Jorge de y Luis López Guerra, *El régimen constitucional español*, vol.1, con la colaboración de García Morillo, J. y P. Pérez Tremps, Labor, Barcelona, 1980, p. 346; Sagardoy, J. A., “Comentario al art. 50”, en *Comentarios a la Constitución Española*, dirigidos por O. Alzaga, Edersa, Madrid, 1984, vol. IV, p. 387.

132 STC 134/1987. Véase también la STC 81/1982 comentada en la nota 106 de este trabajo.

133 STC 37/1994. El subrayado es nuestro.

Esta idea del “núcleo o reducto indisponible” recuerda sin duda a la defensa del “contenido esencial” que establece la Constitución para los derechos del Capítulo II (art. 53,1). Algunos autores han querido ver precisamente en esa cláusula del “contenido esencial” el elemento o rasgo definidor de la fundamentalidad en nuestro sistema¹³⁴, lo que directamente conduce a los principios rectores a las tinieblas de la no fundamentalidad y acaso a la imposibilidad de construir mediante ellos posiciones subjetivas. No creo que esta sea una consecuencia ineludible: con independencia del juego que permita esa especial garantía del contenido esencial¹³⁵, lo cierto es que los principios rectores son enunciados constitucionales y todos los enunciados constitucionales, por el mero hecho de serlo, han de ostentar algún contenido esencial o núcleo indisponible para el legislador. Una conclusión diferente llevaría al resultado paradójico de que, en nombre de una mejor protección de ciertos derechos, se habría desactivado o disminuido la tutela de las demás normas constitucionales.

A mi juicio, las dificultades que se oponen a una consideración más vigorosa de los derechos prestacionales como auténticos derechos por parte de la jurisprudencia constitucional son las cuatro siguientes: inviabilidad del recurso de amparo, libertad de configuración en favor del legislador, necesidad de dictar normas organizativas y de comprometer medios financieros y, finalmente, posible colisión con otros principios o derechos constitucionales. Por lo que se refiere al primer aspecto, ya se ha indicado que no parece por completo imposible sostener en vía de amparo una pretensión prestacional cuando ésta pueda conectarse a uno de los derechos especialmente tutelados; pero, en cualquier caso, nada impide que el Tribunal proceda al reconocimiento de esas posiciones subjetivas a través de un recurso o cuestión de inconstitucionalidad: una cosa es que se excluya cierta acción procesal y otra distinta poder ostentar un derecho a cierta prestación, derecho que el Tribunal puede reconocer como parte del “núcleo indisponible”; si existe una esfera intangible, ésta puede ser identificada por el Tribunal Constitucional y de la

134 Así, Cossío, J. R., *op. cit.*, pp. 68 y ss.

135 Cuestión sumamente discutida y que he tratado en mis *Estudios sobre derechos fundamentales*, *op. cit.*, capítulos VI y VII. Véase también el reciente libro de Gavara, J. C., *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, C.E.C., Madrid, 1994.

misma pueden también formar parte dimensiones subjetivas, con independencia de que el titular encuentre impedida su defensa mediante el recurso de amparo.

La segunda dificultad, la libertad de configuración del legislador, en realidad no es una verdadera dificultad para la jurisdicción constitucional, pues el art. 53,3 lo único que establece es que los principios rectores requieren desarrollo legislativo para ser alegados (como derechos subjetivos, según se ha visto) ante la jurisdicción ordinaria. Si los principios del Capítulo III son auténticas normas constitucionales, bien que abiertas o imprecisas, y esto es algo que nunca ha puesto en duda el Tribunal, entonces resulta que la famosa libertad de configuración del legislador ha de relativizarse de modo notable. Si esa libertad se traduce en una ausencia o en una insuficiencia de legislación, entonces el Tribunal puede suplir la omisión del Parlamento, al menos dentro de los límites del núcleo indisponible; del mismo modo que una reserva de ley establecida por la Constitución “no tiene el significado de diferir la aplicación de los derechos fundamentales y libertades públicas hasta el momento en que se dicte una ley posterior”¹³⁶, así tampoco la falta de desarrollo legislativo de un principio rector convierte a éste en un enunciado jurídicamente inexistente. Y si aquella libertad se traduce en una defectuosa regulación, la labor de suplencia puede sustituirse, siempre dentro del ámbito de indisponibilidad, por una labor de corrección. En suma, habida cuenta del carácter de los enunciados del Capítulo III, cabe reconocer en relación con ellos una mayor libertad del legislador, pero no hasta el punto de anular por completo la virtualidad de las disposiciones constitucionales. Lo único que, con seguridad, depende exclusivamente de la voluntad del legislador es la articulación de los instrumentos procesales para que el titular del derecho pueda hacerlo valer en la jurisdicción ordinaria; la libertad de configuración es también muy amplia en relación con el contenido del derecho, es decir, con las obligaciones que de él derivan, pero en ningún caso puede ser absoluta, si es que no se quiere vaciar por completo el significado de las disposiciones constitucionales.

Ahora bien, ¿dentro de qué márgenes puede moverse la acción del Tribunal Constitucional? Aquí aparece la tercera dificultad enunciada: los derechos

136 STC 18/1981.

prestacionales suelen requerir cuantiosos recursos financieros, cuya distribución es competencia del Parlamento, así como una “legislación positiva” que desarrolle procedimientos, organice servicios, etc. Tampoco estas dificultades son insuperables. De un lado, no es algo inédito que las sentencias del Tribunal presenten efectos económicos gravosos para el Estado; por ejemplo, ya hemos citado la que estableció la obligación de la asistencia y defensa letrada, o la que decidió que ciertas pensiones en favor de las viudas debían extenderse también a los viudos. Y en cuanto al diseño de servicios y procedimientos, si bien es cierto que el Tribunal no es el órgano más adecuado para llevarlo a cabo, conviene indicar dos cosas: primera, que tampoco son por completo desconocidas las sentencias aditivas donde el Tribunal actúa como un legislador positivo, haciendo, por tanto, lo que en principio no está llamado a hacer¹³⁷; y segunda, que en algunas ocasiones el Tribunal no ha tenido ningún inconveniente en reconocer derechos allí donde la Constitución remitía a una ley claramente organizativa y procedimental, como ocurrió con la jurisprudencia sobre la objeción de conciencia anterior a que se dictase la legislación pertinente, mediante la que el Tribunal dotó de un mínimo contenido a un derecho que el art. 30,2 ordena se regule “con las debidas garantías”, entre ellas la posibilidad de imponer una prestación social sustitutoria¹³⁸. En suma, es cierto que la distribución de los recursos financieros y la organización de servicios públicos es competencia del legislador, no del Tribunal, pero tampoco se trata de un criterio absoluto que nunca pueda ser superado por otras razones que en algún caso se muestren más urgentes, entre ellas una exigencia constitucional de naturaleza prestacional.

Finalmente, el problema de la colisión con otros derechos y libertades es, de nuevo, un problema común a todos los derechos fundamentales, que el Tribunal ha de resolver con las mismas herramientas de la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, etc. Si la libertad de expresión puede entrar en conflicto con el derecho al honor y esto no supone que entre ambos dere-

137 Las sentencias aditivas suelen ser aquellas en que, para salvar una discriminación, en lugar de anular una norma que establece la desigualdad injustificada, se extiende su ámbito a personas o situaciones inicialmente no contempladas. Ya han sido citadas al hablar del principio de igualdad sustancial.

138 “Es cierto que cuando se opera con esa reserva de configuración legal el mandato constitucional no puede tener, hasta que la regulación se produzca, más que un mínimo de contenido [...] pero ese mínimo contenido ha de ser protegido”, STC 15/1982.

chos exista un orden o jerarquía estricta, sino que el problema se resuelve caso por caso, otro tanto sucede, por ejemplo, con el conflicto entre el derecho a la vivienda y la propiedad privada, o entre el derecho al trabajo y la autonomía de la voluntad. No existe un orden de prelación estricto, y que los principios en pugna sean adscribibles a uno u otro capítulo o fragmento de la Constitución tan solo tiene, en el mejor de los casos, un valor indicativo; a la postre, sólo en el momento interpretativo encuentran solución tales conflictos.

VII. Entre la justicia y la política

Suele decirse que el Estado constitucional es un marco de convivencia que permite la alternancia política y, por tanto, el establecimiento y desarrollo de distintas y aún contradictorias concepciones ideológicas, preservando los derechos de las minorías y, en consecuencia, asegurando la integración de todos los individuos y grupos; simplificando, el Estado constitucional democrático se caracteriza porque mucho debe quedar a la libre configuración del legislador, pero bastante también reservarse a la esfera de lo inaccesible para la mayoría. Sin embargo, sería seguramente erróneo pensar que entre el ámbito de lo innegociable y el ámbito de lo político es posible trazar una frontera material nítida y rigurosa; acaso es cierto que algunos fragmentos constitucionales se inscriben más bien en el capítulo de la justicia, mientras que otros pertenecen principalmente al capítulo de la política, pero ni la configuración legislativa está excluida por completo en el primero, ni la configuración judicial puede hallarse en absoluto ausente del segundo.

Suponer que hay “materias” de la justicia inaccesibles para el legislador, al margen de evocar un cierto iusnaturalismo, resultaría muy poco democrático; pero suponer que existen “materias” de la política inaccesibles para el juez resultaría con seguridad muy poco constitucional. Por ello, tal vez en lugar de pensar en “materias”, deberíamos pensar en círculos de competencia. Desde luego, tampoco aquí la separación puede ser tajante, pero, cuando menos, apunta en un sentido susceptible de conjugar los dos principios en pugna: el principio de la democracia, pues ningún ámbito queda sustraído a la particular concepción de la mayoría; y el principio de la constitucionalidad o de defensa de la posición del individuo incluso frente a la mayoría, pues

ningún ámbito queda absolutamente al arbitrio de la política. En el fondo, es un problema de límites: hasta dónde se extiende la libertad de configuración de la ley, y a partir de qué punto no puede abdicar la actuación judicial en defensa del núcleo irreductible de la justicia (de la justicia expresada en la Constitución, por supuesto).

La cuestión es que esos límites no son idénticos respecto de todas las disposiciones constitucionales. Para ceñirnos al tema de los derechos, las diferencias entre aquellos que se adscriben principalmente a la esfera de la justicia y aquellos otros que se reclaman principalmente de la esfera de la política resultan patentes. De un lado, y este es quizás el lado más visible, porque la propia Constitución traza expresamente límites distintos, sobre todo en el art. 53; de otro, porque, como se ha visto, presentan un carácter e incluso una formulación lingüística dispar, que hace que los derechos prestacionales se adapten mucho peor a las instituciones y técnicas propias de la jurisdicción. Basta recordar algunas de las características ya examinadas: apertura o ambigüedad del contenido obligacional, relativa indeterminación de los sujetos obligados, necesidad de contar con un entramado de normas secundarias o de organización sólo al alcance de un “legislador positivo”, exclusión del recurso de amparo, limitaciones a la justiciabilidad, etc.

Pero al hablar de la adscripción a la justicia o a la política hemos subrayado que aquélla se produce sólo principalmente, es decir, no de modo absoluto o completo. Para evocar una fórmula de éxito, si nos tomamos en serio los derechos sociales y los principios rectores de la política social y económica, o sea, si nos tomamos en serio toda la Constitución, la justicia no puede quedar excluida de ningún capítulo; lo que significa, ni más ni menos, que los derechos prestacionales han de tener algún núcleo irreductible y que éste representa un contenido intangible para la libertad de configuración del legislador. Cuál sea ese núcleo de intangibilidad es algo que, ciertamente, sólo puede determinar el Tribunal Constitucional, y para ello cuenta con muy escasas orientaciones que, por otra parte, suelen resumirse en algo tan evanescente como la “conciencia social”, la opinión generalizada en cada tiempo y lugar acerca de qué prestaciones en favor del individuo son irrenunciables para que éste pueda ejercer efectivamente sus libertades y derechos. Pero esta remisión, que sin duda puede considerarse insatisfactoria, tampoco resulta nueva o desconocida en la interpretación constitucional, pues otro tanto su-

cede cuando ha de formularse el *tertium comparationis* en el juicio de igualdad del art. 14: para determinar que un tratamiento normativo igual o desigual de dos personas o situaciones es razonable, la Constitución sólo ofrece un marco de referencia (los criterios prohibidos del art. 14, por ejemplo), pero en último término es el juez quien decide invocando algo así como la conciencia jurídica de la comunidad¹³⁹.

Ahora bien, si todos los derechos fundamentales presentan dos facetas, la objetiva y la subjetiva, otro tanto deberá ocurrir con su núcleo indisponible. Como ya se ha dicho, cabe aceptar que los derechos prestacionales o, en general, los derechos sociales ostentan un mayor peso objetivo que subjetivo, o, si se prefiere, que su dimensión de normas objetivas ofrece unos perfiles más acusados y mejor definidos que su dimensión de derechos subjetivos; justamente al contrario de lo que sucede con las libertades y con los derechos civiles. Pero tampoco esta diferencia puede ser absoluta, ni llegar al límite de que toda prestación haya de concebirse como un mero reflejo de normas objetivas. De los principios rectores del Capítulo III, tanto si presentan la fisonomía de derechos como si se formulan en términos de principio-directriz, cabe obtener un contenido subjetivo prestacional que, al menos en una pequeña parte, habrá de integrarse en el núcleo intangible, esto es, en aquella esfera que la conciencia social, interpretada irremediabilmente por el Tribunal Constitucional, considera que no puede ser objeto de abandono si es que ningún precepto constitucional puede ser concebido como un enunciado superfluo.

Por supuesto, las restricciones que impone la Constitución sobre los principios rectores no son de pequeño alcance; básicamente, que no pueden ser objeto de amparo y que la acción procesal en su defensa ante la jurisdicción ordinaria queda supeditada al desarrollo legislativo. Pero al margen de que, como hemos intentado mostrar, pueden buscarse algunos resquicios que hagan viable la justiciabilidad, conviene insistir en que el derecho a la tutela judicial y la dimensión subjetiva de un derecho son cosas diferentes. Nada impide que el Tribunal Constitucional, por ejemplo en un recurso o cuestión de inconstitucionalidad, profile exigencias subjetivas de carácter prestacional a partir de un principio rector, aun cuando el sujeto titular se halle por el momento imposibilitado de reclamarlas judicialmente.

139 Véase Rubio, F., *op. cit.*, p. 32.

Como ha observado Zagrebelsky¹⁴⁰, las Constituciones de nuestros días son documentos pluralistas y dúctiles, y ello en varios sentidos. Primero, porque no representan el fruto exclusivo de una ideología o concepción del mundo, sino que son más bien obra del pacto y del consenso alcanzado por fuerzas distintas a partir de mutuas concesiones¹⁴¹; documentos integradores, por tanto, de contenidos materiales tendencialmente contradictorios entre los que no cabe trazar una rigurosa jerarquía, sino que han de ser preservados en su conjunto, dejando un ancho margen a la configuración legislativa, pero también a la ponderación judicial. Y segundo, porque una Constitución de este tipo ya no permite concebir las relaciones entre legislador y juez, entre política y justicia, en los términos estrictos y formalmente escalonados propios del Estado de Derecho decimonónico, sino que obliga a una concepción más compleja y, si se quiere, más cooperativa de las fuentes del Derecho, donde un principio de equilibrio y flexibilidad venga a moderar la antaño rígida subordinación. Con una Constitución de principios, difícilmente puede hablarse de “materias” sustraídas a la justicia, como también resultaría poco realista pensar en “materias” sustraídas a la política.

Ideológica o políticamente, los derechos prestacionales expresan una perspectiva diferente a la que en su día encarnaron las libertades y derechos civiles. Para decirlo de un modo simplificado, si estos últimos son consecuencia de la concepción liberal de la sociedad política, aquéllos lo son de la concepción socialista. Si la Constitución es un acuerdo integrador, por supuesto no sólo pero sí principalmente entre esas dos filosofías que atraviesan el mundo contemporáneo y que tantas veces han sido banderas de lucha y conflicto, entonces ningún contenido constitucional puede quedar hasta tal punto devaluado que sea excluido de la protección de la justicia. Por consiguiente, los derechos sociales han de tener un núcleo intangible, cuya configuración, tanto en su dimensión objetiva como subjetiva, sólo puede corresponder finalmente al Tribunal Constitucional.

Vistas así las cosas, no parece que la teoría de los “dos mundos” con que a veces se quiere describir el modelo de derechos fundamentales sea una imagen adecuada. De un lado, en efecto, se encontraría el mundo de los derechos

140 *El Derecho dúctil* (1992), trad. de M. Gascón, Trotto, Madrid, 1995.

141 Sobre ello y en relación con la Constitución española ha insistido particularmente G. Peces-Barba; por ejemplo, en *La elaboración de la Constitución de 1978*, CEC, Madrid, 1988.

civiles y políticos, de las libertades, donde, como suele decirse, la mejor ley es la que no existe; donde sólo existen jueces defensores armados con la coraza constitucional y políticos amenazadores guiados por intereses parciales. De otro, el mundo casi retórico de los derechos sociales de naturaleza prestacional, esfera en la que se desarrollarían libremente las disputas legislativas sin que el juez tuviera casi nada que decir. A mi juicio, no es esta la mejor interpretación de los derechos en el constitucionalismo moderno; sin dejar de constatar diferencias de régimen jurídico e incluso de formulación lingüística entre los distintos derechos, una concepción más atenta al significado político y cultural de la Constitución como marco de integración de una sociedad pluralista creo que debería propiciar una imagen mucho más compleja y flexible. La justicia y, sobre todo, la justicia constitucional no puede abdicar de su competencia de configuración sobre los derechos sociales, competencia naturalmente compartida con el legislador, y cuyos límites, sin entrar en la dogmática particular de cada derecho, es imposible trazar con precisión más allá del criterio que proporciona una genérica invocación al núcleo intangible definido por la movediza conciencia social.

VIII. Bibliografía

- Alexy, R., "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", *Doxa*, núm. 5, 1988.
- , *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón, C.E.C., Madrid, 1993.
- Añón, M.J., *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*, C.E.C., Madrid.
- Aragón, M., *Constitución y Democracia*, Tecnos, Madrid, 1989.
- Aristóteles, *Política*, Marías, J. y M. Araujo (eds.), C.E.C., Madrid, 1983.
- Atienza, M. y J. Ruiz Manero, "Sobre principios y reglas", *Doxa*, nº. 10, 1991.
- Barcellona, P., *Formazione e sviluppo del Diritto privato moderno*, Jovene, Napoli, 1993.
- Bin, R., *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992.

- Blanco Valdés, R.L., *El valor de la Constitución*, Alianza, Madrid, 1994.
- Bobbio, N., “El modelo iusnaturalista”, en *Estudios de Historia de la Filosofía: de Hobbes a Gramsci*, trad. de J.C. Bayón, Debate, Madrid, 1985.
- , *El tiempo de los derechos*, trad. de R. de Asís, Sistema, Madrid, 1991.
- Böckenförde, E. W., *Escritos sobre derechos fundamentales*, trad. de J. L. Requero e I. Villaverde, Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993.
- Braud, Ph., *La notion de liberté publique en Droit français*, LGDJ, París, 1968.
- Burdeau, G., *Les libertés publiques*, L.G.D.J., París, 1972.
- C. Schmitt, *Teoría de la Constitución* (1927), trad. de F. Ayala, Alianza, Madrid, 1982.
- Calsamiglia, A., “Sobre el principio de igualdad”, en Muguerza, J. y otros, *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1989.
- Carrasco, A., “El principio de no discriminación por razón de sexo”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 11-12, 1991.
- Casajo, J. L., *La tutela constitucional de los derechos sociales*, C.E.C., Madrid, 1988.
- Castro Cid, Benido de, *Los derechos económicos, sociales y culturales. Análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos*, Universidad de León, 1993.
- Comanducci, P., *Assagi di metaetica*, Giappichelli, Torino, 1992.
- Contreras Peláez, F. J., *Derechos sociales: teoría e ideología*, Tecnos, Madrid, 1994.
- Cossío, J. R., *Estado social y derechos de prestación*, C.E.C., Madrid, 1989.
- Dworkin, R., *Los derechos en serio* (1977), trad. de M. Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984.
- Elia, L., “‘Constitucionalismo cooperativo’. ‘Racionalidad’ y ‘Sentencias aditivas’ en la jurisprudencia italiana sobre control de normas”, en *División de poderes e interpretación*, Tecnos, Madrid, 1987.
- Esteban, Jorge de y Luis López Guerra, *El régimen constitucional español*, vol.1, con la colaboración de García Morillo, J. y P. Pérez Tremps, Labor, Barcelona, 1980.
- Fernández, E., “El Estado social: desarrollo y revisión”, en *Filosofía, Política y Derecho*, M. Pons, Madrid, 1995.
- Ferrajoli, L., “Tolleranza e intollerabilità nello stato di diritto”, en *Analisi e Diritto*, Giappichelli, Torino, 1993.

- Forsthoff, E., “Problemas constitucionales del Estado social” (1961), en el volumen colectivo *El Estado social*, trad. de J. Puente Egido, C.E.C, Madrid, 1986.
- Forsthoff, E., *El Estado de la sociedad industrial*, trad. de L. López Guerra y J. Nicolás Muñiz, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975.
- Garrido Falla, F., “Comentario al art. 53”, en Garrido Falla, F. y otros, *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1980.
- , “El artículo 53 de la Constitución”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 21, 1979.
- Garrorena, A., *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Universidad de Murcia, 1980.
- Gascón, M., “La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 41.
- Gavara, J. C., *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, C.E.C., Madrid, 1994.
- Gianformaggio, L., *Studi sulla giustificazione giuridica*, Giappichelli, Torino, 1986.
- Gomes Canotilho, J. J., “Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales”, trad. de E. Calderón y A. Elvira, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 1, 1988.
- Guastini, R., *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Torino, 1990.
- Hayek, F., *Camino de servidumbre* (1944), trad. de J. Vergara, Alianza Editorial, Madrid, 1976.
- Jiménez Campo, J., “La igualdad jurídica como límite frente al legislador”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 9, 1983.
- Kant, I., *La metafísica de las costumbres* (1797), trad. y notas de A. Cortina y J. Conill, Tecnos, Madrid, 1989.
- Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*, 2ª ed. 1960, trad. de R. Vernengo, UNAM, 5ª edición, México, 1986.
- Kymlicka, W., *Filosofía política contemporánea. Una introducción*, trad. de R. Gargarella, Ariel, Barcelona, 1995.
- Laporta, F., “El principio de igualdad. Introducción a su análisis”, *Sistema*, núm. 67, 1985.

- Locke, J., *Ensayo sobre el gobierno civil*, trad. de A. Lázaro, Aguilar, Madrid.
- Mill, J. S., *Sobre la libertad* (1859), trad. de J. Sainz Pulido, Orbis, Barcelona, 1985.
- Nozick, R., *Anarquía, Estado y utopía* (1974), trad. de R. Tamayo, F.C.E., México, 1988.
- Parejo, L., *Estado social y Administración pública*, Civitas, Madrid, 1983.
- Peces-Barba, G., “Reflexiones sobre los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Escritos sobre derechos fundamentales*, Eudema, Madrid, 1988.
- Pérez Luño, A. E., “Sobre la igualdad en la Constitución española”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, IV, 1987.
- , *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984.
- , *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, C.E.C., Madrid, 1992.
- Prieto Sanchís, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990.
- , “Notas sobre el bienestar”, *Doxa*, núm. 9, 1991.
- Prieto Sanchís, L., I. C. Ibán y A. Motilla, *Curso de Derecho Eclesiástico*, Universidad Complutense, Madrid, 1991.
- Prieto Sanchís, L., J. Betegón, M. Gascón y J. R. de Páramo, *Lecciones de Teoría del Derecho*, Universidad de Castilla-La Mancha, Librería Popular, Albacete, 1995.
- Rawls, J., *Teoría de la Justicia* (1971), trad. de M.D. González, F.C.E., Madrid, 1979.
- Rubio, F., “La Constitución como fuente del Derecho”, en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, vol. I, recogido también en *La forma del poder*, C.E.C., Madrid, 1993.
- , “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 31, 1991.
- , “La jurisdicción constitucional como forma de creación de Derecho”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 22.
- Ruiz Miguel, A., “Las huellas de la igualdad en la Constitución”, en *Pensar la igualdad y la diferencia. Una reflexión filosófica*, Reyes-Mate, M. (ed.), Argenteria, Visor, Madrid, 1995.

- , “La igualdad como diferenciación”, en *Derechos de las minorías y grupos diferenciados*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1994.
- Sadursky, W., “Economic Rights and Basic Need” en *Law, Rights and the Welfare State*, C. Sampford y D. Galligan (eds.), Croom Helm, Beckenham, 1986.
- Sagardoy, J. A., “Comentario al art. 50”, en *Comentarios a la Constitución Española*, dirigidos por O. Alzaga, Edersa, vol. IV, Madrid, 1984.
- Sauca, J. M. (ed.), *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Universidad Carlos III, B.O.E., Madrid, 1994.
- Westen, P., *Speaking of Equality. An Analysis of the Retorical Force of ‘Equality’ in Moral and legal Discourse*, Princeton University Press, 1990.

Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial (Esquema)

Luis Prieto Sanchís

1. Los derechos fundamentales y los derechos sociales

Los derechos humanos o fundamentales representan una herencia del ius-naturalismo racionalista, cuya posición, una vez traducidos al Derecho positivo, puede resumirse en estos dos lemas: supremacía constitucional y artificialidad de las instituciones políticas. La supremacía supone que los derechos operan “como si” encarnasen decisiones superiores a cualesquiera órganos estatales; y, a su vez la artificialidad de las instituciones significa que éstas carecen de valores o fines propios y existen sólo para salvaguardar los derechos. Esta concepción, tradicional en el constitucionalismo norteamericano, ha sido costosamente asumida en Europa e implica: primero, una exigencia de respeto hacia el “contenido esencial” de los derechos; y segundo, asimismo una exigencia de justificación racional de cualquier medida limitadora sobre los mismos.

La cuestión que se plantea es si los llamados derechos económicos, sociales y culturales pueden merecer la consideración de auténticos derechos

fundamentales, tal y como éstos acaban de ser concebidos. Pero ello requiere, como paso previo, dilucidar qué se entiende por derechos sociales.

2. Caracterización de los derechos sociales

- a) Los derechos y las instituciones. El papel del Estado.
- b) Los derechos sociales como derechos prestacionales.
- c) La titularidad de los derechos. Del sujeto abstracto al hombre en su específica posición social.
- d) Los derechos sociales como derechos de igualdad.
- e) El carácter de la obligación. Normas primarias y normas secundarias como reflejo obligacional de los derechos.
- f) La dimensión preferentemente subjetiva de los derechos civiles y preferentemente objetiva de los derechos sociales.

Asumiendo la irremediable imprecisión del concepto de derechos sociales, parece que hoy el debate debe centrarse en si la caracterización básica de los derechos fundamentales como obligaciones estatales capaces de cimentar posiciones subjetivas aún contra la mayoría, puede hacerse extensiva a los derechos que no generan un deber de abstención, sino deberes positivos de dar bienes o servicios o de realizar actividades que, si se tuvieran medios, podrían obtenerse también en el mercado. Pero la respuesta puede seguir dos caminos.

3. El principio de igualdad

La igualdad sustancial o de hecho (art. 9,2 C.E.) puede constituir el vehículo para incorporar al acervo constitucional un principio genérico en favor de las prestaciones, y de hecho así sucede en aquellos países, como Alemania, cuyas Constituciones carecen de una tabla de concretos derechos prestacionales. Sin embargo, para dar vida a concretas exigencias prestacionales, el argumento de la igualdad sustancial requiere ciertos “complementos”, a saber: la presencia de un derecho prestacional concreto; la concurrencia de un derecho civil cuya satisfacción merezca una cierta prestación; y, por último, la existencia de una razón de igualdad formal (en particular, la técnica de las sentencias aditivas o manipulativas).

4. La naturaleza de los derechos prestacionales

Tras superarse antiguas doctrinas que negaban la fuerza jurídica de los derechos sociales o de las cláusulas sociales de la Constitución, hoy la discusión se centra en si dicha fuerza o eficacia se despliega sólo en una dimensión objetiva o si alcanza también al aspecto subjetivo; en particular, el problema reside en si a partir de los preceptos constitucionales, y sin necesidad de desarrollo legislativo, es posible dar vida a auténticas posiciones subjetivas iusfundamentales.

5. Orientación bibliográfica

AA.VV., *El Estado social*, C.E.C., Madrid, 1986.

Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, C.E.C., Madrid, 1993.

Castro, B. de, *Los derechos económicos, sociales y culturales*, Universidad de León, 1993.

Böckenförde, E.W., *Escritos sobre derechos fundamentales*, Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993.

Cascajo, J. L., *La tutela constitucional de los derechos sociales*, C.E.C., Madrid, 1988.

Cossio, J. R., *Estado social y derechos de prestación*, C.E.C., Madrid, 1989.

Fernández, E., *Filosofía, Política y Derecho*, M. Pons, Madrid, 1995.

Peces-Barba, G., *Escritos sobre derechos fundamentales*, Eudema, Madrid, 1988.

Prieto, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990.

Igualdad y diferencia¹

Luigi Ferrajoli²

Sumario

I. Cuatro modelos de configuración jurídica de la diferencia. II. «Igualdad» como norma, «diferencias» como hecho. III. Igualdad en *droits*, identidad, diferencias, desigualdades y discriminaciones. IV. Diferencias sexuales y derechos fundamentales de las mujeres. V. Discriminación sexual y garantías sexuadas de la diferencia. VI. Diferencia, igualdad y derecho sexuado. VII. Bibliografía.

- 1 El presente ensayo forma parte del libro *Derechos y garantías. La ley del más débil*, del mismo autor, Madrid, Trotta, 2001, pp. 73-96.
- 2 Nacido en Florencia (1940), ejerció como juez entre 1967 y 1975. Profesor de Filosofía del Derecho y de Teoría General del Derecho, se ha dedicado a la docencia, primero en la Università degli Studi di Camerino y, en la actualidad, en la Università degli Studi Roma Tre. Entre sus obras encontramos *Teoria assiomaticizzata del diritto* (Milán, 1970), *Democrazia autoritaria e capitalismo maturo*, en colaboración con Danilo Zolo (Milán, 1978), *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento* (Roma-Bari, 1999), y numerosos ensayos sobre teoría del derecho, lógica jurídica, metodología de la ciencia jurídica y crítica del derecho. En español constan obras como: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (2005), *Derechos y garantías. La ley del más débil* (2006), *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (2005) y *Razones jurídicas del pacifismo* (2004).

I. Cuatro modelos de configuración jurídica de la diferencia

Tengo la impresión de que la mayor parte de las críticas dirigidas durante estos años a la idea de igualdad por el pensamiento feminista de la diferencia parten de una contraposición entre «igualdad» y «diferencia» que se apoya en la ambigüedad del término «igualdad»; y que, además, lo que contesta no es el *valor* de la igualdad, sino el *concepto* de «igualdad jurídica» tal como fue construido por la tradición liberal en los orígenes del Estado moderno. Es tan cierto, que estas críticas, por lo general, no proponen el abandono o la descalificación del «principio de igualdad» y del «universalismo» de los derechos, sino una refundación y una redefinición de uno y otro que no hagan abstracción de la diferencia sexual³. Por consiguiente, puede ser útil tratar de hacer un (enésimo) análisis de los dos conceptos de «igualdad» y de «diferencia» para aclarar las relaciones —de negación o de implicación— que se siguen de los diversos significados que pueden asociárseles.

Con ese fin, distinguiré cuatro posibles modelos de configuración jurídica de las diferencias y, a partir de ellos, de la igualdad y de la diferencia. Advierto que hablaré a menudo indistintamente de «diferencia» (sexual) y de «diferencias». En efecto, asumiré la diferencia de sexo, a causa de su ca-

3 Por ejemplo, M. G. Campari y L. Cigarini, «Fonte di un nuovo diritto»: *Sottosopra* (enero de 1989), pp. 6-7, proyectan un «derecho, reglas y mediaciones universales, es decir, que valgan para los hombres y las mujeres», si bien a partir de la «constatación de que los sexos son dos»; de manera que «su universalidad es una forma histórica y lógicamente nueva». I. Dominijanni («Donna si nasce, differenti si diventa. L'uguaglianza e il percorso femminista»: *Il bimestrale*, suplemento del núm. 25 de *Il Manifesto*, 3 de enero de 1989, p. 75) propone un cambio de paradigma en la concepción de la igualdad, que ponga en discusión la categoría de la «igualdad moderna» basada en la «amnesia de la diferencia sexual», sobre el presupuesto, no obstante, de que la oposición es «no diferencia sexual contra la igualdad, sino diferencia sexual contra la noción de igualdad que acompaña al paradigma de la política moderna». Del mismo modo, M. L. Boccia, en «L'uguaglianza impermeabile. Il corpo femminile ridisegna l'orizzonte dei diritti uguali» (1989, p. 84), sostiene una noción de «igualdad como forma de una relación en la que la diferencia no se estructura dentro de un orden jerárquico sino, al contrario, se pone como fundamento de la reciprocidad». Dicho de forma más precisa, la idea de una «igualdad compleja [...] entre identidades no reducibles a una medida común», cuya relación con la diferencia «no es resoluble en la distinción lógica entre particular y general» y a la que se «reducen algunas ideas guía de la práctica feminista», como «la parcialidad del sujeto que es correlativa al principio mismo de la diferencia sexual», «el vínculo de la interdependencia», «la indisponibilidad» del cuerpo, «la no prevalencia de ningún bien sobre los demás», ni siquiera el «representado por el poder político».

rácter originario e insuperable, como una diferencia paradigmática, en el sentido de que ella ofrece el paradigma idóneo para iluminar las restantes diferencias de identidad (de lengua, etnia, religión, opiniones políticas y similares) en oposición a las desigualdades, que, en cambio, no tienen nada que ver con las identidades de las personas sino únicamente con sus discriminaciones y/o con su disparidad de condiciones sociales.

El primero de los cuatro modelos de la relación entre derecho y diferencia(s) es el de la *indiferencia jurídica de las diferencias*. Según esto, las diferencias no se valorizan ni se desvalorizan, no se tutelan ni se reprimen, no se protegen ni se violan. Simplemente, se las ignora. Éste es el paradigma hobbesiano del estado de naturaleza y de la libertad salvaje, que confía a las relaciones de fuerza la defensa, o, por el contrario, la opresión de las diversas identidades. Un paradigma anarquista, que en sus formas extremas coincide con la ausencia no sólo de derecho sino de derechos, mientras que en sus formas intermedias tiene realización en las sociedades paleoliberales, singularizadas por el carácter mínimo del derecho y de los poderes del Estado y por el juego libre y desregulado de los poderes privados. En tales sociedades, el destino de las diferencias aparece confiado a las relaciones de fuerza. Y, en particular, el de la diferencia de sexo se resuelve en la sujeción de hecho de la mujer al poder masculino y en su relegación al papel doméstico «natural» de mujer y de madre.

El segundo modelo es el de la *diferenciación jurídica de las diferencias*, que se expresa en la valoración de algunas identidades y en la desvalorización de otras, y, por tanto, en la jerarquización de las diferentes identidades. Según esto, las identidades determinadas por las diferencias valorizadas (de sexo, nacimiento, etnia, fe religiosa, lengua, renta y otras) resultan asumidas como *status* privilegiados, fuentes de derechos y de poderes, e incluso como base de un falso universalismo modelado únicamente sobre sujetos privilegiados; mientras otras —la de mujer, pero también de la judío, negro, hereje, apóstata, extranjero, apátrida, etc.— se asumen como *status* discriminatorios, fuentes de exclusión y de sujeción y, a veces, de persecuciones. Éste es el paradigma discriminatorio de los ordenamientos jerarquizados de casta o de clase propios de las fases más arcaicas de la experiencia jurídica y todavía dominantes en el mundo jurídico premoderno. Pero también el paradigma que persiste en los orígenes de la modernidad, cuando la igualdad y los conse-

cuentes derechos «universales» aparecen pensados y proclamados, en las primeras constituciones liberales, únicamente con referencia al sujeto macho, blanco y propietario, al extremo de haber podido convivir hasta este siglo con la discriminación de las mujeres en materia de derechos políticos y de muchos derechos civiles y, en los Estados Unidos, con el mantenimiento de la esclavitud hasta bien avanzada la mitad del siglo pasado. Es claro que las diferencias —a comenzar por la sexual— se encuentran en este modelo pensadas y sancionadas como desigualdades, es decir, como privilegios y discriminaciones, poco importa si cubiertas con el manto de un falso universalismo.

El tercer modelo es el de la *homologación jurídica de las diferencias*: las diferencias, empezaron por la de sexo, son también en este caso valorizadas y negadas; pero no porque algunas sean concebidas como valores y las otras como desvalores, sino porque todas resultan devaluadas e ignoradas en nombre de una abstracta afirmación de igualdad. Más que transformadas en *status* privilegiados o discriminatorios, resultan desplazadas, o, peor aún, reprimidas y violadas, en el cuadro de una homologación, neutralización e integración general. Se trata de un modelo en algunos aspectos opuesto y en otros análogo al precedente. Opuesto, porque apunta no a la cristalización de las diferencias en desigualdades, sino, por el contrario, a su anulación; análogo por la común desvalorización de las diferencias y por la implícita asunción de una identidad —ya sea connotada en términos de sexo, clase, adhesión ideológica o religiosa— como «normal» y, al mismo tiempo, «normativa». Es el modelo de la serialización, propio de los diversos socialismos reales y burocráticos. Pero es también, con las debidas diferencias, el modelo de la asimilación propio de los ordenamientos liberales, que sin poner en cuestión la parcialidad del sujeto universalizado del modelo precedente, lo asumieron como término «normal» y «normativo» de la relación de igualdad, idóneo para incluir a los demás sólo en cuanto homologados con él⁴. Así, la diferen-

4 Para un análisis más profundo de este modelo consúltese M. Minow, *Making All the Difference. Inclusion, Exclusion, an American Law*, Cornell University Press, Ithaca London, 1990, pp. 22 y 51-60. Véase también L. Gianformaggio, «Uguaglianza e differenza. Sono veramente incompatibili?», en G. Bonacchi y A. Groppi (eds.), *Il dilemma della cittadinanza. Diritti e doveri delle donne*, Laterza, Roma-Bari, 1993, pp. 220-222, que habla de un tercer sentido «ni descriptivo, ni prescriptivo», sino «valorativo», en el cual «igualdad» y «diferencia» son usados en la relación varón/mujer. En este tercer sentido, «igual» y «diverso» no designan propiedades relativas, transitivas

cia femenina no sufre discriminación en el plano jurídico, puesto que en este plano resulta desconocida, ocultada y enmascarada: las mujeres tienen los mismos derechos que los varones en cuanto son consideradas o se finge que son (como los del) varón y se asimilan a ellos en los estilos de vida y en los modelos de comportamiento. Pero, precisamente porque desconocida de derecho, aquélla resulta penalizada de hecho —lo mismo para las mujeres que se asimilan que para las que no se asimilan— por los amplios márgenes de ineffectividad de la proclamada igualdad.

Pero existe también un cuarto modelo de configuración jurídica de las diferencias, el de la *igual valoración jurídica de las diferencias*, basado en el principio normativo de igualdad en los derechos fundamentales —políticos, civiles, de libertad y sociales— y al mismo tiempo en un sistema de garantías capaces de asegurar su efectividad. A diferencia del primero, este cuarto modelo, en vez de ser indiferente o simplemente tolerante con las diferencias, garantiza a todos su libre afirmación y desarrollo, no abandonándolas al libre juego de la ley del más fuerte sino haciéndolas objeto de esas leyes de los más débiles que son los derechos fundamentales. Del segundo se distingue porque no privilegia ni discrimina ninguna diferencia, sino que las asume a todas como dotadas de igual valor, prescribiendo para todas igual respeto y tratamiento. Del tercero le separa el dato de que no desconoce las diferencias, sino que, al contrario, reconoce todas y las valoriza como otros tantos rasgos de la identidad de las personas, sobre cuya concreción y especificidad cada una funda su amor propio y el sentido de la propia autonomía en las relaciones con los demás. La igualdad en los derechos fundamentales resulta así configurada como el igual derecho de todos a la afirmación y a la tutela de la propia identidad, en virtud del igual valor asociado a todas las diferencias que hacen de cada persona un individuo diverso de todos los otros y de cada

y recíprocas entre términos intercambiables conforme a una «unidad de medida común» a ambos, sino «propiedades absolutas», que se refieren «siempre a una operación de medida ya realizada» y expresan «la relación de comparación entre la entidad medida y la unidad de medida». «De manera que decir que *A* es igual a *B* significa decir que *A* es conforme al modelo constituido por *B*. Y si *B* constituye el modelo, no puede decirse que —él— es diverso y tampoco igual [...] Reléase la frase de Mackinon: “¿Por qué habría que ser iguales que los hombres blancos para tener lo que ellos tienen, si, para tenerlo, los hombres blancos no deben ser iguales a nadie?”. Véase de la misma autora, *Identity, Equality, Similarity and the Law*, Ponencia en el XVI Congreso Mundial de Filosofía del derecho celebrado en Reikiavik, Islandia, del 23 de mayo al 2 de junio de 1993; también «Law, Justice and the State»: *Rechtstheorie* 15 (1993), pp. 121-134.

individuo una persona como todas las demás. Pero este igual derecho es, precisamente, una norma, destinada como todas las normas a ser violada en algún grado y medida. De ello se sigue que las diferentes identidades pueden ser reconocidas y valorizadas en la misma medida en que, partiendo no de la proclamación de su abstracta igualdad, sino del hecho de que pesan en las relaciones sociales como factores de desigualdad en violación de la norma sobre la igualdad, se piensen y elaboren no sólo las formulaciones normativas de los derechos sino también sus garantías de efectividad.

Me parece que esta es la clave conforme a la que deben ser interpretados los párrafos 1.º y 2.º del artículo 3 de la Constitución italiana, que, en su conjunto, diseñan un modelo normativo integrado de igualdad formal y sustancial basado en la «igual dignidad» de las diferencias y, a la vez, en la garantía de su efectividad. En efecto, mientras el párrafo 1.º afirma la «igualdad de todos ante la ley» y la «igual dignidad social» de todos los ciudadanos «sin distinciones de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas, condiciones personales y sociales», el 2.º párrafo explica el carácter normativo y de proyecto de tal igualdad, partiendo del reconocimiento de su virtual ineffectividad en presencia de los «obstáculos» de orden económico, social y cultural que la limitan «de hecho»—como los que producen en concreto las múltiples discriminaciones de las mujeres en la vida social y que aquél prescribe que deben ser «removidas» mediante la introducción de las garantías adecuadas.

II. «Igualdad» como norma, «diferencia» como hecho

Me parece que —excluido el primer modelo, caracterizado por la absoluta anomía y, así, por la irrelevancia en derecho y la relevancia fáctica de todas las diferencias— las ideas de igualdad contestadas por el pensamiento feminista son esencialmente dos. La primera, históricamente combatida y derrotada por el pensamiento emancipacionista, es la que subyace al segundo modelo: la igualdad como falsa universalización del sujeto masculino que también en el plano normativo excluye —no contempla, desplaza, ignora— al sujeto femenino, discriminándolo en el goce de muchos de los derechos que se dicen universales. La segunda, criticada por el pensamiento de la diferencia y siempre presente en el sentido común, es la que está en la base del

tercer modelo: la igualdad en los derechos del hombre y del ciudadano, que, sin embargo, precisamente porque basada, como en el modelo precedente, sobre la asunción del sujeto masculino como parámetro, se resuelve en la asimilación jurídica de las mujeres a los varones y, por consiguiente, en una ficción de igualdad que deja de hecho sobrevivir a la desigualdad como producto del desconocimiento de la diferencia. La igualdad del primer tipo es una igualdad amputada también en el plano jurídico, relativa sólo a una parte privilegiada de seres humanos arbitrariamente confundidos con la totalidad. La del segundo tipo es una igualdad jurídica que, al no hacerse cargo de las diferencias y de su concreta relevancia en las relaciones sociales, está destinada a permanecer ampliamente inefectiva y a ser desmentida por las desigualdades concretas en las que de hecho se transmutan las diferencias.

En ambos casos la igualdad contestada se opone a las diferencias, en cuanto es entendida no como valor sino como hecho (o ficción de un hecho), no como principio normativo sino como tesis descriptiva (o presuntiva), no como deber ser sino como ser; por negarla a partir del hecho de que *existen* diferencias, o por afirmarla debido al hecho de que *no existen* (se finge, o se presume que no existen) diferencias. Los seres humanos son «iguales» entre sí en cuanto identificados únicamente con los sujetos varones, ciudadanos, blancos, alfabetizados y propietarios, en el primer caso, y en cuanto las mujeres, los no ciudadanos, los negros, los analfabetos y los que nada tienen, sean igualados o asimilados a tales sujetos, en el segundo. Correlativamente, las diferencias resultan en un caso reconocidas no sólo de hecho sino también de derecho, mientras que el otro aparecen ignoradas no sólo de derecho sino también de hecho.

El mérito del pensamiento feminista ha sido haber denunciado también el alcance discriminatorio de este último modelo, siempre operativo en la cultura corriente, y haber demostrado su carácter de tributario en relación con el primero. A mi juicio, esta denuncia se encuentra expresada con la máxima claridad en los escritos de Adriana Cavarero. En efecto, la crítica de la moderna igualdad desarrollada por Cavarero va dirigida, precisamente, al hecho de que se predica, en este tercer modelo, sobre la base de una «ficción» y, por tanto, de un «como si»⁵ (que las mujeres no existieran, que el género

5 Cavarero, A., «La congiura delle differenti. Contro l'esclusione o l'assimilazione ad opera del maschile-universale»: *Il bimestrale*, cit., pp. 79 ss. Cf. también, de la misma autora, «Per una teoria della differenza sessuale», en *Diotima. Il pensiero della differenza sessuale*, La Tartaruga, Milano,

humano no estuviera compuesto de varones y mujeres, o que las mujeres fueran [iguales que los] hombres): es decir, de una hipótesis empírica que niega o ignora las diferencias o que, en todo caso hace indebida abstracción de ellas. De este modo, es claro que la «igualdad», al configurarse como un hecho, resulta una mistificación.

Esta concepción de la igualdad es, sin duda, la dominante en el pensamiento político clásico. En toda la tradición clásica, de Aristóteles a Hobbes, de Locke a gran parte del pensamiento ilustrado, la tesis de la igualdad (o, correlativamente, de la desigualdad) ha sido siempre razonada con argumentos de hecho de tipo cognoscitivo: los hombres, decía Hobbes, son iguales porque todos mueren y, además, porque se encuentran todos en la misma situación de hacerse daño unos a otros⁶; o porque, escribía Locke, tienen las mismas inclinaciones y facultades⁷. Es claro que semejantes tesis eran argumentos muy débiles en apoyo (del valor) de igualdad y sirvieron del mismo modo —a veces en el mismo autor, como es el caso de Locke⁸— para sostener la tesis opuesta de la desigualdad. Incluso es probable que, precisamente,

1987, pp. 43 ss.; «L'emancipazione diffidente. Considerazioni teoriche sulle pari opportunità»: *Reti* 2, 1988, pp. 43 y ss; y «Il modello democratico nell'orizzonte della differenza sessuale»: *Democrazia e Diritto* 2, 1990, pp. 221-241.

- 6 Esta idea de Thomas Hobbes puede consultarse en *De cive*, trad. Española de J. Rodríguez Feo, *El ciudadano*, Trotta, Madrid (1999, vol. I, apartado 3, p. 17); *Leviatán* 1999: cap. 13, pp. 105 y ss; y *Elementos de derecho natural y político*, trad. D. Negro Pavón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979, primera parte, cap. XIV, párrafos 2-3, pp. 201-202, donde el principio de igualdad se deriva de la igual capacidad de los hombres de hacerse daño y matarse unos a otros.
- 7 Locke J., *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, cap. 2, apartados 4-5, pp. 36-37, que funda «la igualdad natural entre los hombres» en el hecho de que son «criaturas de la misma especie y rango, nacidas todas ellas para disfrutar en conjunto de las mismas ventajas naturales y para hacer uso de las mismas facultades».
- 8 Locke J., *op. cit.*, cap. 6, apartado 60, donde la desigualdad se afirma: «sí, por causa de las deficiencias que puedan tener lugar al margen del curso ordinario de la naturaleza, hay alguien que no alcanza un grado de razón en el que pueda suponersele capaz de conocer la ley y de vivir conforme a sus reglas», de modo que éste «nunca podrá ser un hombre libre, nunca podrá dejarse a disposición de su voluntad. Pues un hombre así no tiene conocimiento de los límites de ésta, ni tiene entendimiento, que es la guía apropiada para los actos voluntarios». Véase también del mismo autor, *Della guida dell'intelligenza nella ricerca della verità*, trad. italiana de E. Cipriani, Carabba, Lanciano, 1933, cap. II, p. 60: «Es de todos conocido que el ingenio humano varía de uno a otro y que algunos son por naturaleza tan superiores a los demás que no hay potencia de arte o fuerza de habilidad que pueda hacer a unos capaces de realizar lo que los otros ejecutan sin esfuerzo y fatiga; la desigualdad natural permanece incluso entre los hombres educados del mismo modo».

la larga persistencia de la concepción de la igualdad como «hecho» esté en el origen de la configuración de la igualdad como «asimilación» de las diferencias, propia del tercer modelo antes ilustrado, y de sus ambiguas coincidencias con el segundo.

Pero el principio de igualdad, tal como resulta proclamado en la *Declaración de derechos* de 1789 y después en todas las cartas constitucionales, admite también —a despecho de la representación simbólica de tipo masculino que está en sus antecedentes— una interpretación completamente diversa: no como tesis descriptiva, sino precisamente como principio normativo; no como aserción sino como prescripción; no en términos de ser sino en términos de deber ser. La gran innovación introducida por la *Declaración* de 1789 —incomprendida, incluso, por algunos grandes pensadores del tiempo, como Bentham, que la entendió como una poco hábil traducción en forma de ley de una (falsa) tesis de filosofía política⁹— fue haber hecho del principio de igualdad una norma jurídica. Esto quiere decir que desde entonces la igualdad no es un hecho, sino un valor; no una aserción, sino una prescripción, establecida normativamente, según nuestro cuarto modelo, precisamente porque se reconoce (descriptivamente) que de hecho los seres humanos son diversos y se quiere impedir que sus diversidades pesen como factores de desigualdad.

Ahora bien, me parece que las críticas dirigidas por Cavarero al concepto de igualdad tiene que ver más bien con su uso asertivo, conforme al esquema clásico, que con el normativo: la igualdad, en sus propias palabras, como

9 Bentham J., *Anarchical Fallacies*, trad. Francesa de E. Dumont, de 1816, *Sophismes anarchiques*, en *Oeuvres de Jérémie Bentham* I, Société Belge de Librairie, Bruxelles, 1840, p. 507, donde la Declaración es atacada como un «gran error», incluso como «un concentrado de errores», en el cual «se reconocen los miembros dispersos de Mably, Rousseau, Raynal, Condorcet, Diderot, Price, Priestley y otros muchos» que allí comparecen pero no como «teorías» de autores individualmente considerados, sino como un conjunto de «falsos principios sancionados por una asamblea» bajo la forma de «enunciados legales». En particular, escribe Bentham, la proclamación de los «derechos naturales e imprescriptibles del hombre» en el artículo 2 es una proposición «absolutamente falsa», fruto de «una confusión de ideas tan grande que no es posible asociarle algún sentido», dado que «no existen derechos anteriores a la institución del Estado» (pp. 511-512). Sin comprender que la *Declaración* no era, en efecto, una teoría sino, precisamente, una norma que transformaba en derechos «positivos» los derechos «naturales» hasta entonces sólo teorizados, inaugurando así el paradigma constitucional del estado de derecho como sistema de límites y vínculos normativos impuestos también al legislador.

producto de «un esfuerzo de abstracción de la teoría dirigido a la eliminación de cualquier diferencia»¹⁰. Prueba de ello es el hecho de que tales críticas consisten esencialmente en argumentos asertivos: «ningún neutro en carne y hueso ha sido visto jamás en circulación»¹¹; «en este mundo nacen y viven varones y mujeres, y no varones neutros y universales»¹². El equívoco es aún el premoderno de la igualdad como aserción, verificada o refutada por otra aserción, que estaba justamente en la base de los mismos argumentos con que Joseph de Maistre contestaba, en *Considérations sur la France* de 1797, los «derechos del hombre»: «La Constitución de 1795 está hecha para el *Hombre*. Pero en el mundo no hay *Hombres*. He visto, en mi vida, Franceses, Italianos, Rusos. Y sé también, gracias a Montesquieu, que se puede ser Persa. Pero declaro no haber encontrado en mi vida al *Hombre*; si existe, yo no lo conozco»¹³.

Es claro que si hacemos semejante uso asertivo de «igualdad», el principio de igualdad resulta *contradicho* —como sucede en nuestro tercer modelo, que ignora y asimila las diferencias— por la constatación de hecho de que las personas son diferentes y que, en particular, no son neutras, sino sexuadas como varones o como mujeres. Pero la contradicción desaparece si se reconoce que la igualdad, en el uso que de ella se hace en las normas constitucionales, es, cabalmente, una norma. Y que, por consiguiente, existe asimetría entre igualdad y diferencias. «Igualdad» es término normativo: quiere decir que los «diferentes» deben ser respetados y tratados como iguales; y que, siendo ésta una norma, no basta enunciarla sino que es necesario observarla y sancionarla. «Diferencia(s)» es término descriptivo: quiere decir que de hecho, entre las personas, hay diferencias, que la identidad de cada persona está dada, precisamente, por sus diferencias, y que son, pues, sus diferencias las que deben ser tuteladas, respetadas y garantizadas en obsequio al principio de igualdad. Y entonces no tiene sentido contraponer «igualdad» a «diferencias». Y si una «diferencia» como la sexual resulta de hecho ignorada o dis-

10 Cavarero A., «L'ordine dell'uno non è l'ordine del due», en M. L. Boccia e I. Peretti (eds.), *Il genere della rappresentanza*, «Materiali e atti 10», suplemento de Democrazia e Diritto 1 (1988).

11 *Ibidem*, p. 71.

12 Cavarero A., «Il modello democratico nell'orizzonte della differenza sessuale», *op. cit.*, p. 233.

13 Maistre de J., *Considérations sur la France*, en *Oeuvres du comte J. De Maistre*, Aux Ateliers Catholiques du Petit-Montrouge, Paris, 1841, p. 50.

criminada, ello no quiere decir que la igualdad es «contradicha», sino simplemente que es *violada*.

Es lo acontecido con las *Declaraciones* del siglo XVIII, que entraron en contraste no sólo con la realidad de las relaciones sociales sino también con el derecho entonces vigente. Es bien cierto que esta antinomia fue debida y al mismo tiempo largamente ocultada por el hecho de que el modelo normativo de la igualdad había sido pensado con referencia exclusiva al sujeto macho, así como blanco, propietario y ciudadano. Es también cierto que semejante operación se basaba en una implícita e inconfesada teoría descriptiva de la igualdad y la desigualdad que, del mismo modo que en nuestro segundo modelo, asumía como «iguales» y antes aun como «personas» solamente a los varones blancos, propietarios, instruidos y ciudadanos y sólo por sucesivas asimilaciones, de idéntica forma que nuestro tercer modelo, a todos los seres humanos diferentes de ellos. Es así como de hecho el modelo universalista ha podido ser desatendido durante mucho tiempo, no sólo en el plano de los hechos, sino también en el del derecho a través de las múltiples discriminaciones de mujeres, proletarios, analfabetos y, hoy todavía, de todos los no-ciudadanos, siempre excluidos de la clase de los «iguales». Pero esto quiere decir, simplemente, que aquel ha sido y continúa siendo violado, como por desgracia ha acaecido y sigue acaeciendo con muchos otros principios y derechos constitucionales. De otra parte, sólo si se acepta esta simetría de estatuto entre igualdad como norma y diferencias como hechos el principio de igualdad adquiere sentido como criterio de valoración que permite reconocer y contestar, junto a la divergencia que siempre puede existir entre normas y hechos, la ineffectividad de la primera respecto del tratamiento de hecho de las segundas.

III. Igualdad *en droits*, identidad, diferencias, desigualdades y discriminaciones

Ahora es posible analizar la relación entre igualdad como norma y diferencia(s) como hechos a partir de los argumentos, a su vez jurídico-normativos, con referencia a los cuales la igualdad se establece normativamente.

Estos argumentos no son otra cosa que derechos: «les hommes —dice el artículo 1 de la *Declaración* de 1789— naissent et demeurent libres et égaux

en droits». La *igualdad jurídica* es precisamente esta igualdad *en droits*. Es la relación que unifica a una clase de sujetos en la titularidad de aquellos derechos que —en cuanto reconocidos y garantizados a todos y en igual medida— son llamados «universales» o «fundamentales». También la *desigualdad jurídica*, lo digo inmediatamente, es una desigualdad *en droits*, sólo que ésta hace referencia a la titularidad de aquellos derechos subjetivos, como los derechos patrimoniales de propiedad y de crédito, que son derechos *excludendi alios*, que pertenecen a cada uno en diversa medida y con exclusión de los demás. La «igualdad jurídica» es, entonces, un principio normativo sobre la forma universal de los derechos que se ha convenido sean fundamentales: del derecho a la vida a los derechos de libertad, de los derechos políticos a los sociales, hasta ese metaderecho que es el derecho a la igualdad, es decir, al tratamiento igual ante la ley. Decir que un determinado derecho es fundamental quiere decir que «todos» son igualmente titulares del mismo. De donde se derivan dos consecuencias: una relativa a las dimensiones de la igualdad jurídica, la otra a la distinción entre diferencias, desigualdades y discriminaciones.

Las dimensiones de la igualdad dependen, de un lado, de la extensión de la clase de sujetos («todos») a que se refiere la igualdad; del otro, de la cantidad de los derechos que le son reconocidos y garantizados de forma universal. Bajo ambos aspectos, universalismo de los derechos fundamentales e igualdad jurídica son exactamente la misma cosa. El primero es el significado de la segunda y ésta crece con el crecimiento de aquél: en el plano intencional con el aumento de la cantidad de los derechos fundamentales y, por consiguiente, de las expectativas negativas (de ejercicio sin obstáculos de las libertades) y positivas (de satisfacción de necesidades vitales) garantizadas a todos del mismo modo mediante su sustracción a la disponibilidad del mercado y a la discrecionalidad del Estado, en el plano extensional con el desarrollo del proceso de universalización de la clase de sus titulares, hasta la coincidencia de ésta con la totalidad de los seres humanos. Así, en el esquema hobbesiano la única igualdad jurídica está en el derecho a la vida, que es el único derecho fundamental garantizado por el contrario social, mientras que, por lo demás, todas las diferencias, empezando por la sexual, quedan abandonadas a las dinámicas «naturales» y, así, destinadas a convertirse en desigualdades. En el paradigma lockiano y luego en el de las primeras constituciones liberales, la

igualdad se amplía a la garantía de los derechos de libertad y de autonomía privada, pero queda por mucho tiempo subjetivamente limitada a los ciudadanos varones, alfabetizados y propietarios. En fin, en el curso de los últimos dos siglos el modelo se expande, de un lado con la multiplicación de los derechos fundamentales, ya no sólo civiles y políticos sino también sociales, del otro con la progresiva desaparición de las diferenciaciones jurídicas de *status* —por nacimiento, censo, instrucción y, sólo al final, por sexo— excepción hecha del último privilegio de *status*, la ciudadanía, que a causa de los confines estatistas del derecho moderno continúa excluyendo, como un gran *apartheid* mundial, a todos los no-ciudadanos del goce de la mayor parte de los derechos fundamentales. De cualquier modo, la igualdad jurídica no será nunca otra cosa que la idéntica titularidad y garantía de los mismos derechos fundamentales independientemente del hecho, e incluso precisamente por el hecho, de que los titulares son entre sí diferentes.

La igualdad jurídica se detiene aquí. Aparte la igualdad de derecho en la titularidad de los derechos fundamentales, todas las personas son de hecho diversas unas de otras por diferencias «de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas, condiciones personales y sociales», según la fórmula del artículo 3,1 de la Constitución italiana. Pero son diversas, de derecho y de hecho, en la titularidad de los derechos no fundamentales. Del mismo modo que la igualdad jurídica se define a través de los derechos fundamentales y viceversa, la desigualdad jurídica depende en su definición de la esfera de los derechos patrimoniales de los que cada uno es titular con exclusión de los demás, así como de los múltiples papeles de poder personificados o sufridos por cada uno. Y son, en fin, diversas de hecho, pero no de derecho, por las desigualdades —estas últimas *antijurídicas*— producidas, en violación del principio de igualdad, por las discriminaciones de sus diferencias.

A partir de estos presupuestos, se comprende el nexo que, por la vía de los derechos, liga las diferencias a la igualdad y las opone a las desigualdades y a las discriminaciones. Las *diferencias* —sean naturales o culturales— no son otra cosa que los rasgos específicos que diferencian y al mismo tiempo individualizan a las personas y que, en cuanto tales, son tutelados por los *derechos fundamentales*. Las *desigualdades* —sean económicas o sociales— son en cambio las disparidades entre sujetos producidas por la diversidad de sus *derechos patrimoniales*, así como de sus posiciones de poder y sujeción. Las

primeras concurren, en su conjunto, a formar las diversas y concretas *identidades* de cada persona; las segundas, a formar las diversas *esferas jurídicas*. Unas son tuteladas y valorizadas, frente a discriminaciones o privilegios, por el principio de *igualdad formal* en los derechos fundamentales de *libertad*; las otras son, si no removidas, al menos reducidas o compensadas por aquellos niveles mínimos de *igualdad sustancial* que están asegurados por la satisfacción de los derechos fundamentales *sociales*. En ambos casos la igualdad está conectada a los derechos fundamentales: a los de libertad en cuanto derechos al igual respeto de todas las «diferencias», a los sociales en cuanto derechos a la reducción de las «desigualdades».

De otra parte, la igualdad, al ser un privilegio normativo, puede resultar inefectiva, como todas las normas, en diversos grados; tanto en su dimensión formal como en sus mínimos sustanciales, a causa de las múltiples *discriminaciones* con las que de hecho puede ser violada mediante lesiones fácticas de los derechos fundamentales. Precisamente, las discriminaciones son las desigualdades antijurídicas, puesto que consisten —por la violación del principio de igualdad establecido por el artículo 3,1 de la Constitución italiana— en el desigual tratamiento de las diferencias tuteladas y valorizadas por él. Por consiguiente, son las discriminaciones las que deben ser analizadas y reconocidas como productos ilegítimos de esos «obstáculos» de orden social y cultural que, como dice el artículo 3,2 de aquella «limitan de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos». La elaboración teórica y la realización práctica de *garantías* idóneas a «removerlas» es el problema más difícil, pero también el principal objetivo de cualquier política democrática del derecho¹⁴.

14 Para un análisis más detallado de la relación entre igualdad, diferencias, desigualdades y derechos fundamentales y patrimoniales, remito a mi *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. española de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero, Trotta, Madrid, 1998, pp. 905-920 y a «Note critiche ed autocritiche intorno alla discussiones su *Diritto e ragione*», en L. Gianformaggio (ed.), *Le ragioni del garantismo. Discussendo con Luigi Ferrajoli*, Giappichelli, Torino, 1993, pp. 505-512, en respuesta a las intervenciones de M. Bovero, M. Jori y C. Luzzati, en el mismo volumen.

IV. Diferencias sexuales y derechos fundamentales de las mujeres

¿Cómo retroactúa este paradigma normativo de la igualdad sobre la diferencia de sexo? La diferencia sexual, seguramente primaria y paradigmática, ¿es por ello pensable, valorizable y garantizable, o, por el contrario, impone una posterior revisión o cuando menos una precisión y, tal vez, la elaboración de alguna forma de «derecho de la diferencia» o de «derecho sexuado»?

Me parece que puede ser útil articular la respuesta a estas preguntas distinguiendo dos órdenes de cuestiones. El primero —ligado a la dimensión teórica de la *normatividad* del principio de igualdad— es el de la posible relevancia de la diferencia sexual sobre la estructura o sobre la naturaleza misma de los derechos fundamentales de los que se sustancia la igualdad. El segundo —ligado a la dimensión práctica de la *efectividad* del mismo principio— es el de las discriminaciones de las mujeres de las que se viola este principio y de las específicas garantías jurídicas requeridas para su remoción.

Después de lo dicho hasta ahora, me parece claro que también la valoración de la diferencia sexual se funda esencialmente en el principio normativo de la igualdad, en el sentido indicado de que la igualdad consiste en el igual valor de las diferencias como rasgos constitutivos de la identidad de la persona y es como tal asegurada por el carácter universal de los derechos fundamentales. De ello se sigue que nuestro paradigma, al identificar el derecho a la igualdad con el derecho a la identidad diferente, excluye que las diferencias sean erigidas es *status*, incluso con el loable intento de conseguir una mayor incisiva tutela y valorización de las mismas, y confía en cambio su afirmación únicamente a los derechos de libertad, es decir, a la igualdad en su libre expresión y autodeterminación. En suma, con esta base, ninguna identidad-pertenencia debe asumir la relevancia jurídica de un *status* personal diverso y específico. El paradigma normativo aquí delineado comporta que las diferencias —entre varones y mujeres, como entre blancos y negros o entre cristianos y musulmanes— no se afirman ni se defienden retrocediendo al paradigma premoderno de la diferenciación jurídica entre *status*, sino con la afirmación de los derechos fundamentales sobre los que se mide la igualdad, y, por otro lado, con el desarrollo de sus técnicas de garantía.

Dicho esto hemos de preguntarnos si justamente la definición aquí propuesta de la igualdad como igualdad *en droits* no comporta una diferencia no sólo de hecho sino también de derecho entre mujeres y varones, ligada a la existencia de derechos fundamentales específicamente de las mujeres. ¿Existen derechos fundamentales «de las mujeres» y sólo de las mujeres? En el debate feminista han emergido principalmente tres: la libertad femenina, la inviolabilidad del cuerpo de la mujer y la autodeterminación en tema de aborto. No obstante, me parece que la libertad personal y la inviolabilidad del cuerpo no son derechos sólo de las mujeres. Ahora bien, estas libertades exigen, además de las garantías previstas para todos los seres humanos, formas específicas y diferencias de garantías ligadas, como veremos, a la especificidad de las violaciones a que están expuestas sobre todo las mujeres. Pero esto tiene que ver con la segunda de nuestras dos cuestiones, la ligada a la dimensión de la efectividad de los derechos y no la relativa a su dimensión normativa, que es la aquí analizada.

Hay, en cambio, un derecho relativo únicamente a las mujeres que es el derecho a la autodeterminación en materia de maternidad (y consecuentemente de aborto), del que hay que decir enseguida que no sólo no se encuentra reconocido todavía en ninguna legislación, pues, por lo general, su ejercicio no está ni siquiera enteramente despenalizado, sino que a lo sumo se encuentra sujeto a formas de legalización más o menos controladas. Se trata de un derecho que es al mismo tiempo fundamental y exclusivo de las mujeres por múltiples y fundadas razones: porque forma un todo con la libertad personal, que no puede dejar de comportar la autodeterminación de la mujer en orden a la opción de convertirse en madre; porque expresa lo que John Stuart Mill llamaba la «soberanía» de cada uno sobre la propia mente y el propio cuerpo¹⁵; porque cualquier decisión heterónoma, justificada por intereses extraños a los de la mujer, equivale a una lesión del segundo imperativo kantiano según el cual ninguna persona puede ser tratada como medio o instrumento —aunque sea de procreación— para fines no propios, sino sólo como fin en sí misma; porque, en fin a diferencia de cualquier otra prohibición penal, la prohibición del aborto equivale a una obligación —la de convertirse en madre, soportar un embarazo, parir, criar un hijo— en

15 «Sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y espíritu, el individuo es soberano» (J. Stuart Mill, *Sobre la libertad*, trad. de P. de Azcárate, Alianza, Madrid, 1970, p. 66).

contraste con todos los principios liberales del derecho penal¹⁶. En efecto, no sólo se trata de una fundamental libertad negativa (de no convertirse en madre y, por tanto, de abortar), sino de una inmunidad de construcciones y de servidumbres personales que es complementaria de una fundamental libertad positiva: el derecho-poder de generar, traer personas al mundo, que es un poder por así decir *constituyente*, de tipo pre- o meta-jurídico, puesto que es el reflejo de una potencia natural inherente de manera exclusiva a la diferencia femenina. No se trata sólo de un derecho de libertad, sino también de un derecho-pretensión al que deben corresponder obligaciones públicas, concretamente exigibles, de asistencia y de cuidado, tanto en el momento de la maternidad como en el del aborto.

Ahora bien, si es cierto que por todas estas razones semejante derecho debe corresponder exclusivamente a la mujer, al menos en relación con este derecho varones y mujeres no son (o mejor, visto que este derecho no ha sido todavía reconocido, no deberían ser) jurídicamente iguales. Al menos para este derecho la diferencia sexual debe traducirse en derecho desigual o, si se quiere, «sexuado». Y, sin embargo, con paradoja aparente, este derecho de género no contradice, sino que, al contrario, está implicado por nuestro paradigma normativo de la igualdad, y precisamente en su nombre debe ser reivindicado. En efecto, el derecho a la maternidad voluntaria como auto-determinación de la mujer sobre el propio cuerpo le pertenece de una manera exclusiva porque en materia de gestación los varones no son iguales a las mujeres, y es sólo desvalorizando a éstas como personas y reduciéndolas a instrumentos de procreación como los varones han podido expropiarlas de esa su personal potencia sometiéndola al control penal. No puede, por tanto, configurarse un «derecho a la paternidad voluntaria» análogo y simétrico al «derecho a la maternidad voluntaria», por la simple razón de que la gestación y el parto no pertenecen a la identidad masculina sino sólo a la femenina. Allí donde la decisión de traer o no al mundo por intermedio de un cuerpo femenino estuviera subordinada también al recuerdo con los potenciales padres, la decisión de éstos sería sobre el cuerpo de otra persona y equivaldría, pues, al ejercicio de un poder del hombre sobre la mujer que viola al mismo tiempo la libertad de las mujeres y el igual valor de las personas.

16 Para un análisis de todas estas razones, remito a mi trabajo «Aborto, morale e diritto penal», en *Prassi e teoria* 3 (1976), pp. 397-418. Véase también *Derecho y razón*, 1998, pp. 459-479.

Por lo demás, un discurso análogo vale para todos los derechos conexos a la maternidad, como el de un periodo de baja y otras formas de tutela previstas en el derecho del trabajo, que son derechos de las mujeres en el sentido de que no pueden más que estar referidos exclusivamente a ellas, siendo sólo un enmascaramiento de esta especificidad asimilarlos, según el paradigma de la homologación, a la baja por enfermedad y decir que, como los demás derechos de los trabajadores, corresponden a todos sólo si son (o cuando resultan ser) también mujeres, además de trabajadores.

V. Discriminación sexual y garantías sexuadas de la diferencia

La segunda cuestión antes apuntada, la de las múltiples discriminaciones que de hecho violan el principio normativo de la igualdad entre varones y mujeres, es mucho más importante.

En cuanto norma, en efecto, la igualdad no describe sino que prescribe, y como todas las normas está destinada a un grado más o menos elevado de ineffectividad. El problema jurídico, teórico y práctico, planteado por la diferencia sexual es entonces el de la elaboración y la puesta a punto de garantías, que bien se podrían llamar *garantías sexuadas*, idóneas para reducir la divergencia que siempre existe entre normas y hechos, entre normatividad y efectividad, entre valores jurídicos y realidad práctica. Es claro que tanto la identificación de tal divergencia como la de las garantías capaces de reducirla deben partir, según el esquema indicado del artículo 3,2 de la Constitución italiana, no de las normas, sino de los hechos; no de la igualdad, sino de sus violaciones, es decir, de las discriminaciones sufridas por la diferencia.

La naturaleza y el grado de tales discriminaciones dependen de la diversa estructura de los diferentes derechos fundamentales y de las correspondientes garantías. A tal fin, es necesario distinguir dos clases estructuralmente diversas de derechos fundamentales: los derechos de libertad o de autonomía, sean éstos «libertades de» (o *facultas agendi*) o «libertades frente a» (o inmunidades), a las que corresponden prohibiciones de lesión o de impedimento impuestas a otros sujetos, públicos y/o privados, y los derechos-expectativas o «derechos a», a los que corresponden obligaciones positivas de prestación o de satisfacción por parte de otros sujetos.

Es evidente que las garantías de los derechos de libertad y de autonomía son las que menos se prestan a discriminaciones. En efecto, estos derechos —de la libertad de conciencia a la libertad de manifestación del pensamiento, de la libertad de asociación y de reunión a la libertad de personal frente a arrestos arbitrarios, de los derechos políticos de sufragio activo a todos los derechos civiles— están igualmente garantizados, para las mujeres y para los varones, por otras tantas prohibiciones que sancionan sus violaciones como inválidas, cuando sean debidas a organismos públicos, o como ilícitas, cuando sean cometidas por particulares¹⁷.

Hay, sin embargo, una específica libertad «frente a» o derecho-inmuni-
dad de cuya violación son víctimas, por lo general, las mujeres y siempre por
obra de los varones: la libertad sexual y la inviolabilidad del cuerpo por vio-
lencias o molestias de naturaleza sexual. Ya he dicho que esta libertad es un
derecho fundamental no exclusivamente femenino, estando en principio re-
conocida y garantizada asimismo a los varones. No obstante, sus violaciones,
puesto que de ellas son víctimas sobre todo las mujeres y siempre por parte
de los varones, hacen de ellas un derecho prevalentemente femenino, confi-
riéndole el carácter de un específico *hábeas corpus* de la mujer cuya tutela re-
queriría específicas garantías sexuadas. Aquí me limito a señalar dos, una de
carácter penal, la otra de carácter procesal, que en su conjunto servirían para
tutelar y para valorizar la subjetividad de la parte ofendida. En el plano penal,
la violencia y la molestia sexual deberían ser configuradas como delitos cuyo
elemento objetivo depende necesariamente de la valoración de la parte ofen-
dida, la única que puede cualificar un hecho como violencia o como molestia
sexual, es decir, nominarlo como tal en cuanto sea para ella subjetivamente
molesto o no deseado¹⁸, que es una cuestión, téngase en cuenta, del todo di-

17 El primer caso es el de las violaciones (también) de derecho, las cuales consisten en normas jurídicas; el segundo es el de las discriminaciones (sólo) de hecho, que consisten en prácticas sociales. Sin embargo, también las discriminaciones de derecho se configuran como hechos respecto al principio normativo de igualdad, que es generalmente un principio de rango constitucional: en efecto, todo fenómeno normativo es configurable como norma en relación con los hechos que regula y como hecho en relación con las normas de grado superior por las que es regulado. Como consecuencia del proceso de emancipación femenina, y en particular de las reformas en materia de derecho de familia y de ciudadanía de los años setenta y ochenta, las discriminaciones de derecho casi han desaparecido y la igualdad de derecho está ampliamente realizada.

18 Ésta es la opción acogida por la propuesta de ley 546, de 5 de agosto de 1992, titulada «Normas para la tutela de la dignidad y libertad de la persona que trabaja, frente a las molestias sexuales en

versa e independiente de la de la prueba del hecho señalado como violento o molesto, que, obviamente, no puede sustraerse al principio general de la presunción de inocencia hasta prueba en contrario¹⁹. En el plano procesal, el mismo carácter de imprescindible de la valoración subjetiva de la mujer además de la tutela de su autodeterminación deberían asignarle un poder no fiscalizable en materia de acción penal: en tal dirección se movía una enmienda Gramaglia-Bassanini a la propuesta de la ley sobre la violencia sexual que —superando la vieja contraposición entre procedibilidad de oficio y querrela de parte— proponía introducir, junto a la procedibilidad de oficio, un derecho de oposición en favor de la mujer que le permitiría impedir el proceso en los quince días precedentes a la incriminación²⁰.

Pero donde la discriminación de las mujeres llega al más alto grado es en la satisfacción de los derechos-expectativa o «derechos a», como el derecho al trabajo, los derechos políticos de sufragio pasivo, los de acceso y carrera en la función pública y, más en general, todos los de distribución de recursos. Es sobre todo aquí donde se revela el alcance discriminatorio de la igualdad como homologación; la cual, precisamente porque pensada como «hecho» modelado sobre la normalidad masculina, vale sólo para las que se asimilar

los lugares de trabajo, cuyo artículo 3 define como «molestias sexuales»: «todos los comportamientos no deseados con connotación sexual o cualquier otro tipo de comportamiento basado en el sexo que ofenda la dignidad de las mujeres y de los hombres en el mundo del trabajo, comprendidas las actitudes puramente verbales o escritas». Sin embargo, me parece que semejante noción, tomada del artículo 16 de la ley sobre el castigo como delito de las molestias sexuales, es excesivamente vaga y exigiría, para ser conforme al principio de taxatividad y de estricta legalidad penal, una mayor, aunque no fácil, determinación semántica. Otra cuestión es la de la oportunidad de atribuir a la ley penal —y no a la regulación administrativa y, por otra parte, a la tutela civil— la disciplina y las sanciones de las simples molestias sexuales. Sobre el sentido de la valorización de lo «penal» en la movilización de las mujeres contra la violencia sexual y en la construcción colectiva de la identidad femenina, véanse T. Pitch, «Tra diritti sociali e cittadinanza. Il movimento delle donne e la legge sulla violenza sessuale»: *Problemi del Socialismo* 27-28 (1983), pp. 192-214; y *Responsabilità limitate. Attori, conflitti, giustizia penale*, Feltrinelli, Milano, 1989, pp. 84 ss., 193 ss.

19 Me parece inaceptable, y equivalente a la medieval probatio diabolica, la «inversión de la carga de la prueba» (no es la mujer la que «debe demostrar que ha sido molestada», sino el acusado «el que debe ocuparse de demostrar la propia inocencia») sostenida por Anna Maria Seganti en una entrevista concedida a Claudia Arletti, «L'avvocato: «Senza prove in tribunale succede così»», en *L'Unità*, 6 de abril 1993, p. 10.

20 La enmienda se encuentra ilustrada, en sus motivaciones y detalles técnicos, en el *Appello* publicado en *Il Manifesto* de 8 de febrero de 1989, p. 1, y con más amplitud, en respuesta a las objeciones producidas, en mi «Soluzione, non mediazione», en *Il Manifesto* de 14 de febrero 1989, pp. 1 y 12.

a los valores actuando como ellos, imitando sus estilos y opciones de vida, aceptando sus tiempos y reglas. Es aquí donde la diferencia resulta desvalorizada de hecho y discriminada con menoscabo de las mujeres por los muchos obstáculos de tipo social y cultural que la penalizan en beneficio de los varones, banalizando en la práctica el principio de igualdad. Es, pues, tomando en consideración estos obstáculos y el modo en que operan al discriminar las diferencias como deben elaborarse las garantías sexuadas.

Estas garantías pueden ser de dos tipos, según que la igualdad perseguida con ellas imponga que la diferencia *no tenga* relevancia como fuente de discriminación o de privilegios, o, al contrario, que *tenga* relevancia para no ser discriminada. En las garantías del primer tipo, dirigidas a evitar que aparezca la diferencia, está comprendida la prohibición en materia laboral de las *contrataciones mediante convocatoria nominativa*. Se trata de una vieja garantía conquistada a través de las luchas sindicales de los años setenta, hoy de hecho ineficaz, y que debería completarse con la exclusión de la «oferta de trabajo sexuada», es decir, la dirigida a discriminar a las mujeres en el reclutamiento del personal dependiente, pero también, quizá, de la destinada a favorecerlas en actividades laborales de carácter subalterno («se necesita secretaria» o «empleada del hogar»).

Entran, en cambio, dentro de las garantías del segundo tipo, previstas con el fin de evidenciar la diferencia, las ofrecidas por las llamadas «acciones positivas». Este tipo de acciones suele suscitar sospechas y es sustancialmente rechazado también por una parte del pensamiento feminista, dado que sugiere finalidades de tutela que sancionarían de hecho la desigualdad. Sin embargo, me parece que una crítica de esta clase contradice las mismas premisas de una política del derecho dirigida a la defensa de la diferencia frente a las discriminaciones de que ésta ha sido objeto, y, paradójicamente, genera el riesgo de acreditar el modelo homologador y descriptivo en lugar del normativo de la igualdad. En efecto, si se considera que la igualdad de tipo homologador opera de hecho como una regla que seleccione positivamente a quien se adapta al modelo normativo dominante y negativamente a quien no lo hace, entonces se justifica otra regla que seleccione positivamente la diferencia discriminada y que, según una feliz expresión de Letizia Gianformaggio, opera como «una suerte de regla [transitoria] de actuación»²¹ del

21 Gianformaggio L., «Uguaglianza e differenza. Sono veramente incompatibili?», 1993a, p. 228.

principio normativo de igualdad, y precisamente de su corolario la igualdad sustancial perseguida por el artículo 3,2.º de la Constitución italiana, al menos si se admite —algo que se da por descontado— que una política de la diferencia deba ser (también) una política del derecho. En cambio, si se cuestiona semejante regla de actuación de la igualdad, incluso con el argumento de que la acción positiva confirmaría la desigualdad precisamente al tutelar la diferencia discriminada, se asume implícitamente que la igualdad realizada de ese modo operaría con menoscabo de las diferencias individuales de «mérito» (sea cual fuere el significado que se dé a este término), y, por tanto, se supone que la discriminación no existe, al ser los criterios de «mérito» tomados en consideración, perfectamente objetivos, neutrales e imparciales, por contraste con la lamentada discriminación²².

Por otra parte, de manera diversa a las otras diferencias, la diferencia sexual, al dividir en dos el género humano, permite evitar cualquier diferenciación jurídica entre varones y mujeres, cuando se prevea la realización de acciones positivas. En efecto, como sucedió, aunque con alguna vacilación, en la ley sobre elecciones municipales²³, puede perfectamente disponerse que

Véase, en las páginas 223 y ss, el análisis crítico a que se somete a la equívoca (pero retóricamente eficaz) expresión «discriminación al revés» (*reverse discrimination*), acuñada en los Estados Unidos por los críticos de las acciones positivas y usada entre nosotros también por quienes se muestran favorables a ellas. Véase también, sobre el mismo tema, id., «Política della differenza e principio di uguaglianza: sono veramente compatibili?»: *Lavoro e Diritto* 2, 1992, pp. 187-203.

- 22 Gianformaggio L., «Uguaglianza e differenza. Sono veramente incompatibili?», 1993a, p. 237: «Me parece que un presupuesto de esta crítica es la idea de que los *tests* con los que de hecho valoran tanto las *diferencias-mérito* como las *diferencias-especificidades individuales* (tanto si se trata de las pruebas electorales como de las relativas a la admisión o la promoción en una carrera laboral) son absolutamente objetivos, neutrales, verdaderamente capaces de atribuir oportunidades a quien, presumiblemente, las disfrutará del modo subjetivamente más gratificante y socialmente más ventajoso. La hipótesis, que ni siquiera se toma en consideración —y sobre la que, en cambio, trabaja la teoría de la diferencia— es que estos criterios, al contrario, están, en el mejor de los casos, dirigidos a, y en situación de, evaluar fundamentalmente el grado de homologación del individuo sometido a ellos, y, en el peor de los casos (que como siempre sucede es el más frecuente), brutalmente orientados a, y en condiciones de, realizar el interés privado, inmediato, miope, particularista, del que establece los criterios y de quien valora los resultados». Las acciones positivas fueron introducidas en el ordenamiento italiano con la ley 125/1991, de 10 de abril, que en el artículo 1, remitiéndose abiertamente al artículo 3,2 de la Constitución, las justifica con «el fin de [...] realizar la igualdad sustancial entre varones y mujeres» y «de remover los obstáculos que de hecho impiden la realización de la igualdad de oportunidades».

- 23 Véase el artículo 7,1 de la ley 81/1993, de 25 de marzo, sobre la elección directa del alcalde, que establece: «En las listas de candidatos, por norma, ninguno de los dos sexos puede hallarse repre-

a cada uno de los dos géneros, masculino y femenino, se reserve una cuota de los candidatos, o, mejor aún, de los elegidos, o también de los puestos de trabajo, de las funciones directivas y similares. Es cierto que en materia de representación este tipo de garantía impide la formación de listas sólo de mujeres y deforma, en el caso de entenderse a todos los elegidos, su distribución en proporción a los votos emitidos. Pero la primera objeción puede ser superada mediante la previsión —como alternativa a la formación de listas que respeten la presencia de ambos géneros en la cuota establecida— de la posibilidad de listas exclusivamente de género (de mujeres o de varones, en su totalidad), que, así, se caracterizarían no por una opción «casual» sino por una opción política declaradamente sexuada y como tal sometida, para bien y para mal, a la valoración del electorado. En cuanto a la segunda, se resiente de la aceptación acrítica como objetivos de los mecanismos de selección y valoración que, como se ha dicho, obstaculizan de hecho la actuación del principio de igualdad; sin contar con que el principio proporcional ha sido ya lesionado, de forma muy clara, con su explícito abandono por la vía del referéndum y por la actual orientación hacia la adopción de sistemas mayoritarios.

Hay, en fin, un tercer orden de garantías sexuadas ligadas a la diferencia y asimismo impuestas por nuestro principio normativo de igualdad. La diferencia de sexo debería justificar tratamientos diferenciados en todas las ocasiones en que un tratamiento igual penaliza al género femenino en contraste con los derechos de autodeterminación de las mujeres y con intereses específicos ligados a la identidad femenina. Se ha hablado de algunos derechos previstos específicamente para las mujeres en las leyes laborales. A éstos pueden añadirse, siempre en materia de trabajo, también las garantías específicamente femeninas de todos los demás derechos. Por ejemplo, en una fábrica milanesa las mujeres rechazaron casi por unanimidad el resultado de un referéndum sobre trabajo nocturno, aceptado por la totalidad (mayoritaria) de

sentado en medida superior a los dos tercios». El inciso «por norma» es claramente fruto de un compromiso y ejemplar por la ambigüedad lingüística ocasionada en la producción legislativa de las incertidumbres y de las mediaciones parlamentarias: el texto de la ley había sido aprobado sin el inciso por la comisión de asuntos constitucionales de la Cámara; ésta había rechazado el párrafo en su totalidad en el pleno, argumentando el contraste con el artículo 3,1 de la Constitución y, evidentemente, ignorando la existencia del 2.º párrafo del mismo artículo; después, el Senado reintrodujo aquél en su totalidad, añadiendo el inciso de compromiso, aceptado, al fin, por la Cámara.

los varones, a causa de su diferente modo de vivir la relación entre tiempo de vida y tiempo de trabajo. Y, en otra, rechazaron también un análisis de orina impuesto por razones de prevención sanitaria a todos los trabajadores, con el argumento de que esta prueba habría revelado un posible embarazo. Es claro que ambos rechazos se produjeron en nombre de la diferencia pero, al mismo tiempo, también de la igualdad. De la igualdad en el respeto de la diferencia y, por tanto, en la titularidad y garantía de los derechos, comenzando por el derecho de autodeterminación: ninguna mayoría puede decidir en materia de derechos por cuenta de los demás, y tanto más cuando la minoría tiene intereses ligados a su diferencia.

En esta perspectiva, todo el campo del derecho del trabajo y más aun el del derecho administrativo deberían tener en cuenta las diferencias de sexo, no ciertamente para privilegiar a uno de los dos géneros, sino para respetarles a ambos. Me parece que ésta es una preciosa indicación ofrecida por la concepción del derecho público que, adoptando la idea normativa de la «igualdad de las capacidades fundamentales» avanzada por Amartya Sen, atribuye a los servicios públicos y más en general a la administración pública, no tanto y no sólo la tarea tradicional de ofrecer bienes y prestaciones, sino la de promover la autorrealización de las específicas y diversas capacidades de todas las personas, poniéndolas en las mejores condiciones de ejercitarlas y desarrollarlas, tarea ésta que es seguramente más respetuosa de la autonomía individual y colectiva. En efecto, es evidente que igual respeto y valorización de las capacidades quiere decir, antes que otra cosa, igual respeto y valorización de las diferencias, a comenzar —en un mundo institucional pensado y organizado sobre todo por (y para) los varones— por la diferencia sexual²⁴. Semejante orientación —en sintonía con las recientes teorías «relacionales», «horizontales», «discursivas» y «auto-reflexivas» del derecho, ilustradas por Giuseppe Bronzini²⁵— apunta, más que a la ampliación asistencial de los beneficios, a la creación de instrumentos, espacios lugares y ámbitos de vida,

24 Sobre este punto véase de Sen A., *Equity of What?*, ahora en *Scelta, benessere, equità*, Il Mulino, Bologna, 1986, e *Il tenore di vita. Tra benessere e libertà*, 1991, trad. italiana de L. Piatti, Marsilio, Venezia, 1993; de O. de Leonardi, «Diritti difference e capacità»: *Democrazia e Diritto* 5-6 (1991), pp. 197-218; de T. Pitch, «Differenza in comune», 1991, pp. 219-235; de U. Allegretti, *Valori, costituzionali e pubblica amministrazione: un nuovo inizio?*, ponencia en el congreso en la región de Toscana, celebrado en Florencia los días 19-20 de febrero de 1995 (versión mecanográfica).

25 Véase Bronzini G., «Nuove avventure dell'astrazione giuridica»: *Democrazia e Diritto* 2, 1993.

orientados a la autodeterminación de los sujetos individuales y sociales, concebidos unos y otros no como partes pasivamente destinatarias de la actuación administrativa, sino como sujetos activos, a cuyas capacidades de opción, iniciativa, experimentación, expresión, interacción, socialización y control están finalizadas las instituciones públicas²⁶.

VI. Diferencia, igualdad y derecho sexuado

Todo esto. Es decir, la existencia al menos de un derecho fundamental que corresponde exclusivamente a las mujeres, como el de la maternidad voluntaria y la instauración de nuevas y específicas garantías sexuadas, ¿es suficiente para poner en crisis el valor del principio de igualdad?, ¿para hacernos pensar que estamos fuera del paradigma de la igualdad?

Creo que se debe decir exactamente lo contrario. Es decir, que el valor de la igualdad resulta confirmado y reafirmado, si bien en un sentido más complejo y articulado que el corriente, en virtud del análisis de la diferencia y de las implicaciones que de ella deben extraerse para una igual y efectiva valorización de las diversas identidades. En efecto, diremos que somos iguales precisamente porque lo somos en todos los derechos que tienen que ver con nuestras diferentes identidades, o sea, en los derechos fundamentales, entre los cuales está incluso el derecho de las mujeres a la maternidad voluntaria, que, ciertamente, no se refiere a la identidad y la diferencia masculina, sino sólo a la identidad y la diferencia femenina. Diremos, además, que, precisamente porque todo el ordenamiento tiene el cometido, como dice el artículo

26 Leonardis de O., *Il terzo escluso. Le istituzioni come vincoli e come risorse*, Feltrinelli, Milano, 1990, pp. 9-23, habla de «uso activo» de las instituciones capaz de condicionarlas y de transformarlas: entendidas las instituciones como un conjunto de «espacios», «prácticas» y «artefactos sociales» que «produce (o «inventa») su realidad» en una relación no de antinomia sino de interacción «entre el punto de vista del actor y el del sistema». De forma análoga, Umberto Allegretti, *op. cit.*, habla de «una administración» como «escenario o teatro» o «lugar escénico», para designar, más que la tradicional «actividad de la administración, los «lugares» o «cuadros logísticos» predisuestos por ésta, en los que «sujetos diversos de la administración desarrollan su actividad». Y reclama como modelo las administraciones de entes teatrales o cinematográficos, las organizadoras de exposiciones artísticas, los campos de deportes y, además, las escuelas, los hospitales, las residencias de ancianos, etc., donde la persona no comparece como objeto de administración sino, al contrario, como sujeto activo y que se autodetermina.

3,2 de la Constitución italiana, de «remover los obstáculos que limitan de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana» hacen falta garantías idóneas para perseguir la efectividad de la igualdad y de los derechos que la sustancian, impidiendo la discriminación de la diferencia sexual como desigualdad. En los dos caos, entre igualdad y diferencia(s) no sólo no existe contradicción sino que se da implicación recíproca. Pues el término que se opone a «diferencia» no es «igual», sino «desigualdad».

Es obvio que ningún mecanismo jurídico podrá por sí solo garantizar la igualdad de hecho entre los dos sexos, por mucho que pueda ser repensado y reformulado en función de la valorización de la diferencia. La igualdad, no sólo entre los sexos, es siempre una utopía jurídica, que continuará siendo violada mientras subsistan las razones sociales, económicas y culturales que siempre sustentan el dominio masculino. Pero esto no quita nada de su valor normativo. De otro modo, sería como decir que el *habeas corpus* no tiene ningún valor porque a menudo, de hecho, la policía practica detenciones arbitrarias. El verdadero problema, que exige invención e imaginación jurídica, es la elaboración de una garantía de la diferencia que sirva de hecho para garantizar la igualdad.

En cambio, el asunto de si el derecho fundamental de las mujeres a la autodeterminación de la maternidad y los distintos tipos de garantías sexuales, uno y otros requeridos por el modelo normativo de igualdad aquí diseñado, merecen en su conjunto el nombre de «derecho sexuado», es una pura cuestión de palabras. Lo que importa es lo que está detrás de las palabras. Y sean bienvenidas las nuevas palabras si sirven para evidenciar problemas tradicionalmente aplazados u ocultados, y para conferir radicalidad y consciencia a la reivindicación de los derechos de la persona y a la realización del valor de la igualdad.

VII. Bibliografía

Allegretti, Umberto, “Valori costituzionali e pubblica amministrazione: un nuovo inizio?”, ponencia presentada en el Congreso de la Región de Toscana, Florencia, 19-20 de febrero 1995 (versión mecanográfica).

- Bentham, Jeremy, *Sophismes anarchiques*, en *Oeuvres de Jérémie Bentham*, vol. I, trad. francesa de E. Dumont, del original *Anarchical Fallacies*, (1816), Société Belgue de Librairie, Bruselas, 1840.
- Boccia, M. L., “L’uguaglianza impermeabile. Il corpo femminile ridisegna l’orizzonte dei diritti uguali”, *Il bimestrale* (suplemento del núm. 25 de *Il Manifesto*, Roma, 3 de enero 1989).
- Bronzini, G., “Nuove avventure dell’astrazione giuridica”, *Democrazia e Diritto*, núm. 2, 1993.
- Campari M. G. y L. Cigarini, “Fonte di un nuovo diritto”, *Sottosopra*, enero 1989.
- Cavarero, Adriana, “Il modello democratico nell’orizzonte della differenza sessuale”, *Democrazia e Diritto*, núm. 2, 1990.
- , “La congiura delle differenti. Contro l’esclusione o l’assimilazione ad opera del maschile-universale”, *Il bimestrale* (suplemento del núm. 25 de *Il Manifesto*, Roma, 3 de enero 1989).
- , “L’emancipazione diffidente. Considerazioni teoriche sulle pari opportunità”, *Reti*, núm. 2, 1988a.
- , “L’ordine dell’uno non è l’ordine del due”, en M. L. Boccia e I. Peretti (eds.), *Il genere della rappresentanza*, en “Materiali e atti 10”, suplemento de *Democrazia e Diritto*, núm. 1, 1988b.
- , “Per una teoria della differenza sessuale”, en *Diotima. Il pensiero della differenza sessuale*, La Tartaruga, Milán, 1987.
- De Maistre, Joseph, *Considérations sur la France*, en *Oeuvres du comte J. De Maistre*, Aux Ateliers Catholiques du Petit-Montrouge, París, 1841.
- Dominijanni, I., “Donna si nasce, differenti si diventa. L’uguaglianza e il percorso femminista”, *Il bimestrale* (suplemento del núm. 25 de *Il Manifesto*, Roma, 3 de enero 1989).
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. española de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero, Trotta, Madrid, 1998.
- , “Note critiche ed autocritiche intorno alla discussione su *Diritto e ragione*”, en L. Gianformaggio (ed.), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Giappichelli, Turín, 1993.
- , “Soluzione, non mediazione”, *Il Manifesto*, Roma, 14 de febrero 1989.

- , “Aborto, morale e diritto penal”, en *Prassi e teoria*, núm. 3, 1976.
- Gianformaggio, Letizia, “Politica della differenza e principio di uguaglianza: sono veramente compatibili?”, *Lavoro e diritto*, núm. 2, 1992.
- , “Uguaglianza e differenza. Sono veramente incompatibili?”, en G. Bonacchi y A. Groppi (eds.), *Il dilemma della cittadinanza. Diritti e doveri delle donne*, Laterza, Roma-Bari, 1993a.
- , “Identity, Equality, Similarity and the Law”, ponencia, XVI Congreso Mundial de Filosofía del Derecho, 23 de mayo al 2 de junio, Reikiavik, Islandia, 1993.
- , “Law, Justice and the State”, *Rechtstheorie*, núm. 15, 1993c.
- Hobbes, Thomas, *De cive*, en Thomas Hobbes, *El ciudadano*, trad. de J. Rodríguez Feo, Trotta, Madrid, 1999.
- , *Leviatán*, en Thomas Hobbes, *El ciudadano*, trad. de J. Rodríguez Feo, Trotta, Madrid, 1999.
- , *Elementos de derecho natural y político*, trad. de D. Negro Pavón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979.
- Leonardis, O. de, *Il terzo escluso. Le istituzioni come vincoli e come risorse*, Feltrinelli, Milán, 1990.
- , “Diritti, difference e capacità”, *Democrazia e Diritto*, núms. 5-6, 1991.
- Locke, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, Alianza, Madrid, 1990.
- , *Della guida dell'intelligenza nella ricerca della verità*, trad. de E. Cipriani, Carabba, Lanciano, 1933.
- Minow, M., *Making All the Difference. Inclusion, Exclusion, an American Law*, Cornell University Press, Ithaca-Londres, 1990.
- Pitch, T., “Differenza in commune”, *Democrazia e Diritto*, núms. 5-6, 1991.
- , *Responsabilità limitate. Attori, conflitti, giustizia penale*, Feltrinelli, Milán, 1989.
- , “Tra diritti sociali e cittadinanza. Il movimento delle donne e la legge sulla violenza sessuale”, *Problemi del Socialismo*, núms. 27-28, 1983.
- Sen, Amartya, *Il tenore di vita. Tra benessere e libertà*, trad. de L. Piatti, Marsilio, Venecia, 1993.
- , “Equality of What?”, en su libro *Scelta, benessere, equità*, Il Mulino, Boloña, 1986.
- Stuart Mill, John, *Sobre la libertad*, trad. de P. de Azcárate, Alianza, Madrid, 1970.

La naturaleza del prejuicio. Racismo, hoy. Iguales y diferentes¹

Norberto Bobbio²

Sumario

I. La naturaleza del prejuicio. 1.1. ¿Qué es el prejuicio? 1.2. Diversas formas de prejuicio. 1.3. Prejuicio y discriminación. 1.4. Los distintos tipos de discriminación. 1.5. Y sus diferencias. 1.6. Consecuencias del prejuicio. 1.7. Conclusión no concluyente. II. Racismo, hoy. 2.1. Las «razones del racismo». 2.2. Fenomenología e ideologías del racismo. 2.3. Por una educación universalista. III. Iguales y diferentes. IV. Notas sobre los textos.

- 1 Los ensayos “La naturaleza del prejuicio”, “Racismo, hoy”, “Iguales y diferentes” forman parte de la obra *Elogio de la templanza y otros escritos morales*, escrita por Norberto Bobbio, Ediciones Temas de Hoy, S.A., Madrid, 1997.
- 2 Filósofo y jurista italiano, uno de los máximos exponentes del positivismo jurídico moderno. Fue profesor en las universidades de Camerino (1935-1938), Siena (1938-1940) y Padua (1940-1948), para, finalmente, volver a ejercer la docencia en Turín. En 1984 fue nombrado senador vitalicio por Alessandro Perini. Publicó varias obras entre las que constan *Política y cultura* (1955), *Teoría del ordenamiento jurídico* (1960), *Derecho natural y positivismo jurídico* (1964), *De Hobbes a Marx* (1965), *¿Qué socialismo?* (1977), *De la estructura a la función* (1977), *El futuro de la democracia* (1984), *Derecha e izquierda* (1994) y *De senectute* (1996). En 2001 se publicó *Diálogo en torno a la República*, un volumen que recoge una serie de conversaciones entre Norberto Bobbio y el profesor de teoría política, Maurizio Viroli.

I. La naturaleza del prejuicio

1.1. ¿Qué es el prejuicio?

Una conferencia titulada «La naturaleza del prejuicio» debe comenzar necesariamente por preguntarse qué se entiende por prejuicio. Intento dar una definición que someto a vuestra atención y al debate que seguirá. Se trata de una definición sin demasiadas pretensiones, que, por otro lado, puede servir para iniciar mi discurso.

Nosotros normalmente llamamos «prejuicio» a una opinión o a un conjunto de opiniones, a veces también a una doctrina, que es aceptada acríticamente y pasivamente por la tradición, por la costumbre o bien por una autoridad cuyo dictamen aceptamos sin discutirlo: «acríticamente» y «pasivamente», en cuanto que la aceptamos sin verificarla, por inercia, por respeto o por temor, y la aceptamos con tanta fuerza que resiste a toda refutación racional, es decir, a toda refutación que se haga recurriendo a argumentos racionales. Por esto se dice con buen sentido que el prejuicio pertenece a la esfera de lo no racional, al conjunto de aquellas creencias que no nacen del razonamiento y se sustraen a cualquier refutación fundada sobre un razonamiento.

La pertenencia a la esfera de las ideas reacias a someterse al control de la razón sirve para distinguir el prejuicio de cualquier otra forma de opinión errónea. El prejuicio es una opinión errónea tenida firmemente por verdadera, pero no toda opinión errónea puede ser considerada un prejuicio. Por poner un ejemplo banal, cualquiera de nosotros estudiando una lengua extranjera comete errores: se trata de errores que no derivan de un prejuicio, sino pura y simplemente de nuestra ignorancia de algunas reglas de aquella lengua. ¿Qué diferencia hay entre un error de este tipo y el error del prejuicio? La diferencia consiste precisamente en el hecho de que el error que cometemos al escribir una lengua que conocemos mal es un error que puede ser corregido mediante un mayor conocimiento, esto es, a través de argumentos que apelan a nuestra facultad de razonar y de aprender mediante la experiencia.

Otro tipo de error que no debe ser confundido con el prejuicio es aquél en el que incurrimos cuando somos engañados por alguien que nos hace creer como verdadera una cosa que no lo es: podemos caer en el error de

buena fe, pero también es este caso, una vez desvelado el engaño, estamos en condiciones de reconocer el error y de restablecer la verdad. En general, puede decirse que se distinguen de aquella opinión errónea en la que consiste el prejuicio todas las formas que pueden ser corregidas mediante los recursos de la razón y de la experiencia. Precisamente porque no es corregible o es menos fácilmente corregible, el prejuicio es un error más tenaz y socialmente más peligroso.

Ahora nos podemos preguntar por qué el prejuicio tiene tanta fuerza como para resistir más que cualquier otro error a la refutación racional. Me parece que se puede dar esta respuesta: la fuerza del prejuicio depende generalmente del hecho de que creer como verdadera una opinión falsa corresponde a mis deseos, estimula mis pasiones, sirve a mis intereses. Tras la fuerza de convicción con que creemos aquello que el prejuicio nos quiere hacer creer hay una razón práctica, y por tanto, precisamente como consecuencia de esta razón práctica, una predisposición a creer en la opinión que el prejuicio transmite. Esta predisposición a creer se puede llamar también «prevención». Prejuicio y prevención están normalmente ligados el uno a la otra. El prejuicio se encuentra más fácilmente en aquellos que están ya favorablemente predispuestos o prevenidos para aceptarlo. También por esto el prejuicio, como opinión errónea firmemente creída como verdadera, se distingue de las otras formas de error, pues en éstas generalmente no existe prevención: y precisamente porque no existe prevención son más fácilmente corregibles.

1.2. Diversas formas de prejuicio

Existen distintas formas de prejuicio. Una primera distinción útil es aquella que se debe hacer entre prejuicios individuales y prejuicios colectivos. Esta distinción es válida para nuestros fines porque en el discurso de esta tarde nos interesan en particular los prejuicios colectivos. No nos interesan los prejuicios individuales, como las supersticiones, las creencias más o menos idiotas en la mala suerte, en el estar gafado, en el mal de ojo, que nos inducen a llevar el colgante en forma de cuerno, o bien a hacer ciertos conjuros, o a no realizar determinadas acciones, como viajar en viernes o sentarse trece en una mesa, o procurarnos amuletos para alejar la desgracia, o talismanes para oca-

sionarla. No nos interesan, porque como mucho son inocuos, o por lo menos no tienen la peligrosidad social de los prejuicios colectivos.

Denomino prejuicios colectivos a los compartidos por todo un grupo social y que conciernen a otro grupo social. La peligrosidad de los prejuicios colectivos depende del hecho de que muchos conflictos entre grupos, que incluso pueden degenerar en violencia, derivan del modo distorsionado en el que un grupo social juzga al otro, generando incomprensión, rivalidad, enemistad, desprecio o mofa. Generalmente este juicio distorsionado es recíproco, y tanto de una parte como de la otra es tanto más fuerte cuanto más intensa es la identificación por parte de los miembros individuales con el propio grupo. La identificación con el propio grupo hace sentir al otro como distinto, o, aún más, como hostil. A esta identificación-contraposición contribuye precisamente el prejuicio, es decir el juicio negativo que los miembros de un grupo se hacen de los caracteres del grupo rival.

Los prejuicios de grupo son innumerables, pero los dos históricamente más relevantes e influyentes son el prejuicio nacional y el prejuicio de clase. No por nada los grandes conflictos que han caracterizado toda la historia de la humanidad son aquéllos derivados de las guerras entre naciones o pueblos (o también razas), y de la lucha de clases. No existe nación que no tenga a sus espaldas una idea persistente, tenaz, difícilmente modificable, de la propia identidad que encuentra su fundamento en la pretendida y presunta diversidad de todas las otras naciones. Hay una gran diferencia, a veces una oposición, entre cómo un pueblo se ve a sí mismo y cómo es visto por los otros pueblos; pero generalmente los dos modos están constituidos por ideas fijas, por generalizaciones superficiales (todos los alemanes son prepotentes, todos los italianos son listillos, etc.), que son llamados precisamente por esto «estereotipos». Por poner un ejemplo que nos es familiar, pensemos en la idea que los piamonteses tienen de sí mismos (que es una idea positiva) y en la idea que normalmente tienen de ellos las otras regiones de Italia (que es una idea negativa, el perfecto contrario de la idea positiva que tenemos nosotros): tanto la una como la otra son «estereotipos». Es un «estereotipo» tanto el decir que el piamontés es un buen trabajador, parco en palabras, correcto, como decir lo contrario, que es un empollón, lento de reflejos, frío en las relaciones interpersonales.

Sobre la existencia del prejuicio de clase no necesito añadir nada más, porque es un dato de la experiencia común. No es necesario precisar que el

conflicto de clase nace también del prejuicio. No digo que nazca sólo del prejuicio. Nace de la contraposición real entre aquellos que tienen y aquellos que no tienen, entre propietarios exclusivos de los medios de producción y aquellos que no poseen otro bien que la fuerza-trabajo. Pero no hay duda de que viene reforzado por el prejuicio por el que las dos clases enfrentadas se atribuyen recíprocamente rasgos solamente negativos.

1.3. Prejuicio y discriminación

Nos ocupamos del prejuicio por sus consecuencias nocivas. La consecuencia principal del prejuicio de grupo es la discriminación. A partir de los ejemplos que he puesto, del prejuicio nacional (o regional) y del prejuicio de clase, a los que se debe añadir el racial, se ha podido comprender ya que la consecuencia principal del prejuicio colectivo es la distinción, más bien, la contraposición, entre grupos, de los cuales uno discrimina al otro.

¿Qué significa discriminación? La palabra es relativamente reciente y ha sido introducida y difundida sobre todo en relación con la campaña racial, primero nazi y después también fascista, contra los judíos, considerados como un grupo «discriminado», respecto al grupo dominante. «Discriminación» significa algo más que diferencia o distinción, porque siempre se utiliza con una connotación peyorativa. Podemos decir entonces que por «discriminación» se entiende una diferenciación injusta o ilegítima. ¿Por qué injusta o ilegítima? Porque va contra el principio fundamental de la justicia (aquella que los filósofos llamamos «regla de justicia»), según el cual deben ser tratados de modo igual aquellos que son iguales. Se puede decir que existe una discriminación cuando aquellos que deberían ser tratados de igual modo sobre la base de criterios comúnmente asumidos en los países civilizados (aquéllos, para entendernos, recogidos en el artículo 3 de nuestra Constitución)³ son tratados de un modo desigual.

Tratemos de comprender mejor en qué consiste la discriminación distinguiendo las fases a través de las cuales se desarrolla. En un primer momento la discriminación se funda sobre un mero juicio de hecho, esto es, a partir de la constatación de la diversidad entre hombre y hombre, entre grupo

3 (N. de los Eds.) el autor hace referencia a la Constitución de la República de Italia.

y grupo. En un juicio de hecho de este tipo no hay nada de reprochable: los hombres son *de hecho* distintos entre sí. De la constatación de que los hombres son desiguales no se deduce todavía un juicio discriminatorio.

El juicio discriminatorio tiene necesidad de un juicio ulterior, esta vez no ya de hecho, sino de valor: es decir, necesita que de dos grupos distintos uno sea considerado bueno y el otro malo, o bien, uno sea considerado civilizado y el otro bárbaro, uno superior (en dotes intelectuales, en virtudes morales, etc.) y el otro inferior. Se comprende perfectamente que es diferente decir que dos individuos o grupos son distintos, tratándose de una mera constatación de hecho que puede estar fundada sobre datos objetivos, a decir que el primero es superior al segundo. Un juicio semejante introduce un criterio de distinción no ya fáctico, sino valorativo, que, como todos los juicios de valor, es relativo, histórica o incluso subjetivamente condicionado. En la discriminación racial, que es una de las discriminaciones más odiosas, este intercambio entre el juicio de hecho y el juicio de valor, tiene lugar continuamente. Que los negros son diferentes respecto a los blancos es un mero juicio de hecho: se trata entre otras cosas de una diferencia visible, tan visible que no puede ser negada. La discriminación comienza cuando no nos limitamos a constatar sin más que son diferentes, sino que se añade que los blancos son superiores a los negros, que los negros son una raza inferior. ¿Inferior respecto a qué? Para decir que un ser es superior a otro debe haber algún criterio de valor. Pero, este criterio de valor ¿de dónde deriva? Se trata de un criterio de valor que normalmente viene transmitido acríticamente en el ámbito de un grupo determinado y que como tal se sostiene sobre la fuerza de la tradición o sobre una autoridad reconocida (por ejemplo, sobre un texto considerado infalible por sus seguidores, como el libro de Hitler *Mein Kampf*).

El proceso de discriminación no termina aquí, sino que se completa en una tercera fase, que es la verdaderamente decisiva. Para que la discriminación despliegue todas sus consecuencias negativas no basta que un grupo, sobre la base de un juicio de valor, afirme ser superior a otro. Se puede pensar perfectamente en un individuo que se considere superior a otro pero que no deduzca de hecho de este juicio la consecuencia de que sea su deber convertirlo en esclavo, explotarlo o, aún más, suprimirlo. Piensen en la relación normal entre padres e hijos. Nada que objetar respecto al juicio de hecho por el que

los padres y los hijos son diferentes (por edad, por experiencia, por fuerza, etc.) Nada que objetar tampoco respecto a la consideración de la superioridad de los padres sobre los hijos, porque en parte esta superioridad puede estar basada, al menos mientras que los hijos son menores de edad, sobre bases objetivas. Pero de estos dos juicios no se deriva en realidad la consecuencia de que el superior debe machacar al inferior. Más bien ocurre en las relaciones familiares precisamente lo contrario: como superior, el padre debe socorrer al hijo. Lo mismo sucede, por poner un ejemplo actual, en las relaciones entre el Norte y el Sur a nivel mundial. Nadie pone en duda la superioridad del Norte respecto del Sur, cuando menos en el aspecto tecnológico. Pero de esta superioridad, a nadie se le ocurre derivar la consecuencia de que esté bien que el Norte viva en la abundancia mientras el Sur padece el hambre. La relación de diversidad, e incluso la de superioridad, no implican las consecuencias de la discriminación racial. La cual no se reduce a la consideración de la superioridad de una raza sobre otra, sino que comprende otro paso decisivo (aquel que yo he llamado la tercera fase) en el proceso de discriminación: sostiene que precisamente sobre la base del juicio de que una raza es superior a otra, la primera debe mandar, la segunda obedecer, la primera dominar, la segunda estar sometida, la primera vivir, la otra morir. Ustedes comprenden perfectamente que de la relación superior-inferior puede derivarse tanto la concepción en virtud de la cual el superior tiene el deber de ayudar al inferior a alcanzar un nivel más alto de bienestar y civilización, como la concepción por la que el superior tiene el derecho de suprimir al inferior. Sólo cuando la diferencia conduce a este segundo modo de concebir las relaciones entre superior e inferior se puede hablar con sentido de verdadera y auténtica discriminación con todas las aberraciones que se siguen. Entre estas aberraciones, aquélla históricamente más destructiva ha sido la «solución final» elegida por los nazis para resolver el problema judío en el mundo: el exterminio sistemático de todos los judíos existentes en todos los países en los que el nazismo había extendido su dominio. Para llegar a esta conclusión los doctrinarios del nazismo debieron pasar por estas tres fases distintas: a) los judíos son diferentes a los arios; b) los arios son una raza superior; c) las razas superiores deben dominar a las inferiores, incluso suprimiéndolas en caso de que sea necesario para la propia conversación.

1.4. Los distintos tipos de discriminación

Hasta ahora hemos tratado nuestro mayor ejemplo de discriminación, que es la racial. Pero no es la única. Basta observar el programa de este ciclo de conferencias del cual ésta que yo estoy desarrollando debe ser una especie de introducción. Han sido enumeradas seis especies de discriminación: racial, lingüística, respecto al sexo, religiosa (de hecho hay una conferencia dedicada a los valdenses), respecto a los disminuidos psíquicos y los homosexuales.

Son seis, pero podrían ser también más o menos. A mí me interesa aquí contrastar estas formas de discriminación que están presentes en el ciclo con aquéllas enumeradas en el artículo 3 de nuestra Constitución. El cual, como saben, dice: «Todos los ciudadanos tienen igual dignidad social, y son iguales ante la ley.» La afirmación de que todos los ciudadanos son iguales es ya en sí misma una toma de posición respecto a toda forma de discriminación. Como ya he dicho, en efecto, la discriminación descansa en primer lugar sobre la idea de que los hombres son desiguales. Después, continúa: «sin distinciones de sexo, de raza, de lengua, de religión, de opiniones políticas, de condiciones personales y sociales». También estas formas de posibles discriminaciones que el artículo 3 condena son seis. Pero la coincidencia numérica es casual. No existe en efecto una perfecta correspondencia entre el primer elenco y el segundo. Cuatro son comunes, esto es, aquellas fundadas en la raza, la lengua, el sexo y la religión. Pero existen dos que aparecen en un elenco pero no en el otro: aquéllas que aparecen en el elenco de este ciclo de conferencias y sin embargo no en el artículo de la Constitución son las relativas a las minorías y a los homosexuales. No hay necesidad de explicar que se trata de dos problemas que han llegado a la escena del debate político recientemente y que no eran de dominio público cuando fue discutida y aprobada la Constitución republicana.

Puede tener más bien algún interés detenernos un momento en las dos discriminaciones que son contempladas en la Constitución y no están tomadas en consideración en estas conferencias. Se trata de la distinción respecto a las opiniones políticas y a las condiciones personales y sociales. La primera es cada vez más irrelevante, al menos en un Estado democrático que es pluralista por su naturaleza y vive también de este pluralismo. Aunque no es del todo verdad que seguir una opinión política más que otra no tenga conse-

cuencias prácticas, está en línea de principio admitido, y ya no sujeto a discusión, que en una sociedad democrática cada cual es libre de seguir la opinión política que considera mejor. Por poner un ejemplo de discriminación respecto a la opinión política en un Estado democrático, se puede tomar el *Berufsverbot* en vigor en la República Federal Alemana; es decir la disposición en base a la cual no pueden acceder al algunos empleos públicos los afiliados a ciertos movimientos o partidos considerados subversivos. Uno de los objetivos principales del Estatuto de los Trabajadores, que está en vigor en Italia desde 1970, fue el de garantizar la libertad de opinión también en el interior de la fábrica. En efecto, el artículo 1 dice que los trabajadores «tienen derecho, en el lugar donde prestan su trabajo, a manifestar libremente el propio pensamiento».

En cuanto a las condiciones personales y sociales, será necesario antes de nada interpretar exactamente el significado de la expresión. Pero ciertamente no corresponde hacerlo aquí. Todo lo más, se puede decir, con carácter muy general, que entre las condiciones personales se encuentran ciertamente algunas minusvalías, como aquellas que caracterizan la categoría que hoy se llama comúnmente de los disminuidos, y entre las condiciones sociales la pertenencia a una clase social. Para los fines de nuestro discurso, baste decir que el problema de una posible (y no sólo posible, sino también real) discriminación respecto a los minusválidos existe y se discute continuamente, en particular en materia de política escolar. No hablamos tampoco de la discriminación fundada en la distinción de clase social, que es un dato permanente de las sociedades divididas en clases, y es una discriminación que, no obstante la dicción del artículo 3, continúa teniendo efectos en muchas situaciones, como, por ejemplo, en la aplicación de las leyes penales, a menudo más suave o menos rígida para los ricos y poderosos, pese al principio escrito sobre el muro de todos los tribunales: «La ley es igual para todos.»

1.5. Y sus diferencias

Una vez enumeradas las formas más comunes de discriminación se trata de ver si se pueden individualizar entre sí sus diferencias relevantes. Ya hemos dicho que la discriminación descansa sobre la observación de una diversidad o desigualdad entre individuo e individuo, entre grupo y grupo. Ahora la

distinción principal que se suele hacer entre diversas formas de desigualdad es la distinción entre desigualdades naturales y desigualdades sociales. Se trata de una distinción relativa y no absoluta. Pero es una distinción que dentro de ciertos límites tiene un fundamento. Todo el mundo ve que la diferencia entre hombre y mujer es una diferencia natural, mientras la diferencia lingüística es una diferencia social o histórica. Tan cierto es que mientras que un hombre no puede transformarse en mujer y viceversa (salvo casos excepcionales), un hombre puede hablar en dos o más lenguas diferentes, y puede darse el caso de que durante un cierto tiempo de su propia vida haya hablado una lengua y en otro período haya hablado otra distinta.

La distinción entre estas dos especies de desigualdad ha tenido una gran importancia en toda la historia del pensamiento político. Una de las constantes aspiraciones de los hombres es la de vivir en una sociedad de iguales. Pero está claro que las desigualdades naturales son mucho más difíciles de superar que las sociales. Razón por la que aquellos que se resisten a las peticiones de mayor igualdad están inclinados a considerar que la mayor parte de las desigualdades son naturales y, como tales, invencibles o más difícilmente superables. Al contrario, aquellos que luchan por una mayor igualdad están convenidos que la mayor parte de las desigualdades son sociales o históricas. Piénsese en el príncipe de los escritores igualitarios, Rousseau: en el *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres* sostiene que la naturaleza ha hecho a los hombres iguales y que la civilización los ha convertido en desiguales, en otras palabras que las desigualdades entre los hombres tienen un origen social, y por esto el hombre volviendo a la naturaleza puede volver a la igualdad. Inténtese ahora considerar al príncipe de los escritores no igualitarios, Nietzsche (el anti-Rousseau): para el autor de *Más allá del bien y del mal*, los hombres son por naturaleza desiguales y solamente la sociedad, con su moral de rebaño, con su religión de la compasión para los «desgraciados» los ha convertido en iguales. Allí donde Rousseau ve desigualdades artificiales y por tanto condenables y superables, Nietzsche ve desigualdades naturales y por tanto no condenables ni superables. Mientras que en nombre de la igualdad natural el igualitario condena las desigualdades sociales, en nombre de la desigualdad natural el no igualitario condena la igualdad social.

La diferencia entre desigualdad natural y desigualdad social es relevante para el problema del prejuicio por esta razón: a menudo el prejuicio nace de

sobreponer a la desigualdad natural una desigualdad social, sin reconocerla como tal, sin reconocer que la desigualdad natural ha sido agravada por la superposición de una desigualdad creada en la sociedad, y que no siendo reconocida como tal es considerada ineliminable. En la cuestión femenina esto es precisamente lo que ha sucedido. Que entre hombre y mujer existen diferencias naturales es evidente. Pero la situación femenina que los movimientos feministas rechazan es una situación en la que a la diversidad natural se añaden diferencias de carácter social e histórico, que no son justificadas naturalmente y que, siendo un producto artificial de la sociedad regida por los hombres, pueden (o deben) ser eliminadas. También la diferencia entre sano y enfermo mental es una diferencia natural. Pero sobre ella se han superpuesto discriminaciones sociales que son producto de prejuicios. Uno de los ejemplos más discutidos hoy de esta distorsión de una diversidad natural a través de un prejuicio de carácter social es el que se refiere a los homosexuales. También en este caso se puede hablar de diversidad natural entre homosexuales y heterosexuales. Pero el juicio negativo que en nuestra sociedad se da sobre la homosexualidad es de origen histórico. Tanto es así que en la clase culta de la antigua Grecia este juicio negativo no existía. Es más, el amor del sabio por el joven era considerado de naturaleza superior al amor heterosexual.

Entre las formas de discriminación que estamos discutiendo son, por el contrario, de naturaleza más social que natural las lingüísticas y las derivadas de la pertenencia a una religión antes que a otra. La religión, como la lengua, es un producto social. No es necesario reiterar que, mientras las desigualdades naturales son insuperables, nada impide imaginar que las diferencias lingüísticas y las religiosas puedan ser superadas. De la misma manera que siempre ha existido el ideal de una religión universal, también a menudo se ha avanzado la propuesta de una lengua universal. La religión universal es una religión igual para todos, una religión que ha superado toda distinción religiosa entre los hombres. Del mismo modo una lengua universal es una lengua igual para todos, una lengua que ha superado las diferencias lingüísticas entre los pueblos. Mientras que es improbable que desaparezcan las diversidades de raza, porque es una diferencia que no depende de la voluntad de los hombres, podrían desaparecer algún día las diferencias entre lenguas y religiones en el caso de que se consiguiera establecer un acuerdo general para unificar las unas y las otras.

Bien entendido, esta diferencia entre desigualdades naturales y sociales debe ser tomada con mucha cautela, aunque sea legítima. Pero sirve para hacer comprender que el prejuicio es un fenómeno social, es el producto de la mentalidad de grupos formados históricamente, que precisamente por ello puede ser eliminado.

Una última observación. Se ha dicho que el prejuicio colectivo, que es el tipo de prejuicio del que me he ocupado exclusivamente, es la actitud que un grupo asume frente a los individuos de otro grupo. Se puede añadir que casi siempre el grupo frente al cual se forma un prejuicio hostil es una minoría. El prejuicio de grupo es generalmente un prejuicio de la mayoría respecto a una minoría. Típico en este sentido es el prejuicio racial. Víctimas del prejuicio de grupo son normalmente las minorías étnicas, religiosas, lingüísticas, etc. Como prueba de ello ha que distinguir entre la actitud del católico en el enfrentamiento con los protestantes o con los judíos en general, y la misma actitud cuando el protestante, como fue el caso de los valdenses en Piamonte en épocas históricas ahora afortunadamente superadas, o cuando el judío, como fue durante siglos el caso de la institución de los guetos, constituyen una minoría en el seno de una mayoría. Lo mismo se puede decir del prejuicio respecto de los meridionales: éste es tanto más fuerte cuantos más de ellos, como consecuencia del fenómeno de la emigración, constituyen una minoría inserta en una mayoría. De la misma manera, para las minorías lingüística: no existe ningún prejuicio en general contra los que hablan de otra manera, mientras que el prejuicio puede nacer cuando los que hablan distinto son una isla estrecha en un ambiente más amplio que tiende naturalmente a hacer prevalecer el propio modo de hablar sobre el de la minoría.

Siendo verdad que el prejuicio de grupo afecta generalmente a las minorías, existe al menos una excepción que nos debe hacer reflexionar. La serie de prejuicios antifemeninos de los hombres no refieren a una minoría: en cuanto al número, las mujeres son poco más o menos como los hombres y no viven separadas en grupos minoritarios. Ya he dicho que entre hombres y mujeres existen desigualdades naturales que sería tonto olvidar. Pero es un hecho que muchas de las desigualdades entre la condición masculina y la femenina son de origen social, como es verdad que la relación entre hombre y mujer cambia según las distintas sociedades. La emancipación de la mujer a la que asistimos en estos años es una emancipación que debe abrirse

camino también a través de la crítica de muchos prejuicios, es decir, de verdaderas y propias actitudes mentales que están radicadas en la costumbre, en las ideologías, en la literatura, en el modo de pensar de la gente, tan radicadas que, habiéndose perdido la noción de su origen, aquellos que continúan teniéndolas consideran de buena fe que son juicios fundados sobre datos de hecho.

Precisamente porque estos prejuicios que se han interpuesto entre el hombre y la mujer atañen a la mitad del género humano y no tan sólo a pequeñas minorías, hay que considerar que el movimiento para la emancipación de las mujeres y para la conquista por su parte de la igualdad de derechos y de condiciones sea la más grande (yo casi estaría tentado de decir la única) revolución de nuestro tiempo.

1.6. Consecuencias del prejuicio

Hemos partido del presupuesto de que el prejuicio se ha de combatir por sus consecuencias. ¿Qué consecuencias? Las consecuencias nocivas del prejuicio se pueden distribuir en tres niveles distintos que se distinguen según el grado de gravedad o de intensidad.

Se comienza por la discriminación jurídica. En todas las legislaciones modernas existe un principio según el cual «todos son iguales ante la ley». Este principio quiere decir que todos deben gozar de los mismos derechos. Uno de los efectos de una discriminación es que algunos son excluidos del goce de ciertos derechos. Puesto que hemos hablado hace poco de la cuestión femenina, nos puede ayudar un ejemplo muy sencillo e iluminador: hasta 1946 en Italia, las mujeres estaban excluidas del voto, es decir, no gozaban de un derecho del cual disfrutaban los hombres. Se trataba de una verdadera y auténtica discriminación, aunque no siempre era sentida como tal. La consecuencia de tal discriminación era naturalmente una merma. Cuando estalló también en Italia la campaña contra los judíos durante los últimos años del régimen fascista, la primera consecuencia de esta campaña fue la privación, infringida a aquellos que eran considerados de raza hebrea, de algunos derechos de los cuales habían gozado, como todos los otros italianos, antes de la discriminación. También en este caso existía un grupo que ya no era igual a los otros respecto a ciertos derechos.

Una segunda consecuencia de la discriminación, todavía más grave, es la marginación social. El ejemplo clásico es el gueto en el que fueron recluidos los judíos durante siglos en el mundo cristiano. Pero aunque no institucionalizados, guetos de minorías étnicas o sociales existen en todas las grandes ciudades. Piénsese en los barrios negros, como Harlem, en las ciudades americanas, o en los suburbios que rodean la metrópoli. La forma extrema de marginación es aquella que se ejerce en las llamadas instituciones totales, como las prisiones y los manicomios. También en este caso el proceso de emancipación coincide con la identificación de una discriminación y la identificación de una discriminación es a menudo el efecto de una toma de conciencia del prejuicio. Respecto a la relación hombre-mujer, hoy frecuentemente, si bien en forma polémica, la casa donde ha sido relegada durante siglos la mujer es comparada con una especie de gueto, que ha marcado también físicamente, y espacialmente, la marginación social de la mujer.

La tercera fase, la más grave, del proceso de discriminación es la persecución política. Aquí entiendo por persecución política también el uso de la fuerza para aplastar una minoría de «desigualdades». Representa en modo dramático esta tercera fase el exterminio de los judíos y de otras minorías, como los gitanos, perpetrado en el régimen nazi.

1.7. Conclusión no concluyente

Sé bien que debería terminar mi conferencia respondiendo a la pregunta: «Pero si el prejuicio causa tantos daños a la humanidad, ¿es posible eliminarlo?» Permítanme decirles muy francamente que para una pregunta de este tipo carezco de respuesta. Por desgracia. Quien conozca un poco la historia sabe que siempre han existido prejuicios nefastos y que también cuando alguno de estos es superado surgen rápidamente otros.

Puedo decirles tan sólo que los prejuicios nacen en la mente de los hombres. Por ello es necesario combatirlos en la mente de los hombres, es decir, con el desarrollo de los conocimientos, y por tanto con la educación, mediante la lucha incesante contra toda forma de sectarismo. Piensen un poco: existen hombres que se matan por un partido de fútbol. ¿Dónde nace esta pasión si no en su mente? No es una panacea, pero creo que la democracia puede servir también para esto: la democracia, es decir, una sociedad en la

cual las opiniones son libres y por tanto están obligadas a encontrarse y encontrándose a depurarse. Para desprenderse de los prejuicios, los hombres tienen necesidad en primer lugar de vivir en una sociedad libre.

II. Racismo, hoy

El racismo se ha convertido en uno de los grandes problemas de nuestros días, y todavía lo será más en los próximos años. Nosotros, los italianos, hemos sido siempre un pueblo de emigrantes. Solamente en estos años nos estamos convirtiendo en una tierra de inmigración. Destinada, no nos engañemos, a aumentar. A la inmigración de los países que llamamos convencionalmente del Tercer Mundo se está añadiendo la de los países del Este europeo después del hundimiento del comunismo. La gravedad del problema actual respecto a las inmigraciones del siglo pasado radica en el hecho de que entonces el flujo inmigratorio procedía de países superpoblados, como era Italia, hacia países poblados, como las Américas, o casi despoblados, como Australia. Ahora sucede lo contrario: el flujo inmigratorio llega a países europeos que están entre los más poblados del mundo.

Frente a una inmigración masiva los problemas que debe afrontar un país como Italia son bien diferentes de aquéllos frente a los que se encuentra, por ejemplo. Australia. Entre estos problemas está también el surgimiento de fenómenos racistas. La necesidad del pueblo receptor de convivir improvisada e impredeciblemente con individuos de los que se conocen poco las costumbres, nada la lengua, con los cuales consigue comunicarse sólo con gestos o con palabras chapurreadas, genera inevitablemente, subrayo inevitablemente, actitudes de desconfianza que van desde la mofa verbal al rechazo de toda forma de comunicación o contacto, de la segregación a la agresión.

Coletea desde hace tiempo la pregunta a la que se trata de dar respuesta incluso con sondeos y encuestas: ¿Son racistas los italianos? Cito por lo menos una investigación que se ha desarrollado en Turín, titulada curiosamente *Rumore*, para hacer comprender que el comportamiento racista es por ahora tan sólo un rumor de fondo, que no se ha transformado todavía en acciones concretas y sólo raramente aflora a la superficie hasta el punto de crear una agitación social. El contenido del libro es ofrecido por el subtítulo *Atteggiamenti*

menti verso gli immigrati stranieri. Comienza con un capítulo «Pregudizio etnico e varie forme in cui esso si esprime». El prejuicio es diferenciado según que asuma un aspecto general o particular, y el particular viene a su vez diferenciado en sociocultural, socioeconómico, personal.

Pongo algún ejemplo para mostrar que no hay sorpresas: el prejuicio es monótono. Las frases que ahora se refieren a los extracomunitarios son poco más o menos las mismas que hace algunos decenios aquí en Turín se referían a los meridionales. Prejuicio de carácter general: «tienen más defectos que méritos e invaden nuestro territorio». Prejuicio de tipo sociocultural: «Son diferentes en la mentalidad, en el comportamiento, en la vida social, en las tradiciones.» Prejuicio socioeconómico: «Son holgazanes, viven a costa nuestra, amenazan nuestros intereses.» Prejuicio de carácter personal: «Son maleducados, deshonestos, sucios, portadores de enfermedades contagiosas, violentos con las mujeres, etc.»⁴

El prejuicio étnico es uno de tantos prejuicios que infectan nuestra mente y es uno de los más peligrosos. También porque es difícil de extirpar. Sobre la naturaleza y las diferentes formas del prejuicio es una especie de compendio general el volumen, que veo menos citado de lo que debería serlo, de Pierre-André Taguieff, *La force du préjugé*, de más de seiscientas páginas, que, como se recoge en el subtítulo, *Essai sur le racisme et ses doubles*, está dedicado principalmente al prejuicio racial⁵. El prejuicio es definido como un «juicio prematuro», que induce a «creer saber sin saber, a prever sin indicios suficientemente seguros, a sacar conclusiones sin poseer las certezas necesarias, pero afirmando y a veces también imponiéndolas como ciertas». Hace tiempo, tratando el mismo tema, me expresé del siguiente modo: «Nosotros comúnmente llamamos “prejuicio” a una opinión o conjunto de opiniones, a veces también a una doctrina, que es asumida acrítica y pasivamente por la tradición, por la costumbre o bien por una autoridad, y cuyos dictámenes aceptamos sin discutirlos: acríticamente y pasivamente en cuanto que las aceptamos sin verificarlas, por inercia o por respeto o por temor. Y las aceptamos con tanta fuerza que resiste toda refutación racional»⁶. El prejuicio no

4 El volumen ha aparecido en 1992 editado por Rosenberg and Sellier, de Turín. Las frases citadas se encuentran en la p. 27.

5 Este fragmento se encuentra en la p. 185 de dicho texto.

6 Este fragmento se ha extraído de una conferencia, titulada «La natura del pregiudizio», pronunciada

sólo provoca opiniones erróneas, sino, a diferencia de muchas opiniones erróneas, es más difícilmente vencible, porque el error que provoca deriva de una creencia falsa y no de un razonamiento equivocado que se puede demostrar falso, ni de la asunción de un dato de hecho falso, cuya falsedad se puede probar empíricamente.

2.1. Las «razones del racismo»

Quien esté sin prejuicios que lance la primera piedra. Debemos ser muy cautos al combatir los prejuicios ajenos. A menudo combatimos un prejuicio con otro prejuicio. Es decir, una opinión errónea falsamente creída con otra opinión errónea emotivamente asumida, por ejemplo, que todos los hombres son iguales (lo que no es verdad), o con pretensiones científicas, por ejemplo, que no existen grupos diversos que se pueden llamar «razas», sin por esto derivar necesariamente actitudes hostiles. Concluiría diciendo que no existe prejuicio peor que el de creer no tener prejuicios. Decía Montesquieu: «Llamo prejuicio no ya a aquello que hace que se ignoren determinadas cosas, sino sobre todo a aquello que hace que nos ignoremos a nosotros mismos.»⁷ No hay nada más irritante que un antirracismo prejudicial, que se resiste a tener en cuenta las razones reales del racismo. Para parafrasear una frase que ha llegado a ser célebre, triste pero injustamente, de Sciascia, invitaría a desconfiar de los profesionales del antirracismo. Me importa tratar de comprender el racismo antes de condenarlo, lo que es demasiado fácil, desde el momento que tiene tan mala fama que nadie se declara públicamente racista (razón por la cual no siempre son muy fiables los sondeos de opinión). Es necesario, sin embargo, tratar de comprenderlo, porque, si por racismo se entiende en una primera aproximación una actitud de desconfianza hacia el diferente, en especial respecto al diferente que interviene inesperadamente en nuestra vida, hay un poco de racismo en cada uno de nosotros, y no hay nada peor que el moralismo barato, porque en general cuando es barato es también hipócrita. En segundo lugar, y sobre todo, sólo tratando de com-

el 5 de noviembre de 1979 y publicada, junto a otras conferencias del mismo ciclo, en un volumen, *La natura del pregiudizio*, a cargo de la Città di Torino y de la Regione Piemonte.

7 Tomo esta cita, como otras, del libro de Taguieff, antes mencionado. El párrafo de Montesquieu es citado a manera de lema al inicio de la p. 274.

prender las razones podemos intentar corregirlo, y en última instancia, eliminarlo.

El racismo no cae del cielo, no es un comportamiento que se manifieste con independencia de ciertas circunstancias. No se es racista en general, en abstracto, respecto a todos los diferentes. En relación con ciertos grupos de diferentes podemos tener actitudes de indiferencia y en determinados casos también de simpatía o admiración. La condición preliminar del surgimiento de una actitud o de un comportamiento racista es el entrar en contacto directo con el otro, o por decirlo mejor, con los otros. El racismo está orientado no tanto hacia la persona, por la cual se pueden tener sentimientos de odio, de desprecio, en general de repulsa, sino hacia un grupo, o hacia el individuo concreto en cuanto perteneciente a un grupo. La más auténtica y persistente forma de racismo que los pueblos europeos han conocido es el antisemitismo: los judíos formaban comunidades que vivían entre nosotros, formaban parte de nuestro mismo mundo, a pesar de la segregación. No existen situaciones de racismo frente a pueblos o grupos étnicos con los cuales no estamos en contacto directo o que, a pesar de estar entre nosotros, no destacan. Este es el caso, por ejemplo, de los chinos, que en Turín, como en otras grandes ciudades italianas, no están apartados, ejerciendo su trabajo en general en restaurantes, y por tanto se les ve mucho menos, mucho menos que los denominados extracomunitarios, que viven desarrollando un pequeño comercio en las calles. Junto al hecho material, ya por sí mismo generador de discordias, de la convivencia forzada sobre el mismo territorio, la presencia del diferente es portadora de conflictos por el mero hecho de que un extraño entra en nuestro espacio principalmente para tratar de sobrevivir con recursos lícitos o ilícitos, y de esta manera poniendo en peligro nuestros intereses en el mercado de trabajo. Esto es tan cierto que las diversas formas de racismo odioso no surgen con respecto a un grupo de turistas que vienen a visitar nuestra ciudad, o bien respecto a personas que hacen un trabajo no en concurrencia con el nuestro (es el caso de las asistentas filipinas, de las cuales en general se habla bien), o de pueblos lejanos con los que no tenemos ningún contacto. No me parece que los italianos sean racistas respecto a los esquimales, aunque si inesperadamente centenares de esquimales invadieran nuestras ciudades en busca de trabajo, florecerían en breve tiempo los habituales estereotipos: son sucios, malolientes, no tienen ganas de tra-

bajar, etc. El racismo, lo he dicho, surge como actitud de desconfianza hacia el diferente. Pero no todos son diferentes del mismo modo: hay diferentes y diferentes.

Si la razón material del surgimiento y del desencadenamiento del comportamiento racista es el contacto material, la convivencia no buscada, incluso forzada, o la temida concurrencia en el mercado de trabajo, la predisposición mental de la que nace el racismo es el denominado etnocentrismo, que defino siguiendo el admirable libro de Tzvetan Todorov, *Noi e gli altri*⁸, traducido recientemente (1991), por Einaudi, como aquel comportamiento de «nosotros» hacia los «otros» que consiste en elevar de modo indebido los valores característicos de la sociedad a la cual pertenecemos a valores universales, incluso cuando estos valores son extraídos de costumbres locales, particularistas, en base a las cuales es descortés, por no decir insensato y a veces también ridículo, juzgar desde nuestra superioridad a quien pertenece a un grupo étnico de costumbres diversas, igualmente particularistas⁹. Cada pueblo tiende a considerarse a sí mismo como civilizado y a rechazar a los otros pueblos por bárbaros. La contraposición entre nosotros, civilizados, y los otros (los no europeos en general) bárbaros, atraviesa toda la historia de Occidente. Este juicio sufre por otra parte de una reciprocidad circular: todo pueblo es bárbaro para el otro. Los italianos no son una excepción. Sería extraño que lo fueran. De la contraposición entre los griegos que se creían civilizados, en tanto que libres, y los persas, considerados bárbaros porque se sometían sin rebelarse a sus déspotas, ha derivado la contraposición entre Occidente y Oriente, el denominado eurocentrismo¹⁰. La mayor parte de los filósofos europeos del siglo pasado han sido eurocéntricos: han sido eurocéntricos tanto Hegel como Marx. Existe también un etnocentrismo mitigado, según el cual, si bien nuestros valores no pretenden ser universales, y somos conscientes de ello, creemos sin embargo no tener razón alguna para abandonarlos. Nace de este etnocentrismo, menos arrogante, el denominado

8 Existe traducción castellana: *Nosotros y los otros*, Siglo XXI, Madrid, 1991.

9 El libro, aparecido en Francia en 1989, reza en el subtítulo *La riflessione francese sulla diversità umana*. Al racismo en particular está dedicada la Parte Segunda.

10 Acerca del tema del extranjero en general véase la colección de ensayos *Lo straniero, ovvero l'identità a confronto*, Laterza, Bari, 1991, y en particular el ensayo de M. Moggi, «Straniero due volte: il barbaro e il mondo greco», pp. 51-76, que entre otros cita a Eurípides, que consideraba legítimo el dominio de los griegos sobre los bárbaros pero no lo contrario.

relativismo cultural. No existen pueblos superiores o pueblos inferiores. Cada uno tiene sus valores, y los conserva. Una actitud de este tipo no produce aversión, sino, en todo caso, separación.

2.2. Fenomenología e ideologías del racismo

Hay diferente y diferente también respecto a los comportamientos que de vez en cuando son asumidos respecto a los «otros», hacia aquellos que consideramos otros de nosotros, no iguales a nosotros tanto como para reservarles un tratamiento diferenciado. Pero existen grados de tratamiento, que dependen bien de cualidades subjetivas, bien de situaciones objetivas. En el escalón más bajo esta la simple mofa verbal (llamar *terroni* a los meridionales, *vu cumprà* a los marroquíes). En un escalón más alto está el evitarlos, el no querer tener nada que ver con ellos, el marcar distancias, sin por otra parte llegar a actos hostiles, la indiferencia, el mostrar un cierto fastidio por su presencia, el apartarse cuando se acercan, y así sucesivamente. Más arriba se encuentra la discriminación de la que se puede hacer comenzar propiamente el racismo institucional, donde por discriminación se entienda el no reconocerles los mismos derechos, y aquí aludo en primer lugar a los derechos personales, es decir, aquellos derechos que pertenecen a cada hombre en cuanto hombre, los derechos de libertad y de propiedad¹¹ y progresivamente los principales derechos sociales, comenzando por la admisión para acudir a la escuela obligatoria. A la discriminación se acompaña normalmente la segregación, que consiste en impedir la mezcla de los diferentes entre los iguales, su ubicación en un espacio separado, generalmente en zonas degradadas de la ciudad, la constricción a vivir exclusivamente entre ellos, obstaculizando la asimilación: el diferente debe continuar diferente. El último escalón es el de la agresión, que comienza siendo esporádica y circunstancial contra individuos concretos, y termina en el exterminio premeditado y de masa.

De los primeros escalones a los últimos se llega a través de un verdadero y auténtico salto cualitativo. Pero entre unos y otros cambia algo, que ya no es solamente el racismo como comportamiento espontáneo e irreflexivo res-

11 Acerca de esta distinción fundamental entre derechos de la persona y derechos de ciudadanía, muy conocida entre los juristas, pero no igualmente clara para los sociólogos, llama nuestra atención L. Ferrajoli, en un ensayo, *Il problema della cittadinanza politica*,

pecto al diferente que viene a introducirse, sin ser llamado, en tu comunidad y amenaza tu puesto de trabajo o aún más tu identidad. Cambia el racismo como ideología, es decir como consciente y argumentada doctrina, que pretende estar fundada sobre datos y ser científicamente demostrable, y se puede transformar incluso en una perfecta, si bien perversa, visión del mundo. La diferencia entre el racismo como reacción natural a la intromisión molesta y amenazante del diferente y el racismo como ideología es tan grande que Todorov propone incluso llamarlo con dos nombres distintos: racismo el primero, racialismo, el segundo. Por desgracia, esta distinción en el hablar común normalmente no se hace, de lo cual derivan falsas respuestas y remedios inadecuados. Cuando se plantea la pregunta de si los italianos son racistas, se hace referencia al primer sentido de la palabra. Si se nos pregunta, por el contrario, si existe racismo en la tradición del pensamiento italiano, se hace referencia sobre todo a la segunda. Otra cosa es preguntarse cuál es el comportamiento de los italianos respecto de los extranjeros en general, de los inmigrantes en particular, otra cosa es preguntarse si existe en la historia del pensamiento italiano doctrinas racistas como han existido en Francia o en Alemania.

Para que se pueda hablar de ideología (o teoría) racista son necesarias estas tres condiciones, que definen los postulados del racismo como visión del mundo:

1. La humanidad está dividida en razas diferentes, cuya diversidad está determinada por elementos de carácter biológico y psicológico, así como, en última instancia, también culturales, estos últimos derivados por otra parte de los primeros. Que existan razas significa que hay grupos humanos cuyas características son invariables y se transmiten hereditariamente. Acerca del fundamento científico de esta doctrina, cuya veracidad ha tenido en el pasado muchos defensores, no es el caso de discutir, porque eso es tan sólo uno de los postulados de la ideología racista, científicamente infundado pero relativamente inocuo, pues desde el punto de vista de la acción práctica se deriva sólo una política de separación y la condena del mestizaje.
2. No sólo hay razas diferentes, sino que hay razas superiores e inferiores. Con esta afirmación la ideología racista da un paso adelante. Pero se en-

cuentra de frente con la dificultad de fijar cuáles son los criterios en base a los que se puede establecer con certeza que una raza es superior a otra. Los criterios cada vez adoptados pueden ser estéticos: «Nosotros somos guapos y ellos feos»; o intelectuales: «Nosotros somos inteligentes y ellos estúpidos»; o morales: «Nosotros somos buenos y ellos son malvados.» A menudo, en las ideologías racistas hay una mezcla de los tres criterios. Aunque este segundo postulado no tiene consecuencias de por sí negativas. Se puede en efecto sostener que, una vez establecida una relación entre superior e inferior, el primero tiene el deber, precisamente en cuanto superior, de proteger al inferior, de enseñarle, de educarle, de ayudarle a alcanzar los más altos grados de los valores de los cuales el superior se considera portador. De este tipo es la relación entre los padres y los hijos menores. Existe en la historia de las instituciones políticas una forma de gobierno llamada paternalismo, según la cual se reconoce que el soberano es superior a sus súbditos, asimilados a los hijos menores, y precisamente por eso debe comportarse respecto a ellos como un padre cariñoso y benéfico.

3. No sólo hay razas, no sólo hay razas superiores e inferiores, sino que las superiores, precisamente por superiores, tienen el derecho de dominar a las inferiores, y de obtener eventualmente todas las posibles ventajas. Y la justificación del colonialismo se ha valido sobre todo del segundo principio: todavía no hace muchos años que la Unión Soviética justificó la agresión de Afganistán sosteniendo que era su deber llevar una ayuda fraternal al pueblo vecino amenazado por poderosos enemigos. Sin embargo, el racismo nunca ha renunciado al uso también del tercero. No es necesario leer el *Mein Kampf* de Hitler para encontrar frases en las que se afirma perentoriamente que las razas superiores deben dominar a las inferiores, porque ya en el tiempo del colonialismo triunfante había quien decía, como el historiador y filósofo Ernest Renan, que la conquista de un país de raza inferior por parte de una raza superior no tiene nada de inconveniente¹². Pero sólo con la llegada al poder de Hitler se formó por primera vez en la historia de la Europa civilizada «un Estado

12 Tomo este fragmento del libro de Todorov citado, p. 131, originariamente en *La réforme intellectuelle et morale en France*, t. I, p. 390.

racial»¹³: un Estado racial en el más pleno sentido de la palabra, porque la pureza de la raza debía ser perseguida no sólo eliminando individuos de otras razas, sino también individuos inferiores, física o psíquicamente, de la propia raza, como los enfermos terminales, los disminuidos psíquicos, los viejos que no se valen por sí mismos.

La distinción entre comportamiento racista e ideología del racismo está siempre presente desde hace años, porque en Italia nos enfrentamos sobre todo con el primero. Una verdadera y propia ideología racista italiana no existe: incluso durante la campaña racial antihebrea del fascismo, escasas y escasamente sentidas han sido las tentativas de aclimatar a nuestro país ideologías racistas surgidas en otro lugar. En Italia existe hasta este momento aquel «rumor» del que he hablado al inicio. Si en Italia existe un problema relativo al racismo, existe sobre todo respecto al racismo espontáneo. En Italia no existen ni siquiera como ya existen en Francia (Le Pen) y en Alemania (*los republikaner*), partidos racistas¹⁴. Es verdad, ciertamente, que no es necesario un partido racista para que nazca el racismo, aunque es innegable que la formación de un partido similar lo refuerza. No obstante, existen al menos dos partidos en cuyos programas se contienen propuestas racistas, como la Liga Norte respecto a los meridionales, y el Movimiento Social respecto a los inmigrantes del Tercer Mundo. La vigilancia es necesaria. No se requiere una ideología racista para que surjan conflictos raciales. El conflicto racial es inevitable allí donde entran en contacto como consecuencia de una inmigración de masas pueblos diferentes en costumbres, lengua, tradiciones, religión. Basta para encender el conflicto el prejuicio, que, como se ha dicho, arraiga en cada hombre, aunque no basta combatir el prejuicio para resolver los conflictos étnicos, que estallan ya por doquier en los países de alta inmigración, y no exceptuamos a nuestro país.

13 Así se titula el libro de Buerleigh M. y Wippermann W., *Lo stato razziale (Germania 1933-1945)*, Rizzoli, Milán, 1992.

14 Balbo Laura y Manconi Luigi, *I razzismi reali*, Feltrinelli, Milán 1992, p. 89. De los mismos autores, beneméritos promotores de la Asociación Italia-Racismo, véase también *I razzismi possibili*, Feltrinelli, Milán, 1990.

2.3. Por una educación universalista

Para controlar, si no para evitar del todo, el surgir de conflictos étnicos es precisa una política de inmigración, sobre la cual no considero que deba detenerme, ya que excede del tema que me había propuesto y también, lo reconozco, de mi específica competencia. Me limito a decir que las políticas de inmigración se sitúan entre dos extremos: el extremo de la asimilación, que conduce a la progresiva homologación de los inmigrantes con los habitantes históricos del país donde son acogidos, mediante el gradual reconocimiento de los denominados derechos de ciudadanía, entre los cuales el principal es el derecho político —a distinguir en cualquier caso de los derechos personales, que en un Estado de Derecho deberían ser reconocidos a todos—, y el otro extremo del respeto de las diferencias que conduce, al contrario, a consentir al inmigrante, de la forma más amplia posible, la conservación de aquello que lo hace diferente, la propia lengua, los propios ritos, las propias costumbres (recuérdese el debate estallado en Francia sobre el uso del *chador* en la escuela por parte de las muchachas musulmanas). Entre los dos extremos pueden existir soluciones de compromiso, que dependen de múltiples factores que varían de país a país. La elección entre las dos soluciones extremas depende también de la mayor o menor fuerza de los prejuicios recíprocos de los dos sujetos del conflicto.

Contra el prejuicio racial no existe otra vía para combatirlo que una educación orientada hacia valores universales¹⁵. Muchas son las formas de universalismo de los valores por las que a pesar de las diferencias de raza, de tradiciones y de generaciones (la diferencia generacional se suma a todas las otras y no es en absoluto insignificante) existe una común humanidad que atraviesa todas las diferencias de tiempo y de lugar: comenzando por el cristianismo, pasando a través de la doctrina del Derecho natural, para llegar a la moral kantiana que es en su máxima fundamental, «Respetar al hombre como persona», un cristianismo racionalizado. No excluiría de estas morales universalistas la ética de los «sentimientos morales» de los empiristas ingleses. Concepciones éticas universalistas son aquellas que miran como fin último

15 Véase el volumen *Verso un'educazione interculturale*, a cargo de Operti Laura y Cometti Laura, Bollati-Boringhieri, Turín, 1992, colección de escritos generales y específicos sobre «otras culturas» y sobre la situación de los inmigrantes en Turín.

de la historia, si bien ideal, a la formación de la *civitas maxima*, a la ciudad de todos, y tienden a hacer de cada hombre un ciudadano del mundo, por encima de todas las patrias. Es el ideal que ha inspirado la fundación de las Naciones Unidas después de la masacre de la Segunda Guerra Mundial. Una de las más altas expresiones de este universalismo ha sido la Declaración Universal de Derechos del Hombre, en virtud de la cual cada individuo se convierte potencialmente en sujeto de Derecho internacional.

Educación universalista y democracia, por otra parte, van juntas, mientras que democracia y racismo son incompatibles, al menos por dos razones: la democracia, a diferencia de los gobiernos autocráticos, se inspira en principios universales, como la libertad, la justicia, el respeto al otro, la tolerancia, la no-violencia. El racismo es antiliberal, antiglobalitario, intolerante y, en los casos extremos, violento y criminal (¡el ejemplo de Auschwitz!). En segundo lugar, la democracia es incluyente, en cuanto tiende a hacer entrar en su área a los «otros» que están fuera para extender también a ellos los propios beneficios, de los cuales el primero es el respeto de todas las creencias. El proceso de democratización, del siglo pasado a hoy, ha sido un proceso gradual de inclusión de individuos que antes eran excluidos. Que luego no se pueda incluir a todos, de la misma manera que no se puede tolerar todo y a todos, es un problema práctico que debe encontrar soluciones adaptadas a las diversas circunstancias. Pero una democracia no puede ser «excluyente», sin renunciar a la propia esencia de «sociedad abierta».

Para convencerse de la sustancial unidad del género humano no es necesario inventar argumentos filosóficos. Basta mirar el rostro de un niño en cualquier parte del mundo. Cuando ves un niño, que es un ser más cercano a la naturaleza, todavía no modelado ni corrompido por las costumbres del pueblo en el cual está destinado a vivir, no vislumbres diferencia alguna, si no es los rasgos somáticos, entre un pequeño chino o africano o indio y un pequeño italiano. Cuando ves una madre somalí que llora sobre su hijo muerto o reducido a un esqueleto, ¿te parece ver una madre diferente de las otras? ¿No se parece aquel llanto al llanto de todas las madres del mundo? No hay mejor prueba de esta sustancial y originaria igualdad que el fenómeno cada vez, más extendido de las adopciones de niños que pertenecen a sociedades completamente diferentes a la nuestra, y con las cuales, de adulto a adulto, en determinadas condiciones podrían nacer comportamientos de aversión racial.

Pero la educación universalista no es suficiente si no se transforma en la correspondiente acción. No basta la educación, pero tampoco las instituciones políticas. Se hace cada vez más necesaria la acción desde abajo. En este punto aparece el tema actualísimo del voluntariado, sobre el que se comienza a reflexionar tras la crisis, más bien degeneración, del listado social. Las instituciones no han estado hasta ahora a la altura de las circunstancias. Frente a la insuficiencia del listado no hay otra solución que la aparición de iniciativas en la sociedad civil. Asistimos casi a un verdadero y auténtico retorno histórico: el Estado social surgió para hacer innecesarias las obras de caridad. Pero hoy que el Estado social se ha revelado desigual en su tarea, las obras de caridad se manifiestan en su nunca extinguida vitalidad.

Voluntariado e instituciones deberían de todos modos actuar conjuntamente, pues son ambas necesarias y se integran recíprocamente. Cada uno en su propio ámbito. El voluntariado en las obras de socorro dirigidas a individuos concretos. Las instituciones en la elaboración de una política de inmigración que evite o al menos haga menos duro el conflicto étnico.

III. Iguales y diferentes

Con estas dos palabras, «iguales» y «diferentes», intento llamar vuestra atención sintéticamente sobre la aparente paradoja que parece derivar del contraste, vivo desde hace tiempo en nuestros debates, entre la tendencia general hacia la igualdad como signo de los tiempos y principio universal proclamado por las constituciones nacionales y por los documentos internacionales, y la aspiración, que proviene de distintas partes, al derecho a la diferencia o a la diversidad. Mientras que igualdad se entiende en su significado principalmente negativo (es difícil decir qué es la igualdad en sentido positivo), como ausencia o rechazo, y por tanto eliminación de criterios de discriminación considerados injustos, la aspiración al derecho a la diferencia o a la diversidad parecería entenderse en el sentido exactamente contrario.

Esta paradoja, repito, aparente, ha parecido manifestarse particularmente en los debates sobre la cuestión femenina. Pero, ¿cómo? El movimiento feminista reclama nuevas igualdades entre hombres y mujeres, y en alguna parte las han obtenido (el ejemplo más fácil que me viene a la mente es el

derecho al voto), pero al mismo tiempo evidencia y casi proclama el derecho a la diferencia o a la diversidad. ¿Hay contradicción? No, no hay contradicción.

He dicho que la paradoja es aparente, y lo es por una razón simplísima: lo contrario de la igualdad es la desigualdad, no la diferencia. Más precisamente: es necesario distinguir la igualdad como principio o como regla, de la igualdad como hecho. La diferencia es lo contrario de la igualdad como hecho: si dos cosas son diferentes no son iguales. Pero respecto a la igualdad como principio o como regla, por ejemplo para un legislador, lo contrario de la igualdad no es la diferencia sino la desigualdad.

Me explico. El principio o la regla de justicia dice: «Es necesario tratar a los iguales de modo igual.» De aquí deriva necesariamente que: «Es necesario tratar a los desiguales, es decir a los diferentes, de modo desigual.» En efecto, si es verdad que es justo tratar igualmente a los iguales, es de la misma manera verdad que sería injusto tratar en modo igual a los desiguales. La misma razón por la que deben ser condenados a la misma pena dos individuos que han cometido el mismo delito («¿por qué a él diez años y a mí veinte?») hace que deban ser condenados a una pena distinta dos individuos que han cometido un delito distinto («¿por qué a mí diez, años como a él?»). No es en absoluto escandaloso, y no debería suscitar ninguna reacción negativa, que sean tratados de modo desigual los desiguales: sería escandaloso si los desiguales fueran tratados en modo igual y los iguales de modo distinto.

Naturalmente, hasta ahora tan sólo he disuelto una aparente paradoja, pero no he resuelto ningún problema, pues la diferencia nace cuando nos preguntamos: ¿quiénes son los iguales, quiénes son los desiguales? ¿Se puede establecer una línea neta de demarcación entre iguales y desiguales? Para responder a estas preguntas sería necesario establecer criterios compartidos en base a los cuales reagrupar a los individuos. Pero estos criterios no sólo son difíciles de establecer, pues raramente se apoyan sobre datos objetivos, universalmente reconocidos. En general, los datos objetivos, como el color del cabello, la estatura, el peso, la mayor o menor fuerza física, son los menos relevantes para establecer categorías útiles socialmente. Los criterios útiles para reagrupar a los individuos en categorías socialmente relevantes dependen con frecuencia de juicios de valor que no son por sí mismos objetivos. Es más, casi siempre derivan en prejuicios.

En general podemos hacer tan sólo una afirmación de este tipo: los hombres y las mujeres son entre sí tan iguales como diferentes. Son iguales en ciertas características y diferentes en otras. Pero en qué sean iguales y en qué diferentes varía según las épocas, los lugares, las ideologías, las concepciones del mundo. Por poner el típico ejemplo, todos los hombres son mortales, pero cada hombre muere de modo distinto del otro. Antes de la extensión del sufragio a las mujeres, éstas eran consideradas respecto al derecho al voto diferentes; ahora son iguales. Aquello que entonces era considerado un juicio fundado, común tanto al hombre de la calle como al filósofo, según el cual las mujeres no tenían los rasgos morales o económicos o psicológicos para obtener este derecho, después ha degenerado en prejuicio. Por poner otro ejemplo, todos los hombres hablan, pero hablan lenguas distintas que no les permiten comprenderse. Y aun: la variedad de costumbres ha sido uno de los lemas más antiguos y más extendidos para quien haya salido de su propio lugar, haya traspasado las fronteras y haya ido al descubrimiento de nuevas tierras y de nuevos pueblos. Pero respecto a los otros prevalece normalmente el sentido de la diversidad antes que el de la igualdad. Me refiero a dos fenómenos bien conocidos para quien se ha ocupado de este tema, y comunes generalmente a todos los grupos humanos: el etnocentrismo, para el cual es buena nuestra religión y tal vez también nuestro modo de comer, y es mala la religión así como el modo de comer del país vecino; y la xenofobia, por la que el otro, sobre todo cuando entra en nuestra casa, no es solamente diferente, sino también malo, nos amenaza, nos molesta, hace nuestra vida más insegura. Etnocentrismo y xenofobia se integran para obstaculizar la comunicación entre gente diferente: el etnocéntrico se encierra en su gueto; el xenófobo defiende a ultranza esta clausura. El primero está bien solo en su casa. El segundo quisiera que también los otros estuvieran en su casa. En general el etnocéntrico es xenófobo y viceversa.

El racismo nace cuando el otro no sólo es considerado diferente, sino, en cuanto diferente, por el solo hecho de ser diferente, es considerado también inferior, y, por el hecho de ser inferior, debe ser objeto de dominio. Dígase de una vez para siempre que la teoría de las razas, que pretende ser científica, según la cual la humanidad está dividida en razas, no coincide con el racismo, aunque pueda utilizarse como presupuesto de teorías racistas. Cuando en el siglo XVII, tras el descubrimiento del Nuevo Mundo, se constata que existían

muchas especies humanas distintas, que probablemente no todas derivaban de una única pareja de progenitores, surgieron las teorías llamadas después «poligenéticas», que no eran necesariamente racistas. El racismo presupone no sólo la pluralidad de las razas, sino también su jerarquía; sostiene que existen no sólo razas distintas, sino también razas superiores e inferiores. Que exista una raza blanca y una negra, es una teoría racial, pero no necesariamente racista. La teoría de la supremacía del hombre blanco sobre el hombre negro, en cambio, es el fundamento de una teoría racista. De ahí deriva que no se combate el racismo negando el valor científico a las teorías que sostienen que los hombres están divididos en razas, incluso aunque la actual confutación de la ciencia más adelantada respecto a la división de la humanidad en razas es ciertamente un valioso instrumento para combatir el racismo. Pero se puede perfectamente ser racista sin compartir la teoría pseudocientífica de la división de la humanidad en razas. Se puede ser poligenista sin ser racista, y, viceversa, racista rechazando el poligenismo. Para quien quiera saber más, le sugiero leer el libro, recientemente publicado, que recoge toda la obra del llorado antropólogo Giuliano Gliozzi, con el título *Differenze ed eguaglianza nella cultura europea moderna*¹⁶, donde existe un capítulo que explica el diferente origen de las teorías poligenéticas y de las racistas.

Debo añadir también que para poder definir como racista una teoría no basta la afirmación de que existen razas o pueblos o gentes no sólo distintas sino también superiores e inferiores. Es necesario también que quien se considera superior añada la pretensión de dominar, en cuanto superior, al inferior. También la relación entre padres e hijos, entre profesores y alumnos, es de hecho, y casi siempre también de derecho, una relación entre un superior y un inferior. Pero es una relación en la que el superior, en vez de pretender tener el derecho de dominar al inferior, se atribuye el deber de ayudarlo, socorrerlo, mejorarlo, como forma de redimirlo de su inferioridad. Desde la antigüedad, la relación de poder paterno, con las teorías paternalistas del gobierno, por las que el poder debe ser usado para el bien del súbdito, se ha distinguido de la relación de poder patronal o despótico, según la cual el poder es utilizado en exclusiva ventaja de quien manda y los súbditos son tratados como esclavos.

16 Vivarium, Nápoles, 1993.

La razón por la que cuanto se ha dicho hasta aquí se debe considerar pertinente, es la siguiente: si los hombres son tan iguales como diferentes, es un prejuicio afirmar tanto que son todos iguales como afirmar la tesis opuesta de que son todos diferentes. Ahora bien, de estos dos prejuicios derivan consecuencias diferentes, más bien opuestas, en la política de emigración, en la cual es particularmente relevante el comportamiento en pro o en contra del racismo.

Las políticas de emigración se sitúan entre estos dos extremos. Uno es la asimilación, según la cual quien entra en un país debe poco a poco identificarse con sus habitantes, aceptar las reglas, las costumbres, la lengua, la mentalidad, transformarse para convertirse en otro respecto a lo que ha sido, perder la propia identidad, mediante la gradual adquisición de derechos de ciudadanía, civiles, sociales, políticos. En el otro extremo aparece cada vez con mayor fuerza en estos últimos tiempos, precisamente como reacción a la política de asimilación, la exigencia del respeto de las diferencias, que debería permitir al diferente la conservación más amplia posible de aquello que lo hace distinto, las propias costumbres, la propia lengua, y por tanto el derecho a tener escuelas propias, incluso la propia manera de vestir.

Pues bien: estas dos políticas representan bajo la forma de prejuicio, o sea, de creencia no crítica y a la vez absoluta, las dos concepciones opuestas: «Los hombres son todos iguales, los hombres son todos diferentes.» Si son todos iguales, ¿por qué diferenciarlos? Si son todos diferentes, ¿por qué igualarlos? De un lado, ¿por qué considerar la propia diferencia como una merma a rechazar, si somos todos iguales?; del otro lado, ¿por qué rechazar como merma la igualación si somos todos diferentes?

Hoy el contraste entre estas dos soluciones extremas está más vivo que nunca. Pero puesto que son dos soluciones extremas, son quizás equivocadas las dos. Y son equivocadas las dos, precisamente por lo que hemos dicho hasta aquí: los hombres son iguales y diferentes. En rigor, si se quisiera seguir la regla de justicia, de la que he hablado al principio, se debería tratar de igual modo a los iguales y de modo diferente a los diferentes. ¿Pero en definitiva no es esto lo que intentamos hacer cuando planteamos seriamente el problema de encontrar la mejor solución de las dificultades que nacen del encuentro forzado de gentes distintas? En una visión liberal de la convivencia según la cual existen derechos fundamentales de los individuos que el Estado

debe reconocer, nadie puede ser tan igualitario como para no reconocer el derecho a las diferencias religiosas, es decir, el derecho de cada uno a adorar al Dios propio o a no adorar a ninguno. De esta manera, nadie podrá ser tan diferencialista como para desconocer la igualdad de todos cualquiera que sea la parte de la que provengan, incluso de las más lejanas, no sólo espacialmente sino también culturalmente, respecto a los derechos del hombre, en primer lugar todos los derechos personales que preceden a los derechos del ciudadano, o mejor, que constituyen su presupuesto.

En una civilización democrática la solución del problema radica como siempre en la compatibilización de las dos exigencias opuestas, que tienen ambas su razón. Pero dígase de una vez para siempre, para concluir, que la primera solución para encontrar respuestas equitativas de compromiso consiste en abandonar por una parte y por la otra los dos prejuicios opuestos, que todo hombre sea igual al otro, que todo hombre sea diferente al otro.

IV. Notas sobre los textos

«Elogio de la templanza», edición especial no comercial, unida al núm. 88 de Linea d'Ombra de diciembre de 1993, p. 22. El opúsculo, realizado con la colaboración del Centro Studi Piero Gobetti y de la CELID, y con la ayuda de la Cassa di Risparmio de Torino, ha sido preparado por Santina Mobiglia y Pietro Polito. Texto, revisado y actualizado por el autor, de una conferencia dictada en Milán, el 8 de marzo de 1983, en el ámbito del cielo «Pequeño diccionario de las virtudes», organizado por Ernesto Trecani por iniciativa de la Fundación Corrente. Siguen la carta abierta de Giuliano Pontara, «El moderado y el no-violento. A propósito de un ensayo de Bobbio», con una respuesta de Bobbio, en Linea d'Ombra, núm. 93, marzo de 1994, pp. 67-70, y la réplica del mismo Pontara, «Réplica a Bobbio», en Linea d'Ombra, núm. 94, mayo de 1994, pp 71-73.

«Verdad y libertad», discurso de presentación de las conferencias introductorias al XVIII Congreso Nacional de la Società Filosofica Italiana. Palermo-Messina, 18-22 de marzo de 1960, publicado en AA.VV., Verità e libertà, Palumbo, Palermo, 1960, vol. I, pp. 43-52.

«Ética y política», en *Ética y Política.*, a cargo de Walter Tega, *Pratiche*, núm. 4, 1984, pp. 97-118.

«Moral y política», *Nuova Antologia*, núm. 2.179, julio-septiembre de 1991, pp. 67-79 (en este volumen con el título: «Razón de Estado y democracia»).

«La naturaleza del prejuicio», en AA.VV., *La natura del pregiudizio*, Turín, s.f., pp. 2-15. texto de una lección dictada en el curso «La natura del pregiudizio», celebrado en el Instituto Técnico Industrial “Amedeo Avogrado” de Turín, del 5 de noviembre al 17 de diciembre de 1979. El curso era parte del programa «Torino Enciclopedia-Le culture della città».

«Racismo hoy», *Scuota e Città*, a. XLIV, núm. 4, 30 de abril de 1993, pp. 179-183. Texto de la Conferencia dictada sobre el tema del racismo en el SERGMIG de Turín en diciembre de 1992. Publicado en parte en *La Stampa*, a. 126, núm. 353, domingo, 27 de diciembre de 1992, p. 15, con el título «Gli italiani sono razzisti?» Reimpreso con el título «Sono razzisti gli italiani?», *Nuova Antologia*, a. 128, fasc. 2.186, abril-junio 1993, en una serie de artículos reunidos bajo el título «Razzismo, xenofobia, antisemitismo en Europa», pp. 6-10. Reimpreso con el título «Razzismo oggi», *Sisifo. Idee ricerche programmi del Istituto Gramsci Piemontese*, octubre de 1993, pp. 4-6 (Cuaderno Núm. 1, «Contro il pregiudizio», en colaboración con CGIL Scuola/Torino/Valore Scuola).

«Iguales y diferentes», intervención en el encuentro «Cultura scienza contro il razzismo». Presentación de la muestra itinerante «Razza e Razzismo, scienza e pregiudizio». Diapositivas al cuidado de Gianfranco Torri, *pregiudizio*. Diapositivas al cuidado de Gianfranco Torri, promovido por el Comité «Oltre il razzismo per la cultura del dialogo e della tolleranza», celebrado el lunes 6 de diciembre de 1993, en la sala de conferencias de la Galleria d'Arte Moderna, con una intervención de Alberto Piazza sobre «Biología e pregiudizio». El encuentro fue precedido por la manifestación «Le associazioni e il volontariato: il Comitato “Oltre il razzismo” insieme con le istituzioni: scuola e governo locale», con intervenciones de Guido Neppi Modona, Luigi De Rosa, Carla Spanuolo, Sergio Luigi Ricca, Ugo Perone. Publicado

en Sisifo. Idee ricerche programmi del Instituto Gramsci Piemontese, mayo de 1994, pp. 25-27.

«Pros y contras de una ética laica», II Mulino, a. XXXIII, núm. 2, marzo-abril de 1983, pp. 159-172. Texto reelaborado de la conferencia dictada en Bolonia, para los Martedì del Convento di San Domenico, el 18 de octubre de 1983.

«Sobre la vida moral, Bobbio responde al obispo», La Stampa, a. 123, núm. 11, sábado 14 de enero de 1989, pp. 1 y 2; «Salvarsi da soli. La tecnica sfuggita al controllo dell'uomo», La Stampa, a. 123, núm. 39, viernes 17 de febrero de 1989, p. 1. Reimpreso en N. Bobbio, L'utopia capovolta, La Stampa, Turín, 1990, pp. 146-149. (En este volumen con el título: «Moral y religión»).

«Los dioses que han caído. Algunas preguntas sobre el problema del Mal». Transcripción revisada y corregida de la conferencia dictada en el seminario «II potere del male, la resistenza del bene», celebrado en el Centro Studi Piero Gobetti de Turín, el 8 de junio de 1994.

Discriminación y medidas de acción afirmativa

Efecto o intención: cuál debería ser el requisito en los casos de discriminación¹

Ezequiel Nino²

Sumario

I. Introducción. II. Precedentes de tribunales estadounidenses. 2.1. Requisito de intención en casos regidos por la cláusula de igual protección de las leyes. 2.2. Aplicación del principio. 2.3. “Bush v. Gore”. 2.4. Decisiones estatales que no se fijan en la intención a fin de establecer un acto como discriminatorio. 2.4.1. “Serrano v. Priest”. 2.4.2. “Sheff v. O’Neill”. III. Alguna jurisprudencia argentina reciente en materia de discriminación. 3.1. Las posturas más recientes de la Corte Suprema. 3.2. Otras decisiones recientes de tribunales argentinos. IV. ¿Qué hace al requerimiento de demostrar la intención censurable? 4.1. Irrelevancia de la distinción. 4.2. Dificultad de prueba. V. Consideraciones finales. VI. Bibliografía.

1 Este artículo fue publicado como “Efecto o intención: ¿Cuál debería ser el requisito en los casos de discriminación?”, en Alegre, Marcelo y Roberto Gargarella (coords), *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, pp. 227-251.

2 Abogado por la Universidad de Buenos Aires (UBA) y periodista por el Taller Escuela Agencia. Máster en Derecho por la Universidad de Nueva York con beca Fulbright. Cofundador y codirector de la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ). Profesor de derecho constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo, Buenos Aires (UP).

I. Introducción

En nuestro país, la prohibición de la discriminación está consagrada expresamente en varios pactos internacionales con jerarquía constitucional³, entre otros, en la Declaración Americana de los Derechos y deberes del Hombre (art. II: “sin distinción de raza, sexo, idioma, credo [...]”), en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 7, que veda “toda discriminación”), en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 24: “sin discriminación, a igual protección de la ley”) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 26: “contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión [...])”).

Cada una de esas normas contiene categorías de personas históricamente desaventajadas, las que la doctrina denomina usualmente “categorías sospechosas”. Bajo esta idea, los grupos a los que hay que otorgarle protección judicial más intensa son los que reúnen dos características: han sido objeto de prácticas discriminatorias en el pasado y, como consecuencia, subsisten actualmente desigualdades de hecho y prejuicios arraigados que no permiten a sus integrantes desplegar plenamente su personalidad en los diversos sectores de la vida social y política⁴. Ferreres Comella explica que “si una Constitución prohíbe explícitamente la discriminación por razón de raza y de sexo, por ejemplo, es claro que normalmente se dan dos cosas al mismo tiempo: por un lado, existe suficiente consenso en la comunidad en el sentido de que las desigualdades que padecieron en el pasado determinadas razas y las que sufrieron las mujeres constituyen una discriminación injustificable; por el otro, existe consciencia de que perviven los efectos de ese pasado discriminatorio y de que, en consecuencia, es necesario dotar de especial protección a los miembros de esos grupos. Estas cláusulas constitucionales reflejan un repudio del pasado y una consciencia de que ese pasado sigue dominando”⁵. Examinar en cada sociedad cuáles son esos grupos es una tarea conjunta entre todos los actores gubernamentales y no gubernamentales relevantes.

3 Art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional.

4 *Ídem*, p. 250.

5 “Justicia constitucional y democracia”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, p. 253.

A su vez, aunque la forma de incorporación de las categorías sospechosas habrá de ser materia de debate público durante los próximos tiempos⁶, en esta etapa incipiente corresponde afirmar que éstas ya forman parte de nuestro sistema jurídico⁷ y que, para analizar un caso en el que se encuentre en juego la igualdad, corresponde examinar si el acto cuestionado clasifica a las personas de alguna forma.

Mientras que en ocasiones puede suceder que las normas incluyen la raza, el género u otras clasificaciones en su misma letra (como, por ejemplo, una ley que prohíba votar a los negros), los casos más frecuentes no revelan esa forma de agrupación (por ejemplo, una norma que requiera para ser policía una altura de 1,80 m y un peso de 75 kg, pues las estadísticas indican que el 40% de los hombres pasan ese requisito, mientras que sólo el 2% de las mujeres lo hacen^{8, 9}). Estas últimas —ya sea que provengan de leyes, po-

- 6 Un ejemplo de una de las discusiones que deben darse en relación con el tema es si todas las clasificaciones dispuestas por los tratados internacionales deben ser consideradas como categorías sospechosas. Si fuera así, la edad sería una categoría sospechosa sin haber sido históricamente perjudicada. A su vez, dentro de una categoría que, *a priori*, parece evidente que debe ser considerada sospechosa, se encuentran clases de personas que no han sufrido tratos desiguales —por ejemplo, dentro de las clasificaciones por religión, los católicos no han sido discriminados—. En la opinión que procura otorgar un lugar fundamental en el análisis de cualquier caso de igualdad a las categorías sospechosas, de ninguna forma corresponde asignar algún privilegio a grupos que no fueron perjudicados. En ese sentido, Thomson sostiene que, del hecho de que no todos los varones y los blancos hayan participado de la discriminación contra las mujeres y los negros, no se infiere que no se hayan participado de la discriminación contra las mujeres y los negros, no se refiere que no se hayan visto directa o indirectamente beneficiados con los resultados de esa discriminación, y que, del hecho de que no todos los negros y mujeres hayan sido perjudicados directamente por la discriminación, no se infiere que no lo hayan sido directamente en su autoestima y en los esfuerzos que debieron hacer para evitar lo daños directos (Thomson, Judith, “Preferential hiring”, en Rachels, James (comp.), *Moral Problems*, Harper Colliins College Div., Nueva York, p. 144).
- 7 El legislador ha hecho suficiente esfuerzo, ya sea mediante la incorporación de acciones afirmativas en la Constitución Nacional y de pactos de derechos humanos a ese texto, la sanción de la ley antidiscriminatoria, la creación de una secretaría de derechos humanos para proteger especialmente los derechos de las personas históricamente maltratadas, a lo largo de las dos últimas décadas para al menos expresar que existe una aspiración estatal de morigerar las inequidades de los grupos desventajados.
- 8 Chemerinsky, Erwin, *Constitutional Law, Principles and Policies*, Aspen Law & Bussiness, 2000, p. 568.
- 9 Ferreres da como ejemplo de leyes que no distinguen a las personas por razón de raza a la prohibición de matrimonios interraciales. En realidad, esa ley distingue a las personas en función de su raza (en la letra de la ley está el concepto de raza); en todo caso, se trata de leyes en las que no hay

líticas públicas o actos de particulares— son neutrales en su apariencia, pero acarrear efectos discriminatorios.

En este segundo tipo de situaciones los jueces deben decidir qué exigencias van a adoptar respecto del caso a fin de revertir la situación y declararla discriminatoria; más específicamente, deben pronunciarse acerca de si es necesario que el demandante demuestre la intención discriminatoria; es decir, si el sistema jurídico del que forman parte requiere la carga de demostrar que quien supuestamente ha cometido un acto discriminatorio lo ha hecho con el conocimiento previo de tal efecto y, sin embargo, no ha tenido reparo en realizarlo. En este trabajo comparado se efectúa una descripción de la jurisprudencia argentina más reciente en materia de discriminación y los caminos que se vislumbran en relación con el tema bajo análisis, un examen de la jurisprudencia de tribunales norteamericanos en relación específica con dicha cuestión y una conclusión sobre la postura que deberían adoptar los actores públicos de nuestro país.

II. Precedentes de tribunales estadounidenses

En la interpretación de la Constitución Nacional, resulta indudable el valor jurisprudencial de las decisiones jurisprudenciales de los Estados Unidos. La Corte Suprema ha adoptado a la doctrina, la jurisprudencia y la práctica norteamericana como una de las fuentes de derecho más importantes para su creación jurisprudencial.

El fallo “Lino de la Torre s/recurso de hábeas corpus”¹⁰ marcó el comienzo de una práctica cotidiana de la Corte de recurrir a la experiencia norteamericana para decidir los conflictos constitucionales suscitados¹¹. Allí la corte expresó:

una discriminación manifiesta pues, por ejemplo, se aplica tanto para alguien blanco como para alguien negro (tanto para alguien que pertenece a la mayoría como a alguien que pertenece a la minoría).

10 Fallos 19:236.

11 Huertas, Marta María Magdalena, *El modelo constitucional norteamericano*, en los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1863-1903), Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 2001, p. 245.

El sistema de gobierno que nos rige no es una creación nuestra. Lo hemos encontrado en acción, probado por largos años de experiencia y nos lo hemos apropiado. Y se ha dicho, con razón, que una de las grandes ventajas de esa adopción ha sido encontrar formando un vasto cuerpo de doctrina, una práctica y una jurisprudencia que ilustran y completan las reglas fundamentales, y que podemos y debemos utilizar en todo aquello que no hayamos querido alterar por disposiciones peculiares.

A partir de ese momento, el Alto Tribunal no sólo citó en muy frecuentes oportunidades la doctrina y jurisprudencia constitucional de los Estados Unidos, sino que también incorporó importantes principios jurídicos, como el control de constitucionalidad y la real malicia.

Los estudios doctrinarios han aceptado sin ningún cuestionamiento esta situación¹². Se ha expresado, por ejemplo, que “(l)a similitud entre las constituciones norteamericana y argentina, la idéntica potestad judicial de control de constitucionalidad en ambos países y la importancia que siempre ha tenido en los EE.UU. la Suprema Corte han sido causa de una innegable influencia de los precedentes norteamericanos en la doctrina y jurisprudencia de nuestro país”¹³.

Es de presumir, entonces, que cuando algún caso de discriminación neutral en su apariencia¹⁴ llegue a la Corte Suprema, o se trate explícitamente la cuestión, el Alto Tribunal decida tener en cuenta los precedentes de ese país, sobre todo por las similitudes entre la Enmienda XIV de la Constitución de ese país y el art. 16 de nuestra Constitución. Es por esas razones que exponemos aquí algunos antecedentes de la jurisprudencia norteamericana — tanto de la Corte Suprema como de tribunales inferiores— en la materia.

Más allá de esto y de que resulta necesario conocer estos precedentes, pues representan un material significativo y valioso para nuestros jueces, debe advertirse que en materia de igualdad se han producido cambios en el esquema jurídico de nuestro país que marcan nuevas e importantes diferencias

12 Un cuestionamiento serio no debería ser mirado con extrañeza, toda vez que la situación socio-institucional de ambos países no podría ser más alejada.

13 Noailles, Carlos V., “Fallos paralelos (Corte Suprema norteamericana período octubre/67 a junio/68 y Corte Suprema argentina en su actual composición), LL 132-140.

14 Es decir, casos en los que el trato diferenciado no se encuentre en la letra de la ley, sino en su efecto.

con el esquema constitucional norteamericano. Entre otras cosas, la incorporación en 1994 de un artículo constitucional que permite litigar tanto individual como colectivamente contra órganos públicos y personas privadas, sin necesidad de agotar las instancias administrativas, sumado a la incorporación de numerosos tratados internacionales de derechos humanos —algunos de los cuales no fueron ni siquiera ratificados por los Estados Unidos— representa un notable desvío del rumbo constitucional de nuestro país en materia de igualdad.

2.1. Requisito de intención en casos regidos por la cláusula de igual protección de las leyes

En la constitución norteamericana, el principio de igualdad está directamente contenido en la enmienda XIV, párrafo primero, que establece que “[n]ingún Estado [...] denegará a persona alguna bajo su jurisdicción la igual protección de las leyes”.

Ésta es la famosa cláusula de igual protección (*equal protection clause*) sobre la cual se asienta la jurisprudencia de la Corte sobre igualdad. Esta cláusula es aplicable solamente contra actos de autoridad pública. No existe, en cambio, norma constitucional de igualdad frente a actos de particulares, la cual sí existe en la Constitución argentina¹⁵.

La Enmienda XIII, por su parte, establece que “[n]i la esclavitud ni la servidumbre involuntaria, excepto cuando está establecida como pena cuando la parte haya sido debidamente condenada, existirá dentro de los Estados Unidos o en ningún lugar sujeto a su jurisdicción”. La Enmienda XV dispone: “[e]l derecho de voto de los ciudadanos de los Estados Unidos no será denegado o menoscabado por los Estados Unidos o por ningún Estado sobre la base de raza, color, o previa situación de servidumbre”.

15 Como se verá más adelante, la circunstancia de que el art. 43 de la Constitución Nacional prevea el amparo colectivo contra actos discriminatorios de particulares es una diferencia que deberá ser tomada en cuenta por los órganos judiciales que definan la cuestión. Cuando existen divergencias de este tipo, no debe aplicarse esa analogía entre la Constitución de los Estados Unidos y la de la Argentina para incorporar la jurisprudencia de aquélla como fuente de derecho, pues ésa es tal.

Por otra parte, el Congreso ha sancionado diferentes leyes vinculadas a derechos civiles que regulan la discriminación en el empleo, en el voto y el reparto de fondos federales para programas llevados a cabo por particulares.

En los casos “neutrales en su apariencia”, la Corte Suprema exige la demostración de la intención en orden a probar que existió discriminación. En otras palabras, el demandante debe probar que quienes redactaron la norma lo hicieron con la voluntad de que el impacto discriminatorio ocurra.

Ya en 1880, ese tribunal decidió en “*Strauder v. West Virginia*”¹⁶, que “un propósito de discriminar” debe estar presente, pero las Cortes inferiores ignoraron ese precedente hasta “*Washington v. Davis*”¹⁷.

En “*Washington v. Davis*”, varios demandantes negros impugnaron un examen exigido para entrar en las fuerzas policiales de Washington DC. Los actores alegaron discriminación sobre la base de la disparidad de las *performances* entre blancos y negros. La opinión de la Corte dejó en claro que para determinar si en un caso hay discriminación, hay que buscar la intención en los orígenes del acto. La Corte fue consciente de que estaba en juego una cuestión política muy importante. Así, aseguró firmemente que si no se exige en cuenta la intención “ello no haría más que cuestionar seriamente y, quizá invalidar, una amplia gama de impuestos, servicios públicos, regulaciones y normas reglamentarias que son más gravosos para los pobres y para los negros promedio que para los acaudalados blancos”¹⁸.

2.2. Aplicación del principio

La corte ha sido muy ambigua acerca de cómo se logra demostrar la intención discriminatoria. Tal como explica Kushner, la decisión en “*Washington v. Davis*” manifiesta una notable inhabilidad de la Corte en articular una definición útil de intención discriminatoria¹⁹. Nowak y Rotunda argumentan que la Corte ha tomado un camino intermedio intencionalmente con el fin de dar una significativa deferencia a los otros poderes de gobierno mientras

16 100 U.S. (1880).

17 426 U.S. 96 (1976).

18 *Ibidem*.

19 Kushner, James, *Apartheid in America*, Carrollton Press, Incorporated, Arlington & Inverness, 1982, p. 99.

se buscan otras fuentes —fuera de los motivos particulares de los legisladores— para determinar si una ley constituye un aparato intencional para lograr un tratamiento discriminatorio²⁰.

A través de los años, la Corte ha dado alguna guía, pero no ha dado instrucciones muy precisas.

En “Washington v. Davis la Corte sostuvo que “un propósito discriminatorio puede ser inferido por una totalidad de hechos relevantes, incluido el hecho, si es certero, de que una ley cae más pesada sobre una raza que otra”.

En *Arlington Heights v. Metropolitan Housing Development Corp.*²¹, la Corte intentó ser más precisa y entregó algunos ejemplos de cómo probar un caso de discriminación cuando la ley es “neutral”²² (hay que satisfacer al menos varios de estos patrones para demostrar la intención):

- 1) si puede probarse un impacto desproporcionado extremo²³;
- 2) si se prueba que hubo ausencia de justificación para sancionar la ley;
- 3) se puede hurgar en los antecedentes de la sanción²⁴;
- 4) si puede demostrarse que hubo un desvío de los estándares procedimentales corrientes²⁵ o una inconsistencia de reglas sustantivas aplicadas frecuentemente²⁶.

20 Nowak, John y Rotunda, Ronald, *Constitutional Law*, West Group, sixth edition, Los Angeles, 2000, p. 662.

21 429 U.S. 252 (1977).

22 Citado de esta manera, con los ejemplos, por Kushner, James, *Government Discrimination, Equal Protection Law and Discrimination*, Clark Boardman, New York, 2000, p. 3:8.

23 En “Yick Wo” (118 U.S. 356 [1886]) el código urbanístico ordenaba que las tintorerías debían estar ubicadas en un edificio de ladrillos. A cada persona de origen chino que solicitaba una excepción, se le denegaba mientras que a quienes no lo eran se les concedía.

24 En “Arlington Heights” (429 U.S. at 267) hizo notar que la especial secuencia de eventos que condujeron a la decisión impugnada puede arrojar alguna luz sobre el propósito del que la tomó. Allí la Corte manifestó que “en circunstancias excepcionales” los legisladores pueden ser llamados a declarar, pero también reconoció que las inmunidades parlamentarias que les son otorgadas pueden impedir dicho cuestionamiento.

25 Son ejemplos de ello los locadores que cambian las reglas cuando aparecen posibles inquilinos miembros de una minoría o la modificación de una ley electoral para frustrar la elección de un candidato de una minoría.

26 Por ejemplo, en “Yic Wo” (118, U.S. 356 [1886]), se permitió a los blancos operar tintorerías en edificios de madera, pese a que los reglamentos lo prohibían.

“Personnel Administrator of Massachusetts v. Feeney”²⁷ es un caso en el que se impugnó la preferencia por veteranos de guerra en empleos públicos, porque resultaba discriminatoria respecto del género (casi todos los veteranos eran hombres en esa época). La Corte rechazó la demanda y expresó que ni siquiera la conciencia de un resultado discriminatorio, como es el impacto en las mujeres de dar una absoluta preferencia a los veteranos es determinante, pues es sólo una evidencia de una ecuación intencional.

El tribunal sostuvo que la intención discriminatoria supone más que intención como preferencia o intención como estar avisado de las consecuencias. Implica que quien toma las decisiones seleccionó o reafirmó un particular curso de acción, al menos en parte “por ello” y no meramente “a pesar de” los efectos adversos en un grupo identificable de personas²⁸. Éste no es un significado rígido de la palabra “intención”. No es suficiente demostrar que el Estado sabía cuál iba a ser el efecto de su política. Es necesario probar que el Estado quería que ese efecto ocurriera.

2.3. “Bush v. Gore”

Paradójicamente, en el conocido caso “Bush v. Gore”²⁹, la Corte adoptó una postura radicalmente opuesta a la que había venido sosteniendo en relación con el requisito de intención. En este sentido, el fallo, que fue muy criticado por los constitucionalistas norteamericanos por su grado de politización, realizó un examen amplio para evaluar si una conducta vulnera la cláusula de igualdad. En palabras del constitucionalista Akhil Reed Amar, “el caso que lleva el nombre de un profeso constructivista es una de las decisiones más activistas que conozco”³⁰.

Como se recordará, en el caso, iniciado pocos días después de las elecciones presidenciales de 2000, se encontraba en disputa el recuento de algunos votos de ciertos condados de Florida, pues había habido problemas en su lectura por parte de las máquinas instaladas para la elección. El Superior

27 442 U.S. 256, 278-80 (1979).

28 442 US 256279 (1979) citado en Chemerinsky, Erwin, *Constitutionsl Law, principles and policies*, Aspen Law & Bussines, 2000, p. 568.

29 531 US 98 (2000).

30 “Should we trust judges”, *Los Angeles Times*, 17/12/2000, p. M1.

Tribunal de Florida, a pedido de los representantes legales del partido demócrata, había ordenado el recuento de esos votos dudosos.

En el fallo de la Corte Suprema se expresó que el superior Tribunal del estado de Florida, que había ordenado un recuento de los votos en algunos condados —en los cuales había habido una muy pequeña diferencia entre candidatos—, lo decidió sin implementar los mínimos requisitos para asegurar la uniformidad en el recuento. En relación con ello, el tribunal sostuvo que “[l]a orden no especificaba quien habría de recomtar los votos. Las juntas electorales de los condados fueron forzadas a implementar equipos *ad hoc* compuestos por jueces de varios circuitos que no tenían entrenamiento previo en el manejo y recuento del escrutinio”.

Aunque el caso presenta una situación muy diferente a la que venimos analizando, el fallo sí contiene una doctrina que resulta relevante. En este sentido, la Corte declaró que esta disposición configuraba una violación de la cláusula de igual protección que demanda que cada votante debe ser tratado igual (“habiendo una vez otorgado el derecho a votar en igualdad de condiciones, el Estado no debe, por actos posteriores arbitrarios y con un impacto desproporcionado, valorar más un voto de una persona que el de otra”)³¹. En otras palabras, el tribunal consideró que había un trato discriminatorio entre votantes, pues algunos votos habrían de ser recomtados y otros no. Según esta interpretación, los problemas de la lectura de los votos no fueron exclusivos de aquellos votos que se ordenaron recomtar, por lo que la decisión traía aparejada un trato desigual arbitrario sin la exigencia del requisito de intención que históricamente había requerido. Más allá de la situación de emergencia política que dominó esa decisión, este fallo debe ser tenido en cuenta a la hora de examinar la cuestión, pues es posible que sea interpretado como un cambio de precedente.

El cambio de paradigma fue prestado claramente por el diario *Los Angeles Times* en un artículo publicado un día después de la decisión. “En el pasado, los reclamos por tratamiento desigual fueron rutinariamente rechazados por la Corte Rehnquist. Por ejemplo, los jueces se han opuesto a escuchar desafíos constitucionales a leyes federales de drogas, aun cuando el castigo para quienes son encontrados con crack cocaína es 100 veces mayor que el de aquellos

31 *Ídem*, con cita de “Harper v. Virginia Bd. of Elections”, 383 U.S. 663, 665 (1966).

encontrados con cocaína en polvo. La Corte también dejó sin efecto leyes federales que permitían alguna preferencia en la contratación de obras públicas a favor de compañías con socios pertenecientes a minoría desaventajadas”, sostuvo un editorial del matutino³².

La mayoría de los académicos aseguran que ésta fue una decisión única e irrepetible, y que no tendrá demasiada influencia en futuras sentencias en casos de igualdad³³. Pese a que ello es cierto por las particulares características del caso y las inusuales circunstancias políticas en las que fue concebido, “Bush v. Gore” es todavía ley válida.

Pese a que hay muchas interpretaciones sobre el caso y todavía resulta difícil determinar cuál es el *holding*, es claro que la Corte ni siquiera analizó si existió una intención discriminatoria de parte del Supremo Tribunal de Florida de tratar a cada votante diferente. La Corte afirmó que hubo un efecto discriminatorio, pero no probó un propósito discriminatorio.

Siguiendo con el análisis del efecto o la intención, podría defenderse la posición de la Corte sosteniendo que éste puede ser un caso de “discriminación en la letra de la ley”, pues algunos votos fueron recontados y otros no. Si esto fuera así, según esta postura, no sería necesario demostrar la intención discriminatoria.

Este argumento fracasa, pues para analizar casos en los cuales esté presente la discriminación “en la letra de la ley” deben estar expresadas categorías claras que no lo están en el caso de Florida. Y aun si fuera un caso de éstos, la Corte omitió decir cuáles son esas categorías. Chemerinsky lo hizo ver de la siguiente forma: “En relación con el argumento de igual protección, nunca antes la Corte Suprema decidió que las variaciones en la forma de contar votos en un Estado era inconstitucional. La Corte no explicó por qué las diferencias en el conteo son inconstitucionales mientras que otras variaciones

32 “Court: Crossing a Hihg Threshold”, *Los Angeles Times*, 15/12/2000.

33 Como sostiene Rudenfeld, en este punto muchos especialistas resaltaron la afirmación de la Corte de que el análisis de la igual protección de las leyes estaba limitado a aquellas circunstancias. Los críticos dicen que esta manifestación le indica a los tribunales inferiores que no apliquen el razonamiento de “Bush v. Gore” en otros casos, lo cual sería una instrucción ilegítima (“Not as bad as Plessy, worse”, en *Bush v. Gore, The question of Legitimace*, editado por Bruce Ackerman, Yale University Press, New Haven, 2000, p. 23).

entre condados, como por ejemplo, en la forma de votar, en las máquinas contadoras y en el tratamiento de las minorías, son permisibles”³⁴.

Fiss es aún más concreto al explicar que indudablemente el recuento manual introduce el riesgo de tratar a los votantes inconsistentemente, pero ese tratamiento dispar jamás puede ser visto como una violación a la cláusula de igualdad. Ese principio ha sido construido principalmente para resguardarse contra clasificaciones, como las basadas en la raza, etnia o género, que sistemáticamente desaventajan a diversos grupos sociales. El recuento manual no emplea esas clasificaciones prohibidas ni amenaza con desaventajar en forma sistemática a algún grupo³⁵.

2.4. Decisiones estatales que no se fijan en la intención a fin de establecer un acto como discriminatorio

En general, las cortes estatales, a diferencia de la corte federal, han continuado siendo activistas en materia de igualdad y no requieren el requisito de intención a fin de probar un acto como discriminatorio. Algunos ejemplos de sentencias de cortes estatales proveen alternativas a este problema y pudieron haber sido exitosas (si esa posición hubiera prevalecido en la Corte Nacional en la misión de integrar, en los Estados Unidos, a todos sus habitantes³⁶.

2.4.1. “Serrano v. Priest”

“Serrano v. Priest”³⁷ es un fallo de la Corte Suprema de California. Los actores, niños de escuelas del condado de Los Angeles y sus padres llevaron a los tribunales el caso, pues alegaban que como consecuencia del esquema de financiamiento educativo había un sustancial tratamiento dispar en la calidad y extensión de la educación entre los diferentes distritos del Estado.

34 “The Self-Inflicted Wound”, *Los Angeles Times*, 17/12/2000.

35 “The fallibility of Reason”, en *Bush v. Gore, The question of legitimacy*, editado por Bruce Ackerman, Yale University Press, New Haven, 2000, p. 89.

36 Debido a la posición adoptada por la Corte Suprema, el proceso será mucho más largo. La segregación es todavía un problema muy serio en este país. Ni siquiera el proceso de crecimiento que ha venido viviendo en los últimos años ha servido para mejorar demasiado la situación.

37 5 Cal 3rd. 584.

La Corte expresó que el sistema de financiamiento educativo discriminaba sobre la base de la riqueza de un distrito y sus residentes. Rechazaron la idea de clasificar la discriminación como *de iure* (en la letra de la ley) o *de facto* (efecto discriminatorio). El argumento utilizado es que ésta es una forma sobresimplificada de resolver estas cuestiones tan difíciles y que no sirve al objetivo final de eliminar la discriminación.

Para tratar el tema del requisito de la intención, la Corte de California citó un caso previo, “Jackson v. Pasadena City School District”³⁸, en el que estableció que “el derecho a una igual oportunidad en la educación y las dañosas consecuencias de la segregación requieren que los consejos escolares tomen pasos, tan rápidos como sean posibles, para aliviar el desbalanceo racial en las escuelas, cualquiera sea su causa”.

El tribunal concluyó que el sistema de financiamiento de escuelas públicas supedita el pleno derecho a la educación en la riqueza, “clasifica sus destinatarios sobre la base de la condición económica y hace depender a la calidad de la educación del niño de los recursos del distrito escolar y, en última instancia, de los recursos de sus padres”. Ese sistema financiero, como está constituido, no es necesario para la obtención de ningún interés estatal supremo y deniega a los niños la igual protección de las leyes.

2.4.2. “Sheff v. O’Neill”

“Sheff v. O’Neill”³⁹ es una decisión de la Corte Suprema Connecticut. La Constitución del Estado estipula en el art. 1º, sección 20⁴⁰, que “(a) ninguna persona puede denegarse la igual protección de las leyes o ser objeto de segregación o discriminación en el ejercicio de sus derechos civiles o políticos debido a la religión, raza, color, ancestros, origen nacional, sexo o discapacidades físicas o mentales”⁴¹.

38 59 Cal 2d. 876.

39 238 Conn 1, 678.

40 El art. 14 de la Constitución Nacional combinado con normas de los tratados internacionales con jerarquía constitucional es similar a esta disposición.

41 “No person shall be denied the equal protection of the law nor be subjected to segregation or discrimination in the exercise or enjoyment of his or her civil or political rights because of religion, race, color, ancestry, national origin, sex or physical or mental disability.”

Los demandantes, algunos estudiantes negros y latinos del área de Hartford⁴², interpusieron una acción de clase alegando que estaban siendo notablemente perjudicados por severas desventajas educacionales derivadas de su condición racial, étnica y socioeconómica.

Estableciendo que el Estado no había segregado, en el sistema de educación pública, a las minorías raciales y étnicas intencionalmente, la Corte afirmó que había jugado un rol significativo en la concentración de las minorías raciales y étnicas mediante el diseño del distrito. La Corte sostuvo que la norma que dispuso los límites de las ciudades como la línea divisoria de todos los distritos escolares es el factor que más había contribuido a esa situación.

El tribunal enfatizó que el Estado tenía noticia de las tendencias existentes hacia el aislamiento de las minorías raciales y étnicas en las escuelas públicas y su esfuerzo para luchar contra ello fracasaron. Así afirmó: “El hecho de que la legislatura no creó o intentó crear las condiciones que llevaron al aislamiento racial y étnico en las escuelas públicas de Hartford no significa, por sí mismo, que el demandado se libere de responsabilidad en su obligación afirmativa de proveer a los actores con un remedio más efectivo para la defensa de sus derechos constitucionales”.

La sentencia concluyó que la incontestable evidencia del aislamiento racial y étnico de los niños de Hartford demuestra que el Estado ha fallado en satisfacer sus obligaciones constitucionales afirmativas de proveer a todos los chicos en edad escolar de igualdad de oportunidades en el ámbito escolar.

El remedio escogido por la Corte fue proporcionar a la legislatura una oportunidad de “tomar acciones legislativas apropiadas” y retener el poder judicial de intervenir si no sigue su orden. Así, es previsible suponer que el tribunal pudo haber considerado necesario adoptar esta actitud de cautela para evitar alguna crítica basada en el principio de división de poderes.

42 Capital del estado de Connecticut, en el noreste de los Estados Unidos.

III. Alguna jurisprudencia argentina reciente en materia de discriminación

3.1. Las posturas más recientes de la Corte Suprema

La Corte Suprema argentina aún no se ha expedido expresamente acerca de si los actos superficialmente neutros pueden ser invalidados por su solo impacto discriminatorio sin necesidad de buscar la intención discriminatoria.

Hasta ahora el Alto Tribunal no ha intervenido con demasiada intensidad en problemas vinculados a la discriminación. Hasta 1994 existían muy pocos precedentes y la doctrina especializada explicaba entonces que “la jurisprudencia de la Corte Suprema ha sido, en general, bastante restrictiva en el contralor de las desigualdades legislativas y administrativas, además de haber actuado con las oscilaciones o inconsistencias que caracterizan su trayectoria”⁴³.

Para dar una muestra bastante gráfica, en los cursos de derecho constitucional de las facultades de derecho del país aún suelen estudiarse los fallos “Arenzon”⁴⁴, en los que se declaró inválida una norma que no permitía a una persona de baja estatura ser admitida en un magisterio, y “Repetto”⁴⁵, un caso en el que se declaró inconstitucional una norma que prohibía que los extranjeros pudieran trabajar como maestros en la provincia de Buenos Aires (ambos de la década de los años ochenta). Pese a los duros términos vertidos en tales casos contra la discriminación arbitraria, es evidente que la Corte nunca se aproximó al sofisticado nivel de discusión que la Corte Suprema de los Estados Unidos ha mostrado en sus anales de jurisprudencia o al importante compromiso activo que mostró ese tribunal en los años sesenta con fallos como “Brown v. Board of Education”⁴⁶.

Tal como explicaba Carlos Nino “[l]os casos más recurrentes de discriminación, como algunos de los que he mencionado en materia racial, reli-

43 Nino, Carlos, *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 439.

44 “Arenson v. Nación Argentina”, Fallos 306:400.

45 “Repetto v. Provincia de Buenos Aires”, Fallos 305:344.

46 349 U.S. 294 (1954). También es cierto, debe decirse, que la sociedad civil en la Argentina tiene un rol menos activo que en países desarrollados, lo cual genera que lleguen menos causas a los tribunales.

giosa o sexual, raramente llegan a los tribunales (dada, entre otras cosas, la dificultad de acceso al aparato judicial...⁴⁷), cuyos repertorios bajo el rubro ‘igualdad ante la ley’ están por el contrario, repletos de quejas por desigualdades en materia de propiedad. Los pocos que llegan no siempre —como en el caso ‘Comunidad Homosexual Argentina’ fallado por la Corte en 1991— son resueltos conforme a la convicción de que la lucha contra la discriminación es central para promover el bien común⁴⁸. Sin embargo, y tal como se verá más adelante, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha limitado su activismo y se ha vuelto más conservadora mientras que la Corte argentina tiene el deber de interpretar los pactos internacionales que tratan la materia, los cuales han sido recientemente jerarquizados a nivel constitucional.

Después de la reforma de 1994, la Corte trató algunos casos con especial énfasis en la aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos.

Así, por ejemplo, dictó el fallo conocido como “Colegio Monserrat”⁴⁹, en el que declaró que la existencia de una sola escuela universitaria para hombres constituía una violación a la Convención contra toda forma de discriminación de la Mujer y otras normas antidiscriminatorias también incorporadas en la Constitución.

En esa sentencia, Petracchi, en un voto que demuestra una importante preocupación acerca del estudio de la cuestión de la igualdad, expresó que una educación diferenciada por género es un claro recordatorio de la desgraciada historia de “separados pero iguales” que nace, como dijo el juez Warren, en el concepto de inferioridad inherente de clases del que está siendo sepa-

47 Uno de los problemas de desigualdad más serios que presenta la Argentina es el de acceso a la justicia. El grado de pobreza de un gran porcentaje de la sociedad es tal que ni siquiera cuentan con los medios para llegar hasta los tribunales. Por otra parte, los únicos defensores de pobres con los que cuenta el Estado son penales y los abogados no tienen la obligación —salvo alguna excepción como la de algunos colegios de abogados de la provincia de Buenos Aires— de realizar trabajo probono.

48 Nino, Carlos, *op. cit.*, p. 445. En el fallo de la CHA (Comunidad Homosexual Argentina), esta asociación que promueve la defensa de homosexuales solicitó al Estado su constitución como asociación civil, la que fue denegada en instancia administrativa. La Corte Suprema confirmó el rechazo de la solicitud sobre la base de que la CHA promueve conductas alejadas de la moral y las buenas costumbres. Luego de un reclamo ante la Comisión Interamericana, el Poder Ejecutivo decidió solucionar el caso en forma amistosa —es decir, sin permitir que llegue a la Corte Interamericana— y ordenó la constitución formal.

49 “González de Delgado, Cristina y otros v. Universidad Nacional de Córdoba”, recurso de hecho, G. 653. XXXIII.

rado. En esa dirección explicó que la Corte Suprema de los Estados Unidos había establecido:

Quienes intenten defender una acción gubernamental que impone categorías, clasificaciones o exclusiones basadas en el sexo deben demostrar una ‘justificación (de dicha acción) sumamente persuasiva’. Los actos gubernamentales (federales o estatales) no son compatibles con la *Equal Protection Clause* cuando una ley o una política oficial niega a la mujer, simplemente porque es mujer, un rango de plena ciudadanía, es decir, la oportunidad —igual a la del hombre— para participar y contribuir al desarrollo social de acuerdo con sus talentos y sus capacidades. Quien defienda una clasificación o exclusión basada en el género sexual debería probar que aquélla sirve a un importante objetivo gubernamental y que los medios discriminatorios empleados están relacionados sustancialmente con el logro de aquellos objetivos.

A su vez, la Corte, recientemente, en el fallo “Hooft”, analizó la constitucionalidad de una norma de la Constitución de la provincia de Buenos Aires que establecía la imposibilidad de acceder a cargos de camarista a quien no haya nacido en el país o sea hijo de ciudadanos nativos. El fallo introduce el concepto de inversión de la carga de la prueba para los casos en los cuales se presume que se ha realizado un trato desigual igualitario para uno o varios integrantes de las categorías denominadas sospechosas. Así, el Máximo Tribunal estableció:

Una norma, como el art. 177 de la Constitución bonaerense, que establece, respecto del acceso a determinados cargos, que existen argentinos (‘ciudadanos’, en los pactos) de primera clase (los ‘nativos’ y los ‘por opción’), y otros de segunda clase (los ‘naturalizados’, como el actor), se presenta afectada por una presunción de inconstitucionalidad que sólo podría ser remontada por la prueba concluyente de que existe un sustancial interés provincial que la justifique.

Para justificar el principio, la Corte recurrió al siguiente argumento:

Que resultan aplicables las palabras de John Stuart Mill: ‘Desde un punto de vista práctico, se supone que la carga de la prueba recae sobre aquellos que están en contra de la libertad, es decir, sobre los que están a favor de cualquier restricción o prohibición, ya sea cualquier limitación respecto de la libertad general de la acción humana o respecto de cualquier descalificación o desigualdad de derecho que afecte a una persona o alguna clase de personas en comparación con otras’. La presunción *a priori* es en favor de la libertad y de la imparcialidad (*The Subjection of Women. Wordsworth Classics of World Literature*, 1996, p. 118).

3.2. Otras decisiones recientes de tribunales argentinos

Debe señalarse que en estos últimos años se advierten relativos avances cualitativos y cuantitativos en el litigio de causas de discriminación, aunque este desarrollo es lento en relación con países que tienen una mayor tradición en la lucha contra la desigualdad. De acuerdo con un relevamiento que efectuamos en el marco de otro trabajo, el 6% de las sentencias publicadas en el marco de acciones colectivas pertenecen a casos referidos de alguna u otra manera a temas de discriminación⁵⁰. Sin embargo, se vienen dictando algunas decisiones de instancias inferiores que, incluso en el tema bajo análisis, enseñan importante doctrina a ser tenida en consideración.

La Cámara Nacional en lo Civil de la Capital Federal (sala H), en un caso interpuesto por una asociación de mujeres contra una cadena de heladerías por entender que en la contratación de su personal la demandada negaba incorporar mujeres en sus locales⁵¹, incorporó categorías utilizadas frecuentemente en precedentes jurisprudenciales norteamericanos. Así, en un fallo que quedó firme y que contiene profusas citas de fallos de la Corte Suprema de los Estados Unidos, el tribunal expresó que las leyes que discriminan en perjuicio de “clases sospechosas” deben pasar un test especial denominado “escrutinio riguroso” o la prueba de las libertades preferidas. Bajo esta exigencia, el demandado deberá probar (se invierte la carga de la prueba) que su decisión —que efectúa diferencias entre categorías de personas, una

50 Maurino, Gustavo, Nino, Ezequiel y Sigal, Martín, *Las acciones colectivas: análisis conceptual, constitucional, procesal, jurisprudencial y comparado*, LexisNexis, Buenos Aires, 2005, p. 88.

51 “Fundación Mujeres en Igualdad v. Freddo SA”, LL 2003-B-970.

de las cuales es un grupo históricamente desaventajado— es producto de un interés fundamental.

En relación, específicamente, con el requisito de intención o resultado, es posible inferir que la Sala optó por la segunda opción, pues en el párrafo que a continuación se transcribe, se hace alusión a que una irrazonable proporción entre varones y mujeres en su plantilla laboral, sin exigir la comprobación de que la empresa actuó con propósito de excluir a las mujeres, es significativa de un trato diferenciado ilegal:

En el caso sometido a consideración de esta Sala, la discriminación no se encuentra en las normas, sino en los hechos, esto es, en la conducta desplegada durante años por la demandada, prefiriendo la contratación de empleados de sexo masculino, en una proporción tan considerable que torna irrazonable el margen de discrecionalidad que cabe concederle al empleador en la selección de su personal. Más aún si se tiene presente la presunción de discriminación referida precedentemente, que se produce cuando quienes se encuentran en la situación desigual pertenecen a grupos que históricamente se encontraron en desventaja.

Vale aclarar que las constancias del caso muestran que se encontraba controvertido el hecho de que la demandada hubiera intencionalmente excluido de su plantilla a las mujeres —la actora así lo afirmaba, pero la accionada lo reconoció solamente en sede administrativa, aunque lo negó en sede judicial—; mostró una diferente actitud en sede administrativa que en sede judicial. Sin embargo, la sentencia no ahondó en esa discrepancia, sino que directamente tomó en cuenta, para decidir, la irrazonable desproporción entre unos y otras (el resultado discriminatorio).

Por otra parte, un reciente fallo de primera instancia hizo explícita referencia al tema que estamos considerando. El caso —que aún no fue resuelto por las instancias superiores— examina un planteo de una asociación de usuarios y consumidores por una supuesta discriminación por condición económica, de parte de una empresa de trenes y por el Estado Nacional. De acuerdo con los hechos del caso, un ramal ferroviario, que llega a ámbitos geográficos donde habitan personas de medianos y altos recursos, presta un notorio mejor servicio que otro ramal concesionado a la misma empresa,

pero que pasa por sectores sociales de medianos y bajos recursos. La decisión, que es sin lugar a dudas una de las precursoras en materia de discriminación por condición económica⁵², también contiene avanzados conceptos en otros aspectos de la materia. Específicamente, en relación con el tema de intención o resultado, el fallo sostuvo:

Que, de una hermenéutica de conjunto de las normas reseñadas, se derivan, en lo inmediato, algunas conclusiones trascendentes. Por empezar, que la prohibición de discriminación consiste en algo más que en una simple censura al trato desigual, pues existe un verdadero mandato constitucional de interdicción de tales conductas que repercuten negativamente en la conformación social, desde que el tratamiento secundario de algunos seres humanos comporta un atentado directo a la propia dignidad del hombre sobre la base de la cual se construyen los derechos fundamentales.

Que la discriminación es una conducta calificada por el resultado, de manera que la intención del sujeto que discrimina es absolutamente irrelevante a los efectos de establecer la efectiva existencia de discriminación. En esta derivación hacia una formulación objetiva de la noción de discriminación han sido determinantes los textos internacionales citados, que progresivamente han puesto de manifiesto la intrascendencia del elemento intencional para la tipificación de un caso de discriminación.

El fallo introduce, como puede verse, explícitamente el tema que analizamos, lo cual representa una notable innovación jurídica por la ausencia de tratamiento previo por parte de la doctrina y la jurisprudencia nacionales. Por otra parte, la interpretación que hace de los tratados internacionales de derechos humanos⁵³ también supone una lectura progresista frente a una materia —la de la lucha contra la discriminación mediante el uso de herramientas jurídicas— que avanza a pasos lentos. Sin duda, si prevaleciera, la postura de este fallo —compartida en este trabajo—, deberán producirse ra-

52 Pese a que, de acuerdo con encuestas de opinión pública, la discriminación por condición económica figura a tope en relación con otras categorías sospechosas (encuesta del sitio de internet www.clarin.com del 24 de febrero de 2006), estas situaciones son las que menos se judicializan.

53 En cuanto a que ponen énfasis en el resultado más que la intención.

dicales modificaciones en la lucha contra el flagelo. En la actualidad, los organismos gubernamentales dedicados a la tarea tienen una actitud pasiva en la que esperan que se denuncien sucesos concretos de discriminación. Esta postura deberá modificarse hacia una posición activa en las que se identifiquen situaciones *de facto* discriminatorias.

Como puede apreciarse de este apartado, la jurisprudencia argentina reciente parece ser consciente de que los precedentes estadounidenses más relevantes y aplicables al actual contexto jurídico argentino (como se dijo, incluyó numerosos textos normativos que obligan al Estado a adoptar una posición proactiva en cuanto a mejorar la situación de las personas pertenecientes a grupos desaventajados) son aquellos en los que la Corte de los Estados Unidos tomó una postura activista y obligó al estado a adoptar políticas públicas que tiendan a mejorar la desigualdad imperante.

IV ¿Qué hace al requerimiento de demostrar la intención censurable?

Como seguramente ha quedado evidenciado de las secciones descriptas expuestas en las secciones anteriores, la postura que aquí se propone se encuentra en sintonía con las opiniones a favor de limitar el requisito exigible, en casos de desigualdad, a únicamente el resultado discriminatorio. Si examinamos la cuestión desde una perspectiva lo más amplia posible, comprendemos que la pregunta que en realidad se esconde detrás es qué rol está preparado a jugar el Poder Judicial en el proceso de dar forma a las estructuras sociales. Algunas sociedades presentan pocos problemas de segregación, pero países como el nuestro tienen serios problemas que seguramente sólo podrán ser resueltos en un futuro lejano. Sin embargo, si sólo dejamos el problema en manos de los poderes que diseñan y ejecutan políticas públicas, y limitamos la intervención de los jueces a casos manifiestos, en los que se pudo comprobar una voluntad de tratar a personas de peor manera que a otras, estaremos perdiendo una posibilidad de acelerar ese proceso y de poner un control externo a las potenciales discriminaciones en las acciones u omisiones de aquellos poderes.

Asumiendo por conocida la discusión existente entre las posturas mayoritarias y contramayoritarias⁵⁴, debe decirse que la postura mayoritaria describe adecuadamente los puntos negativos del control judicial —como el carácter conservador de los jueces y la falta de representatividad popular—, pero de ahí no se extrae como conclusión que todas las decisiones finales deban ser tomadas por las legislaturas.

Es más, incluso partidarios de las ideas mayoritarias (como la tradición genuinamente radical) coinciden en que la justicia debe asumir un rol activo en la defensa de las minorías. Las dos tareas principales que Ely reserva a la judicatura (“limpiar los canales” del cambio político y evitar discriminaciones contra minorías “discretas e insulares”) refuerzan y hacen posible la intuición anterior: los jueces no deben reemplazar a los ciudadanos en la resolución de conflictos morales básicos, sino que, en cualquier caso, deben ponerse a su servicio para asegurar que la decisión que se tome sea el resultado de un auténtico proceso reflexión colectiva⁵⁵.

No se trata de que los jueces sean más capaces que el Parlamento ni que las mayorías parlamentarias tengan mayor tendencia a errar en materia de derechos que los jueces.

Sin la participación activa de las minorías, la democracia no es tal sino que es solamente un sistema en el cual los sectores dominantes defienden los privilegios que han logrado conseguir. No es casual que en la mayoría de los países donde se advierten serias desigualdades sociales, las clases más fuertes son herederos de las dominantes a lo largo de la historia. En la Argentina los marginados sólo pueden expresarse en el momento del voto⁵⁶ mientras que otros sectores tienen acceso a otras formas de participación⁵⁷.

En conclusión, respecto de la defensa de las minorías, resulta fundamental que las decisiones de las legislaturas o de cualquier funcionario estatal y los actos de particulares sean minuciosamente analizados por los jueces para que no se favorezca a las mayorías por sobre las minorías. Por esto es que, cuando más amplio sea ese control y menores sean las restricciones (como el

54 Véase, entre otras obras, Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*, Ariel, Barcelona, p. 152.

55 *Ídem*.

56 Y, por ejemplo, a veces ni siquiera tienen acceso al voto, porque el Estado no les provee gratuitamente el documento con el que deben votar.

57 Acceso a los medios de comunicación, al *lobby*, etc.

requisito de demostrar la intención), estaremos ante una sociedad más igualitaria. Debemos bregar por un Estado en el que los jueces asuman un rol activo en la defensa de los derechos de las minorías y para ello es fundamental que acepten intervenir en situaciones en las que se verifique un trato notoriamente inequitativo, sin la exigencia del requisito de intención. A continuación, se exponen los principales motivos específicos por los cuales dicho requisito es censurable.

4.1. Irrelevancia de la distinción

Una sociedad justa debería querer dejar de lado las situaciones injustas sin importar el motivo por el que existen. Tal como sostiene el constitucionalista Tribe: “El objetivo de la Cláusula de Igualdad no es investigar los pensamientos impuros, sino garantizar de manera íntegra la *dignidad humana para todos* [...] *se puede herir también a las minorías* si el gobierno es ‘sólo’ indiferente a su sufrimiento o ciego a la forma en que la anterior discriminación oficial contribuyó a su producción y como los actos oficiales actuales ayudan a perpetuarla”⁵⁸.

Brest explica que la razón del principio de antidiscriminación es la “prevención de los daños que puedan resultar de decisiones vinculadas a la raza. Los daños más frecuentes pueden ser la denegación de la oportunidad de obtener un beneficio deseado —un trabajo, una noche de alojamiento en un motel, un voto—”⁵⁹. El fin detrás de la Cláusula de Igualdad es prevenir esos daños. Cualquier otra interpretación sirve para restringir la protección de ese principio y no respeta su esencia.

En ese sentido apunta el fallo “Hobson v. Hansen”⁶⁰, una decisión de la Corte de Distrito de Columbia: “En la interpretación ortodoxa la cláusula de igual protección puede encapsularse en una sola regla: las acciones gubernamentales que imponen cargas o beneficios desiguales sin justificación razonable son inconstitucionales. El reclamo de que analíticamente no se configura una violación a la igual protección de las leyes salvo que las desigualdades provengan de un plan discriminatorio deliberado es simplemente

58 Tribe, L., *American Constitutional Law*, 1988, pp. 1516-1519.

59 Brest, P., *Foreword: In defense of the Antidiscrimination Principle*, Harv. L. Rev. 90 Harv. L. Rev. 6.

60 269 F. Sups. 401.

falso [...] las calidades arbitrarias de las acciones inintencionadas pueden ser tan desastrosas e injustas respecto de los derechos privados y el interés público como la perversidad de las acciones intencionadas”.

La Corte Suprema pudo haber estado motivada por el deseo de no interferir con las otras normas del poder político⁶¹. Pero ello derivó en que no se tomara en cuenta que la discriminación (sea por el motivo que sea) es siempre una violación a la igual protección; no importa qué es lo que está en la cabeza de los legisladores. Con esta doctrina de la Corte muchas vulneraciones a la Constitución no serán remediadas por el poder que justamente tiene la autoridad para hacerlo.

4.2. Dificultad de prueba

El primer obstáculo que el estándar pone en el camino de las víctimas de la discriminación gubernamental es que es casi imposible de alcanzar.

Kushner describe adecuadamente este problema al hacer notar que, en caso dirigidos contra normas, “el demandante debe o bien meterse en la cabeza de los legisladores y en sus estados de ánimo o presentar hechos tan contundentes que sea absolutamente innegable que el resultado discriminatorio fue el deseado”⁶².

Resulta casi impracticable demostrar qué fue lo que pasó por las mentes de los legisladores en el momento en que se dispusieron a sancionar una ley. Pero aun si alguien encontrara pruebas de que algún legislador pudo haber mostrado motivos discriminatorios, la Corte no lo consideraría un motivo determinante.

Así, por ejemplo, en “United States v. O’Brien”⁶³, un caso relativo a la libertad de expresión, la Corte dijo:

Lo que motiva a un legislador a efectuar un discurso acerca de una ley no necesariamente es lo que motiva a muchos de los otros a sancionarla, y las chances son lo suficientemente altas como para que el juez juegue a las adi-

61 “Brown v. Board of Education” mostró cuán difícil es para el Poder Judicial intervenir.

62 *Apartheid in America*, Gateway Associated Faculty, New York, 1996, p. 100.

63 391 U.S. 367 (1968), extraído de J. Barron, C. Thomas Dienes, Wayne McCormack and M. Redish, *Constitutional Law: Principles and Policy*, pp. 959/960.

vinanzas. Declinamos la facultad de derogar, de nulificar legislación por el solo hecho de que podría haber sido sancionada en forma más sensata si un legislador hubiera efectuado un discurso más sensato.

Modernamente, la discriminación es muy diferente de lo que ha sido en tiempos pasados. Anteriormente, era concebible que alguna gente sintiera desprecio hacia las minorías y por eso era corriente que los legisladores pudieran sancionar leyes que las segregaran abiertamente. Hoy en día, cualquier funcionario que dicte normas o ejecute decisiones sería inmediatamente considerado como villano si hiciera eso.

En cuanto a las normas, lo que en realidad sucede frecuentemente es que los legisladores quieren perseguir objetivos legislativos que producen impacto discriminatorio o segregativo. Éste es un impacto de los legisladores pueden llegar a ignorar o no ser conscientes de él. Sobre la base de la línea trazada por la Corte Suprema, casi todos los potenciales casos no serían tratados como violaciones a la cláusula de igual protección de las leyes.

Lo mismo sucede en cualquier otra situación, ya sea de públicos o particulares. En general, cualquiera comprende que una actitud discriminatoria sería públicamente censurada y, por ende, sabe que debe cuidarse y no hacerla pública.

Finalmente, también hay otro argumento, según el cual las actitudes racistas, sexistas o discriminatorias por cualquier otra razón son muchas veces inconscientes. El requisito de la prueba de la intención no se aplicará a las situaciones en que la discriminación no esté conscientemente en la cabeza de los legisladores. Sin embargo, no puede negarse el efecto que producen tales situaciones ni tampoco que son injustas. Lawrence aclara que “el racismo inconsciente explica muchas de las políticas gubernamentales que tienen un impacto desproporcionado”⁶⁴.

64 Lawrence, Charles, “The Id, the Ego, and Equal Protection: Reckoning with Unconscious Racism”, 39 *Stan. L. Rev.* 317, 355 (1987), cited in Chemerinsky, Erwin, *Constitutional Law, Principles and Policies*, Aspen Law & Bussiness, 2000, p. 567. Por ejemplo, el art. 5 de la Convención sobre la Eliminación de Todas Formas de Discriminación contra la Mujer establece: “Los Estados Parte tomarán todas las medidas apropiadas para: a) modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la modificación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basadas en la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres”. Estos estereotipos se

V. Consideraciones finales

En materia de igualdad, las recientes innovaciones ponen de manifiesto que en la actualidad el estado debe asumir un papel protagónico y adoptar políticas claras y concretas a seguir para disminuir las desigualdades respecto de las poblaciones desaventajadas. Esas decisiones, a su vez, se manifestarán mediante normas que irán a sumarse al contexto jurídico al que se verán sometidos los potenciales casos que se presenten respecto de ese grupo.

Por brindar un ejemplo, un caso que se presente por una situación discriminatoria contra la mujer en la Ciudad de Buenos Aires tendrá como contexto una innumerable cantidad de normas que establecen la necesidad de modificar las actuales condiciones de desigualdad. Sin entrar en demasiado detalle, la Constitución Nacional prevé medidas de acciones positivas para la mujer (art. 75, inc. 23) y la Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer tiene jerarquía constitucional. A su vez, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires establece que se garantiza en el ámbito público y promueve en el privado, mediante acciones positivas, la igualdad real de oportunidades y trato entre varones y mujeres en el acceso y goce de todos los derechos (art. 36, primer párrafo), y elabora un plan de igualdad entre varones y mujeres, y estimula la modificación de los patrones socioculturales estereotipados con el objeto de eliminar prácticas basadas en el prejuicio de superioridad entre cualesquiera de los géneros (art. 38). Por otra parte, una ley local⁶⁵ dispone un plan de igualdad real de oportunidades y de trato entre varones y mujeres. Entre otras cosas, obliga al gobierno de la Ciudad a garantizar la igualdad de oportunidades y de trato entre varones y mujeres, debiendo los poderes e instituciones de la Ciudad dar efectivo cumplimiento a los derechos consagrados en la ley. Esto implica no sólo que el poder Ejecutivo de la Ciudad de Buenos Aires deberá adoptar medidas concretas y ambiciosas para mejorar el problema —las que incluyen la modificación de patrones socioculturales—, sino que, además, el poder

encuentran tan enquistados en las estructuras sociales que llevan a realizar actos que luego son percibidos como discriminatorios por el efecto que tienen. El concepto de intención no tiene ninguna utilidad en este tipo de situaciones y, sin embargo, el Estado argentino se ha comprometido a modificarlas.

65 Ley sancionada por la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires, núm. 474.

Judicial podrá tener una fuerte presencia en esta materia. Como se ve cualquier conflicto jurídico —sobre todo en relación con un actor público en un ámbito laboral— en el que se denuncie una situación de discriminación contra la mujer en la Ciudad de Buenos Aires tiene una presunción —difícil de revertir— de que se ha producido una desigualdad arbitraria y ésta debe ser remediada. Además, la desigualdad también podría ser judicializada si el Poder Ejecutivo no demuestra que tiene un plan de acción claro y concreto —como lo ordenan las normas— para modificar la situación.

Estas consideraciones sirven para demostrar que tanto los ejecutores de políticas públicas como los jueces tienen a su cargo la ardua tarea de modificar situaciones históricas de discriminación. Ambos tipos de actores tienen —cada uno en su rol específico— la obligación de adoptar medidas para que la sociedad en la que vivimos deje de ser lo desigualitaria que es actualmente. La existencia de normas operativas claras y específicas es el comienzo de lo que debe ser un trabajo estatal explícito y mancomunado⁶⁶. Estas políticas deben, además, estar adecuadamente controladas por otros actores, entre los que tienen que incluirse, claramente, los propios afectados.

Para que los jueces asuman este papel protagónico, es necesario que no impongan exigencias inadecuadas para considerar probado un trato desigual arbitrario. La exigencia de la intención, que fuera prevista originalmente por la Corte Suprema de los Estados Unidos —y que ahora dejó de lado en el caso que llevó al actual presidente a su primer mandato—, resulta, como se ha venido intentando argumentar, un serio obstáculo al objetivo que se ha propuesto el constituyente, que consiste en mejorar la situación de los grupos históricamente desaventajados. En otras palabras, si los integrantes del Poder Judicial pasaran a preguntarse —en un acto de reflexión colectiva⁶⁷— que papel deberán desempeñar en la morigeración de la desigualdad imperante, la respuesta debería ser que los jueces deben adoptar medidas para evitar que

66 De todos modos, como se ha expuesto, existen mejores y mayor cantidad de normas para algunos grupos desaventajados que para otros, lo cual también representa una desigualdad que debe ser modificada. Sobre los pobres, por ejemplo, existen no sólo pocas normas, sino también inadecuadas políticas públicas y pocos casos judiciales.

67 Este tipo de espacios ha sido casi inexistente, aunque existen indicios de que la falta de deliberación está siendo modificada (en marzo de 2006 se efectuó un encuentro de jueces —nacionales y provinciales— bajo la coordinación de la Corte Suprema de la Nación y con la asistencia de alrededor de unos 500 magistrados; uno de los temas de la reunión era “Jueces y Sociedad”).

las personas públicas y privadas lleven adelante prácticas discriminatorias, y que, además, los otros poderes del Estado tomen las medidas de acción positiva tendientes a mejorar el problema. Si, en cambio, los magistrados abordaran el tema examinado primero la cuestión de efecto o intención en los casos de igualdad, deberán tomar conciencia de que la decisión que adopten tendrá un gran impacto en la resolución de estos problemas. En sus manos estará el futuro de un número muy importante de personas, a quienes se ha venido tratando peor a lo largo de los años y quienes nunca reciben una igualdad de oportunidades para comenzar a revertir esa historia, al menos en las generaciones futuras.

VI. Bibliografía

- Ackerman, Bruce (ed.), "Not as bad as Plessy, worse", en *Bush v. Gore, The question of Legitimacy*, Yale University Press, New Haven, 2000.
- , "The fallibility of Reason", en *Bush v. Gore, The question of legitimacy*, Yale University Press, New Haven, 2000.
- Apartheid in America*, Gateway Associated Faculty, New York, 1996.
- Barron, Jerome A., C. Thomas Dienes, Wayne McCormack and Martin H. Redish, *Constitutional Law: Principles and Policy*.
- Brest, Paul, *Foreword: In defense of the Antidiscrimination Principle*, Harv. L. Rev. 90 Harv. L. rev. 6.
- Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, "Justicia constitucional y democracia", Madrid, 1997.
- Chemerinsky, Erwin, *Constitutional Law, Principles and Policies*, Aspen Law & Bussiness, 2000.
- Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*, Ariel, Barcelona.
- Huertas, Marta María Magdalena, *El modelo constitucional norteamericano, en los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1863-1903)*, Instituto de Investigaciones de Historia del derecho, Buenos Aires, 2001.
- Kushner, James, *Apartheid in America*, Carrollton Press, Incorporated, Arlington & Invernes, 1982.

- , *Government Discrimination, Equal Protection Law and Discrimination*, Clark Boardman, New York, 2000.
- Lawrence, Charles, “The Id, the Ego, and Equal Protection: Reckoning with Unconscious racism”, 39 *Stan. L. Rev.* 317, 355 (1987), cited in Chemerinsky, Erwin, *Constitutional Law, Principles and Policies*, Aspen Law & Business, 2000.
- Los Angeles Times, “Court: Crossing a High Threshold”, 15/12/2000.
- , “The Self-Inflicted Wound”, 17/12/2000.
- , “Should we trust judges”, 17/12/2000, p. M1.
- Maurino, Gustavo, Ezequiel Nino y Martín Sigal, *Las acciones colectivas: análisis conceptual, constitucional, procesal, jurisprudencial y comparado*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005.
- Nino, Carlos, *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 439.
- Noailles, Carlos V., “Fallos paralelos (Corte Suprema norteamericana período octubre/67 a junio/68 y Corte Suprema argentina en su actual composición), LL 132-140.
- Nowak, John y Ronald Rotunda, *Constitutional Law*, West Group, sixth edition, Los Angeles, 2000.
- Thomson, Judith, “Preferential hiring”, en Rachels, James (comp.), *Moral Problems*, Harper Colliins College Div., New York.
- Tribe, Laurence, *American Constitutional Law*, 1988.

Igualdad y desproporcionalidad en las políticas de acción afirmativa. Los problemas de la dogmática jurídica y el derecho europeo¹

José García Anón²

- 1 El presente texto es una versión revisada y ampliada del publicado en *El vínculo social: Ciudadanía y Cosmopolitismo*, De Lucas, J. (ed.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 309-337. También pueden consultarse de forma complementaria los siguientes trabajos: “Representación política de las mujeres y cuotas”, *Derechos y Libertades*. Revista del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, núm. 11, 2002, pp. 345-371; “Derechos sociales e igualdad”, en *Derechos sociales: instrucciones de uso*, Abramovich, V., M.J. Anón y Ch. Courtis (compiladores), Fontamara, México, 2003, pp. 79-102; “Los derechos de las personas con discapacidad y las medidas de acción afirmativa en el ordenamiento jurídico español. Algunos apuntes con relación a la propuesta de Convención internacional amplia e integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad”, en *Los derechos de las personas con discapacidad: Perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, Campoy, I. (ed.), Dykinson, Madrid, 2004, pp.75-112; “Argumentación y juicio de igualdad: las versiones en el derecho europeo y el norteamericano”, Revista Temas Constitucionales, Revista del Tribunal Constitucional de Ecuador, Año 1, núm. 2, Quito, junio 2004, pp. 47-66.
- 2 Profesor Titular de Filosofía del Derecho, e investigador del Instituto de Derechos Humanos en la Facultad de Derecho de la Universitat de València. En la actualidad es vicedecano de innovación educativa y calidad en la Facultat de Dret de la Universitat de Valencia, y desde el año 2005 coordinador de la para la Convergencia al Espacio Europeo de Educación Superior, desarrollando actividades de formación, difusión de nuevas metodologías docentes, acciones de análisis y evaluación de la adaptación al EEES y de generación y dotación de nuevos materiales docentes. Imparte docencia de teoría del derecho, filosofía del derecho, filosofía política, derechos humanos y deontología jurídica. Ha publicado trabajos sobre J. S. Mill: Justicia y Derecho, la fundamentación de los derechos, las medidas de acción afirmativa, derechos sociales, metodologías docentes, y la utilización de las TIC en la docencia y el aprendizaje del Derecho. Recientemente ha editado el libro *Miradas a la innovación: experiencias de innovación en la docencia del Derecho*.

Sumario

I. Introducción. Los límites de las funciones de la dogmática jurídica. II. Algunos problemas de la dogmática en la configuración del Derecho europeo en materia de igualdad: las políticas de acción afirmativa. III. La influencia del Derecho antidiscriminatorio norteamericano en la normativa comunitaria europea. 3.1. La normativa comunitaria europea. 3.2. De los casos Kalanke y Marschall al caso Briheche. IV. Problemas que plantean las políticas de acción afirmativa en el Derecho europeo. 4.1. Carencia de conceptos precisos. 4.2. Desconexión entre los conceptos y terminología de la doctrina con las normas y con las decisiones jurisprudenciales nacionales o europeas. 4.2.1. El problema desde el punto de vista de la interpretación de la normativa europea. 4.2.2. Los requisitos de la discriminación “tolerada”. 4.2.2. a) Derechos y garantías. 4.2.2. b) “Discriminación tolerada”. 4.2.2. c) La preferencia automática. 4.2.2. d) La inutilidad de la cláusula de apertura. 4.3. Elaboraciones conceptuales con falta de fundamentación o con una fundamentación reductiva. El problema del concepto y la concepción de la normativa europea. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

I. Introducción.

Los límites de las funciones de la dogmática jurídica

La finalidad de este trabajo es la de señalar que los problemas ‘clásicos’ de la dogmática jurídica también se reproducen en la interpretación y aplicación del Derecho Europeo actual. Para ello tomaré como ejemplo de análisis recientes casos resueltos por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas con relación al principio de igualdad y a la legitimidad de las políticas de acción afirmativa, en concreto, las resoluciones en los casos Kalanke (1995), Marschall (1997) y los posteriores Badeck (2000), Abrahamsson (2000), Lommers (2002) y Briheche (2004). En el análisis se puede apreciar cómo desde una construcción doctrinal deficiente se avanza hacia una coherente interpretación del principio de igualdad a partir del juicio de proporcionalidad.

Las funciones propias de la dogmática jurídica, esto es de la doctrina o de los operadores jurídicos al conocer el Derecho, son las de realizar la interpretación, aplicación y sistematización del Derecho, así como la de proporcionar los caminos de transformación del mismo³. Sin embargo, en ocasiones, los límites al desarrollo de esta actividad no aparecen definidos y esto causa algunos problemas en las funciones propias de los operadores jurídicos.

Sin ánimo de ser exhaustivo en la delimitación de la actividad doctrinal, habría que tener en cuenta para el objeto de la exposición, entre otros, los siguientes aspectos:

- a. La función transformadora del Derecho tiene que contextualizarse o vincularse a la realidad social existente. Las propuestas transformadoras de instituciones jurídicas deben tener en cuenta la estructura, contexto, historia... de la sociedad que se pretende modificar. Esta limitación, o si se quiere delimitación, es precisa para no anular las pretensiones del Derecho. Este aspecto, que se ha denominado “sistematización externa del Derecho”, implica el trabajo “para integrar al máximo el sistema jurídico en la sociedad, continuamente en evolución, así como en el sistema de valores y normas que domina en dicha sociedad”⁴.
- b. El límite o el condicionamiento ideológico. A pesar de la quimera de la neutralidad del cientificismo jurídico, ninguna de las labores de interpretación, sistematización o transformación del Derecho se presentan como instrumentos avalorativos. La utilización de un concepto, una clasificación o un objetivo como modelador o inspirador del Derecho refleja

3 Véase, entre otros, Alexy, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. M. Atienza e I. Espejo, CEC, Madrid, 1989; Atienza, M., *Introducción al Derecho*, Barcanova, Barcelona, 1985, p. 276; Díaz, E., *Sociología y Filosofía del Derecho*, Taurus, Madrid, 1977, pp. 69 y ss.; Van Hoecke, M., “La systématisation dans la Dogmatique Juridique”, *Rechtstheorie*, Beiheft 10, 1986, pp. 217 y ss. Y en el mismo número los trabajos de Aarnio, A., “On changes in the systematics of Law”, pp. 161-170; y Bulygin, E., “Legal dogmatics and the Systematization of Law”, pp. 193-210. También Van de Kerchove, M. y F. Ost, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, Presses Universitaires de France, 1988, pp. 117 y ss. [Trad. cast. I. Hoyo, Universidad Complutense de Madrid, 1997]. Sobre las funciones de la dogmática también puede verse el trabajo de Ruiz Sanz, M., “El cambio de paradigma en las funciones de la dogmática jurídica. Algunos apuntes sobre la teoría de la argumentación jurídica de R. Alexy”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, XI, 1994, pp. 347-366.

4 M. Van Hoecke, “La systématisation dans la Dogmatique Juridique”, p. 224.

y encuentra una inevitable carga ideológica que trasciende la mera discusión doctrinal. Esta delimitación es la que se pretende señalar en este trabajo poniendo como ejemplo las políticas de acción afirmativa en la normativa europea.

El inevitable condicionamiento ideológico y la desvinculación de la realidad, o sea, la transgresión de estos límites se manifiesta de diversas formas en la doctrina:

1. En primer lugar, mediante la búsqueda de las esencias, naturalezas jurídicas en la delimitación de los conceptos. Con esto no se busca dar el significado a determinadas palabras o, una vez conocido su significado, dar una descripción fáctica de los fenómenos denotados por estas expresiones, sino que lleva implícita la intención de obtener una explicación que les permita inferir una serie de principios relevantes. El problema es que tras la apariencia de neutralidad descriptiva se desliza una determinada concepción ideológica y metodológica ya preestablecida⁵.
2. En segundo lugar, por medio de la construcción de elaboraciones que trascienden la interpretación de un ordenamiento jurídico⁶.

5 Nino, C.S., *Consideraciones sobre la dogmática jurídica. (Con referencia particular a la dogmática penal)*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, pp. 41 y ss. y 77 y ss.; Carrió, G.R., *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976, p. 74; Calsamiglia, A., *Introducción a la Ciencia Jurídica*, Ariel, Barcelona, 1990 (1ª ed. 1988), p. 21. Aunque no se realizará un estudio exhaustivo en este trabajo, puede verse específicamente el clásico libro de Bulygin, E., *Naturaleza jurídica de la letra de cambio*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961. En concreto, y la utilización de este tipo de planteamientos por el Tribunal europeo, además en cuestiones relacionadas con la igualdad se puede encontrar en las sentencias del caso Defrenne cuando utilizando un criterio de interpretación sistemático, también hacen referencia al criterio de la “naturaleza del principio de igual salario” (Caso Defrenne II, Sentencia C-43-75; Caso Defrenne III, Sentencia C-149/77). Véase Bengoetxea, J., *The Legal Reasoning of the European Court of Justice. Towards a European Jurisprudence*, Clarendon Press, Oxford, 1993, esp. pp. 267 y ss.

6 Por ejemplo, aquí podríamos encuadrar la elaboración de teorías de la acción y del bien jurídico protegido; y otras como las teorías sobre el acto de comercio; las teorías sobre el enriquecimiento sin causa... Véase Nino, C.S., *Consideraciones sobre la dogmática jurídica, op. cit.*, pp. 55 y ss. En el ámbito europeo, puede señalarse también la utilización de “clausulas restrictivas abstractas” introducidas en la propia norma, como el criterio del “interés público” a partir de la interpretación del artículo 10 del Convenio Europeo para la salvaguardia de los Derechos Humanos por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. No desarrollaremos este aspecto en el trabajo, aunque pueden consultarse las consecuencias de la elaboración de esta teoría en Bonet, J., “El criterio del

3. En tercer lugar, y como consecuencia del anterior, la reformulación del sistema legislado⁷. El problema de la reformulación consiste en utilizar una terminología que no se encuentra en una ley y que implica consecuencias distintas a las que pudieran extraerse del sistema jurídico.
4. En cuarto lugar, la utilización de ficciones vinculadas al racionalismo⁸.
5. En el trabajo trataré, más que de proporcionar soluciones, de describir la tensión entre la delimitación de la actividad de la dogmática y los problemas que causa su transgresión, centrándome principalmente en el segundo y tercer problema.

II. Algunos problemas de la dogmática en la configuración del Derecho europeo en materia de igualdad: las políticas de acción afirmativa

La legitimación del principio de igualdad y la adopción de políticas de acción afirmativa, puede ser un buen ejemplo para estudiar las posiciones de la dogmática europea, principalmente en la formulación y aplicación del Derecho europeo. Como es sabido en esta materia se puede constatar la influencia o inspiración del Derecho antidiscriminatorio norteamericano. Este punto de partida permite enmarcar los otros problemas que se pretenden desenmascarar⁹. Podríamos señalar los siguientes puntos de discusión:

«interés público» en la práctica jurisdiccional relativa al artículo 10 del Convenio Europeo para la Salvaguardia de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales», *Derechos y Libertades*, 2, 1993, pp. 541-596.

7 Véase Nino, C.S., *op. cit.*, pp. 49 y ss.

8 Nino señala: a) el dogma de que los jueces deben aplicar el Derecho, tal y como fue sancionado por el legislador; b) el ideal de que los jueces adecuen sus decisiones a los estándares valorativos vigentes; c) la concepción de que el derecho positivo no tiene lagunas ni contradicciones y que las normas que lo constituyen tienen un significado unívoco. Véase Nino, C.S., *op. cit.*, pp. 103 y ss.

9 Para el presente trabajo me ha sido muy útil el tratamiento realizado por Barrère Unzueta, M., *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*, Civitas, Madrid, 1997. Aquí tan sólo he sistematizado algunos de los problemas apuntados en este libro. Véase también Giménez Gluck, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

1. La falta de elaboraciones conceptuales **precisas**. Un ejemplo de ello es la utilización de conceptos importados como los de “cuotas rígidas” y “cuotas flexibles”.
2. La creación de conceptos y una terminología por parte de la doctrina y la jurisprudencia, sin conexión con las normas nacionales o europeas, ni con las decisiones jurisprudenciales nacionales o europeas. Por ejemplo, el “criterio de preferencia automática, absoluta e incondicionada”, o la denominada “cláusula de apertura”.
3. Falta de elaboraciones conceptuales **fundadas** o que utilizan una fundamentación reductiva. Por ejemplo, que reducen su fundamentación a un modelo, el neoliberal.

A continuación, analizaremos estas cuestiones, aunque primero situaremos el contexto jurídico-político del problema utilizando como ejemplo la recepción del Derecho antidiscriminatorio y, en concreto, las políticas de acción afirmativa.

III. La influencia del Derecho antidiscriminatorio norteamericano en la normativa comunitaria europea

El Derecho antidiscriminatorio se recibe en Europa en los años setenta mediante las normativas nacionales y de su interpretación por la jurisprudencia constitucional. Aunque también de forma limitada aparece en el ámbito laboral europeo referido a las discriminaciones por razón de género.

3.1. La normativa comunitaria europea

En el Tratado constitutivo no aparece de forma expresa una referencia al principio de igualdad en su dimensión formal, entendido de forma genérica, y tampoco el tipo de medidas que se pueden utilizar para hacerlo eficaz. Así, en el art. 117 del *Tratado de Roma* (1957) se dice: “Los Estados miembros convienen en la necesidad de promover la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores, a fin de conseguir su equiparación por vía de progreso.” Y de forma específica en relación con la igualdad de retribuciones,

el art. 119: “Cada Estado miembro garantizará durante la primera etapa, y mantendrá después, la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo.”

No será hasta los años setenta cuando una serie de Directivas desarrollen algunos aspectos relacionados con la igualdad de trato entre hombres y mujeres en campos específicos del Derecho laboral: acceso al empleo, igualdad de salarios, seguridad social...¹⁰. En concreto, nos interesa resaltar la Directiva 76/207, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo.

Por otra parte, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, aunque había abordado algunas cuestiones relacionadas con la no discriminación¹¹, no había decidido ningún caso en el que se pudiese en cuestión medidas de acción afirmativa hasta el *caso Kalanke* (1995)¹². En el caso se condenan las medidas de acción afirmativa que conceden una prioridad absoluta e incondicionada a las mujeres (las denominadas *cuotas rígidas*), aunque por la falta de claridad de la misma podía interpretarse también que no permitía ningún tipo de cuota.

La sentencia fue objeto de una interpretación por parte de la Comisión ante la necesidad de clarificar el polémico fallo¹³ e incluso de una propuesta de modificación de la Directiva 76/207 (COM (96) 93). En la *Comunicación*, la Comisión entiende que el Tribunal solo excluye el sistema automático de cuotas y quita importancia a la afirmación relativa a la sustitución

10 Entre otras, la Directiva del Consejo 75/117, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos; la Directiva 79/7 de 19 de diciembre de 1978 relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social...

11 La eliminación de la discriminación por razón de sexo considerado como un derecho fundamental garantizado por el Derecho comunitario puede encontrarse en el *Caso Defrenne III*, Sentencia de 15 de junio de 1978.

12 Caso C-450/93, *Eckhard Kalanke v Freie Hansestadt Bremen*, [1995] European Court reports (ECR) p. I-03051.

13 *Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas al Parlamento europeo y al Consejo* relativa a la interpretación de la Sentencia del Tribunal de Justicia en el *asunto Kalanke*; Bruselas, 27 de marzo de 1996, COM (96) 88 final.

de la igualdad de oportunidades por su resultado, tal y como aparecía en el fundamento 23 de la Sentencia Kalanke. También estima conveniente modificar el apartado 4 del art. 2 de la Directiva para que se permitan expresamente las medidas de acción afirmativa, con excepción de las cuotas rígidas. El posterior caso Marschall (1997)¹⁴ parece seguir la interpretación de la Comisión.

En el Tratado Amsterdam, firmado el 2 de octubre de 1997, se modifican algunas disposiciones del Tratado de la Unión Europea y de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas. En concreto, en lo referente a la igualdad, y mientras que en el anterior Tratado se garantizaba la igualdad de retribución entre ambos sexos para un mismo trabajo, con el Tratado de Amsterdam hay una nueva base jurídica que intenta integrar las sentencias del Tribunal de Justicia en los casos Kalanke y Marschall.

Entre otras medidas se contempla que el Consejo, previa consulta al Comité Económico y Social, puede adoptar medidas de acción afirmativa destinadas a garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades y de igualdad de trato en el mercado laboral. Por otra parte, los Estados miembros podrán establecer medidas de acción afirmativa en beneficio del sexo infrarrepresentado, con el límite de la adopción de “cuotas rígidas”. De hecho la redacción del artículo 119.4, posteriormente artículo 141.4, impondría el nuevo giro de la jurisprudencia del Tribunal tras la interpretación de la Comisión y la sentencia Marschall. En la actualidad se corresponde con el art. 157.4 del Tratado de Lisboa¹⁵. Dice así:

Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales.

14 Caso C-409/95, *Helmut Marschall v Land Nordrhein-Westfalen*, [1997] ECR p. I-06363.

15 Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007. La versión consolidada puede encontrarse en el Diario Oficial de la Unión Europea, 9 de mayo de 2008, 2008/C 115/01.

En este contexto también se debería tener en cuenta el desarrollo de las medidas de previstas en las dos directivas: Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000 *relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico*, y la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000 *relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación*.

Por último, hay que tener en cuenta la refundición de varias directivas, con modificaciones anteriores¹⁶, en la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006 *relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición)*, supone la consolidación y desarrollo de la normativa y su coherencia con el desarrollo de la jurisprudencia del Tribunal de las Comunidades. En el artículo 3 establece: “Los Estados miembros podrán mantener o adoptar las medidas indicadas en el artículo 141, apartado 4, del Tratado con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral.”

Se entiende como discriminatorias, por ejemplo, en el artículo 9.1.e: “establecer condiciones diferentes de concesión de prestaciones o reservar estas a los trabajadores de uno de los sexos”.

En relación con la posibilidad de utilizar medidas diferenciadoras en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación profesional, a la promoción y a las condiciones de trabajo introduce el criterio de proporcionalidad y la legitimidad, que se ha utilizado en las últimas decisiones del TJCEE, tal y como analizaremos más adelante. Así en el artículo 14.2 se dice: “Los Estados miembros podrán disponer, por lo que respecta al acceso al empleo, incluida la formación pertinente, que una diferencia de trato basada en una caracte-

16 Se trata de las Directivas 76/207/CEE de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo; la Directiva 86/378/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social; La Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos; y la Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo.

rística relacionada con el sexo no constituirá discriminación cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando su objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado”.

3.2. De los casos *Kalanke* y *Marschall* al caso *Briheche*¹⁷

Veamos de forma detallada los asuntos *Kalanke* y *Marschall* en donde encontramos la posición de la jurisprudencia europea sobre medidas de igualdad. Los dos casos son similares, aunque con alguna peculiaridad que intentaré señalar:

En el caso *Kalanke*, el señor *Kalanke* impugnó la norma del Land que le impidió ascender a Jefe de la Sección de Jardines de la ciudad de Bremen, frente a la señora *Glissman* que tenía los mismos méritos. El artículo controvertido en este caso era el 4 de la Ley del *Land de Bremen* de 20 de noviembre de 1990 *relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en la función pública*, que dice:

1) Al efectuar la selección, incluso para proveer un puesto de funcionario o de juez, que no tenga fines de formación, se concederá preferencia a las mujeres, frente a los candidatos masculinos con la misma capacitación si, en el sector de que se trata, están infrarrepresentadas. Lo mismo sucederá en caso de provisión de otro puesto de trabajo y en caso de promoción [...]

La cuestión es si esta norma y la decisión tomada vulneran o no el art. 2.4º de la Directiva 76/207 de la Unión Europea que establece que:

La presente Directiva no obstará las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres en las materias contempladas en el apartado 1 del artículo 1.

17 Puede verse un tratamiento actualizado de los casos en Ballestrero, M.V., “Igualdad y acciones positivas. Problemas y argumentos de una discusión infinita”, *Doxa*, 29, 2006, pp. 59-76.

En este caso el Tribunal, en sentencia de 17 de octubre de 1995, entendió que: una norma nacional entraña una discriminación por razón de sexo, si establece que, en una promoción, las mujeres que tienen la misma capacitación que sus competidores masculinos, gozan automáticamente de preferencia en los sectores en los que estén infrarrepresentadas. Aunque lo veremos con detalle, la motivación se encuentra en que en esta interpretación la Directiva prohíbe las medidas tendentes a la igualdad de resultados, como las previstas en la norma de Bremen. La “preferencia automática”, según el Tribunal, es un supuesto de igualación en resultados.

Me referiré también, de forma breve, en el supuesto del **caso Marschall**, planteado ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas por *Hellmut Marschall* contra el *Land Renania-Westfalia*, por el que se demanda una decisión prejudicial sobre la interpretación de los mismos apartados de la Directiva 76/207/CEE, porque resultaba vulnerada por el apartado 5º del art. 25 de la *Ley de la Función Pública del Land de Renania-Westfalia* que dispone lo siguiente:

Cuando, en el sector del organismo competente en el que deba producirse la promoción, haya menos mujeres que hombres en el nivel del correspondiente puesto de la carrera, se concederá preferencia en la promoción a las mujeres, a igualdad de aptitud, competencia y prestaciones profesionales, salvo que concurran en la persona de un candidato motivos que inclinen la balanza a su favor [...]

En aplicación de esta norma Hellmut Marschall no fue promocionado a una plaza de profesor de grado superior del centro escolar de su ciudad, Schwerte, frente a una candidata femenina que tenía el mismo nivel. La razón aducida por el centro fue que ambos tenían la misma capacitación, y el número de mujeres del grado de la promoción en el momento de la vacante era inferior. Hellmut Marschall recurrió al órgano jurisdiccional nacional competente, y este suspendió el procedimiento, planteando la cuestión prejudicial, por entender que la norma del *Land* podría vulnerar la Directiva.

El Tribunal, en este caso, en sentencia de 11 de noviembre de 1997 decidió que, a diferencia de la normativa examinada en la sentencia Kalanke, la disposición controvertida contiene una cláusula conforme a la cual las mu-

jeros no gozan de preferencia automática en la promoción si concurren en la persona de un candidato masculino motivos que inclinen la balanza a su favor (la denominada «cláusula de apertura»).

En los dos casos los argumentos controvertidos podrían resumirse en tres:

- a. La existencia o no de un supuesto de discriminación “tolerado” regulado por la excepción prevista en el art. 2.4º de la Directiva 76/207/CEE del Consejo de las Comunidades Europeas, de 9 de febrero de 1976. Esto supone determinar ante qué tipo de supuesto nos encontramos (acción afirmativa, discriminación inversa, un derecho...) y si estos casos son tolerados por la citada disposición.
- b. La suficiencia o no del criterio de la *infrarrepresentación* para configurar la excepción prevista en la Directiva¹⁸. Esto implica la determinación de los criterios necesarios para determinar el alcance de la excepción de la Directiva.
- c. Si la medida prevista supone una *igualdad en el resultado* y esto está contemplado en la excepción a la Directiva, que parece que solo permite medidas cuya finalidad sea la *igualdad de oportunidades*¹⁹.

En el caso Kalanke, siguiendo el Derecho comunitario de ese momento, en el que se manifiesta la igualdad formal de manera estricta, las acciones afirmativas son legítimas si se dirigen a promover la igualdad de oportunidades. En el caso Marschall, para evitar las consecuencias de esta rígida interpretación se matiza y se reconoce y promueve la existencia de “cuotas flexibles” frente a las cuotas rígidas, que estarían prohibidas. En el caso Badeck²⁰, en el que se incorporan las modificaciones normativas del Tratado y la incorporación de las nuevas Directivas, se refuerza este enfoque restrictivo que limita establecimiento de cuotas. Badeck trata de la reserva de plazas de

18 Sentencia del Caso Marschall en el punto núm. 12. y en los puntos núm. 5 y 24 del Caso Kalanke.

19 Sentencia del Caso Marschall en el punto núm. 12. y en los puntos núm. 22 y 23 del Caso Kalanke.

20 Caso Badeck: Sentencia de 28 de marzo de 2000, Caso C-158/97, *Georg Badeck et al., c. Land de Assia*, [2000] ECR p. I-01875.

formación para obtener una capacitación para un acceso posterior a puestos cualificados en la función pública, y se encuentra en la línea de justificar medidas que promueven la igualdad de oportunidades. En este caso, considera que dicha medida forma parte de las destinadas a eliminar las causas de que las oportunidades de acceso al trabajo y de desarrollo profesional otorgadas a la mujer sean menores y que tienen la finalidad de mejorar la capacidad de la mujer de competir en el mercado de trabajo y desarrollar una carrera profesional en pie de igualdad con los hombres. (Caso Badeck, párrafos 52 a 55.)

Las medidas deben ser flexibles, individualizadas y no automáticas. A diferencia del caso Marschall, la argumentación no se encuentra en la igualdad de oportunidades sino en la igualdad sustantiva entre los dos sexos. “Y sobre esta base el Tribunal construye la legitimidad de medidas aptas para reducir las desigualdades de hecho de dos formas a la vez: ya sea compensando (como requiere el art. 141.4 del Tratado) las desventajas en la carrera profesional de las personas pertenecientes al sexo infortunado o evitando que dichas desigualdades continúen produciéndose”²¹. Esto refleja de alguna manera una contradicción ya que se está aceptando una cuota rígida para acceder a plazas de formación, siempre y cuando las medidas no conduzcan a una absoluta rigidez.

En el caso Abrahamsson²² se sigue la misma doctrina y entiende que las medidas de la Universidad de Göteborg vulneran la normativa comunitaria porque la ley sueca es distinta a los casos alemanes discutidos con anterioridad ya que otorga automáticamente a los candidatos del sexo infrarrepresentado un trato preferente con la condición de que la diferencia de méritos entre los candidatos no sea sustancial. Se entiende que el método es desproporcionado con el fin perseguido. El asunto no se encuentra en la flexibilidad o no de las medidas sino que tiene que haber una adecuación al objetivo que se pretende realizar: la igualdad entre hombres y mujeres. Este último caso y los dos siguientes, Lommers y Briheche, son interesantes porque a partir de ellos se articula la medidas de trato preferencial a partir del principio de proporcionalidad.

21 Véase Ballestrero, M.V., 2006, *op. cit.*, p. 70.

22 Sentencia de 6 de julio de 2000, Caso C-407/98, *Katarina Abrahamsson and Leif Anderson v Elisabet Fogelqvist*, [2000] ECR p. I-05539.

En el caso Lommers²³, relativo a la reserva de una plaza de guardería para hijos de funcionarios, reitera la jurisprudencia anterior (párrafo 32) por la que la normativa “autoriza medidas nacionales en el ámbito del acceso al empleo, incluida la promoción, que, favoreciendo especialmente a las mujeres, están destinadas a mejorar su capacidad de competir en el mercado de trabajo y desarrollar una carrera profesional en pie de igualdad con los hombres”²⁴. La novedad que se añade es la articulación a partir del principio de proporcionalidad (Lommers, párrafos 42 y ss.) y con esta medida no se privan al resto de trabajadores de plazas, ya que pueden acceder a ellas de otra forma (Lommers, párr. 44).

Por último, en el caso Briheche²⁵ se examina la compatibilidad con la normativa europea de una disposición francesa que reserva la exención del límite de edad para la admisión a oposiciones convocadas para la selección de funcionarios a las viudas que no se hayan vuelto a casar y que se vean en la necesidad de trabajar, con exclusión de los viudos que no se hayan vuelto a casar y que se encuentren en la misma situación. En consecuencia, una acción encaminada a promover prioritariamente a las candidatas en los sectores de la función pública no será compatible con el Derecho comunitario cuando conceda de modo automático e incondicional prioridad a las candidaturas de determinados grupos de mujeres, con exclusión de los hombres que se encuentren en la misma situación. El tribunal entiende que “al determinar el alcance de cualquier excepción a un derecho fundamental, como el de igualdad de trato entre hombres y mujeres consagrado por la Directiva, es necesario respetar el principio de proporcionalidad que exige que las excepciones no sobrepasen los límites de lo adecuado y necesario para conseguir

23 Sentencia de 19 de marzo de 2002, Caso C-476/99, *H. Lommers v Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*, [2002] ECR p. I-02891.

24 “En estas circunstancias, procede señalar que una medida como la controvertida en el litigio principal, que se inserta en el marco de un concepto restringido de igualdad de oportunidades, en la medida en que lo que se reserva a las mujeres no son puestos de trabajo, sino el disfrute de ciertas condiciones de trabajo destinadas a facilitar la continuación y el progreso en su carrera profesional, pertenece, en principio, a la categoría de aquellas que tienden a eliminar las causas de que las mujeres tengan menos oportunidades de acceder a un empleo y de desarrollar una carrera profesional y que tienen la finalidad de mejorar la capacidad de la mujer para competir en el mercado de trabajo y desarrollar una carrera profesional en pie de igualdad con los hombres” (párr. 38).

25 Caso C-319/03, *Serge Briheche v Ministre de l'Intérieur, Ministre de l'Éducation nationale and Ministre de la Justice*, [2004] ECR p. I-8807.

el objetivo propuesto y exige conciliar, en la medida de lo posible, el principio de igualdad de trato con las exigencias del objetivo perseguido de este modo (sentencia Lommers, antes citada, apartado 39)". (párr. 24) De esta manera: "Al margen de la cuestión de si es posible admitir con arreglo al artículo 141 CE, apartado 4, acciones positivas que no resultan admisibles con arreglo al artículo 2, apartado 4, de la Directiva, basta con hacer constar que el artículo 141 CE, apartado 4, no permite a los Estados miembros adoptar condiciones de acceso al empleo público como las controvertidas en el litigio principal, que resultan, en todo caso, desproporcionadas en relación con el objetivo perseguido (véase, en este sentido, la sentencia Abrahamsson y Anderson, antes citada, apartado 55)". (párr. 31.)

En definitiva, la evolución y matización mantiene la limitación a tratamientos diferenciales, de manera que son injustificadas las medidas de trato preferente que dan lugar a la igualdad de resultados. Sin embargo, el cambio se produce al utilizar el principio de proporcionalidad como elemento objetivo que determina la legitimidad de las medidas.

IV. Problemas que plantean las políticas de acción afirmativa en el Derecho europeo

Habría que partir de que sobre el concepto de acciones afirmativas o de las políticas para llevar a cabo la protección del principio de igualdad o la lucha contra la discriminación no existe una definición normativa clara, ni acuerdo en la doctrina, ni en el plano social ni jurídico, lo que entre otras cosas ha propiciado su debilidad y la puesta en duda de la misma legitimidad de estas políticas.

Por eso se suele adoptar, tal como se ha apuntado, la terminología y los fundamentos de la evolución del Derecho norteamericano sobre discriminación. Pero, a veces, sin tener en cuenta que ni el contexto histórico, político o social son los mismos. A continuación expondremos los problemas que ha planteado esta recepción.

4.1. Carencia de conceptos precisos

La falta de conceptos precisos produce confusiones con relación a los mismos, y a su vez, causa consideraciones o efectos negativos, por extensión, a estas figuras. Por ejemplo, no se distingue entre los conceptos de acción afirmativa y discriminación inversa, o no se aclara su relación, por ejemplo, de género-especie.

En este caso, en la doctrina y de la misma forma en la normativa y jurisprudencia europeas no existe una clarificación en este punto. No hay una delimitación precisa de lo que son las acciones afirmativas, ni siquiera de sus tipos. En este sentido, se podría decir, que aunque no existe una **definición normativa** ni un acuerdo sobre lo que son las medidas o políticas de acción afirmativa o positiva²⁶, se podría entender que estas medidas suponen la creación de mecanismos o la utilización de políticas de carácter diferenciado para favorecer a personas o colectivos que están o han estado discriminados, o que se encuentran en una situación de desventaja.

Las medidas de acción afirmativa son un tipo de normas características del Estado Social de Derecho cuya función es promocional, esto es, utiliza medidas de estímulo, incentivación o alentamiento para favorecer la realización de acciones o fines considerados como ventajosos²⁷. Las medidas de acción afirmativa son medidas de carácter indirecto y podríamos distinguir, según las funciones que cumplen, las siguientes²⁸: medidas de concienciación, medidas de facilitación y medidas de retribución.

Las medidas de **concienciación** son generalmente medidas de formación o de carácter publicitario que pretenden crear un estado de opinión o una

26 Como señala Barrère, la terminología norteamericana “affirmative action” es una apócope de “affirmative action policy”. Por otra parte la expresión sinónima “acción positiva” procede de la británica “positive action”. Véase Barrère Unzueta, M., *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 44 y ss.

27 Sobre estas cuestiones nos remitimos a Bobbio, N., *Contribución a la Teoría del Derecho*, trad., recopilación y estudio preliminar de Ruiz Miguel, A. y Fernando Torres Valencia (ed.), 1980, pp. 375 y ss. (Reeditado en Debate, Madrid, 1990.)

28 La clasificación propuesta tiene un sentido meramente instrumental, con el propósito de comprender mejor el fenómeno descrito de las políticas de acción afirmativa. En este sentido, puede verse la crítica a las clasificaciones de Carrió, G., *Notas sobre el Derecho y Lenguaje*, op. cit., p. 72.

sensibilización del problema. Por ejemplo, las campañas de publicidad para la igualdad sexual, el fomento de cursos de especialización...

Las medidas de **facilitación**, de impulso o de promoción son las medidas previas tendentes a la consecución del fin: la eliminación de la desventaja. Tratarán de promover e impulsar la igualdad para el futuro. Dentro de ellas podríamos hacer una distinción entre: a) medidas de incentivación para el aumento de los medios o la disminución de la desventaja: como podrían ser los casos de subvenciones, becas, y las denominadas **medidas de reclutamiento...**; b) medidas de **discriminación inversa** o positiva: se caracterizan porque en el caso de dos supuestos desiguales realizan un tratamiento desigualitario en beneficio del peor situado. Ejemplos de medidas de discriminación inversa pueden ser el establecimiento de baremos distintos para hombres y mujeres, en beneficio de éstas; las cuotas o reservas de plazas para estos colectivos desfavorecidos en puestos de trabajo, centros de enseñanza o candidaturas...; y c) medidas de **trato preferencial**: el establecimiento de una prioridad o ventaja, o sea un trato preferencial o desigual en el supuesto de que exista una situación de partida semejante, entendiendo que se encuentra en una situación contextual de desventaja.

Y por último, las medidas de **retribución, recompensa o sanción positiva**: se trata de medidas que se adoptan tras la realización de la acción querida. Por ejemplo: la asignación de un premio o una exención fiscal.

Un segundo tipo de problemas en este apartado es la no distinción entre dos tipos de acciones afirmativas como son las cuotas (discriminación inversa) y el trato preferente²⁹. Dicho de otra forma, la ampliación del sentido/concepto de “cuota” para incluir en ella tipos de medidas de trato preferencial³⁰.

29 En este sentido puede verse Ruiz Miguel, A., “La discriminación inversa y el caso Kalanke”, *Doxa*, 19, 1996, p. 127. La posición del profesor Ruiz Miguel también se puede encontrar en otros trabajos: “Discriminación inversa e igualdad”, *El concepto de igualdad*, Valcárcel, A. (comp.), Madrid, Editorial Pablo Iglesias, 1994; “La igualdad como diferenciación”, en *Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*, varios autores, ONCE/Escuela Libre editorial, Madrid, 1994, pp. 285-295; La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Doxa*, núm. 19/1996, pp. 39-86; “Las huellas de la igualdad en la Constitución”, en *Pensar la igualdad y la diferencia (Una reflexión filosófica)*, Editorial R. Mate, Argenteria-Visor, Madrid, 1995, pp. 109-129. En el mismo sentido Rey Martínez, F., *El Derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, p. 85.

30 Barrère Unzueta, M., *op. cit.*, pp. 87-88.

La consecuencia de esto es tener que efectuar continuas matizaciones, para explicar, por ejemplo, la diferencia entre cuotas por decisión/cuotas por resultado; cuotas rígidas/cuotas flexibles³¹.

Su confusión o equiparación puede plantear algún problema de clarificación: el trato preferencial supone desde una situación de semejanza el favorecimiento a uno de los dos. La cuota no supone un trato preferente sino un trato privilegiado, utilizando esta terminología. Esto es, se privilegia al que se encuentra en peor situación de partida y que no obtendría una plaza si no fuese beneficiado por estas medidas de la cuota. En el caso anterior el trato de favor podría haberse producido hacia cualquiera de los dos sujetos en liza dependiendo del criterio de “desempate” utilizado. En cambio, en el caso de la cuota (en sentido estricto) y que es distinta a los “puntos extra” o al trato preferencial, el criterio siempre beneficia al que se halla más perjudicado en el baremo y que de ninguna forma podría acceder al puesto si no es por un criterio de “discriminación”. Entiendo que este es un uso demasiado amplio de la noción de “cuota” que implica tener que realizar matizaciones continuas sobre lo que se está hablando en cada momento. Esta utilización se hace por ejemplo por medio de expresiones como “cuotas por decisión” y “cuotas por resultados”³². Siendo las “cuotas por decisión”, lo que entendemos por trato preferencial, mientras que las “cuotas por resultados” serían lo que describimos como cuotas en sentido estricto, con la variante que la cuota europea suele tratarse como un objetivo, mientras la norteamericana se refiere a una medida.

La cuestión aún se complica más cuando se utiliza la terminología **cuotas flexibles** y **cuotas rígidas**. En concreto esta es la solución interpretativa que se adopta para clarificar el alcance las sentencias Kalanke y Marschall. Así, lo permitido serían las cuotas flexibles y lo prohibido las cuotas rígidas. Posiblemente no encontremos en la distinción mayor intencionalidad de confusión y mayor imposibilidad de aclaración. La terminología se utiliza para nombrar algo con el nombre que define otra cosa. Las cuotas flexibles per-

31 Esta es la terminología utilizada por la Comisión en su Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la interpretación de la sentencia del Tribunal de Justicia en el Caso Kalanke, COM (96) 88 final.

32 Véase en este sentido Rodríguez-Piñero, M., “Discriminación, igualdad de trato y acción positiva”, *op. cit.*, p. 2, tal como ha señalado acertadamente Barrère Unzueta, M., *op. cit.*, pp. 88-89.

mitidas son las de trato preferencial, siempre y cuando la preferencia por parte del sujeto que forma parte del grupo en desventaja no sea automática; es decir, que exista la posibilidad de utilizar otros elementos en los que se tengan en cuenta todas las circunstancias de los sujetos. Esto, como veremos, termina siendo confuso. Las cuotas prohibidas, las rígidas, serían las propias de las medidas de discriminación inversa y las de trato preferente, las que conceden la preferencia de forma automática.

Además de producir confusión terminológica, también favorece la estigmatización de medidas que no son de discriminación inversa; pero que se consideran afines, como las de trato preferente. Frente a esto se propone realizar una labor de clasificación y de distinción de los diferentes tipos de medidas de acción afirmativa, como ya se ha adelantado. En este sentido, y dentro de las medidas de facilitación podríamos distinguir las cuotas, como un tipo de medidas de discriminación inversa, de las medidas de trato preferencial.

4.2. Desconexión entre los conceptos y terminología de la doctrina con las normas y con las decisiones jurisprudenciales nacionales o europeas

El segundo aspecto, como ya se ha señalado es el de la creación de conceptos y terminología por parte de la doctrina y la jurisprudencia, sin conexión con las normas nacionales o europeas, ni con las decisiones jurisprudenciales nacionales o europeas.

4.2.1. El problema desde el punto de vista de la interpretación de la normativa europea

La interpretación de la Directiva 76/207 por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas supone delimitar los supuestos de **discriminación tolerada** en la excepción del apartado cuarto del artículo segundo. Esto es, las medidas permitidas “encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres”. En primer lugar esto supone determinar qué tipos de medidas se permiten:

derechos, garantías... En segundo lugar, los requisitos de la “discriminación tolerada”: la infrarrepresentación, la misma capacitación y la falta de preferencia automática. Esto último nos llevará al problema de la cláusula de apertura en el caso *Marschall*.

Hay que precisar que la interpretación del Tribunal no parte de una terminología que pueda desprenderse ni de la Directiva, ni de las Leyes en cuestión (la de Bremen en el *caso Kalanke* y la de Nordrhein-Westfalen en el *caso Marschall*), ni de las decisiones de los tribunales nacionales en los respectivos casos, por lo que las categorías de las que se discute a continuación y que se encuentran en el centro de las polémicas sentencias son categorías construidas por la comunidad Dogmática iuseuropea con abstracción de esta realidad³³.

4.2.2. Los requisitos de la discriminación “tolerada”

4.2.2. a) Derechos y garantías

En los dos casos se realiza una enumeración de criterios de forma negativa. Esto es, se parte del principio de igualdad y no discriminación consagrado en el art. 2.1 de la Directiva y el dibujo de las acciones permitidas aparece como una excepción a dicho principio. Como el propio Tribunal reconoce “constituye una excepción a un derecho individual” que debe interpretarse restrictivamente³⁴. Quizá sea este el problema fundamental dado que el primer apartado regula la **igualdad formal** y el apartado cuarto, con las medidas que autoriza, supone un nexo entre la igualdad formal y la **material**.

Entiendo que la manera en que enfoca las sentencias este asunto no va desencaminada con la forma en la que hay que entender estas medidas. Esto es, las medidas no se configuran como derechos, sino como excepciones o limitaciones de un derecho para, desde un punto de vista teleológico, hacer efectivo ese derecho. Así, frente al derecho a la igualdad, no se pueden con-

33 Véase en este sentido Barrère Unzueta, M., *op. cit.*, p. 115; Ruano, Lucía “Acciones positivas y discriminación positiva”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 227, 1995, p. 3; Charpentier, Louis, “L’arrêt Kalanke. Expression du discours dualiste de l’égalité”, *Revue trimestrielle du droit européen*, núm. 2, 1996, p. 287.

34 Sentencia del Caso Marschall en el punto núm. 32, y en el punto núm. 21 del Caso Kalanke.

traponer lo que se denominan “derechos de las mujeres”. Estos “derechos” son las garantías de la igualdad³⁵.

Otra cosa distinta es que la Directiva, y sus intérpretes, entienda de manera restrictiva el concepto de igualdad, y la limite a la igualdad formal, permitiendo tan solo medidas conducentes a la igualdad de oportunidades y no a la igualdad de resultados. Esto es, por una parte, la excepción al derecho a la igualdad de trato no implica que se reduzcan las medidas a la igualdad de oportunidades. Esta reducción es de la concepción mantenida por el Tribunal, y no del concepto. La formulación correcta, desde mi punto de vista, es que para hacer efectivo el principio de igualdad en su dimensión material, se pueden adoptar medidas que en algunos casos excepcionen o puedan vulnerar la otra dimensión del principio-derecho de igualdad, su dimensión formal. Pero el entender la igualdad de una forma más amplia, incluyendo la igualdad material, no implica que las medidas que se adopten deban denominarse o configurarse como “derechos [fundamentales] autónomos”³⁶, esto es, como “derechos de las mujeres”.

Es por eso por lo que se podría realizar una contraposición entre “discriminación tolerada” y “discriminación justificada”. Las medidas que se pueden adoptar en el marco de la interpretación del Tribunal se entenderían en sentido **negativo**, como **excepciones** a la igualdad de trato. Esto es como “**medidas toleradas**” como un mal menor con relación a la promoción de la igualdad de oportunidades; en concreto, limitadas a la **igualdad formal**. En cambio, la “**discriminación justificada**” o “justa”, entiendo que es la única forma de hacer efectiva la **igualdad en derechos**³⁷. Es decir, es discriminación justa porque permite adoptar medidas que, aunque en principio parecen atentar contra la igualdad, son necesarias para hacerla efectiva en sus dos di-

35 Las medidas de acción afirmativa no pueden considerarse, en este sentido, como una derogación del principio de igualdad de trato, ya que son medidas que van destinadas a hacer efectiva esa igualdad.

36 Frente a la pretensión, por ejemplo, de Vogel-Polsky, E., “El derecho a la igualdad de los sexos. Modificaciones necesarias al Tratado de la Unión Europea”, en *La protección internacional de los derechos de la mujer tras la Conferencia de Pekín de 1995*, Mariño, F.M. (ed.), Madrid, BOE-Univ. Carlos III, 1996, p. 149.

37 Bobbio, N., *Igualdad y Libertad*, Paidós, Barcelona, 1993, pp. 75-76. Véase también Ferrajoli, L., “La differenza sessuale e le garanzie dell’uguaglianza”, *Democrazia e diritto*, 1993/2, pp. 49-73, y *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995, pp. 905 y ss.

menciones, formal y material, ya que no pueden entenderse de forma separada.

Desde otro punto de vista, y una vez determinado el innecesario conflicto entre el derecho a la igualdad y las medidas para hacerlo efectivo, sí que interesa subrayar el posible conflicto, ya apuntado, entre la normativa europea y la española. La cuestión se plantearía no solo desde el punto de vista del contenido sino también desde el punto de vista de la estructura de las normas.

El artículo 2.4 de la Directiva podría considerarse una **directriz permisiva**³⁸ y su estructura sería: “Si se da el estado de cosas X, entonces Z *puede* procurar alcanzar el fin (estado de cosas) F”. Si lo comparamos con el artículo 9.2 de la Constitución española, que sería una **directriz de mandato**, la estructura podría ser: “Si se da el estado de cosas X, entonces Z *debe* procurar alcanzar el fin (estado de cosas) F”. Desde este punto de vista se produce un conflicto de difícil solución para el aplicador del Derecho español, y una solución desde el aplicador del Derecho comunitario de difícil plasmación en el Derecho español. Para el aplicador español, en el caso que tuviese que utilizar una norma que incluyese medidas de acción afirmativa amparadas por el artículo 9.2 de la Constitución y prohibidas, según la interpretación del Tribunal de Justicia de las Comunidades, podría solicitar un pronunciamiento del propio Tribunal de Justicia de las Comunidades con “carácter prejudicial” en base al artículo 177 del Tratado de Roma, antes de aplicar o no la interpretación de nuestro Tribunal Constitucional frente a la interpretación contraria del Tribunal europeo.

En esa perspectiva, si tuviese que decidir y encontrase una contradicción entre una norma (la Directiva) que *faculta* de forma restrictiva una acción, mientras otra (el art. 9.2 de la CE) *obliga* de forma más extensa la misma acción (o sea, posibilita una actuación más amplia), la decisión no sería sencilla, pues se trataría de la contradicción entre dos directrices. La solución a este tipo de conflicto “sólo se produciría al nivel de una contradicción axiológica o valorativa, por la propia indeterminación de la consecuencia jurídica, en la que incluso habría que considerar la concurrencia de otros fines y medios

38 Este ejemplo puede verse en Atienza, M. y J. Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996, pp. 169 y ss.

disponibles para la realización de los objetivos marcados en la directriz”. Por tanto, la ponderación, “no termina necesariamente con la aplicación preferente y excluyente de una de ambas normas programáticas, sino con el intento de armonización entre medios y fines disponibles”³⁹.

En cambio, si entendemos que los dos pronunciamientos, el resultante de la jurisprudencia del Tribunal europeo frente al Tribunal constitucional nacional, son ya reglas formadas, el conflicto debería resolverse por el criterio de prevalencia. Si entendemos que no son reglas, lo que se produciría es un conflicto de jurisdicciones.

Desde la perspectiva del aplicador comunitario, a la luz de las recientes interpretaciones jurisprudenciales, no sería posible medidas de acción afirmativa ni de trato preferencial ni de discriminación inversa si esto supusiese una “preferencia automática” para el grupo desaventajado. Obviamente, esta interpretación del Tribunal de las Comunidades Europeas no tiene en cuenta ni entiende el concepto de acción afirmativa, su carácter contextual, relacional⁴⁰, temporal..., etc. Pero supone una reinterpretación, y en su caso anulación, de la interpretación de nuestro Tribunal Constitucional del artículo 9.2 en lo referente a la conexión entre la igualdad material y la igualdad formal, y un vaciamiento de la doctrina consagrada a partir de la sentencia 128/1987, de 16 de julio, sobre las acciones afirmativas⁴¹.

4.2.2. b) “Discriminación tolerada”

Fruto del planteamiento anterior con relación a la consideración de estas medidas como excepciones a derechos, y no de políticas adoptadas, desde la perspectiva contraria, para hacerlos efectivos, resulta también perjudicial y peyorativa la utilización de esta terminología. Entiendo que la configuración normativa y la interpretación doctrinal deberían haber depurado técnicamente estos conceptos en el sentido de plasmar unos supuestos de hecho exi-

39 Esto puede encontrarse en Ruiz Sanz, M., *La coherencia en el Derecho. Antinomias, conflictos y argumentación*, texto inédito, en prensa.

40 De Lucas, J., “La igualdad ante la ley”, *El Derecho y la justicia*, Garzón, E. y F.J. Laporta (eds.), Trotta, Madrid, 1996, p. 495.

41 Pueden verse los requisitos y limitaciones del principio de proporcionalidad en García Anón, J., “Representación política de las mujeres y cuotas”, *Derechos y Libertades*. Revista del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, núm. 11, 2002, pp. 345-371.

gibles para tomar unas medidas normativas con la finalidad de hacer eficaz el principio de igualdad. Sin embargo, en las sentencias se plantea el otro camino. Así, se puede deducir que existe discriminación⁴², y las medidas previstas en las normas nacionales no pueden ser toleradas si:

- a. Un hombre y una mujer tienen la misma capacitación al competir en un proceso de promoción laboral.
- b. Existe *infrarrepresentación* femenina en ese sector laboral.
- c. La norma establece que la mujer goza *automáticamente de preferencia* en la obtención del puesto de trabajo⁴³. O dicho de otra forma, la mujer tiene una prioridad “absoluta e incondicionada”⁴⁴.

Los dos primeros puntos son los requisitos de las denominadas *políticas de igualación*. El primer requisito es necesario para la distinción de las medidas de discriminación inversa del resto de medidas de acción positiva. Esto es, si se van a realizar medidas de igualación a personas que debiendo ser tratadas iguales no están en la misma situación de competencia, el trato es discriminatorio. Caso contrario, si los sujetos se encuentran en la misma situación de partida, las medidas aplicables podrían ser el resto de las que hemos denominado de *facilitación*.

El segundo requisito es absolutamente necesario para caracterizar una acción afirmativa, se refiere a la situación de desventaja del grupo. El tercero es el criterio no tolerado de la discriminación que es el límite doctrinal establecido para estas políticas: el automatismo.

Por contra, existiría un supuesto de “**discriminación tolerada**” si se producen dos circunstancias:

1. Si las medidas “están destinadas efectivamente a eliminar o reducir las desigualdades de hecho que pudieran existir en la realidad de la vida so-

42 Sentencia del Caso Marshall en los puntos núms. 23 y 32, y en los puntos núms. 16, 22, 24, y Fallo del Caso Kalanke.

43 Sentencia del Caso Kalanke, en los puntos núms. 16 y 22.

44 Esto supone la “reformulación”, en expresión de Nino, del sistema jurídico por parte de la doctrina del Tribunal con una terminología que no aparece en la ley. Sobre estas cuestiones puede verse Nino, C.S., *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, op. cit., pp. 41 y ss.

cial”⁴⁵ y con ello se consigue mejorar la capacidad de competir y de desarrollar la carrera laboral de las mujeres en pie de igualdad⁴⁶. Que aunque parece referirse a medidas tendentes a producir una igualdad en los resultados, se puede deducir por los siguientes apartados de la sentencia que lo que se permite es la igualdad de oportunidades. Esto es, la sentencia permite de forma genérica medidas de acción positiva.

2. Si las medidas de discriminación inversa no conllevan un criterio de preferencia automático para la mujer; pero incorporan, por ejemplo, una “cláusula de apertura”⁴⁷, entonces nos hallamos también ante un supuesto de discriminación tolerada. Adelanto que esta cláusula de apertura viene configurada por la norma como una excepción a la consecuencia jurídica, y así es como lo entiende el Tribunal en el caso Marschall, cuando en realidad se trata de una matización a uno de los requisitos del supuesto de hecho: la igualdad de competencia. Por tanto, como señalo a continuación, no parece que tenga mucho sentido su plasmación en una norma configurándola como una excepción, ni la interpretación que de ella se hace por el propio Tribunal.

4.2.2.c) La preferencia automática

La configuración automática, o la existencia de un criterio automático que atribuya como contenido de las medidas la prevalencia siempre a las mujeres, es una característica típica de entender los derechos como **absolutos**. Sin embargo, esto no es lo característico de las medidas de acción afirmativa o de discriminación inversa que requieren: contextualización, comparación relativa, temporalidad, proporcionalidad, etc. Por tanto, no debe entenderse como un criterio de limitación, sino como una característica de su definición.

De esta manera, de los dos casos se podría deducir que el Tribunal podría aceptar “un sistema que conceda prioridad a las mujeres, pero siempre que no sea de manera automática”. El Tribunal entiende que la “cláusula de aper-

45 Sentencia del Caso Kalanke en el punto núm. 18.

46 Sentencia del Caso Marschall en los puntos núms. 27 y 28.

47 Sentencia del Caso Marschall en los puntos núms. 24 y 33. Esta cláusula se encontraría dentro de las “excepciones equitativas” a la regla de la prioridad tal y como denomina Ballestrero, M.V., “A proposito di azioni positive II...”, pp. 99-100.

tura” establecida por la norma del *Land Nordrhein-Westfalen*: “salvo que concurren en la persona de un candidato motivos que inclinen la balanza a su favor (...)” puede evitar el automatismo. Sin embargo, entiendo que la interpretación del Tribunal es errónea, como señalaré a continuación, y tienen más sentido medidas como las que propone Atienza: “otra serie de elementos, de propiedades, que el tribunal no precisa, pero que deberían ser de tal naturaleza que permitieran efectuar algo así como una «ponderación», un «equilibrio», etc. (pues parece que éstas son, justamente, las ideas que se oponen a «automática»)”⁴⁸.

En este sentido, o la norma proporciona criterios más precisos para que el aplicador no pueda utilizar el criterio de la preferencia por razón de sexo de forma automática, o por el contrario el aplicador debe tener en cuenta que el criterio de preferencia no puede ser absoluto e incondicional, sino más bien que tiene que tener una justificación contextual y temporal. Esto es, desde la interpretación que puede hacerse (desde un punto de vista teleológico, gramatical y sistemático) parece que el Tribunal admite medidas de discriminación inversa, y no tan solo de acción afirmativa, siempre y cuando no exista esta preferencia automática. Sin embargo, el contenido de este camino no ha sido definido ni normativa ni jurisprudencialmente.

Sin embargo, de la norma del *Land Nordrhein-Westfalen* parece deducirse que aún existiendo desigualdad, “siempre” (de forma automática) se opta por el menos favorecido (o sea, la mujer, en este caso). Pero pienso que esto no es una limitación absoluta, sino que es la propia razón de ser de la medida: una medida contextualizada que exige una actuación pública dando razones y justificando la “discriminación tolerada”. O si se quiere justificando las medidas de igualación. En el caso Marschall esto parece evitarse con la denominada «cláusula de apertura» “conforme a la cual las mujeres no gozan de preferencia en la promoción si concurren en la persona de un candidato masculino motivos que inclinen la balanza a su favor”⁴⁹.

48 Atienza, M., “Un comentario al caso Kalanke”, Doya, 19, 1996, pp. 121 y 122.

49 Sentencia del Caso Marschall en los puntos 23 y 24.

4.2.2.d) La inutilidad de la cláusula de apertura

En la norma controvertida del *Land Nordrhein-Westfalen* podemos distinguir con claridad el supuesto de hecho de la consecuencia jurídica. Los requisitos del **supuesto de hecho** son:

1. Infrarrepresentación de las mujeres con relación a los hombres en el organismo donde se realice la promoción.
2. Que exista igualdad de aptitud, competencia y prestaciones profesionales entre los concursantes.

La **consecuencia jurídica** es que: “se concederá preferencia en la promoción a las mujeres”.

La **cláusula de excepción o de apertura** es: “salvo que concurran en la persona de un candidato motivos que inclinen la balanza a su favor”.

Una vez determinada la estructura de la norma, entiendo que parece claro que la **cláusula** no es una excepción a la consecuencia jurídica, más bien se trata de una acotación al segundo requisito del supuesto de hecho. Y si esta excepción es del supuesto de hecho, no nos hallamos ante un caso de igualdad de condiciones en las que se vaya a producir una discriminación. No parece tener sentido la excepción planteada pues se trata de un supuesto en el que existe una mayor aptitud o competencia del varón, porque concurren “motivos” que inclinan la balanza a su favor. O sea que tiene más méritos o capacidad. Por consiguiente, no se entiende qué aporta esta cláusula de apertura a la norma, ni la justificación que hace el Tribunal con ella.

De hecho, la descripción del modo de razonamiento y argumentación de la cláusula es el propio del razonamiento y argumentación que debe hacer el aplicador de la norma, que podría referirse tanto a un supuesto de acción afirmativa como de discriminación inversa:

Paso 1º.- En primer lugar, la contextualización del caso: en la que se determinan unas características de la desventaja de un sexo sobre otro en esa sociedad.

Paso 2º.- En segundo lugar, la determinación de la objetividad de los supuestos: identificación de la existencia de un supuesto de igualdad de hecho en

la competencia a un puesto de trabajo; pero en el que existan circunstancias contextuales de infrarrepresentación o de desigualdad por otros motivos como los antes señalados: históricos, sociales, económicos...

Paso 3º.- En tercer lugar, objetividad en la determinación de los candidatos: la "cláusula de apertura"⁵⁰ establece los siguientes requisitos para la determinación de la objetividad: a) que las candidaturas serán objeto de apreciación objetiva, b) que se garantice en cada caso particular, c) que se tenga en cuenta a los candidatos masculinos con igual capacitación que los candidatos femeninos. Por tanto, ¿qué quiere decir "apreciación objetiva"?

1. Que tenga en cuenta todos los criterios relativos a la persona de los candidatos de ambos sexos.
2. Que ignore la preferencia concedida a las candidatas femeninas cuando los criterios inclinen la balanza a favor de los masculinos.
3. Pero que tales criterios no pueden discriminar a las mujeres.

Pero este criterio de objetividad ya se habría introducido y evaluado en el *paso 2º*, anterior en el procedimiento de aplicación de la norma. Dado que si objetivamente hay igualdad de hecho en la competencia a un puesto de trabajo, es cuando cabe aplicar la medida de acción afirmativa. Sin embargo, en el supuesto que existiese desigualdad a favor del hombre, se aplicarían medidas en su perjuicio en virtud de la discriminación inversa prevista en la norma. Por lo tanto, no se puede entender como una excepción el supuesto planteado por la cláusula de apertura. Desde el punto de vista de la aplicación de la norma, el supuesto se evalúa en la fase de la determinación de los hechos, como un requisito para la posibilidad de aplicar una medida de igualación. Si objetivamente hay desigualdad, esto es, la mujer tiene más méritos que el hombre: no hay ninguna razón para aplicar medidas de igualación.

Si la mujer tiene menos méritos que el hombre, tan solo se podría plantear un supuesto de discriminación inversa, que parece ser que no contempla la normativa de la Unión Europea, excepto que no sea de forma automática. Dado que el automatismo debe entenderse como un criterio de aplicación y

50 Tal y como aparece en los puntos núms. 33, 35 y fallo del Caso Marschall.

de evaluación de las circunstancias y el contexto del caso, esto no creo que quede del todo subsanado con la cláusula de apertura dispuesta en la norma y convalidada en la sentencia.

Por otra parte, la existencia de la “cláusula de apertura” como criterio de justificación de las cuotas, las denominadas *cuotas flexibles*, es insuficiente para explicar de forma adecuada porque las medidas que se denominan como *cuotas rígidas* no son legítimas para la consecución del principio de igualdad. Esto es así, porque la utilización de la “cláusula de apertura” y la justificación de las *cuotas flexibles*, no se formula en relación al principio de igualdad, sino a otros criterios como la preferencia automática, que es un criterio de procedimiento con una relación indirecta con la igualdad.

4.3. **Elaboraciones conceptuales con falta de fundamentación o con una fundamentación reductiva. El problema del concepto y la concepción de la normativa europea**

Hay que partir de que las políticas de acción afirmativa hacen referencia al carácter de la política estatal llevada a cabo por un modelo de Estado social o interventor, contrapuesto en este sentido al Estado liberal clásico teorizado en torno a las acciones *negativas*. De forma sintética, la polémica en las sentencias del Tribunal puede reducirse al conflicto y defensa de distintas concepciones de la justicia, y en este caso, de la igualdad. En este apartado tenemos que mostrar si el concepto de igualdad, en las diferentes dimensiones que hemos examinado, ha sido adoptado como una concepción concreta en la normativa europea que directamente nos afecta y cuál es esta⁵¹. Así parece que, como se mostrará, tanto la normativa europea como la jurisprudencia que la interpreta mantienen una concepción liberal-individualista de la igualdad: se reduce a la igualdad formal y a la igualdad de oportunidades. Esta concepción choca, de alguna manera, con el concepto de igualdad de algunos Estados, como el español. En nuestra Constitución se debe realizar una lec-

51 La distinción entre concepto y concepción podemos encontrarla en Dworkin, R., *Los derechos en serio*, op. cit., pp. 209 y ss.; *El imperio de la justicia*, Gedisa, Madrid, 1988, pp. 60 y ss. También pueden verse Pérez Luño, A.E., “Concepto y Concepción de los derechos humanos”, *Doxa*, 4, 1987, pp. 47-66; Prieto Sanchís, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, pp. 91-92.

tura de complementariedad entre los artículos 9.2 y 14 en el marco del art. 1.1. Esto es, la igualdad de nuestra Constitución es con toda claridad la igualdad del modelo de Estado Social de Derecho en la que no se incluyen solo las facetas de la *equiparación* y la no discriminación, sino también la de la *compensación*.

Como hemos comprobado, la importación del Derecho antidiscriminatorio americano ha sido restringida y da la impresión que con intención excluyente. Esto es, parece que se han adoptado algunos de los criterios norteamericanos de forma reductiva, y además sin permitir la flexibilidad que el propio concepto comporta. Esta restricción entiendo que no solo entra en conflicto con la normativa nacional, sino que no está prohibida por el marco normativo europeo. Esto es, del Tratado de Roma incluso se puede realizar una lectura extensiva que permita medidas de acción afirmativa para hacer efectiva la igualdad material. Esto es lo que puede deducirse del art. 117 del Tratado de Roma, antes citado. De hecho algunas de las modificaciones del Tratado de Amsterdam se dirigen a clarificar la posición con relación a la consecución de la igualdad de trato y la igualdad de oportunidades en el empleo, permitiendo la adopción de medidas de acción afirmativa.

Sin embargo, la Directiva 76/207 resulta restrictiva en lo que se refiere al concepto de igualdad. En ella se contempla la **igualdad de trato** entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, promoción, formación profesional y las condiciones de trabajo. La dimensión que se especifica es la de **no discriminación**, tal y como se establece en el art. 2.1: “El principio de igualdad de trato, en el sentido de las disposiciones siguientes, supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar.” Y junto a las medidas de equiparación, que se encuentran en el resto de los artículos, que favorecen la igualdad formal hay otras que persiguen la discriminación. En este sentido nos situaríamos dentro de la dimensión formal del principio de igualdad, en lo que podemos denominar **igualdad de trato formal como equiparación**. Sin embargo, en el apartado 4 del artículo 2, que ya hemos reproducido anteriormente, se permite la aplicación de “medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades”. La interpretación de este apartado faculta la utilización de medidas de acción afirmativa

que son propias del aspecto que podemos denominar **igualdad de trato formal como diferenciación**⁵².

El problema aparece, desde mi punto de vista, cuando en la dicción de este apartado y en el anterior aparecen la *igualdad de trato* y la *igualdad de oportunidades* equiparadas en el mismo nivel, fruto de una interpretación excluyente de las otras dimensiones que hemos visto. Sin embargo, la igualdad de trato no elimina los aspectos materiales y la igualdad de resultados no se opone a la igualdad de oportunidades. Esto es, la igualdad de trato se reduce a la igualdad de trato formal, y la igualdad de oportunidades excluye la igualdad de resultados. De una formulación poco afortunada de la Directiva, junto a vientos poco favorables a las políticas sociales en Europa y una actitud de replanteamiento de las medidas de acción afirmativa en Estados Unidos, se produce una interpretación restrictiva. Como ya he apuntado, aunque la normativa marco no lo impide la jurisprudencia europea realiza una interpretación reductiva del concepto de igualdad situándose en una concepción liberal-individualista que se enfrenta al concepto de igualdad de ordenamientos jurídicos nacionales.

V. Conclusiones

1. Las políticas permitidas por las sentencias europeas limitan la posibilidad de medidas de discriminación inversa porque parece que no se reconocen más allá de la igualdad y la libertad desde una perspectiva formal. Desde el poco generoso punto de vista de la interpretación del Tribunal, las políticas de igualdad formal tienen un ámbito tan limitado que no permite la discriminación inversa más que de una manera restringida, y al tiempo, poco definida. O dicho de otra manera: la normativa europea no permite este tipo de políticas más allá del ámbito de la igualdad formal.
2. Las medidas de discriminación inversa permitidas no se definen de una manera concreta en el caso Kalanke, y su enunciación en el caso Marschall resulta errónea porque determina la falta de automatismo de forma incorrecta. Muchos de los elementos polémicos de estas sentencias parten

52 Aunque en una interpretación extensiva, la promoción de la igualdad de oportunidades no excluye la igualdad de resultados. Ciertamente, lo que parece que sobra es la coletilla “de oportunidades”.

de utilizar una terminología importada, no clarificada en nuestro contexto y cuya construcción por parte de la dogmática se ha apartado de la normativa europea, las leyes nacionales y de las decisiones de los tribunales nacionales.

3. La reducción de las medidas de acción afirmativa a aquellas que sean compatibles con la igualdad de oportunidades es una reducción de la concepción mantenida por el Tribunal; pero no del concepto de igualdad que debe seguir contemplando las dos dimensiones apuntadas: material y formal.
4. El criterio del automatismo no sirve para diferenciar las medidas de discriminación inversa del resto de medidas de acción afirmativa, sino para excluir políticas que no son de igualación, sino que pretenden su configuración como derechos, algo que no es posible por el tipo de mecanismos utilizados.
5. El avance en las políticas de igualación se producirá cuando se realice una concreción de los criterios normativos y jurisprudenciales de aquellos supuestos que no son considerados como de “preferencia automática”.
6. Se puede dudar de la legitimidad de las medidas que propone la normativa europea. En primer lugar, porque de las relaciones entre las instituciones europeas se desprende cierto déficit de legitimidad al no respetarse el sistema de separación y no injerencia de poderes, característico del modelo de Estado de Derecho. En segundo lugar, porque las medidas son insuficientes para hacer efectivo el valor de la igualdad.
7. La legitimidad de las medidas de acción afirmativa, según la interpretación que aquí se ha realizado, resulta coherente con los valores superiores enunciados en sistemas jurídicos nacionales, como el español, que van más allá del enjuiciamiento negativo que puede producir su aplicación concreta en determinados contextos, más allá de la estricta y sesgada interpretación de los Abogados Generales y las Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, y más allá de la conveniencia de las interpretaciones políticas de la Comisión.
8. Entiendo que las posibilidades que permiten Constituciones nacionales, como la española, e incluso el marco normativo europeo, no deben quedar reducidas por las restrictivas interpretaciones de la concepción liberal-individualista del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Este marco normativo permite una extensión con relación a los sujetos, objeto, ámbito y al contenido de las medidas a aplicar para poder hacer efectivo el principio de igualdad. En este sentido, y teniendo en cuenta los contextos sociales, políticos y económicos, se deben asegurar medidas de acción afirmativa, e incluso en algunos casos de discriminación inversa para todos los colectivos desfavorecidos, y no solo para las mujeres: extranjeros, minorías étnicas, minorías lingüísticas, minusválidos... En relación al ámbito, también deben extenderse a otros distintos del laboral, como el económico en sentido amplio, el político, el asistencial y el educativo. Por tanto, la extensión también debe realizarse en relación al objeto, no centrándose solo en el género, sino permitiendo la entrada de otros factores como la etnia, e incluso la condición de “grupo desaventajado”, de forma genérica, sin que eso pueda suponer el engullimiento de los otros factores. En realidad hay que recordar que la razón de la existencia de estas medidas se encuentra en la eficacia de la igualdad en sus dos dimensiones. La igualdad en la ley exige que los derechos fundamentales estén garantizados, y esta garantía supone una conexión entre los niveles normativos de concepto, validez y eficacia de los derechos.

VI. Bibliografía

- Abramovich, Víctor, María José Añón y Christian Courtis (compiladores), *Derechos sociales: instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2003.
- Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. M. Atienza e I. Espejo, CEC, Madrid, 1989.
- Atienza, Manuel y Juan Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996.
- Atienza, Manuel, *Introducción al Derecho*, Barcanova, Barcelona, 1985.
- , “Un comentario al caso Kalanke”, *Doxa*, 19, 1996.
- Barrère Unzueta, M., *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*, Civitas, Madrid, 1997.
- Bengoetxea, Joxerramon, *The Legal Reasoning of the European Court of Justice. Towards a European Jurisprudence*, Clarendon Press, Oxford, 1993.

- Bobbio, Norberto, *Contribución a la Teoría del Derecho*, trad., recopilación y estudio preliminar de A. Ruiz Miguel, Fernando Torres (ed.), Valencia, 1980. (Reeditado en Debate, Madrid, 1990.)
- , *Igualdad y Libertad*, Paidós, Barcelona, 1993.
- Bonet, Jordi, “El criterio del «interés público» en la práctica jurisdiccional relativa al artículo 10 del Convenio Europeo para la Salvaguardia de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales”, *Derechos y Libertades*, 2, 1993.
- Bulygin, Eugenio, “Legal dogmatics and the Systematization of Law”.
- , *Naturaleza jurídica de la letra de cambio*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961.
- Calsamiglia, Albert, *Introducción a la Ciencia Jurídica*, Ariel, Barcelona, 1990.
- Campoy, Ignacio (ed.), *Los derechos de las personas con discapacidad: Perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, Editorial Dykinson, Madrid, 2004.
- Carrió, Genaro R., *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976.
- Charpentier, Louis, “L’arrêt Kalanke. Expression du discours dualiste de l’égalité”, *Revue trimestrielle du droit européen*, n.º 2, 1996.
- De Lucas M., Franciaco, “La igualdad ante la ley”, *El Derecho y la justicia*, E. Garzón y F.J. Laporta (eds.), Trotta, Madrid, 1996.
- Díaz, Elías, *Sociología y Filosofía del Derecho*, Taurus, Madrid, 1977.
- Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, Gedisa, Madrid, 1988.
- Ferrajoli, Luigi, “La differenza sessuale e le garanzie dell’uguaglianza”, *Democrazia e diritto*, 1993
- , *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995.
- García Añón, José, “Representación política de las mujeres y cuotas”, *Derechos y Libertades*. Revista del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, n.º 11, 2002.
- Giménez Gluck, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- Lucas, Javier de (ed.), *El vínculo social: Ciudadanía y Cosmopolitismo*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia.

- Nino, Carlos Santiago, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica. (Con referencia particular a la dogmática penal)*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1989.
- Pérez Luño, Antonio-Enrique, "Concepto y Concepción de los derechos humanos", *Doxa*, 4, 1987.
- Prieto Sanchís, Luis, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990.
- Revista Temas Constitucionales, "Argumentación y juicio de igualdad: las versiones en el derecho europeo y el norteamericano", *Revista del Tribunal Constitucional de Ecuador*, Año 1, n.º 2, Quito, junio 2004.
- Rey Martínez, Fernando, *El Derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, McGraw-Hill, Madrid, 1995.
- Ruano, Lucía, "Acciones positivas y discriminación positiva", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 227, 1995.
- Ruiz Miguel, Alfonso, "La discriminación inversa y el caso Kalanke", *Doxa*, 19, 1996.
- Ruiz Sanz, Mario, "El cambio de paradigma en las funciones de la dogmática jurídica. Algunos apuntes sobre la teoría de la argumentación jurídica de R. Alexy", *Anuario de Filosofía del Derecho*, XI, 1994.
- , *La coherencia en el Derecho. Antinomias, conflictos y argumentación*, texto inédito, en prensa.
- Van de Kerchove, Michel y François Ost, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Presses Universitaires de France, Paris, 1988, [Trad. cast. I. Hoyo, Universidad Complutense de Madrid, 1997].
- Van Hoecke, M., "La systématisation dans la Dogmatique Juridique", *Rechtstheorie*, Beiheft 10, 1986.
- Vogel-Polsky, Eliane, "El derecho a la igualdad de los sexos. Modificaciones necesarias al Tratado de la Unión Europea", en *La protección internacional de los derechos de la mujer tras la Conferencia de Pekín de 1995*, F.M. Mariño (ed.), Madrid, BOE-Univ. Carlos III, 1996.

Igualdad, democracia y acciones positivas¹

Marcela V. Rodríguez²

Sumario

I. Introducción. II. Algunas aclaraciones previas acerca del concepto de igualdad y de acciones positivas. III. Sobre la justificación de las acciones positivas. 3.1. Justicia compensatoria. 3.2. Justicia distributiva. 3.3. Utilidad social.

- 1 Este artículo fue publicado con anterioridad por Marcela V. Rodríguez (con la colaboración de Nadia Rzoncinsky) como “Igualdad, democracia y acciones positivas”, en Gargarella, Roberto (coord.), *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Tomo II Derechos, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, pp. 619-657.
- 2 Abogada (Diploma de Honor), Universidad de Buenos Aires. Maestría en Derecho, Law School, Yale University (EE.UU.). Diputada Nacional, 2001-presente (mandato hasta 2013). Vicepresidenta Tercera de la Honorable Cámara de Diputadas de la Nación 2008 y 2009. Autora de iniciativas legislativas sobre derechos humanos, derecho constitucional, justicia y género. Consejera del Consejo de la Magistratura, 2002-2006. Asesora del Consejo para la Consolidación de la Democracia y de la Convención Nacional Constituyente de 1994. Investigadora del Centro de Estudios Institucionales de Buenos Aires. Consultora del Banco Mundial en proyectos de reformas de la administración de justicia y de género. Socia fundadora de la Asociación por los Derechos Civiles. Codirectora de la Dirección de la Mujer de la Municipalidad de Vicente López (premiado por ONU como Municipio Destacado de América Latina y el Caribe, 1998). Capacitadora judicial de entrenadoras/es judiciales para América Latina en el Proyecto Hacia una Jurisprudencia de la Igualdad, Asociación Internacional de Mujeres Juezas-BID. Directora Grupo Justicia y Género del Centro Interdisciplinario para el Estudio de Políticas Públicas. Autora de numerosas publicaciones sobre derechos humanos, derecho constitucional, administración de justicia y género. Entre los libros más recientes, se encuentran: *Reformas judiciales, acceso a la justicia y género* (2007), y *Una agenda para la equidad de género en el sistema de justicia* (2009).

IV. Argumentos a favor y en contra para la implementación de acciones positivas. V. Teorías de justificación de la democracia y el sistema de cuotas mínimas de participación política. 5.1. Concepción liberal. 5.2. Concepción economista. 5.3. Concepción perfeccionista. 5.4. Concepción pluralista. 5.5. Concepciones dialógicas. VI. Aproximaciones finales. VII. Bibliografía.

I. Introducción

La cuestión de las acciones positivas ha sido uno de los temas más polémicos de las últimas décadas en diversos países. El debate público sobre las acciones positivas se ha caracterizado por los vínculos que esta cuestión mantiene con algunas discusiones de suma importancia en el campo filosófico, político y moral y particularmente tiene una estrecha relación con los conceptos más básicos de justicia e igualdad. En este sentido, la discusión³ respecto de los programas de acciones positivas tiene significativas consecuencias constitucionales y políticas. La cuestión terminológica ha sido esclarecida en un alto grado y las diversas posiciones y justificaciones para aceptar o rechazar los programas de acciones positivas han sido clarificadas.

Este trabajo intentará demostrar que este mecanismo de acción positiva para la composición de las listas de los partidos políticos no es cuestionable constitucionalmente. Por el contrario, pretendo probar que este mecanismo tiene un sólido fundamento legal y filosófico. A tal efecto, procuraré desarrollar y articular los objetivos y fundamentaciones de los programas de acciones positivas en general, aplicándolos a este mecanismo particular. La aspiración, entonces, es establecer las posibles justificaciones para el sistema de cuotas en los partidos políticos y refutar los argumentos en su contra. Para ello, me propongo articular principios que operan en diversas concepciones de la igualdad, con el objeto de comprobar la legitimidad de este sistema de

3 En Estados Unidos, la Corte Suprema de Justicia ha resuelto diez casos sobre cuestiones relativas a acciones positivas durante 1978 y enero de 1990. Ver Simposio: Regentes de la Universidad de California v. Bakke (1978); Simposio DeFunis (1975) y Simposio sobre Discriminación Inversa (1979-80) realizados en Estados Unidos.

cuotas en términos de las concepciones filosóficas y constitucionales más difundidas de justicia y equidad.

En la primera parte se explica el enfoque conceptual elegido para su desarrollo. La segunda ofrece un análisis de los posibles argumentos en favor de este mecanismo de acciones positivas, teniendo en cuenta el hecho de que éste es un sistema que se refiere a las mujeres como grupo, más que focalizarse en lo individual. Luego, en la tercera parte, intento confrontar los argumentos sostenidos en contra de los programas de acciones positivas en general y, en particular, respecto del sistema de cuotas. Finalmente me refiero a la adopción del sistema de cuotas y a los principios de justificación de la democracia más difundidos.

Este no es un debate abstracto sino que pretende contribuir a la estructura, adopción, implementación y defensa de este sistema.

A modo de breve reseña, el sistema adoptado en Argentina, Ley Nacional N° 24.012, llamada comúnmente “Ley de Cupos”, fue sancionada en 1991. Esta Ley modificó el art. 60 del Código Electoral Nacional estableciendo que “las listas que se presenten deberán tener mujeres en un mínimo del 30 por ciento de los candidatos a los cargos a elegir y en proporciones con posibilidad de resultar electos”. Durante la década de los noventa la gran mayoría de las provincias incluyeron normas de acción afirmativa (similares a la legislación nacional) para la incorporación de mujeres en los poderes legislativos provinciales⁴.

La primera reglamentación con la cual contó la Ley fue el Decreto 379 de 1993; provocando la presentación de numerosos casos ante la justicia con el objeto de aclarar la forma en la cual debían conformarse las listas de candidatos. Se suman a estos casos nacionales, el presentado en instancia internacional, en el año 2000: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos declara admisible el caso presentado por Maria Merciadri de Morini c/Argentina. Ésta llega a una solución amistosa entre las partes; y en este contexto es sancionado el Decreto 1246/00 que reemplaza el anterior y define cómo deberá ser la integración de las listas de candidatos y candidatas, garantizando el cupo del 30% establecido en la Ley 24.012, en lugares con reales expecta-

4 Gherardi, N. y Kohen, B., “Participación de las mujeres en cargos públicos”, en *Informe sobre género y Derechos Humanos*, Biblos, Buenos Aires, 2005, pp. 53-67.

tivas de resultar electas. A su vez, este Decreto es modificado en sus artículos 4° y 5° por el Decreto 451/05.

Ya vigente la Ley 24.012 y con su primera reglamentación, se realiza la Reforma Constitucional de 1994, cuyos artículos 37°, 2do párrafo y 75° inc. 23, 1er párrafo, incorporan las acciones positivas. Además, la cláusula transitoria segunda de la constitución reformada dispone que aquellas medidas de acciones positivas que se dictaran en el futuro no podían ser inferiores a las existentes al tiempo de la sanción de la Constitución (en clara alusión a la Ley 24.012) y durarían lo que la ley determine.

Estas disposiciones no dejaron argumentos a quienes sostenían que la Ley de Cupos era inconstitucional⁵.

II. Algunas aclaraciones previas acerca del concepto de igualdad y de acciones positivas

Este escrito se explica teniendo en consideración la concepción general con respecto a las acciones positivas y su relación con la cláusula constitucional sobre la igualdad y las concepciones filosóficas sobre justicia y democracia. Existe una profunda interrelación entre las cuestiones constitucionales y filosóficas concernientes a la adopción de un sistema de cuotas para mujeres en los partidos políticos. Por tal motivo, considero necesario avanzar en los exámenes de filósofos y juristas relativos a las acciones positivas y su relación con las concepciones de igualdad a efectos de contribuir a la clarificación de las cuestiones constitucionales surgidas con la implementación del sistema de cuotas. También, tendré en cuenta algunos argumentos elaborados desde la teoría legal feminista que dirigen profundas críticas al marco conceptual tradicional sobre la protección de la igualdad.

Teniendo en cuenta que en muchos países no existen precedentes relevantes ni un desarrollo teórico-constitucional previo, los jueces dependerán

5 Para un análisis multidisciplinario de diversos aspectos de la ley 24.102, véase Vazquez, S. (comp.) *Hombres públicos, Mujeres públicas*, Fundación Sergio Karakachoff y Fundación Friedrich Elbert, Buenos Aires, 2002 [existe versión digital publicada en www.fes.org.ar. Con relación a la jurisprudencia sobre el tema se puede ver una presentación de los casos resueltos entre 1993 y 2002 en Allegrone, N., *"Ley de Cupo Femenino, su aplicación e interpretación en la República Argentina"*, FUNDAI y Fundación Friedrich Elbert, Buenos Aires, 2002.

de argumentos filosóficos a los efectos de la interpretación constitucional de la cláusula de protección igualitaria en su aplicación a este tema. Más aún, algunos de los modelos más difundidos de interpretación constitucional consideran que estos argumentos filosóficos juegan un rol relevante en la práctica de interpretación constitucional, dado que ellos proveen de un instrumento analítico en el estudio de las concepciones constitucionales corrientes. De este modo, la interpretación constitucional de la cláusula de igualdad en cuanto al sistema de cuotas para mujeres en las listas de los partidos políticos puede ser considerada desde el punto de vista de una comprensión filosófica de la noción de igualdad.

En primer lugar, sería difícil encontrar una fundamentación basándose únicamente en los textos constitucionales, debido a que suelen proveer un marco abstracto, general y vago, salvo aquellos países que han atravesado por un proceso de reforma constitucional reciente y que han incluido expresamente la cuestión de acciones positivas en sus textos⁶. Muchos autores —refiriéndose a la Constitución de EEUU, y esto también se aplica a otras constituciones de América Latina y el Caribe— han argumentado que es imposible derivar un significado preciso de la cláusula de protección a la igualdad del texto constitucional. En este sentido, Dworkin⁷ ha afirmado que la cláusula de igualdad construye un concepto de igualdad dentro del marco constitucional sin tomar ninguna posición acerca de una concepción particular de ella. Como resultado, Dworkin considera que si “los tribunales tratan de ser fieles al texto de la Constitución, ellos estarán, por esa misma razón, forzados a decidir entre concepciones competitivas de moralidad política”. En esta cuestión, resulta claro que el mero texto de la cláusula de protección de la igualdad en aquellas constituciones que no establecen disposiciones específicas no despliega las implicancias concretas de la igualdad

6 Por ejemplo, la Constitución Argentina reformada en 1994 ha establecido en su artículo 37, párr. 2, que “La igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral” y en el artículo 75, inciso 23, párr. 1, que corresponde al Congreso “Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”.

7 Dworkin, R., *Taking Rights Seriously*. Londres, Duckworth, 1977.

a los efectos de diseñar un programa legítimo de acciones positivas como el que estoy considerando.

En los casos de laguna en el texto constitucional, tampoco existen posibilidades de encontrar alguna ayuda inquirendo acerca de la intención de los constituyentes con respecto a esta cuestión. No sólo resulta cuestionable la validez del argumento de que debe adherirse a la intención específica de los constituyentes y es dudoso que sea posible acceder a ella, sino que en este caso resultaría imposible discernir cuál fue la intención de los constituyentes en cuanto a la protección igualitaria de los derechos de las mujeres a ser elegidas representantes, cuando en aquellos tiempos ni siquiera se les reconocía su derecho al voto. En realidad, podríamos concluir que en esos casos, no existe tal cosa como la intención de los constituyentes respecto de la cuestión de acciones positivas. En este contexto, es inútil acudir a la intención de los constituyentes a los efectos de obtener claves para derivar la constitucionalidad de mecanismos contemporáneos como el sistema de cuotas.

El primer paso en el análisis de la legitimidad del sistema de cuotas remite a la clarificación del significado del concepto de igualdad. En este sentido, es importante observar que la interpretación constitucional de la protección de la igualdad es un proceso que se refiere tanto a cuestiones normativas como fácticas.

La cláusula de protección igualitaria ha sido interpretada como confiriendo un estatus constitucional al ideal de igualdad. Se ha observado que la cláusula de igualdad ha sido diseñada a efectos de proteger los derechos individuales. Así, Rosenfeld⁸ describe que el postulado de la igualdad establece que los individuos tienen derecho a una igual autonomía e igual respeto como sujetos de elección moral, capaces de diseñar y perseguir sus propios planes de vida.

Sin embargo, parece que resulta más difícil saber cuándo el postulado de igualdad se satisface realmente al ser considerado en términos de medidas concretas. Esto es así, especialmente porque, como dice Fallon⁹ “gente diferente aplica el término diferentemente... porque el significado pleno de[l] término [igualdad] depende de una red anterior de valores y presunciones

8 Ver Rosenfeld, M., *Affirmative Action and Justice*, New Haven: Yale University Press, 1991.

9 Ver Fallon, R., “A constructive coherence theory of constitutional interpretation”, *Harvard Law Review* 100:1189, (1987).

filosóficas que es por sí cuestionable”. Por lo tanto, la discusión acerca del uso apropiado de “igualdad” implica una investigación normativa. Estos argumentos normativos juegan un rol legítimo dentro de la práctica de interpretación constitucional. No obstante, los razonamientos y justificaciones de las afirmaciones constitucionales que se basan en ellos deben ser expuestos claramente.

No existe una comprensión única de la cláusula de protección de la igualdad. Los argumentos al respecto en la teoría constitucional descansan en diversas concepciones filosóficas de igualdad moral y política. Por ejemplo, Dworkin¹⁰ sostiene que los derechos individuales bajo la cláusula de la igualdad son una cuestión de principios y que tales derechos deben ser explicados como exponentes de una idea coherente de la justicia. Por su parte, Karst¹¹ expresa que el núcleo de la cláusula de protección de la igualdad es “un principio de igual ciudadanía, la cual presuntamente garantiza a cada individuo el derecho a ser tratado por la sociedad organizada como un miembro respetado, responsable y participativo”. En la misma dirección, O’Fallon¹² observa que la cláusula de protección igualitaria demanda la conformidad con el derecho constitucional a igual tratamiento y respeto. El principio de igual ciudadanía, así como el de igual tratamiento y respeto, es propuesto por varios juristas que mantienen la convicción de que la cláusula de protección igualitaria constitucionaliza el postulado de la igualdad.

Para el propósito de este trabajo, resulta útil distinguir entre la igualdad de resultados y la igualdad de oportunidades. De acuerdo con el estudio expuesto por Rae¹³, la igualdad de oportunidades significa que “las oportunidades de poder, derechos y adquisición deben ser iguales: el poder, los derechos y las adquisiciones en sí mismas no”. Por su parte, la igualdad de resultados puede implicar consecuencias diferentes en contextos diferentes. Conforme el análisis de Rosenfeld¹⁴, existen algunas ocasiones en las cuales la igualdad

10 Ver Dworkin, R., *Law’s Empire*, Harvard University Press, Cambridge, 1986.

11 Ver Karst, K., “The Supreme Court 1976 Term Foreword: Equal Citizenship under the Fourteen Amendment”, *Harvard Law Review* 91:1, 1977.

12 Ver O’Fallon, J., *Adjudication and Contested Concepts: The Case of the Equal Protection*. New York University Law Review 54:19, 1979.

13 Ver Rae, D., Yates, D., Hoschschild, J., Morone, J., y Fessler, C., *Equalities*, Cambridge: Harvard University Press, 1981.

14 Rosenfeld, M., *Affirmative Action and Justice*, *op. cit.*

de medios y de fines convergen. Pero, en muchas otras, la igualdad de medios conducirá a fines desiguales y la igualdad de fines demandará medios desiguales. Esto significa que, algunas veces, resulta necesario proveer a alguna gente con instrumentos desiguales a efectos de garantizar igualdad de fines. La distribución desigual de instrumentos constituye una condición necesaria para el cumplimiento de la igualdad. Cuando la desigualdad social es la norma imperante en el contexto inicial previo a la distribución de herramientas, no podemos esperar que la mera igualdad abstracta de oportunidades sea capaz de asegurar la igualdad de resultados. Esto es especialmente relevante a efectos de evaluar la legitimidad del sistema de cuotas para mujeres en un contexto donde la discriminación de género y la jerarquía social son norma.

Por su parte, Western¹⁵ ha afirmado que no podemos considerar que existe igualdad de oportunidades cuando un individuo tiene que enfrentar impedimentos agobiantes que tornan prácticamente imposible procurarse el bien respecto al cual supuestamente está en igualdad de oportunidades. La igualdad de oportunidades significa algo más que una “mera posibilidad”. No podemos considerar que el imperativo de la igualdad de oportunidades se satisfaga cuando, como resultado de una distribución de igualdad marginal de instrumentos, algunos individuos terminan con una posibilidad casi insignificante de éxito. Por esta razón, es necesario tener en consideración que, en la distribución de medios y herramientas, algunas veces la igualdad de oportunidades requiere que algunos sean asignados en forma igual y se permita que otros se asignen en forma desigual, a efectos de evitar aquellas selecciones que implican confinar a algunas personas a no tener más que una mera posibilidad de éxito.

De acuerdo con Sunstein¹⁶, una desventaja sistemática es aquella que opera mediante estándares y lineamientos predecibles, en múltiples esferas de la vida y que se aplica a ámbitos tales como la educación, la libertad de violencia privada y pública, el empleo, la representación política y la influencia en la toma de decisiones, todas las cuales son básicas para la participación como ciudadanos/as en una sociedad democrática. Si la justa igualdad de oportunidades demanda la eliminación de las desventajas sociales, esto im-

15 Western, P., The concept of Equal Opportunity, *Ethics* 95:837, 1985.

16 Sunstein, C., Three Civil Rights Fallacies, 79 *California Law Review* 751, 1991.

plicaría defender una asignación desigual de determinados instrumentos fundamentales. En otras palabras, a efectos de erradicar desigualdades socialmente causadas, puede ser necesaria la adopción de programas reparadores para los discriminados o desaventajados, o algún otro tratamiento diferencial con respecto a aquellos medios cuya posesión depende de condiciones sociales.

Numerosas juristas feministas han desarrollado una idea más amplia del concepto de igualdad y han revelado que la doctrina de la igualdad, tal como ha sido sostenida en términos tradicionales, presume estándares que desaventajan a las mujeres. Desde una perspectiva feminista, la igualdad de género continúa siendo un ideal ilusorio. A pesar de la diversidad de posiciones dentro de las teorías feministas respecto del significado del término igualdad, existe un amplio consenso con respecto a la idea general de que la igualdad implica la eliminación de la condición de inferioridad a la que las mujeres han sido relegadas.

Una de las cuestiones cruciales en el debate respecto de los medios para lograr la igualdad de género es si debe considerar a los varones y mujeres como sujetos intercambiables, o si es necesario reconocer la unicidad de la situación de las mujeres en la sociedad, a los fines de satisfacer el ideal de igualdad. Para encarar la cuestión, acerca del tratamiento similar/tratamiento especial, es necesario tener en consideración que la formulación tradicional de la doctrina de igualdad, es incapaz de revertir la condición de inferioridad que sufren las mujeres. Existen limitaciones elementales en la noción tradicional de la igualdad que no contribuyen a la eliminación del sexismo. Más aún, muchas veces la interpretación de la cláusula constitucional de igualdad tradicionalmente aceptada, no sólo no contribuye a lograr la igualdad de género sino que aun fomenta una comunidad desigualitaria.

El sistema legal ha sido incapaz de garantizar una real igualdad de género. Ha adoptado un punto de vista formalista y “neutral”, que lo ha tornado incapaz de identificar y generar respuestas a las inquietudes y necesidades de las mujeres. Como consecuencia de esta “neutralidad” y de la idea de proveer un tratamiento similar a aquellos que están similarmente situados, el derecho ha sido incapaz de tener en cuenta la diversidad de las situaciones de las mujeres y sus demandas, dado que las mujeres están diferentemente situadas a los varones. El hombre es todavía el paradigma para el derecho, lo que hace imposible valorar la diversidad que es tan crucial para la igualdad de las mujeres.

El requisito de “tratamiento similar” entre los sexos hace surgir esta pregunta: ¿similar a quién? El modelo que el “tratamiento similar” utiliza es el modelo masculino. Esto desconoce las experiencias de las mujeres y conduce a la conclusión de que las mujeres pueden reclamar igualdad en tanto sean como los varones. Esta doctrina de igualdad formal no puede garantizar la igualdad real, dado que la realidad social nos demuestra que las personas no están similarmente situadas. Por el contrario, varones y mujeres están diferentemente situados con respecto a numerosas circunstancias económicas, políticas y sociales. Esta diferente ubicación es de orden jerárquico.

A efectos de construir una sociedad realmente igualitaria, es fundamental reconocer las diferencias entre los sexos e incorporarla en una visión más amplia de la igualdad. El fin es lograr la igualdad, respetando las diferencias; esto es, erradicando la necesidad de intentar una alianza con las pautas de un “otro” dominante como un prerequisite para ser tratado como un completamente par. En otras palabras, a efectos de lograr la igualdad de género y de garantizar que las mujeres obtendrán igual estatus y respeto como ciudadanas de acuerdo con su propia condición, es requisito reconocer que la identificación de normas y prácticas discriminatorias y el deber de la sociedad de garantizar derechos sustantivos, es una tarea más complicada que lo que se ha considerado tradicionalmente. En este sentido, las acciones positivas han sido concebidas como uno de los instrumentos más importantes para cumplir con el objeto de garantizar los derechos sustantivos de las mujeres.

Una sociedad justa demanda la igualdad de acceso a los recursos y de respeto. El logro de la igualdad de género implica el cumplimiento de determinados deberes por parte de la comunidad. Para reparar la desigualdad de género, la sociedad tiene que reconstruir sus reglas primarias a efectos de incorporar las perspectivas de las mujeres. Dado el hecho de que las perspectivas y experiencias de las mujeres han sido constantemente omitidas o desvalorizadas —especialmente en lo concerniente al dominio público—, esta reconstrucción requiere de un apoyo positivo.

Remediar la desigualdad de género, exige reconocer que las necesidades de las mujeres se originan en el contexto de la discriminación. De otra forma, las mujeres serán siempre acusadas de demandar un tratamiento preferencial inválido con el propósito de resolver problemas que son de su propia incumbencia y sus demandas continuarán siendo desoídas. La asignación asimétrica

de derechos y privilegios vigente genera el deber de la sociedad de garantizar que las mujeres posean los medios para alcanzar y reivindicar una plena ciudadanía. Esto significa concebir a la sociedad como una activa promotora de sus derechos fundamentales.

Esta cuestión presume una concepción amplia de los derechos, en oposición a una concepción estrecha que sólo reconoce derechos negativos contra la interferencia estatal. Por el contrario, los llamados derechos positivos implican un deber positivo por parte de la sociedad. El principio subyacente a esta concepción afirma que los derechos pueden ser violados tanto por acción como por omisión. Esto significa que ciertos derechos son violados si no se proveen los medios adecuados para que las personas los materialicen y, por tanto, la sociedad está obligada a observar las necesidades fundamentales de las personas.

Podemos encontrar dos criterios constitucionales fundamentales para evaluar los programas de acciones positivas. El primero presta atención a los fines, propósitos o intereses que el programa de acción positiva pretende. El segundo criterio se concentra en la relación causal entre el programa de acción positiva y sus fines, para averiguar si tal programa es el mejor instrumento posible a efectos de cumplir tales fines. Dos factores han sido considerados necesarios para el examen de los fines bajo tal criterio, de acuerdo con la decisión de la Suprema Corte de los EE. UU.: el programa de acción positiva debe tener un “propósito de reparación legítimo” y debe haber suficiente base fáctica —o “quantum de evidencia”— para creer que esta acción reparadora es requerida.

El propósito de los programas de acciones positivas es “quebrar viejos patrones de segregación y jerarquía” y abrir oportunidades para mujeres y minorías que les han sido cerradas tradicional y sistemáticamente, o “cambiar los signos visibles de pasadas distinciones raciales o sexuales y, así, brindar el aliento para el proceso de dismantelar las barreras, psicológicas o de otro tipo, erigidas por prácticas pasadas”. El test de los fines requiere no sólo un propósito restaurador de erradicar una desigualdad manifiesta, sino también prescribe que debe existir suficiente basamento en la evidencia para creer que esta acción reparadora es necesaria.

A fin de demostrar que existe suficiente evidencia para considerar que hay una situación de discriminación que demanda una acción reparadora,

es importante tener en consideración la magnitud de las estadísticas, cuando ellas son lo suficientemente grandes como para ser significativas, así como las diferencias entre los “valores esperados” —esto es, el número de mujeres que supuestamente alcanzarían estas posiciones en un proceso de selección no discriminatorio— y los “valores observados” (aquellas que efectivamente alcanzan estas posiciones). En este sentido, es suficientemente claro que esta desigualdad manifiesta realmente existe en el proceso político en lo concerniente a la participación de las mujeres. Una comparación del porcentaje de mujeres que ocupan cargos en el Congreso con el porcentaje de la población y de los/as afiliados/as de los partidos políticos, es lo suficientemente aguda para demostrar la existencia de esta desigualdad manifiesta.

Al menos dos tipos de mecanismos de acciones positivas han sido implementados en distintos países: cuotas y objetivos (“goals”). El sistema de cuotas consiste en una fórmula más o menos fija, utilizada para decidir cuántos miembros/as de un grupo minoritario o de mujeres deben ser aceptadas en una institución o acordársele un beneficio. Un sistema de cuotas es explicado muchas veces como un estándar definitivo, por el cual es obligatorio que determinado número de posiciones sea llenado por mujeres o por miembros/as de grupos minoritarios por ejemplo antes de que varones blancos sean selectos. Una cuota generalmente cumple la función de fijar un piso mínimo en el número de candidatos/as mujeres o minorías seleccionadas. Estas acciones apuntan a la concreción de resultados concretos en situaciones particulares, se dirigen a contrarrestar desigualdades específicas.

El segundo mecanismo utilizado para implementar un programa de acciones positivas es el de los objetivos (“goals”). En este caso no se trata de un estándar rígido que acatar sino metas plausibles de alcanzar mediante intentos de buena fe para contribuir al cumplimiento de las diversas facetas de los programas de acciones positivas. Suelen apuntar a cambios estructurales, y no son dirigidas a situaciones individuales sino a la reforma de mecanismos y prácticas que obstaculizan las oportunidades de las mujeres y minorías discriminadas, como es el caso de la modificación del horario de trabajo para hacerlo más compatible con las demandas familiares, o garantizar niveles de educación y niveles de entrenamiento de estudiantes y trabajadoras mujeres. Esta clase de acciones simplemente provee de los instrumentos que intentan balancear las reglas de juego entre varones y mujeres o mayorías y minorías.

Existe una controversia con respecto a la diferencia —si existe alguna— entre “objetivos” y “cuotas”. Hay quienes, como sugiere el Justice Powell en el caso Bakke¹⁷, consideran que es sólo una diferencia semántica. Otros, como Fullinwinder¹⁸, afirman que es erróneo referirse a los “objetivos” como un mecanismo notablemente diferente de las cuotas. Este autor también considera que es incorrecto sostener que los “objetivos” son flexibles y las cuotas inflexibles. Para otros autores existe una significativa diferencia entre cuotas y objetivos y sostienen que la flexibilidad o rigidez son notas definitorias de los objetivos o las cuotas. De cualquier modo, en el contexto de los programas de acciones positivas tanto los “objetivos” como las “cuotas” consisten en la incorporación de una proporción relativa de miembros/as de diferentes grupos —especialmente mujeres y minorías— en determinadas posiciones o en proveerles algunos beneficios especiales. El establecimiento de objetivos significa aspirar al logro de una cierta proporción de mujeres o miembros/as de grupos minoritarios en determinadas posiciones o actividades. Un objetivo puede consistir en la mera atención al ideal formal de igualdad de oportunidades o puede incluir la implementación de un tratamiento preferencial. Un sistema de cuotas se refiere a la asignación de una determinada cantidad de posiciones de acuerdo con un número previamente definido o con la proporción de posiciones a ser asignadas. Una cuota puede referirse a un piso o a un techo o a ambos.

En aquellas situaciones en las cuales falta la buena fe o no es suficiente, las cuotas constituyen la única aplicación operativa de las acciones positivas. Por ejemplo, las cuotas pueden ser más efectivas que los objetivos a efectos de eliminar ciertas barreras inconscientes como el principio de identificación. Muchas veces, aun cuando algunos consideren que se comportan bajo el principio de buena fe, persisten prácticas inconscientes de discriminación y las cuotas se convierten en el único modo efectivo de superarlas. En el caso de la competencia política por espacios de poder, se puede concluir que los términos de esta competencia son tan duros que la implementación de un sistema de cuotas es la única forma de garantizar a las mujeres la igualdad de oportunidades.

17 Regents of University of California v. Bakke, 438 U.S. 265, 1978.

18 Fullinwinder, R., *The Reverse Discrimination Controversy*, Towota, N.J., Rowman and Littlefield, 1980.

III. Sobre la justificación de las acciones positivas

Las acciones positivas han sido justificadas sobre la base de los siguientes fundamentos: justicia compensatoria, justicia distributiva y utilidad social. El presente análisis examina cada uno de estos tres fundamentos, y trata de mostrar cómo ellos pueden ser aplicados al sistema de cuotas para mujeres en las listas de los partidos políticos.

3.1. Justicia compensatoria

Uno de los argumentos principales en favor de las acciones positivas está basado en términos de justicia compensatoria. La justicia compensatoria acuerda reparaciones por daños pasados. El objeto de una medida basada en razones de justicia compensatoria es ubicar a aquellos/as que han sufrido injurias pasadas en el lugar que ellos/as hubieran ocupado, de no haber sido por las injusticias sufridas. De acuerdo con los argumentos de justicia compensatoria, las injurias pasadas originan un derecho a su reparación para quienes la han sufrido.

Es innecesario describir la histórica y sistemática discriminación que hemos padecido las mujeres. Catherine MacKinnon se refiere a algunos de los daños que las mujeres hemos sufrido:

En este país, con paralelos en otras culturas, la situación de las mujeres combina paga desigual con trabajo no respetado, ser blanco sexual para violaciones, violencia doméstica, abuso sexual cuando menores y sistemático acoso sexual; despersonalización, una caracterización física denigrante, su uso en entretenimientos desvalorizantes, la privación del control reproductivo y la prostitución forzada. Entender que estas prácticas se realizan por hombres hacia las mujeres es ver estos abusos como formando un sistema, una jerarquía de desigualdad. Esta situación ha ocurrido en muchos lugares, de una u otra forma, por un muy largo tiempo, a menudo en un contexto caracterizado por la privación de la propiedad privada (las mujeres suelen ser objeto de la propiedad más que poseerla), propiedad y uso de las mujeres como objeto, la exclusión de la vida pública, la pobreza basada en el sexo, una sexualidad degradada, y una devaluación del valor de las mujeres y de sus

contribuciones a la sociedad. Esta subordinación de las mujeres a los varones está socialmente institucionalizada, configurando acumulativa y sistemáticamente el acceso a la dignidad humana, al respeto, los recursos, la seguridad física, la credibilidad, la pertenencia a la comunidad, el discurso y el poder. Incluyendo todas sus variables, el grupo de las mujeres puede ser visto como poseedor de una historia social de falta de poder, explotación y subordinación, que se extiende hasta el presente¹⁹.

Por un largo tiempo, muchas de estas cuestiones, tales como la violencia de género, el acoso sexual, el abuso y violación conyugal, el cuidado y crianza de los/as hijos/as, han sido siempre descartadas como cuestiones de simple interés privado. Esto ha sido ratificado por la concepción de esferas separadas: la pública y la privada. De acuerdo con esta noción, se ha construido una poderosa y extensa ideología, reforzando la percepción que concibe al sistema de relaciones sociales como divididas entre dos esferas, una pública y masculina, y la otra privada y femenina. La esfera privada se refiere al hogar, a la familia, y al brindar cuidados. Está asociada con los valores y principios que están definidos como lo relacional, lo no jerárquico y altruístico. Estos roles han sido segregados de la vida pública relacionada con los negocios, el mercado y la actividad política. De las mujeres se espera que ejecuten representaciones familiares sirviendo en la esfera privada, mientras que se presume que los varones operan en el mundo público. Se considera que este dominio público encarna los valores de la competencia, el individualismo y la jerarquía. Estos valores se tornan en dominantes en tanto el dominio público prevalece en la estructura social y normativa.

El acceso y la participación de las mujeres en el mercado de trabajo se han incrementado notablemente durante las últimas décadas. Aún así, las cargas que la esfera privada impone a las mujeres no han disminuido y las oportunidades de mayores éxitos económicos y profesionales son todavía muy limitadas. Ha sido ampliamente reconocido que mantener cierto grado de independencia financiera es una condición necesaria para participar en el proceso político. Si las personas no tienen esta seguridad económica, ellas se

19 MacKinnon, C., From Practice to Theory or What Is a White Woman Anyway, *Yale Journal of Law and Feminism*, Vol. 4, 15, 1991.

convierten en dependientes de los más poderosos y están también descartados por el sistema social. Más aún, aquellos/as que están en los márgenes de la estructura social, simplemente carecen de los recursos requeridos en la práctica por la actividad política. Existe una conexión inevitable entre el estatus económico y el poder político²⁰. La extendida opresión de las mujeres y su relajamiento a una posición económica marginal inevitablemente restringe el avance de una participación política significativa.

El contexto social ha sido extremadamente dañino para la participación política de las mujeres. Kupperman²¹ ha descrito las desventajas sociales y psicológicas que las/os candidatas/os de programas de acción positiva tienen que enfrentar: ambivalencia acerca del éxito, la falta de modelos de roles, y la ausencia de una masa crítica de colegas dentro de la institución. Estos obstáculos sociales y psicológicos pueden frustrar las posibilidades de éxito de las mujeres de la misma manera que un proceso de selección directamente discriminatorio. En las palabras de Kupperman: “Un tratamiento justo requiere no solo la justa consideración por el individuo, sino también un contexto social en el cual el individuo tenga una chance justa para futuros éxitos”²².

Las persistentes circunstancias psicológicas y sociales hostiles han generado un medio social y político que reduce las ocasiones de éxito de las mujeres. Ellas están inhibidas desde temprana edad con respecto a las posibilidades de seguir carreras y desempeñar ocupaciones tradicionalmente desarrolladas por varones. Como resultado, los varones disfrutaban de los privilegios sociales y psicológicos y la motivación para alcanzar futuros éxitos con respecto a tales posiciones. Ha habido un cambio social en los últimos años con respecto a los obstáculos que las mujeres tienen que enfrentar y los impedimentos sociales y familiares en lo concerniente a las aspiraciones a ocupar determinadas posiciones detentadas hasta ahora exclusivamente por

20 Para un desarrollo de la relación entre participación política y factores como clases, estatus económico y social ver Almond G. A. y Verba S., *The Civic Culture: Political Attitudes and Democracy in Five Nations*, Princeton University Press, Princeton, 1963; y para una crítica de esta obra desde una perspectiva feminista ver Pateman, C., *The Disorder of Women*, Stanford University Press, 1989, pp. 141 y ss.

21 Ver Kupperman, J., *Relations between the sexes: Timely v. Timeless Principles*, 25 San Diego L. Rev. 1027. (1988).

22 *Ibid.*

varones. Pese a ello, las mujeres continúan sufriendo un sentimiento ambivalente con respecto al trabajo fuera de la casa, enfrentando la consternación y preocupación por eventuales fallas en lo profesional o en lo personal. Estos son miedos con los que los varones no tienen que lidiar, por lo menos en el mismo grado que las mujeres.

Eso es así porque, en muchos trabajos, y la actividad política es un ejemplo típico, la medida de la capacidad o competencia, aunque está aparentemente expresada en términos neutrales con respecto al género, refleja las experiencias, valores y prejuicios de los varones. La esfera política está caracterizada como un ámbito que requiere un temperamento competitivo y agresivo. En este sentido las mujeres son frecuentemente condenadas por no comportarse tan agresivamente como los varones. La validez de las experiencias y valores de las mujeres son, en general, descartadas dado que las mujeres pocas veces se encuentran en posiciones de poder que les permitan legitimar sus voces, o bien asumen comportamientos similares a los masculinos a los fines de ser reconocidas y juegan con sus mismas reglas. Como resultado, los atributos y contribuciones de las mujeres permanecen negados y denigrados. Sin embargo, aún cuando la actividad política refuerza el punto de vista de los varones y sus experiencias, ello está escondido tras reglas de juego aparentemente neutrales respecto del género, que benefician a los varones. Sin embargo, el carácter de “objetividad” que supuestamente detentan, las hace aparecer como reflejando simplemente un orden neutral respecto al género.

Otro obstáculo que las mujeres que compiten en la arena política tienen que enfrentar es la falta de modelos de roles en esos papeles, problema que los varones nunca han sufrido. Esto también puede dañar las posibilidades de las mujeres para futuros éxitos en la actividad política. Este obstáculo está relacionado con otro, que es la ausencia de una masa crítica de colegas. Esta falta de un medio alentador puede también producir efectos perjudiciales para las probabilidades de éxito de las mujeres, dado que ellas pueden considerarse ocupando el lugar de una minoría aislada, siempre en exhibición, examinadas y cuestionadas. Estos sentimientos pueden también afectar su eficiencia y su capacidad de mantenerse en altas posiciones o alcanzar mayores éxitos.

Podemos concluir que, dadas estas condiciones psicológicas y sociales negativas, las acciones positivas pueden ser el único modo de compensación.

El sistema de cuotas en las listas de los partidos políticos es un mecanismo justo y legítimo sobre la base del principio de igual protección ante la ley pues al compensar a las mujeres por un contexto social y político históricamente discriminatorio en términos de género, promueve su acceso al proceso político, siguiendo los requerimientos de un principio de igualdad real.

3.2. Justicia distributiva

Asimismo, es posible justificar un mecanismo de acción positiva como el sistema de cuotas, sobre la base de razones de justicia distributiva. Este principio toma en cuenta no el pasado sino el presente y el futuro, a efectos de determinar cuál es la forma más justa de asignar los bienes y recursos sociales y políticos. De acuerdo con los principios de justicia distributiva, la distribución de bienes y recursos debe estar guiada por una preocupación real respecto a factores tales como derechos, méritos, contribuciones y necesidades.

El principio de justicia distributiva puede reconocer injusticias pasadas pero su objetivo no es compensarlas sino revocar sus efectos presentes. En efecto, tomando en consideración estos principios de justicia distributiva, una persona está autorizada para recibir los beneficios de un programa de acción positiva, no porque la sociedad está reconociendo y tratando de reparar injusticias pasadas sino porque merece una porción mayor de los recursos de la comunidad.

La teoría de justicia distributiva sostiene que el Estado debe realizar una distribución equitativa de los bienes y cargas entre sus miembros. Este principio alude tanto a los actos de distribución como a los estados de hecho que son la consecuencia de cierta asignación de bienes, recursos y cargas. Como Feinberg afirma “una distribución puede entreverse como un “producto” que no es el resultado de algún proceso distributivo deliberado, sino simplemente un estado de hecho cuya producción ha sido demasiado complicada para resumir o para adscribir a algún grupo definido de personas”²³. De acuerdo con la concepción de Feinberg sobre la justicia distributiva, esta debería ser apreciada en su sentido más amplio, esto implica teniendo en consideración tanto el proceso como el producto de la distribución, si tal distribución está

23 Feinberg, J., *Social Philosophy*. Englewood Cliffs, N.J.: Prentice-Hall, 1973.

diseñada intencionalmente o no. En igual sentido, Sunstein ha criticado la exigencia de una intención discriminatoria para calificar una situación como discriminación y ha afirmado que abandonar el requisito de intencionalidad nos lleva más allá del modelo compensatorio e involucra un reordenamiento social²⁴.

Según la descripción de Nagel²⁵, existe una “igualdad moral entre las personas”, y cada persona posee una “igualdad para reclamar ventajas reales o posibles”. En este sentido, el igualitarismo “establece un orden de prioridades entre las necesidades, y otorga preferencia a la más urgente”. Siguiendo esta idea, Nagel establece un principio jerárquico de prioridad de necesidades: “Cada reclamo de un individuo tiene una forma compleja: este incluye más o menos todas sus necesidades e intereses, pero en un orden de relativa urgencia de importancia. Esto determina tanto cuál de ellas debe ser satisfecha primero como si ellas deben ser satisfechas antes o después los intereses de otras” y “la característica esencial de un sistema igualitario de prioridades es que éste acuerde ventajas para el beneficio de los menos favorecidos”. Conforme a un criterio igualitario de justicia distributiva coherente con esta visión, esto requeriría la búsqueda de la igualdad de resultados más que la igualdad de oportunidades. En realidad, la igualdad de oportunidades a menudo conduce a la desigualdad de resultados, y por lo tanto, parece ser menos conveniente que la igualdad de resultados a efectos de alcanzar la realización plena de las necesidades más urgentes de cada individuo. En un marco de discriminación y desigualdades sociales, la mera igualdad de oportunidades conduciría a desigualdades de resultados. Para cumplir con el principio de justicia distributiva, es necesario adoptar la igualdad de resultados más que de oportunidades.

Uno de los fundamentos para adoptar un principio de justicia distributiva es el de generar un marco institucional apropiado para proveer un equilibrio óptimo entre el logro de un grado social de cooperación necesaria para asegurar el funcionamiento adecuado de la sociedad y el de la protección de los derechos individuales.

De acuerdo con la teoría de Rawls²⁶, existen dos principios de justicia que podríamos aplicar a esta cuestión. El primero sostiene que: “cada persona

24 Sunstein, C., *Three Civil Rights Fallacies*, *op.cit.*

25 Nagel, T., *Mortal Questions*, Cambridge University Press, Cambridge, 1979.

26 Rawls, J., *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, 1971.

tiene un derecho igual a la más extensa libertad compatible con una libertad similar de los otros”. El segundo principio es conocido como el “*principio de diferencia*” y este principio prescribe que “las desigualdades sociales y económicas deben ser arregladas de forma tal que ambas estén: a) para el mayor beneficio de los menos favorecidos...y b) asociadas a oficios y posiciones abiertas a todos bajo condiciones de una justa igualdad de oportunidades”. Rawls afirma que una desigualdad de oportunidades sólo es aceptable si ésta agranda “la oportunidad de aquellos con menores oportunidades”. Estos principios de justicia están diseñados para ser aplicados no a cada problema social en particular, sino sólo a la “estructura básica de la sociedad” que describe “el modo en el cual las mayores instituciones sociales distribuyen deberes y derechos fundamentales y determinan la división de ventajas de la cooperación social”²⁷.

Este sistema de cuotas para mujeres en las listas de los partidos políticos, se refiere realmente a la estructura básica de la sociedad, dado que afecta a la distribución de derechos básicos basado en la igualdad así como a la división de las ventajas de la cooperación social. En verdad, este sistema involucra a las instituciones y prácticas sociales más fundamentales, promoviendo el acceso de las mujeres a la distribución de posiciones de poder, y a la construcción de un sistema político más justo e igualitario, que refleje una composición más democrática de los poderes públicos.

Dada la existencia de discriminación sexual tanto a nivel individual como institucional, y teniendo en cuenta el estado corriente de desventajas sociales y psicológicas que las mujeres tienen que superar a efectos de adquirir credenciales iguales a aquellas que ostentan los candidatos varones, el sistema de cuotas es legítimo de acuerdo con un principio de justicia distributiva dado que garantiza a las candidatas mujeres una oportunidad de obtener logros políticos y recursos en posiciones de poder, igual a los candidatos varones.

Las mujeres están significativamente subrepresentadas en los niveles más altos de toma de decisiones y del poder, aun cuando ellas son la mitad de la población. Esta distribución desigual del poder no puede ser explicada por ninguna otra consideración relevante que no sea un sistemático e histórico sexismo. Este mecanismo de acciones positivas contribuye así a una sociedad

27 Para un análisis de las potencialidades y críticas de la teoría de Rawls desde una perspectiva feminista, véase Moller Okin, S., *Justice, Gender and the Family*, U.S., Basic Books, 1989, pp. 89 y ss.

más justa por garantizar una más justa distribución de recursos e igualdad de oportunidades de éxitos, tratando de ubicar a las mujeres en condiciones de igualdad con respecto a los candidatos varones.

3.3. Utilidad social

La adopción de un mecanismo de acciones positivas tal como el sistema de cuotas, puede ser justificada sobre la base del argumento que este mecanismo proporciona un mayor grado de utilidad social²⁸. Conforme con la teoría de la utilidad social, un sistema de acciones positivas está justificado cuando es necesario o conveniente para maximizar el bienestar de la sociedad en su conjunto. Más que prestar atención a los derechos individuales, como es el caso de las teorías de justicia compensatoria y distributiva, se trata de incrementar la utilidad social desde el punto de vista del bienestar general. Para evaluar si un sistema de acción positiva está justificado por razones de utilidad social, es necesario concentrarse en criterios empíricos de bienestar social, más que en cuestiones teóricas y concepciones de adjudicación.

En este sentido, los programas de acción positiva pueden ser justificados aún si aquellos/as que reciben los beneficios no han sido dañados/as o tratados/as desigualmente en el pasado, siempre que estos programas incrementan los beneficios de la sociedad en su conjunto. Para desarrollar el análisis de costos y beneficios que justificaría un programa de acción positiva bajo criterios de utilidad, es necesario tener en consideración ventajas tales como la promoción y progresión de modelos de roles deseables, la destrucción de estereotipos negativos, el logro e incremento de la diversidad, el alivio de las tensiones entre los sexos, y la provisión mejorada de servicios a las personas menos poderosas de la comunidad. Un programa de acción positiva puede ser adoptado, si las ventajas que éste acarrea para la sociedad son mayores que los costos que le significan.

Con el objeto de desarrollar este análisis de costos y beneficios, resulta oportuno concentrarse particularmente en las siguientes cuestiones. En pri-

28 Los criterios de utilidad social no brindan por sí solos justificación suficiente para adoptar medidas que puedan afectar derechos de terceros. En el caso del sistema de cuotas, la fundamentación central recae en los argumentos de justicia compensatoria y distributiva. Sin embargo, los criterios de utilidad social a desarrollar aportan mayores elementos para tal fundamentación.

mer lugar, se debe evaluar la relación entre los beneficios que reciben los/as miembros/as del grupo en favor del cual el programa de acciones positivas ha sido adoptado y los daños que supuestamente deben ser tolerados por otros. En este sentido, el tratamiento preferencial acordado a las mujeres por el sistema de cuotas no sólo conduce a un beneficio neto de la sociedad, sino que la resignación de ciertas posiciones deseables de varones a mujeres no conduce a un resultado de suma cero. En una dirección similar, Fullinwinder²⁹ afirma que los beneficios que las personas de color reciben a causa de los programas de acciones positivas tendrán un valioso impacto en la sociedad en su conjunto, mientras que las pérdidas que tendrán que soportar los blancos van a acarrear consecuencias perjudiciales sólo para aquellos individuos que están directamente afectados.

Más aún, este mecanismo de acción positiva no parece producir ningún cambio significativo en cuanto a la imagen de los varones como grupo. Tal como afirma Nagel con respecto a los programas de acción positiva para las personas de color: “La auto-estima de los blancos como grupo no está en peligro por [las acciones positivas] dado que la situación se produce solo por su dominación social general, y el objeto de la práctica es solo beneficiar a los negros, no excluir a los blancos. La política está diseñada para favorecer un grupo cuya posición social está excepcionalmente debilitada, con consecuencias destructivas tanto para la auto-estima de los miembros del grupo como para la salud y la cohesión de la sociedad”³⁰.

Dada la presunción que asignar las bancas a los/as candidatos/as más calificados/as es usualmente el mejor modo de lograr la maximización de las utilidades políticas y sociales, el segundo factor a tomar en consideración, a efectos de juzgar la aplicabilidad del argumento utilitario para justificar un sistema de cuotas, es si este mecanismo puede disminuir la calidad de los/as representantes.

En primer lugar, este argumento está basado en la falsa premisa de que, en ausencia de acciones positivas, los candidatos llegan al Congreso sobre la base del mérito y la competencia. Sin embargo, las mujeres siempre han sido mantenidas al margen de la competencia por posiciones de poder y se les ha negado sistemáticamente la posibilidad de desplegar sus potencialidades en

29 Fullinwinder, R., *The Reverse Discrimination Controversy*, op. cit.

30 Nagel, T., *Mortal Questions*, op. cit.

iguales circunstancias y excluidas de la actividad política y de los procesos políticos por un largo período. Pese a ello, todavía tienen que tolerar prejuicios sociales en contra de su competencia política.

Kupperman afirma que la selección de los/as candidatos/as de acciones positivas es la forma de elección adecuada porque estos programas contribuyen a determinar quién es en realidad el/la candidato/a más calificado/a, lo cual sería una decisión muy difícil de tomar con precisión en una sociedad discriminatoria.

Además, la misma idea del mérito que subyace al argumento relacionado con los candidatos más calificados es en sí misma cuestionable. Las nociones de mérito y competencia han sido basadas en términos masculinos, en un contexto usualmente moldeado conforme a sus características. Dado el carácter de los problemas humanos con los que tienen que lidiar los/as representantes, existen muchas otras habilidades y características que deben ser tomadas en consideración. En realidad, la cuestión relativa a la competencia debe ser resignificada. Surge la necesidad de redefinir cómo el mérito es valorado en términos de la actividad que aquellas/os afectadas/os por los programas de acción positiva van a implementar. En términos de un sistema democrático, lo que está en juego es la representación de intereses y, tal como lo ha afirmado Mill, nadie es mejor juez de los propios intereses que uno/a mismo/a.

Siguiendo la premisa de que nadie es mejor juez/a de sus propios intereses que uno/a mismo/a, ello sugiere que, en la medida en que sea otro/a el/la encargado/a de evaluar los principios propuestos para solucionar una cuestión política a la luz de los intereses de una persona o de un grupo de personas inevitablemente se producirá una distorsión en la apreciación de esos intereses. Tal distorsión se produce por la falta de explicación clara de sus intereses por parte del mandante, por falta de conocimiento cierto de tales intereses por el mandatario, por la interposición de los intereses del propio mandatario, etc. Por eso la incorporación de mujeres en la toma de decisiones mediante mecanismos de acciones positivas como el sistema de cuotas en los partidos políticos contribuye a una representación más genuina de la diversidad de la sociedad y de la mayor cantidad de intereses.

Las mujeres en el Congreso no sólo tienen altas posibilidades de contribuir a los intereses de las mujeres, sino que también contribuyen a una ima-

gen más valorada de las mujeres a causa de los procesos de identificación de otras mujeres. Asimismo, el avance en las posiciones de las mujeres contribuye a los beneficios de la sociedad en su conjunto. Las acciones positivas, al redistribuir las oportunidades de acceso a posiciones de poder, reducirán también las desigualdades subyacentes y disminuirán las tensiones sociales. El bienestar general estaría claramente aventajado con la incorporación de las voces de las mujeres en el debate público puesto que ubicarlas solamente en lugares alejados de la toma de decisiones conduce a despreciar sus potencialidades y cortar sus propios avances.

Uno de los principales daños que resultan de una discriminación sistemática es una grave baja de la autoestima colectiva. Un sistema de cuotas para mujeres en los partidos políticos³¹ que les permita acceder a posiciones de poder y prestigio produciría un notable cambio en la autoimagen colectiva del grupo. Este sistema beneficiará a algunas mujeres en una forma directa, pero también aventajará a las mujeres como grupo.

La presencia de mujeres en estas posiciones en la sociedad ejercerá una influencia constructiva en otras. Por el contrario, la falta de tales modelos de roles transmite el mensaje inverso de que las mujeres son repelidas de las categorías prestigiosas y relegadas a los peores niveles de la estructura social. Para concluir, la presencia de mujeres en tales posiciones podrá contribuir a quebrar las imágenes de los estereotipos negativos tradicionales de mujeres. En palabras de Deborah Rhode: "Para lograr un orden social en el cual la riqueza, el poder y el status no son distribuidos a lo largo de líneas raciales, étnicas o sexuales, debemos primero disipar los estereotipos que contribuyen a esta distribución desigualitaria. Las acciones positivas pueden ser cruciales en este esfuerzo por ubicar una masa crítica de mujeres en puestos no tradicionales. Solo asegurando su presencia más allá de niveles de muestra podemos esperar contrarrestar los prejuicios latentes y los procesos de socialización que han perpetuado las desigualdades ocupacionales. Aunque los efectos positivos son difíciles de cuantificar, las investigaciones de las ciencias sociales sugieren que los modelos de roles han ayudado a expandir las aspiraciones de las mujeres. La experiencia con colegas mujeres más allá de los niveles de

31 Así como en otros ámbitos, por ejemplo el Poder Judicial, las asociaciones sindicales, cargos del Poder Ejecutivo, universidades y sistema de ciencia y tecnología, entre tantos otros.

muestra pueden también reducir los estereotipos adversos entre los varones que toman decisiones”³².

IV. Argumentos a favor y en contra para la implementación de acciones positivas

En esta sección, trataré de confrontar algunos de los argumentos que los oponentes de las acciones positivas y, en particular del sistema de cuotas para mujeres en los partidos políticos, han dirigido en contra de este mecanismo de acuerdo con los diversos modos de justificarlas.

En primer lugar, se ha argumentado que el principio de justicia compensatoria como base de programas de acciones positivas enfrentaría un obstáculo inicial, debido a que la razón para su implementación está dada por daños que han sido sufridos por algunas personas que no son exactamente las mismas que van a ser beneficiadas por estos programas. Esto haría surgir la pregunta de si la compensación es debida por tales daños a estas personas.

Sin embargo, la desigualdad y discriminación históricas tales como la subordinación y la degradación sufridas por siglos no pueden ser separadas de los resultados actuales de aquella historia. Esto significa que los daños pasados y presentes son inseparables. La discriminación actual, aún cuando haya sido atemperada, es un resultado de nuestra historia anterior. Las injurias sufridas por las mujeres no pueden aislarse de los hechos de subordinación histórica y los impedimentos para participar en el proceso político. Por esta razón, está fuera de la cuestión preguntarse si un mecanismo de acciones positivas compensatorias tal como el sistema de cuotas, está concebido como un sistema para reparar las violaciones a la igualdad perpetradas en tiempos pasados, o como una forma de compensar a causa de los resultados perjudiciales presentes de tales violaciones.

Otra cuestión que está implicada en este tema es que, a efectos de justificar la implementación de un mecanismo de acciones positivas compensatorio, es necesario demostrar que ha existido una injusticia o perjuicio anterior, realmente padecido por aquellos/as que van a recibir los beneficios

32 Rhode, D., *Justice and Gender*, Harvard University Press, 1989, p. 188.

del mecanismo. Esto hace surgir la pregunta de si todas las integrantes del grupo que están beneficiadas por este sistema han sido perjudicadas para concluir que las reparaciones pueden ser acordadas sobre las bases de la pertenencia al grupo. En el contexto de la discriminación de género, la desigualdad fue y es sufrida por las mujeres meramente a causa de su pertenencia al grupo de las mujeres, esto es, por razón de género, y, por tanto, la pertenencia a este grupo brinda justificación suficiente para estar habilitadas a la compensación. La discriminación de género ha sido, y todavía es, una cuestión no de individuos sino de las mujeres como grupo.

En el orden político y social, el género nunca ha sido una característica irrelevante. Sugerir lo contrario implica negar una realidad social histórica de jerarquía y subordinación. Dado que la pertenencia al grupo de las mujeres ha sido un motivo relevante a efectos de la discriminación, entonces debe ser una causa relevante a efectos de su reparación. Negar los daños colectivos de esta discriminación significa ignorar que la discriminación de género ha sido desplegada sistemáticamente y dirigida al grupo de las mujeres por entero. Debido a que la discriminación ha sido focalizada en las mujeres como grupo y no como individuos, la justicia compensatoria es debida a las mujeres como grupo.

La percepción social de la inferioridad de las mujeres ha sido sufrida por todas y cada una de las mujeres, independientemente de todo lo prestigiosa que ella pueda ser. De este modo, las mujeres han sufrido una estigmatización directa e injurias a su propia imagen. Las palabras del Justice Marshall acerca de los negros, en su opinión separada en *Bakke*, podrían aplicarse también a las mujeres: "Es innecesario en el siglo XX en América hacer que los negros individualmente demuestren que ellos han sido víctimas de la discriminación racial; el racismo de nuestra sociedad ha sido tan extendido que ninguno, independientemente de su riqueza o posición, ha podido escapar a su impacto"³³. Todas las integrantes del grupo han sufrido discriminación porque la discriminación envuelve a todas y, por tanto, la compensación requerida para repararla también debe aplicarse a todas y a cada una de las mujeres.

El hecho de que algunas mujeres hayan recibido una educación adecuada y no hayan sufrido directamente los obstáculos legales no significa necesaria-

33 Véase *Regents of University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265, 1978.

mente que ellas no han sufrido discriminación. La mera posibilidad de recibir una educación adecuada y quizá buenos trabajos y no haber sufrido impedimentos legales no elimina sus derechos a justicia distributiva. En segundo lugar, la correlación entre género y la desigualdad relativa de oportunidades es lo suficientemente alta como para justificar la adopción de programas de acciones positivas en términos de grupo. Kupperman critica la noción de que la justicia está fundamentalmente relacionada con decisiones entre individuos. Este autor considera que quienes mantienen esta presunción están equivocados en su comprensión de la justicia, dado que no es posible que una persona sea tratada igualitariamente sin considerar el tratamiento que la sociedad depara al grupo al que aquella persona pertenece: “Si la segregación obstaculiza las chances de alguien, entonces existen causas para decir que un tratamiento justo demanda no solo una justa consideración para el individuo sino también un contexto social en el cual el individuo tenga una chance justa para mayores éxitos, y esto puede a su vez demandar una consideración especial para un grupo (tal como el de mujeres o negros)”³⁴.

Thomson también trata el argumento de que muchos/as de los/as que tiene derecho al beneficio de las acciones positivas no han sufrido directamente discriminación. Ella contesta que: “Aún aquellos/as [que] no fueron ellos/as mismos/as denigrados/as por ser negros o mujeres han sufrido las consecuencias de la denigración de otros negros y mujeres: la falta de auto confianza y la falta de auto respeto. Allí donde la comunidad ha aceptado que el hecho de que una persona sea negra o mujer es motivo adecuado para negar a tal persona una pertenencia plena a tal comunidad, apenas podría suponerse que nadie salvo los más extraordinarios negros o mujeres han escapado la auto desconfianza”³⁵. En realidad, la cuestión no es que este mecanismo de acción positiva niega a los varones la igualdad de oportunidades, sino que, dado que el principio de identificación refuerza las desigualdades pasadas, las mujeres serían privadas de iguales oportunidades en ausencia de acciones positivas. La pregunta acerca de la justicia y legitimidad de una medida relativa a la protección de la igualdad, tal como el sistema de cuotas, no puede ser analizada en términos de una mujer como individuo sobre bases

34 Kupperman, J., *Relations between the sexes*, op. cit.

35 Thompson, J., Preferential Hiring, en Cohen, M., Nagel, T. y Scalon, T. (eds.), *Equality and Preferential Treatment*, Princeton University Press, Princeton, 1977.

independientes, sino que debe enfocarse primero en términos de su pertenencia al género, a un grupo y al diseño total de una sociedad más justa. Bajo las presentes circunstancias, este sistema de acciones positivas se torna indispensable para la construcción de una sociedad más justa e igualitaria.

Una de las principales objeciones a los programas de acciones positivas, que ha sido dirigida al sistema de cuotas, se dirige en la discriminación inversa que ella implicaría para los varones en razones de sexo. Los oponentes de las acciones positivas, basándose en términos de individuos, alegan que los varones podrían argumentar que este sistema de cuotas tiene efectos discriminatorios para ellos. Ellos alegan que se trata de discriminación inversa, dado que la implementación de preferencias basadas en el género en el proceso de selección de candidatos ocasiona que los varones individualmente sean tratados menos favorablemente que las mujeres individualmente. Observan que en lugar de contribuir a la lucha contra la discriminación, las acciones positivas la perpetúan.

Sin embargo, se puede replicar que los efectos que un sistema de cuotas produce contra los varones individualmente, son absolutamente diferentes que la discriminación tradicional que han padecido las mujeres. Estas diferencias van más allá del estatus legal y conciernen principalmente a la motivación y al impacto social de esta medida. La motivación que existe detrás de las dos formas de tratamiento es inequívocamente diferente. Tradicionalmente, la sistemática discriminación contra las mujeres se ha sostenido y perpetuado sobre un ánimo discriminatorio, el cual no está presente en este mecanismo de acciones positivas. Más aún, esta legislación es sancionada por un Congreso conformado por una mayoría absoluta de varones. En efecto, las personas que tienen el poder político y el control de las instituciones sociales y políticas y son responsables de la creación de este tipo de programas de acción positiva, son en su abrumadora mayoría varones. Es inconcebible que los varones sufran alguna vez una estigmatización semejante a aquella que las mujeres han sufrido. A diferencia de la discriminación contra las mujeres, el uso de preferencias genéricas no afecta a los varones individualmente en las mismas condiciones de colocarlos en una situación en la cual son tratados como una clase de ciudadanos de segunda simplemente por razones de sexo.

Los efectos de los programas de acciones positivas, tales como el sistema de cuotas, no son tan extendidos o sistemáticos como la discriminación tra-

dicional contra las mujeres lo ha sido. En realidad, la incorporación de un treinta por ciento de mujeres en las listas de los partidos políticos no puede ser considerada siquiera como una modificación real en la estructura de poder político y social. Los varones como grupo continúan teniendo el control de todos los resortes de las instituciones políticas, el poder económico y el acceso a los privilegios sociales.

La subordinación de género ha sido centrada en la pertenencia a un grupo mientras que los efectos del sistema de cuotas para los varones se dirigen a los individuos. Considerando los resultados de los programas de acciones positivas en el nivel grupal en lugar que en el individual, el argumento de la discriminación inversa puede ser descartado. El sistema de cuotas no es discriminatorio hacia los varones porque, desde una perspectiva de grupo, las acciones positivas son simplemente un mecanismo corrector.

A efectos de fundamentar su reclamo respecto de que los sistemas de acciones positivas los están privando de determinadas posiciones, los varones deberían probar primero que estas posiciones les pertenecen. Cuando los oponentes del sistema de cuotas alegan que éste priva a los varones de lo que en derecho les corresponde, hay una presunción subyacente que se apoya en el argumento tradicional del mérito y la competencia. La queja de que los varones están siendo privados de posiciones presume que existe un patrón tradicional implícito en la asignación de bienes sociales, recursos y posiciones. Sobre esta base, los oponentes del sistema de cuotas observan que este programa injustamente discrimina a aquellos individuos más calificados. Thomson³⁶ responde que un varón blanco sólo tiene un derecho de igualdad de oportunidades por las posiciones por las cuales compite. La comunidad es responsable por la distribución de trabajos y posiciones y podría limitar el derecho de los varones a la igualdad de oportunidades con la finalidad de lograr mejores beneficios. Esta autora considera que compensar a quienes han sufrido daños pasados es imperativo y garantiza mayores beneficios. Dado que la comunidad ha discriminado a las mujeres en el pasado, les debe compensación y los programas de acciones positivas son los instrumentos adecuados para lograr tal compensación.

36 *Ibid.*

Es inconcebible que se argumente que el sistema de cuotas viola la igualdad de oportunidades de los varones, cuando este tratamiento igualitario ha sido negado históricamente a las mujeres. Si, como resultado de una discriminación sistemática y de desventajas de muy variada índole, las mujeres han sido privadas del mismo potencial para el éxito que los varones y, por tanto, no han logrado esas mismas posiciones, la igualdad inicial no ha existido. Algunas mujeres individualmente podrán ser capaces de superar tales barreras, pero el grupo de mujeres en su conjunto no. Fundar la distribución en términos abstractos de mérito es justo sólo si quienes compiten han tenido igualdad de oportunidades para concretarlas. Un sistema social que está construido sobre la base de la ilusión de la igualdad de oportunidades sólo refuerza la desigualdad vigente. Si la desigualdad de oportunidades ha sido la norma social, es imposible justificar el principio del mérito independientemente del contexto social.

Un argumento más en contra de los programas de acciones positivas relacionado con los examinados previamente, es aquel que sostiene que estos programas pueden hacer recaer cargas en personas inocentes. Es legítimo imponer deberes personales de compensación a cualquiera que haya sido culpable de discriminación. Pero, podría ser cuestionable el hecho de que todos los varones se hayan visto personalmente involucrados en la discriminación. La pregunta entonces es quién debe “pagar” por las injusticias presentes y pasadas.

Una forma de justificar la imposición de un deber de compensación en tales individuos inocentes podría recaer en la teoría de responsabilidad de grupo o culpa colectiva. Goldman³⁷ observa que la discriminación no justifica la imposición de responsabilidad colectiva. Este autor sostiene que los varones blancos pueden ser culpables de racismo y sexismo pero que no existe una cohesión suficiente en el grupo como para legitimar la imposición de responsabilidad colectiva dado que la conducta discriminatoria ha sido realizada por varios pero no todos los del grupo. Goldman considera que la compensación es tanto debida como imputable a individuos. Más aún, algunos oponentes de las acciones positivas argumentan que si estos individuos que no han realizado discriminación son “penalizados” por daños que ellos

37 Goldman, A., *Justice and reverse discrimination*, Princeton University Press, Princeton, 1979.

no han causado, esto implicaría establecer un círculo de discriminación, por el cual ellos también merecerían a su vez compensación.

No obstante, se podría replicar que, aun cuando puede admitirse que no todos estos individuos han sido directamente culpables de actos de discriminación, ellos han aceptado y aprovechado los beneficios de una sociedad que si ha discriminado. Ellos han tenido las ventajas de contar con una mejor educación, no han tenido que superar impedimentos sociales y económicos por razones de sexo y han pertenecido al grupo privilegiado en cuanto a los modelos de roles en las mejores posiciones. Por ejemplo, los candidatos varones pueden no haber cometido discriminación en forma directa pero seguramente se han beneficiado con las consecuencias de tal discriminación como puede ser la eliminación de mujeres como competidoras en el pasado y la poca experiencia que las mujeres tienen ahora como resultado de la discriminación histórica. Los varones han recibido una educación y un entrenamiento que ha inspirado en ellos actitudes y cualidades, así como conocimientos y habilidades que los proveen de mejores herramientas para superar a las mujeres en aquellas actividades que por haber sido ejercidas casi exclusivamente por varones privilegian la posesión de estas características. Particularmente, los varones han crecido con la confianza de que ellos son plenamente aceptados como miembros respetados de la sociedad, cuyos derechos están plenamente reconocidos. La ventaja de recibir tales privilegios es inevitable e irreversible.

Los varones disfrutan de una mayor porción de poder y prestigio y un acceso más fácil a las posiciones más deseables porque el extendido sexismo en la sociedad ha privado sistemáticamente a las mujeres de oportunidades de éxito. Por tanto, los varones cuentan con mayores probabilidades de éxito en la competencia política de lo que hubieran contado en ausencia de discriminación contra las mujeres. La única razón por la cual los varones se quejan de que ellos resultan perjudicados por los programas de acción positiva, tales como el sistema de cuotas, es porque ellos se han beneficiado tanto por los efectos de la discriminación pasada. En realidad, si ellos han sido privados de algo es sólo de la expectativa de una posición que todavía no les pertenece. En otras palabras, si los varones son los beneficiarios de la discriminación, el sistema de cuotas no disminuye sus posibilidades de alcanzar estas posiciones, más allá de las probabilidades que ellos hubieran tenido de no haber existido discriminación.

En efecto, la discriminación ha dañado a las mujeres, disminuyendo sus posibilidades de éxito en la competencia política o aún desalentando directamente su participación en tal competencia. Como resultado, las posibilidades de éxito de los varones se han visto incrementadas. Sin embargo, éste no es un derecho a ser protegido por el principio de igualdad. Así, si el sistema de cuotas disminuye las posibilidades de éxito de un varón de alcanzar una posición de la misma manera que tales posibilidades de éxito se vieron aumentadas como resultado de la discriminación, no puede alegarse, entonces, que el sistema ha violado el derecho a la igualdad de oportunidades de los varones.

Otro argumento en contra de los programas de acciones positivas es el refuerzo de los estereotipos negativos. En este sentido, los oponentes de estos mecanismos afirman que quienes reciben los beneficios de los sistemas de acción positiva tendrán que enfrentar la sospecha respecto a no ser realmente capaces de adquirir tales posiciones por sus propios méritos y a sus habilidades para manejar sus responsabilidades adecuadamente. Ellos también afirman que, de este modo, el estereotipo de inferioridad de las mujeres va a ser reforzado.

Podría alegarse, no obstante, que, en lugar de estigmatizar a las mujeres, este sistema de cuotas les otorga la oportunidad de demostrar su competencia y, que, por medio de ellas, las otras integrantes del grupo pueden aumentar su confianza en sí mismas y su autoestima. En este sentido, más que reforzar estereotipos negativos, los programas de acciones positivas confrontan daños tales como la pérdida de ambición y de confianza, que son las consecuencias de la discriminación sistemática y que son las que perpetúan los estereotipos negativos. Aún cuando admitiéramos que algunas integrantes del grupo no han sufrido directamente daños por discriminación, ellas experimentan daños vicarios por la negación de oportunidades a otras integrantes del mismo grupo. Al implementarse el mecanismo de acciones positivas es posible recuperar el respeto propio de todas las integrantes del grupo. Un mecanismo tal como el sistema de cuotas, crearía imágenes positivas de mujeres que han tenido éxito al superar desventajas históricas. Al ubicar a algunas mujeres en posiciones de autoridad, este sistema promueve la inclusión de género y rompe modelos históricos de segregación y jerarquía entre los sexos.

También hay quienes se han opuesto a las acciones positivas argumentando que aquellas personas integrantes del grupo que no reciben los bene-

ficios del programa podrían sentir que son privadas de posiciones que les pertenecen. Como resultado, se generaría un resentimiento social que produciría una renovada discriminación contra el grupo que recibe los beneficios de las acciones positivas. Sin embargo, de acuerdo con el test de costos y beneficios, este argumento debería poder demostrar que esta hostilidad contra los/as beneficiarios/as de las acciones positivas supera las ventajas de incrementar las oportunidades de acceso al proceso político y alcanzar posiciones de poder. Dado el hecho de que la discriminación de género es el patrón social, y que el sistema de cuotas provee de oportunidades a las mujeres que, de otra forma sería extremadamente difícil alcanzar, si no imposible, para superar esta discriminación, podríamos concluir que esta clase de programas genera mayores ventajas que las desventajas que las potenciales consecuencias hostiles que podrían producir.

V. Teorías de justificación de la democracia y el sistema de cuotas mínimas de participación política

Suele decirse que después de atravesar un siglo de reformas legales y del reconocimiento del sufragio universal, las mujeres son iguales civil y políticamente a los varones, por lo que las mujeres hoy tienen poco o nada que contribuir a la teoría y práctica democrática. Pateman³⁸ responde que esta objeción ignora mucho de lo que es crucial para una comprensión del carácter real de las sociedades democráticas. La objeción está basada en el argumento liberal de que las desigualdades sociales son irrelevantes para la igualdad política e ignora la existencia de extendidas y profundas convicciones, y de prácticas sociales que les dan expresión, que contradicen la (más o menos) igualdad civil formal de las mujeres.

Tal como lo ha expresado Sartori³⁹, lo que la democracia es, no puede ser separado de lo que la democracia debe ser. La democracia es un concepto normativo y las instituciones por medio de las cuales se expresa no pueden ser analizadas sino bajo los principios valorativos que la justifican.

38 Pateman, C., *The Disorder of Women*, op. cit., pp. 210-11.

39 Sartori, G., *Democratic Theory*, Detroit, 1962, vol. 1, p. 8.

Carlos Nino expresa, siguiendo a Dworkin, que la democracia es una práctica social y, como tal, ella consiste en una regularidad de conductas y actitudes que están orientadas hacia cierto objetivo o valor. Nino afirma que “no podemos participar concienzudamente en la práctica, ni la podemos entender como observadores inteligentes si no adoptamos hacia ella una actitud interpretativa, que consiste en ver a las conductas y actitudes a la luz de objetivos y valores. La práctica puede ser compatibilizada con objetivos y valores diferentes —aunque no con cualquiera que se nos ocurra— y así debemos elegir aquellos que supongamos más justificados. Una vez que hacemos esto, la interpretación de la práctica en relación al nuevo valor puede revertir a la conformación de la práctica misma, ya que veremos algunos de sus aspectos como contingentes y por lo tanto prescindibles, mientras que concebiremos a otros como centrales y entonces como necesitados de que se les expanda”⁴⁰.

Si continuamos en esta misma dirección del análisis, las diversas teorías que justifican la adopción de un sistema democrático, de acuerdo con los propios valores que las fundamentan, y teniendo en cuenta estos propios valores, podemos afirmar que estos brindan criterios que permiten sostener que, a los fines de ser consistentes con su fundamentación, deben pronunciarse a favor de la implementación de un sistema de cuotas de participación política de mujeres⁴¹.

5.1. Concepción liberal

Dentro de la concepción liberal, un régimen democrático se justifica como aquel sistema en el cual los gobernados consienten mediante el sufragio a la formación del gobierno y, por su intermedio, a la sanción de normas, por medio de lo cual, la democracia se convierte en el gobierno del pueblo.

Esta justificación parte de la premisa de que las únicas limitaciones a la autonomía de las personas admisibles bajo este enfoque, sin infringir el principio de inviolabilidad de la persona, son las que son consentidas por las per-

40 Nino, C., *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 572.

41 El análisis que se desarrolla es simplemente una ilustración de esta consistencia. No se pretende más que un análisis intrasistemático y, por tanto, no desarrollaré las críticas que desde una perspectiva feminista u otras concepciones podrían hacerse a cada una de estas justificaciones de la democracia.

sonas. Teniendo en cuenta que el gobierno puede producir restricciones a la autonomía personal, la única manera en que el gobierno puede adquirir legitimidad moral es adquiriendo el consentimiento de los/as potenciales afectados/as.

El valor de las decisiones adoptadas por la mayoría se apoya en la idea de autonomía, ya que brinda la posibilidad de regirse por normas que uno/a ha elegido. De esta manera, se considera que el gobierno democrático está justificado porque es aquel que permite que haya mayor cantidad de personas autónomas, es decir, que sea mayor la cantidad de personas que consienten las normas que han de regir sus actos.

En efecto, el consentimiento es crucial para la teoría liberal de la democracia a los fines de garantizar la igualdad y libertad individual, pero también constituye un problema para la democracia liberal porque la igualdad y libertad individual es un prerrequisito para la práctica del consentimiento. Tal como señala Pateman “la identificación de la sumisión forzada con el consentimiento en el caso de violación es un cabal ejemplo de la amplia falla de la teoría liberal democrática y su práctica de distinguir el compromiso libre y el acuerdo entre iguales de la dominación, la subordinación y la desigualdad”⁴².

Una de las críticas que se le ha dirigido a esta teoría liberal de justificación de la democracia es que sólo en aquellas situaciones en las cuales existen diversas alternativas por las cuales optar se puede hablar realmente de consentimiento. Por tal motivo, no tendría sentido argumentar que se trata de un proceso que permite expresar la voluntad y autonomías individuales cuando sólo se puede seguir un único curso de acción.

En consecuencia, con respecto a las mujeres, los sistemas democráticos presentan una serie de déficits en términos de la justificación propuesta. En primer lugar, las mujeres no son “sujetos libres e iguales” a la hora de considerar su consentimiento. Por otra parte, si el contrato social está dirigido a la protección de la seguridad personal y la propiedad de los contratantes, lo cierto es que el sistema no ha funcionado a efectos de proteger ni la seguridad personal ni la propiedad de las mujeres. Finalmente, el sistema no ha podido brindar opciones alternativas para vehiculizar la voluntad de los/las gober-

42 Pateman, C., *The Disorder of Women, op. cit.*, p. 83.

nados/as en términos de elección de representantes y del consentimiento de las leyes y decisiones emanadas del gobierno.

Primero, las mujeres no han podido expresar su voluntad con respecto a la formación del gobierno y, por tanto, para gran parte de nuestro sistema jurídico hasta la mitad de este siglo, pues se les había negado el derecho al voto. Posteriormente, tampoco podría considerarse que haya existido un pleno consentimiento tanto en lo atinente a la conformación de los poderes del estado como a las normas y políticas de gobierno. No han existido históricamente alternativas reales y efectivamente viables para que el consentimiento inherente en el sufragio popular se exprese en otro sentido. La posibilidad de votar a mujeres representantes en lugar de varones disminuyen porque las reglas del juego político les niegan a las mujeres el acceso a los cargos electivos, salvo en escasas ocasiones y por lo general bajo la digitación de varones y con el fin de legitimar sus listas de candidatos. La falta de representantes mujeres en los órganos legislativos y, por consiguiente, en el proceso de deliberación y sanción de normas torna cuestionable la afirmación de que dichas normas han sido realmente consentidas por las mujeres.

En definitiva, aquellos que sostienen que la democracia es valiosa porque expresa el consentimiento de los/as gobernados/as deberán admitir que, para que esta premisa realmente se cumpla, es necesario garantizar la expresión del libre y pleno consentimiento de las mujeres y, para ello, es imprescindible asegurar que la representación de las mujeres sea una alternativa real. Si bien un sistema de acción positiva como las cuotas no es una condición suficiente para garantizar el consentimiento pleno y libre de las mujeres, resulta si una condición necesaria su adopción, para que exista una verdadera alternativa de forma tal que ese consentimiento sea válido y para la participación real en la toma de decisiones.

5.2. Concepción economista

Una concepción economista de la democracia concibe a este régimen como el sistema que ofrece mayores posibilidades para manifestar y satisfacer las preferencias individuales. En este sentido, se considera a la democracia como un sucedáneo político de lo que representa el mercado en el ámbito económico. Así, la democracia se constituye en el espacio en el cual los distintos políticos

ofrecen diversos programas políticos y los gobernados expresan sus preferencias y demandas por medio del sufragio. Para esta concepción, se trataría de un espacio libre en el cual los políticos pueden competir por el voto.

Esta concepción parte de la premisa (al igual que su análoga en lo económico) que el mercado tiene leyes propias que garantizan una competencia libre en igualdad de condiciones para todos los competidores. Asimismo, afirma que el mecanismo democrático, así como el mercado de bienes, debería llegar a un equilibrio de eficiencia en los términos de optimalidad paretiana, ya que se debería arribar a situaciones en las que nadie pueda estar mejor sin que algún otro esté peor.

Estas premisas no se cumplen ni en el ámbito económico ni tampoco en la esfera política. En lo que concierne a las mujeres como participantes de la competencia política resulta evidente que no existen las precondiciones sociales necesarias para garantizar una competencia perfecta. En realidad, podríamos concluir que nos encontramos frente a un caso de “monopolio” u “oligopolio” por parte de los varones que detentan el control de la decisión respecto de los integrantes a las listas de candidatos a cargos electivos. Asimismo, tampoco se observa que se cumpla el principio de optimalidad paretiana, dado que el sistema conduce a que las mujeres como grupo siempre estén peor que los varones como grupo, pero el sistema no opera para lograr un equilibrio de ningún tipo.

Solamente se podrá hablar del valor de la democracia como sistema que permite una interacción de preferencias y ofertas políticas, cuando se permita el acceso sin restricciones de las mujeres a los espacios de poder donde puedan realizar sus ofertas políticas y donde sus demandas puedan satisfacerse. El mecanismo de acciones positivas es un instrumento para garantizar un correctivo a estas tendencias monopólicas u oligopólicas del “mercado político”.

5.3. Concepción perfeccionista

Este tipo de justificación del sistema democrático ha sido sostenido por autores como John Stuart Mill⁴³ y consiste en basar el valor de la democracia en su capacidad de promover ciertos ideales de excelencia humana y modelos de

43 Mill, J. S., *Considerations on representative government*, Prometheus Books, New York, 1991.

virtud personal mediante la dinámica propia de este sistema. Así, se ha sostenido que la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos favorece virtudes cívicas tales como la solidaridad, el respeto por la autonomía y la dignidad de la persona, promueve actitudes más igualitarias y tolerantes, etc.

En ese mismo sentido, John Dewey expresa: “La plena educación se realiza sólo cuando hay una participación responsable por parte de cada persona, en proporción con sus capacidades, en la formación de los objetivos y políticas de los grupos sociales a los que pertenece. Este hecho fija la significancia de la democracia (...) Es sólo un nombre al hecho de que la naturaleza humana se desarrolla sólo cuando sus elementos toman parte en la dirección de cosas que son comunes, cosas por virtud de las cuales varones y mujeres forman grupos”⁴⁴.

Ahora bien, el hecho de que sólo los varones tengan real acceso a la representación política y, por consiguiente, a la posibilidad de participar en un proceso de progreso en las virtudes cívicas, puede implicar que las mujeres no necesitan de este proceso para desplegar estas virtudes o que para la sociedad no revista importancia el perfeccionamiento de las mujeres o bien que ni siquiera se considere que las mujeres tengan una capacidad que permita atravesar este proceso con algún éxito.

Aparentemente, ninguno de los defensores de esta posición perfeccionista estaría dispuesto a sostener alguna de estas presunciones. Por consiguiente, si se considera que la democracia es valiosa toda vez que permite modelos de excelencia humana, debe admitirse que las mujeres deben tener posibilidades reales de acceder a este tipo de perfeccionamiento y que negar la posibilidad de recurrir a mecanismos como el de cuotas es condenarlas a mantener un estatus de ciudadanas de segunda clase. La adopción de un sistema de cuotas promueve la internalización de este tipo de pautas intersubjetivas en el colectivo de mujeres.

5.4. Concepción pluralista

Esta concepción, impulsada principalmente por Madison en “El Federalista”, justifica la adopción de un régimen democrático porque considera que ase-

44 Dewey, J., *Reconstruction in Philosophy*, Boston Beacon Press, 1966, p. 209.

gura una circulación de los grupos que detentan el poder. El gobierno es la maquinaria que contiene, equilibra y ajusta el tratamiento de intereses. Efectivamente, el sistema democrático cuenta con elementos como la renovación periódica de autoridades por medio del voto, la separación de poderes, tanto horizontal como vertical, la representación en lugar de la democracia directa, los mecanismos de pesos y contrapesos entre los poderes, formas de control intra e inter órganos que garantizarían que ningún grupo de poder pueda mantener el control de todos los lugares de poder durante demasiado tiempo. De esta forma se compensa el poder de los diversos factores y grupos de interés y se evita que alguno de ellos asuma un dominio permanente de los distintos resortes del poder público⁴⁵.

De acuerdo con estas teorías, el poder de las distintas corporaciones se equilibra en la medida en que ellas pueden dominar temporariamente algunos resortes del poder, pero no todos todo el tiempo. De esta manera, se evita la tiranización por medio de elites que son reemplazadas permanentemente en el ejercicio del poder. Así, las teorías denominadas pluralistas o elitistas justifican al sistema democrático con sus elementos característicos, porque impide que un grupo de intereses se apropie de todo el poder y, en cambio, permite que ese poder se distribuya, tanto sincrónica como diacrónicamente, entre una pluralidad de elites; impidiendo la tiranía de personas, produciendo un equilibrio y una neutralización de intereses.

Resulta evidente que este equilibrio no se ha cumplido si realizamos un análisis en términos de género. En efecto, si pensamos en razón de grupos formados por varones y mujeres, podemos concluir que los varones como grupo han detentado el control de todos los resortes del poder durante todo el tiempo. Los mecanismos por los cuales, según estas teorías, se evita la tiranía de las elites y se garantiza su circulación no han funcionado para evitar un control permanente de todos los dispositivos del poder en manos de los varones.

Si para esta concepción los principios que justifican la democracia afirman que resulta valiosa la circulación de las elites gobernantes para que ninguna pueda asumir una función tiránica respecto de las otras, esos mismos

45 Para mayor desarrollo de esta teoría véase también a Schumpeter, J., *Democracy, Capitalism, and Socialism*, Peter Smith Publ., New York, 1976, y Dahl, R., *A Preface to Democratic Theory*, The University of Chicago Press, Chicago, 1956, pp. 131 y ss.

principios justifican la adopción del sistema de cuotas mínimas de participación de las mujeres en los espacios de poder como una forma de materializar estos principios desconocidos hoy por la práctica política y garantizar una circulación real de los grupos que detentan el poder.

5.5. Concepciones dialógicas

Dentro de las más modernas teorías de justificación de la democracia encontramos concepciones dialógicas de diversa índole. Todas ellas tienen en común justificar el sistema democrático sobre las bases del valor de la discusión pública que lo caracteriza y los procedimientos que la reglamentan.

Esta concepción tiene al menos dos variantes. Una que podemos denominar ontológica, para la cual las pautas morales intersubjetivas se constituyen por medio del consenso efectivo que se alcanza en un diálogo real, una vez que se observan ciertas restricciones procedimentales. La segunda variante está dada por un constructivismo epistemológico⁴⁶ que afirma que la validez de los principios morales intersubjetivos se configura por la satisfacción de los presupuestos procedimentales y sustantivos de esa discusión, y el consenso tiene un valor epistémico como forma privilegiada de acceso a tal validez de los principios morales.

Esta teoría concibe a la democracia como la institucionalización de la práctica de discusión moral, por la cual su ejercicio resulta en cierto acuerdo mayoritario que tiene cierto valor epistémico. Según Nino:

la validez de los principios morales intersubjetivos está dada no por el consenso que es resultado de la discusión moral sino por la satisfacción de los presupuestos procedimentales y sustantivos de esa discusión, no obstante lo cual ese consenso tiene un valor epistémico como forma privilegiada de acceso a tal validez de los principios morales (...) El fundamento de su valor epistémico es el siguiente: la participación en la discusión de todos los afectados por las soluciones que se proponen maximiza la probabilidad de que la que resulte aceptada sea la solución válida, en el sentido de que sería aceptable en condiciones ideales de imparcialidad, racionalidad y conocimiento

46 Nino, C., *Ética y derechos humanos*, Astrea, 1990.

de los hechos relevantes. Si asumimos como generalización empírica que nadie conoce mejor sus intereses que uno mismo, la aceptación por parte de todos los afectados de un cierto principio es un indicio muy firme de que responde a exigencias de imparcialidad. Por otra parte, también el diálogo maximiza la racionalidad y el conocimiento de los hechos, dada su virtualidad para que, en el curso de él, se pongan de manifiesto errores de razonamiento y deficiencias de información⁴⁷.

Si la participación en la discusión de todos los afectados por las soluciones que se proponen, maximiza la probabilidad de que la que resulte aceptada sea la solución válida, en el sentido de que sería aceptable en condiciones ideales de imparcialidad, racionalidad y conocimiento de los hechos relevantes, la participación de las mujeres es fundamental, de acuerdo con los principios justificatorios de esta concepción de la democracia.

Dado que nadie conoce mejor sus intereses que uno/a mismo/a, es muy improbable que los varones estén capacitados para representar los intereses de las mujeres. Sin la participación de mujeres en el debate y el proceso de toma de decisiones, inevitablemente se producirá una distorsión en la apreciación de sus intereses, debilitando las posibilidades del mecanismo democrático como espacio de acción colectiva tendiente a la imparcialidad. Esta distorsión se produce por la falta de explicitación clara de tales intereses, por la falta de conocimiento cierto de tales intereses por los representantes varones o por la interposición de los intereses propios de estos últimos. En este sentido, el propio Nino expresa que “no sólo se produce una distorsión natural por presión de los propios intereses, sino que hay barreras aparentemente insuperables para representarse las experiencias y el contexto de otros individuos a los efectos de representarse con debido peso sus intereses”⁴⁸. Además, la propia discusión se torna insuficiente puesto que es en el proceso de convencer a los demás cuando se genera la tendencia a la imparcialidad a la que esta teoría alude.

Por ello, este tipo de teorías dialógicas de justificación de la democracia debe aceptar que mecanismos de acción positiva que garanticen la participación real de las mujeres en la discusión pública y en la toma de decisiones

47 Nino, C., *Fundamentos de derecho constitucional*, op. cit., pp. 203-4.

48 Nino, C., *Ética y derechos humanos*, segunda edición, Astrea, Buenos Aires, 1990, p. 204.

políticas, son un instrumento indispensable para garantizar que esta práctica se acerque a las condiciones ideales de imparcialidad, racionalidad y conocimientos de los hechos relevantes, que le otorgan validez a la discusión moral y su sucedáneo institucionalizado, el sistema democrático.

VI. Aproximaciones finales

El sistema de cuotas en los partidos políticos es un mecanismo por el cual la sociedad puede cumplir su obligación de proveer los medios adecuados para que las mujeres puedan acceder al proceso político en una real condición de igualdad.

La representación de las voces de las mujeres en la toma de decisiones es una condición necesaria para la efectiva vigencia de sus derechos y la representación de sus intereses. Tal como lo expresa Carl J. Friedrich: *“La representación, y más especialmente la representación política, está asociada con los ordenamientos institucionales que pretenden asegurar que el “representante” participa en cualquiera que sea la autoridad que esta empuñando en nombre de aquellos que representa de tal forma que uno pueda decir que actuaba “en lugar de ellos” o “como ellos habrían actuado si hubiesen podido participar por sí mismos”*⁴⁹.

La presencia de todas las voces en el proceso político produce no una representación más verdadera sino una democracia más verdadera. Los/as teóricos/as políticos que tomen en serio la cuestión de los fundamentos conceptuales y morales de la democracia y las condiciones necesarias para su plena vigencia no pueden dejar de considerar la necesidad de una participación real de las mujeres en la toma de decisiones en condiciones de igualdad. La exclusión de las mujeres plantea así uno de los desafíos y críticas más cruciales para los sistemas democráticos.

En palabras de Pateman: “el error más grave de la teoría democrática contemporánea y del discurso de libertad, igualdad y consenso, así como del individuo, es la facilidad e indiferencia con la cual se excluye a las mujeres cuando se hace referencia al “individuo”. Así, “la lección que debemos aprender del pasado es que una teoría y una práctica “democráticas” que no sean

49 Friedrich, C., “Representation and Constitutional Reform”, *Western Political Quarterly*, I (junio, 1948) p. 127.

al mismo tiempo feministas, servirán solamente para mantener las formas de dominación y, por consiguiente, serán solamente una burla de los ideales y valores que presuntamente encarna la democracia”⁵⁰.

En efecto, la abstracción de que la realidad social es jerárquica asegura que aquella gente que difiere del modelo va a ser considerada en forma deficitaria. Una sociedad igualitaria demanda la comprensión de que el punto de partida es asimétrico y que, por tanto, la aplicación de reglas neutrales conduce a resultados desiguales.

El objetivo final de las acciones positivas es generar una sociedad en la cual cada persona pueda ejercer sus derechos a una verdadera igualdad de oportunidades y de trato, reciba igual respeto y en la cual se reduzcan las consecuencias de la discriminación.

VII. Bibliografía

- Allegrone, N., *“Ley de Cupo Femenino, su aplicación e interpretación en la República Argentina”*, FUNDAI y Fundación Friederich Elbert, Buenos Aires, 2002.
- Almond G. A. y Verba S., *The Civic Culture: Political Attitudes and Democracy in Five Nations*, Princeton University Press, Princeton, 1963.
- Dahl, R., *A Preface to Democratic Theory*, The University of Chicago Press, Chicago, 1956.
- Dewey, J., *Reconstruction in Philosophy*, Boston Beacon Press, 1966.
- Dworkin, R., *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge, 1986.
- , *Taking Rights Seriously*, Londres, Duckworth, 1977.
- Fallon, R., “A constructive coherence theory of constitutional interpretation”, *Harvard Law Review* 100:1189, (1987).
- Feinberg, J., *Social Philosophy. Englewood Cliffs*, N.J.: Prentice-Hall, 1973.
- Friedrich, C., “Representation and Constitutional Reform”, *Western Political Quaterly*, I., junio, 1948.
- Fullinwider, R., *The Reverse Discrimination Controversy*, Towota, N.J., Rowman and Littlefield, 1980.

50 Ver Pateman, C, “Feminismo y Democracia”, *Debate Feminista*, Año 1, vol. 1, marzo, 1990, pp. 18, 25-6.

- Gherardi, N. y Kohen, B., "Participación de las mujeres en cargos públicos", en *Informe sobre género y Derechos Humanos*, Biblos, Buenos Aires, 2005.
- Goldman, A., *Justice and reverse discrimination*, Princeton University Press, Princeton, 1979.
- Karst, K., "The Supreme Court 1976 Term Foreword: Equal Citizenship under the Fourteen Amendment", *Harvard Law Review* 91:1, 1977.
- Kupperman, J., *Relations between the sexes: Timely vs. Timeless Principles*, 25 *San Diego L. Rev.* 1027. (1988).
- MacKinnon, C., From Practice to Theory or What Is a White Woman Anyway, *Yale Journal of Law and Feminism*, Vol. 4, 15, 1991.
- Mill, J. S., *Considerations on representative government*, Prometheus Books, New York, 1991.
- Moller Okin, S., *Justice, Gender and the Family*, U.S., Basic Books, 1989.
- Nagel, T., *Mortal Questions*, Cambridge University Press, Cambridge, 1979.
- Nino, C., *Ética y derechos humanos*, segunda edición, Astrea, Buenos Aires, 1989.
- , *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992.
- O'Fallon, J., *Adjudication and Contested Concepts: The Case of the Equal Protection*, *New York University Law Review* 54:19, 1979.
- Pateman, C., "Feminismo y Democracia", *Debate Feminista*, Año 1, vol. 1, marzo, 1990.
- , *The Disorder of Women*, Stanford University Press, 1989.
- Rae, D., Yates, D., Hoschschild, J., Morone, J., y Fessler, C., *Equalities*, Harvard University Press, Cambridge, 1981.
- Rawls, J., *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, 1971.
- Regents of University of California v. Bakke, 438 U.S. 265, 1978.
- Rhode, D., *Justice and Gender*, Harvard University Press, 1989.
- Rosenfeld, M., *Affirmative Action and Justice*, New Haven: Yale University Press, 1991.
- Sartori, G., *Democratic Theory*, vol. 1, Detroit, 1962.
- Schumpeter, J., *Democracy, Capitalism, and Socialism*, Peter Smith Publ., New York, 1976.
- Sunstein, C., Three Civil Rights Fallacies, 79 *California Law Review* 751, 1991.

- Thompson, J., "Preferential Hiring", en Cohen, M., Nagel, T. y Scalon, T. (eds.), *Equality and Preferential Treatment*, Princeton University Press, Princeton, 1977.
- Vazquez, S. (comp.) *Hombres públicos, Mujeres públicas*, Fundación Sergio Karakachoff y Fundación Friederich Elbert, Buenos Aires, 2002.
- Western, P., *The concept of Equal Opportunity*, *Ethics* 95:837, 1985.

Afroecuatorianos: reparaciones y acciones afirmativas¹

John Antón Sánchez²

Sumario

I. Prólogo a la edición. 1.1. Las acciones afirmativas en el Ecuador de hoy. 1.2. Las acciones afirmativas y la Constitución. 1.3. El Decreto 60 y las acciones afirmativas. II. Resumen. III. Presentación. IV. Las Reparaciones como centro de la agenda afrodescendiente continental. V. ¿Por qué reparar a los afroecuatorianos? 5.1. La negación y la exclusión de los afroecuatorianos. 5.2. Los aportes de los afroecuatorianos a la edificación de la nación. 5.3. Panorama de pobreza y racismo en el ámbito afroecuatoriano. 5.4. Las respuestas de la sociedad civil afroecuatoriana. VI. Ecuador en deuda con los afroecuatorianos: ¿qué reparar? VII. Conclusión. VIII. Bibliografía.

- 1 Una primera versión de este artículo fue publicado en el libro: “Afroecuatorianos: Reparaciones y Acciones Afirmativas” en Claudia Mosquera Rosero-Labbé y Luiz Claudio Barcelos (Editores): *Afro-reparaciones: Memorias de la Esclavitud y Justicia Reparativa para negros, afrocolombianos y rai-zales*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2007, pp. 155-181. El presente artículo ha sido reformado por el autor mediante un prólogo a la edición (Nota de los editores).
- 2 Antropólogo y periodista. Magíster en Sociología de la Cultura y Catedrático de la Universidad Tecnológica del Chocó. Miembro de la Fundación Cultural Afrocolombiana Las Mojarras y de la Alianza Estratégica Afrolatinoamericana y Caribeña. Sus investigaciones se centran en el fenómeno de los afrodescendientes en América Latina, en especial los temas relacionados con el conocimiento tradicional, movilización, social, discriminación racial, derechos humanos e indicadores de pobreza y desigualdad. Ha publicado varios libros y artículos en ese sentido. Actualmente es candidato a Doctor en Ciencias Sociales en FLACSO sede Ecuador. Además es ganador de un concurso de investigación de CLACSO, modalidad investigador junior.

I. Prólogo a la edición

El presente artículo sobre las acciones afirmativas en el contexto afroecuatoriano fue escrito antes de que se expidiera la Constitución de 2008. Este hecho obliga a una reflexión que permita contextualizar y actualizar el documento. Como ustedes saben en la nueva Constitución, en el artículo 11, queda expresamente consignado el derecho a las acciones afirmativas: “El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad”. Justamente nuestro prólogo trata sobre este tema.

1.1.Las acciones afirmativas en el Ecuador de hoy

Las acciones afirmativas se definen como un conjunto de políticas de acción positiva de carácter temporal, en articulación de distintas instancias gubernamentales, ejecutadas por medio de proyectos específicos de empoderamiento para los grupos culturales discriminados, en especial mujeres y jóvenes, para garantizar su acceso a diferentes servicios: educación, salud, seguridad social, empleo, vivienda, generación de ingresos y otros.

Respecto a este tema, la Declaración sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 2, parágrafo 2) afirma que “los estados partes tomarán, cuando las circunstancias los aconsejen, medidas especiales y concretas, en las esferas social, económica, cultural y en otras esferas, para asegurar el adecuado desenvolvimiento y protección de ciertos grupos raciales o de personas pertenecientes a estos grupos con el fin de garantizar en condiciones de igualdad el pleno disfrute por dichas personas de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Esas medidas en ningún caso podrán tener como consecuencia el mantenimiento de derechos desiguales o separados para los diversos grupos raciales después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron”.

La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, adoptada por la Asamblea General de la ONU en 1965, en el cuarto inciso de su artículo 1, señala que: Las medidas especiales adoptadas con el fin exclusivo de asegurar el adecuado progreso de ciertos grupos raciales o étnicos o de ciertas personas que requieran la protección

que pueda ser necesaria con objeto de garantizarles, en condiciones de igualdad, el disfrute o ejercicio de los derechos humanos y de las libertades fundamentales no se considerarán como medidas de discriminación racial.

En forma general, para que pueda haber una acción afirmativa, deben darse algunos requisitos:

- Que exista desigualdad real que ubique a un grupo de personas en desventaja frente al resto;
- Que la desigualdad se dé por la pertenencia a un grupo étnico, sexual, etario, religioso, económico, social, con discapacidad, etc.;
- Que el trato diferente sea razonable y proporcional;
- Que sea temporal hasta alcanzar la igualdad real.

Visto las cosas desde este enfoque jurídico internacional, las acciones afirmativas junto con las reparaciones se han convertido en temas centrales de la agenda política del movimiento afrodescendiente en el mundo. Se han planteado como una necesidad justa y legítima para enmendar las desventajas que históricamente han tenido los hijos de la diáspora africana sobreviviente a la trata esclavista por más de cinco siglos.

El debate sobre acciones afirmativas para afrodescendientes tiene un largo proceso. Ya es bien conocida la política de acción afirmativa que se desarrolló en los Estados Unidos como producto de la lucha por los derechos civiles que se emprendió desde los años cincuenta del siglo XX. En América Latina y el Caribe la cuestión de las acciones afirmativas es más reciente aun. Diríamos que comienza a cobrar fuerza desde las últimas dos décadas del siglo pasado cuando en Brasil los movimientos sociales afrobrasileros demandaron del Estado políticas de cuotas raciales en el campo del empleo y la educación universitaria. Una experiencia exitosa fue en el 2002, con un decreto presidencial del Gobierno del Brasil que reservaba el 20% de cargos federales para brasileros descendientes de africanos.

Para el caso de los afrodescendientes, el Plan de Acción de Durban ha expresado de manera categórica un paquete de políticas públicas que permitan acciones afirmativas. Para el caso del Ecuador, estas políticas deben apuntar claramente a varios puntos que deben relacionarse con las Metas del Desarrollo del Milenio de las Naciones Unidas:

Acciones afirmativas en el campo de la educación. Esto implica mejoramiento de la cobertura y calidad de los currículos, reducción del analfabetismo, acceso a la universidad, becas para posgrados e investigación sobre la diáspora y aplicación de la etnoeducación.

Acciones Afirmativas en el campo del empleo y la productividad. En especial se debe promover la no discriminación laboral y generar incentivos para que la empresa privada contrate personal afro en todos los niveles. Sería necesario el sistema de cuotas. Así mismo habría que generar un fondo para la productividad.

Acciones afirmativas en el campo de la salud. Lo clave es reducir las tasas de mortalidad, garantizar el saneamiento básico y establecer un sistema de seguridad social para los quintiles más pobres y vulnerables. Los programas de fortalecimiento de los saberes ancestrales juegan un papel clave.

Acciones afirmativas en el campo de la cultura e interculturalidad. Una verdadera inversión en el fortalecimiento de las manifestaciones de la identidad cultural del pueblo afroecuatoriano no sólo es un mecanismo para la descolonización, sino un campo fértil para su desarrollo socioeconómico.

Acciones afirmativas en el campo jurídico. Urge que el Estado tome medidas institucionales para el combate al racismo y la pobreza que sufren los afroecuatorianos. No sólo es suficiente firmar acuerdos internacionales, sino que hay que ponerlos en la práctica. La reglamentación de los derechos colectivos mediante una ley y la expedición de un estatuto contra el racismo, son urgentes.

Acciones afirmativas en el presupuesto. Las acciones anteriores no tendrán consistencia si el Estado no abandona su racismo institucional y permite un presupuesto adecuado para la inversión en todas las esferas del desarrollo afro.

1.2. Las acciones afirmativas y la Constitución

El Ecuador es uno de los Estados de la región que ha ratificado la mayoría de los instrumentos internacionales de lucha contra el racismo y la discriminación racial. Dichos instrumentos internacionales han tenido su fuente tanto en las Naciones Unidas, como en la Organización de Estados Americanos (OEA) y la Comunidad Andina de Naciones. Estos instrumentos, en particular la Convención Internacional contra todas las formas de Discriminación Racial y la Declaración y el Plan de Acción de Durban, obligan a los estados nacionales a desarrollar una vasta legislación, institucionalidad y una serie de políticas, programas, proyectos y acciones con el propósito de dar cumplimiento a los instrumentos firmados y ratificados.

En el nuevo marco constitucional (2008), el Ecuador asume las acciones afirmativas como un mandato del derecho internacional para la aplicación de medidas o políticas públicas destinadas a favorecer a los titulares de derechos que se encuentran en situación de desigualdad. Así lo define el artículo 11, numeral dos, inciso tercero, de la Constitución del Ecuador:

Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

1. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento.

2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.

El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.

Conforme lo define la Constitución, los titulares de acciones afirmativas y reparaciones son aquellas personas y colectivos que se encuentran o se han encontrado en situación de desigualdad, tales como el pueblo afroecuatoriano y los pueblos y nacionalidades indígenas. Así lo definen los artículos 56, y desde el artículo 57 hasta el artículo 60, los cuales consagran como acciones afirmativas los derechos colectivos de los pueblos y nacionalidades afroecuatorianas, indígenas y montubios.

Además, la Constitución no sólo reconoce estos derechos sino que crea las instituciones a las cuales les responsabiliza de asegurar la plena vigencia y el ejercicio de los derechos consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Estas instituciones se definen constitucionalmente como Consejos Nacionales para la Igualdad (arts. 156, 157, y para su implementación específicamente establece el mandato de transición contenido en la transitoria sexta).

También el artículo 65, en su inciso segundo, determina que “El Estado adoptará medidas de acción afirmativa para garantizar la participación de los sectores discriminados”, entendiéndose como participación el ejercicio pleno de los derechos civiles y políticos, entre los que se destacan el derecho a elegir y ser elegido, el derecho a formar parte de las instituciones públicas del Estado, el derecho a pedir la revocatoria del mandato a aquellas autoridades que no cumplen efectivamente con lo establecido en la Constitución y en las leyes, para lo cual establece el título IV cuya denominación es “Participación y organización del poder”.

1.3. El Decreto 60 y las acciones afirmativas

El Decreto 60 del 28 septiembre de 2009 es una de las mayores acciones políticas y jurídicas del presidente Rafael Correa sobre los derechos de los afroecuatorianos. El decreto aprueba el Plan Nacional contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas conexas de Intolerancia. Además decreta los 365 días por la interculturalidad, como un tiempo inicial para impulsar la aplicación e institucionalización de políticas públicas interculturales en el seno del estado y del gobierno. Y la aplicación de políticas de combate a la discriminación, el racismo y la xenofobia, en el seno del estado ecuatoriano.

Así mismo se establecen políticas de acción afirmativa: “Adóptase una política laboral de “acciones afirmativas”, con el fin de acelerar las condiciones de igualdad de sectores históricamente marginados, con el fin de generar oportunidades de trabajo sin discriminación, en el Estado. En los concursos de merecimientos para el sector público, se adoptarán criterios de valoración que contemplen el criterio de género y de etnia, con una valoración específica, además de la experiencia y la formación profesional, para llenar las vacantes. Se encarga al entonces Ministerio de Trabajo, hoy Ministerio de Relaciones Laborales, el seguimiento específico sobre este tema.

II. Resumen

Las reparaciones constituyen un eje estructural de las demandas del movimiento afrodescendiente en Latinoamérica. Se trata de un tema al que se le reconoció su importancia dentro de la III Cumbre Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y otras Formas de Intolerancia, celebrada en 2001 por las Naciones Unidas. Para los afroecuatorianos significa un asunto de justicia y dignidad que permite enfrentar de manera frontal el problema del racismo estructural practicado contra los afrodescendientes, y se convierte en un instrumento efectivo para superar la condición de pobreza, desigualdad y exclusión social, económica y política a la que históricamente han sido sometidos los sobrevivientes de la trata negrera transatlántica. Este artículo examina la manera cómo el movimiento social afroecuatoriano viene impulsando desde tiempo atrás una agenda política que compromete un conjunto de acciones afirmativas que se entienden dentro del contexto de las reparaciones. Proponemos que esta demanda se convierta en una condición necesaria para el logro pleno de la ciudadanía, el desarrollo y la superación del racismo. Concluiremos que las reparaciones son un andamiaje necesario para el goce de los derechos ciudadanos, en especial de los sociales, económicos y culturales.

III. Presentación

En este ensayo nos proponemos analizar el tratamiento de las reparaciones en el contexto de la realidad social de los afroecuatorianos. Nuestro principal argumento tiene que ver con que las reparaciones ocupan de manera tácita el núcleo de las demandas del movimiento social afroecuatoriano, el cual se expresa como un conjunto de acciones afirmativas necesarias para varios fines. El primero de ellos tiene que ver con dar respuestas efectivas a la situación de pobreza extrema y desigualdad que vive la mayoría de su población; el segundo propósito enlaza la reparación como una acción política para combatir de manera frontal el racismo, el prejuicio racial y la discriminación. Sin embargo, el escenario principal en el que se mueve el tema de la reparación es el de que su aplicación es vital para el alcance de la ciudadanía plena, para la protección de las distintas generaciones de derechos humanos. Esto por cuanto consideramos que hoy en día no sería tan posible que, tanto en Ecuador como en el resto de la región, se hable de democracias incluyentes y de modelos multiétnicos y pluriculturales de nación si aún un sector de sus ciudadanos no goza de condiciones concretas que le garantice el disfrute de sus derechos, si persiste el racismo contra un grupo de ciudadanos, y por tanto estos son relegados e inferiorizados.

Concluiremos que el hecho de la reparación es una condición política necesaria para superar las inequidades históricas que, producto del sistema de la esclavitud y profundizadas por el racismo estructural³, les impiden a

3 La noción de “racismo estructural” es clave para comprender los procesos de exclusión, pobreza y desigualdad de los afroecuatorianos. Este término cobró valor durante la III Cumbre Mundial (ONU) contra el Racismo, que tuvo lugar en Sudáfrica (2001). Desde Romero Rodríguez (2004), esta categoría está ligada al contexto económico y social en el cual se desarrolló la trata esclavista de los africanos desde el siglo XVI. Este proceso trajo una herencia de exclusión, explotación y colonialismo sobre estos pueblos, la cual se afianza más hoy con la explotación y la desigualdad auspiciada por la ideología neoliberal de las sociedades capitalistas contemporáneas. Para Dennis Oliveira (2002), la ideología neoliberal trae consigo un proyecto racista en el que las ideas de igualdad y de democracia se subordinan al sentido gerencial capitalista: “De este modo afloran procesos continuos de selección, exclusión, afloran mecanismos raciales como criterios selectivos, primeramente en el mercado del trabajo formal y después como consecuencia del ejercicio de la ciudadanía”. Rodolfo Stavenhagen (2001: 9) considera que “las profundas desigualdades económicas entre indígenas y no indígenas, la marginación social de aquéllos, su exclusión política y su subordinación cultural forman un cuadro histórico de discriminación persistente que no puede calificarse más

los afrodescendientes de Ecuador asumir su condición plena de ciudadanía. Se trata de medidas efectivas para equilibrar situaciones de inequidad, superar las circunstancias de dominación y resarcir a los afroecuatorianos de las condiciones de explotación que recaen sobre ellos.

Con el fin de demostrar nuestro planteamiento dividiremos la exposición en tres partes. En la primera nos dedicaremos a examinar el contexto de las afrorreparaciones en la región, el cual tiene su punto de arranque en el escenario de la III Cumbre Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y otras Formas de Intolerancia, celebrada por Naciones Unidas en agosto de 2001 en Durban (Sudáfrica). En la segunda parte sustentaremos por qué es necesaria la reparación a los afroecuatorianos; allí haremos énfasis en los mecanismos de negación de los afroecuatorianos, tanto de sus aportes a la construcción de la sociedad y el Estado nacionales como de su memoria histórica y cultural, situación que los ha sometido a la exclusión, la pobreza y la marginalidad. Y, en última instancia, puntualizaremos la concreción de demandas de acciones afirmativas por parte de la sociedad afroecuatoriana, como medidas justas de reparación, las cuales son indicadores claves de la inclusión ciudadana, la mitigación de la pobreza y la superación del racismo.

IV. Las Reparaciones como centro de la agenda afrodescendiente continental

Hablar de reparaciones no es un asunto fácil. Pues, aunque *reparación* sea un vocablo recién incorporado al discurso político de las organizaciones de la sociedad civil, todavía no constituye plenamente un objeto de análisis de las ciencias sociales, humanas y políticas. De allí que se comprende que surjan ciertas limitaciones al momento de su conceptualización. En ese sentido, las diversas contribuciones a este libro cobran una importancia fundamental, pues se convierten en un merecido esfuerzo por visibilizar una problemática ante las redes sociales que conforman el movimiento afrodescendiente en los niveles transnacional y local.

que de racismo estructural. Es decir: enraizado en las estructuras de poder y dominio que han venido caracterizando a las sociedades latinoamericanas durante siglos”.

Pero quizá las implicaciones de las demandas por reparaciones no sean un asunto totalmente nuevo. Es posible que el concepto haya estado sumergido y atado bajo las estrategias que las organizaciones afrodescendientes han diseñado para la conquista de sus derechos humanos. Pues la reivindicación de tales derechos, sean civiles y políticos, sean sociales, económicos y culturales –pero siempre colectivos–, siempre ha implicado una plataforma de demandas de reparación o de medidas concretas para mitigar las inequidades, las asimetrías y los desequilibrios históricos que, por la trata negrera, el colonialismo y el racismo, padecen los afrodescendientes y que les han negado las oportunidades, las garantías y los beneficios necesarios para alcanzar su desarrollo humano al igual que cualquier ciudadano no discriminado por razones históricas.

El tema de las reparaciones a los afrodescendientes tomó relevancia geopolítica desde la ya mencionada III Cumbre Mundial contra el Racismo⁴. De acuerdo con Dennis Oliveira (2001), los movimientos sociales, en especial los afrodescendientes, señalaron en dicha cumbre dos puntos críticos de la agenda global de la lucha contra el racismo: las reparaciones y las acciones afirmativas. Es decir, en Durban estas organizaciones se plantearon, por un lado, la declaración de la trata esclavista transatlántica como crimen de lesa humanidad, y por otro, la demanda de reparaciones o medidas compensatorias para las víctimas de la esclavitud, puntos que, de acuerdo con Oliveira, naturalmente destaparon todas las contradicciones de la actual geopolítica internacional y demostraron que el poder constituido en la actualidad es fruto, entre otras cosas, de una explotación histórica y brutal de los pueblos de la diáspora africana.

En Durban se logró el primer objetivo⁵, pero el segundo no. Sin embargo, según Edna Roland (2002), relatora de la conferencia y activista del

4 Dentro de las medidas institucionales adoptadas por las Naciones Unidas para combatir el racismo, esta entidad ha organizado tres cumbres mundiales, de las cuales la primera se celebró en Ginebra (1978), la segunda también en Ginebra (1983) y la tercera en Durban (2001).

5 En efecto, el artículo 13 de la Declaración de Durban reza expresamente: “Reconocemos que la esclavitud y la trata de esclavos, en particular la trata transatlántica, fueron tragedias atroces en la historia de la humanidad, no sólo por su aborrecible barbarie, sino también por su magnitud, su carácter organizado y, especialmente, su negación de la esencia de las víctimas, y reconocemos asimismo que la esclavitud y la trata de esclavos, especialmente la trata transatlántica de esclavos, constituyen, y siempre deberían haber constituido, un crimen de lesa humanidad y son una de las principales fuentes y manifestaciones de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas

movimiento de mujeres afrobrasileras, la consigna “¡Reparaciones ahora!”, que se hizo popular en el transcurso de la conferencia, logró simbolizar el deseo de que las injusticias seculares sean reconocidas y enfrentadas por medio de políticas públicas. Sin embargo, esto no fue nada fácil: Roland anota que las discusiones sobre tráfico de esclavos, colonialismo y reparaciones “fueron durísimas”. Y, a fin de cuentas, no se logró que en los textos negociados –la *Declaración* y el *Plan de acción*– constara la recomendación explícita de que se les hicieran reparaciones a los pueblos vejados. En criterio de Roland, las dificultades que rodearon a la III Conferencia demostraron que las heridas producidas por el colonialismo y la trata negrera transatlántica permanecen abiertas.

Pese a los reveses de la Conferencia de Durban con respecto a una posición explícita ante el tema de las reparaciones se considera que los documentos oficiales de la cumbre dejaron abiertas posibilidades de que el tema se analice en el marco del derecho internacional⁶, sobre todo si se tienen en cuenta los aspectos relacionados con las medidas sobre acciones afirmativas⁷

de intolerancia, y que los africanos y afrodescendientes, los asiáticos y las personas de origen asiático y los pueblos indígenas fueron víctimas de esos actos y continúan siéndolo de sus consecuencias”.

- 6 Sólo en el Plan de acción, el capítulo referente a “Remedios, reparaciones e indemnizaciones” hace la siguiente mención del tema de las reparaciones: “165. Insta a los Estados a que refuercen la protección contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia garantizando a todas las personas el acceso a remedios eficaces y adecuados y el derecho a dirigirse a los tribunales nacionales competentes y otras instituciones nacionales para pedir una reparación o satisfacción justa y adecuada por los perjuicios que les ocasionen esas formas de discriminación. [...] 166. Insta a los Estados a que adopten las medidas necesarias, conforme a lo previsto en la legislación nacional, para garantizar el derecho de las víctimas a obtener una reparación o satisfacción justa y adecuada a fin de combatir los actos de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, y a que adopten medidas efectivas para impedir la repetición de esos actos”.
- 7 En el texto de la Declaración se subraya: “108. Reconocemos la necesidad de adoptar medidas afirmativas o medidas especiales a favor de las víctimas del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia para promover su plena integración en la sociedad. Esas medidas de acción efectiva, que han de incluir medidas sociales, deben estar destinadas a corregir las condiciones que menoscaban el disfrute de los derechos y a introducir medidas especiales para alentar la participación igual de todos los grupos raciales y culturales, lingüísticos y religiosos en todos los sectores de la sociedad y para situarlos en pie de igualdad. Entre estas medidas deberían figurar medidas especiales para lograr una representación apropiada en las instituciones de enseñanza, la vivienda, los partidos políticos, los parlamentos y el empleo, en particular en los órganos judiciales, la policía, el ejército y otros servicios civiles, lo que en algunos casos puede exigir reformas electorales, reformas agrarias y campañas en pro de la participación equitativa”.

que se contemplaron como instrumentos de promoción de la igualdad ciudadana.

Por lo anterior, para Romero Rodríguez (2004), secretario ejecutivo de la Alianza Estratégica Afrolatinoamericana y Caribeña, el balance de Durban, como proceso, es mucho más alentador. Según él, Durban fue una conquista de la identidad afrodescendiente –“entramos negros y salimos afrodescendientes americanos”– y logró el reconocimiento de la trata esclavista como un factor que ha impedido el desarrollo de ciento cincuenta millones de afrodescendientes que viven en las Américas. En efecto, con el hecho de que ya se reconozcan el racismo como una secuela y la esclavitud como un crimen de lesa humanidad se llega al tema de las reparaciones. De este modo, según Rodríguez, la sustentación de las reparaciones a los afrodescendientes de la región radica en el siguiente hecho: si un sector de la sociedad latinoamericana llegó a este territorio como consecuencia de un atroz tráfico de seres humanos, y si a cinco siglos de esos hechos el 92% de los 150 millones de afrodescendientes vive bajo la línea de pobreza, es innegable la existencia de un racismo estructural y objetivo. Por tanto, se exige comenzar a ver el tema de las reparaciones como algo concreto (Rodríguez, 2004: 2).

La preocupación de Rodríguez de enlazar el fenómeno de la esclavitud con el problema del racismo estructural que recae en los afrodescendientes, sometiéndolos a un panorama de pobreza, desigualdad y exclusión, no sólo es un desafío para el desarrollo de estos pueblos, sino también una realidad a la que las agencias de desarrollo y los organismos multilaterales le han prestado atención (Bello y Rangel, 2001; Rangel, 2005).

Un informe de Naciones Unidas de 2004 revela que el 92% de los afrolatinos vive por debajo de la línea de pobreza y que el 35,2% es analfabeto⁸. Recientes estudios de la Cepal y de la OIT dan cuenta que entre los factores originarios de su situación de pobreza se destacan la negación de su derecho a la educación, el desconocimiento de sus especificidades culturales, la pérdida progresiva de sus tierras, el quiebre de sus economías comunitarias y los procesos de migración forzada que los obligan a asentarse en los cinturones marginales de grandes ciudades, donde acceden a trabajos precarios,

8 “La pobreza castiga al 92% de los afroamericanos”, en diario El Comercio, Quito, septiembre de 2004, p. A7.

mal pagos, de mala calidad y de gran desgaste físico (Bello y Hopenhayn, 2001).

De modo que, en América Latina, la pobreza y la desigualdad de los afrodescendientes adquieren una dimensión estructural demarcada no sólo en el contexto de la exclusión social, sino también en el del racismo, la discriminación racial y la negación de sus identidades étnicas y raciales. Este fenómeno ha sido ampliamente estudiado por Peter Wade (2000), quien considera que en América Latina, justamente “la cuestión de raza y clase, o de etnicidad o colonialismo interno”, ha suscitado movimientos sociales de resistencia y de continuidad cultural por parte de afrodescendientes e indígenas, quienes, desde sus organizaciones y por medio de distintas acciones colectivas, han interpelado al Estado en demanda de la aplicación de políticas multiculturales de reconocimiento y de acción afirmativa. En una palabra, en demanda de reparación.

¿Qué entendemos entonces concretamente por “reparación”? Según Rodríguez hay varios enfoques de esta propuesta y diversas y temáticas que giran a su alrededor. Para los africanos se trata de un asunto de enorme magnitud que se entiende como una deuda económica, por lo que implica la condonación de la deuda externa de las naciones africanas que Europa misma subdesarrolló. En cambio, para América Latina se trata más bien de fórmulas que cada país debe asumir como acciones afirmativas en cuanto a temas concretos, con planes para combatir la pobreza, reducir los índices de desigualdad y enfrentar la exclusión (Rodríguez, 2004).

En suma, en el contexto latinoamericano las reparaciones han de consistir, según Carlos Rosero (2002), en medidas eficaces para enfrentar el racismo estructural ligado a las estructuras de poder y dominación del sistema capitalista. Se comprende así la reparación en términos de compensación económica, de garantía de los derechos sociales, económicos y culturales y de procesos de ampliación de los espacios de participación en la esfera pública; en últimas, de generación de medidas que garanticen la plena igualdad ciudadana, la inclusión de los marginados en la democracia y el logro del desarrollo humano y de las libertades culturales de todos los grupos sociales.

Pero, así como hay defensores de los mecanismos de reparación, también hay quienes argumentan en su contra. Algunos sostienen que hablar de reparaciones es un asunto trivial, que más bien refuerza la idea de la *victimiza-*

ción de aquellos sectores históricamente oprimidos. Según Abdul-Salaam, AbuBakr, Muhammad y otros (2005), al hablar de “reparación” lo que hay es una utilización errónea del concepto de víctima, al que se le endilgarían connotaciones de falta de capacidades, debilidad y dependencia. No obstante, en la historia de la humanidad se han dado acciones políticas de reparación. Los judíos, por ejemplo, que fueron víctimas del holocausto nazi, lograron compensación por ese genocidio. Los indígenas cherokee, choctaw y lakota fueron víctimas del genocidio de la colonización norteamericana, y lograron una reparación justa. De la misma manera, ¿por qué no habría de pagar su deuda el mundo occidental, la civilización eurocéntrica, que construyó su modernidad capitalista sobre la explotación de África, el saqueo de América y la esclavitud? ¿Por qué no habría de reparar a los descendientes de las personas que fueron robadas de África y sometidas a la negación de su humanidad, su ciudadanía, su espiritualidad, su memoria y su cultura mediante el sistema esclavista?

Esta demanda de reparación será mucho más comprensiva si intentamos una lectura crítica de la manera cómo a los afrodescendientes, durante la esclavitud y después de ella, se les han negado sus derechos como personas y como ciudadanos. En efecto se han desconocido los múltiples aportes de los hijos de la diáspora africana a la construcción de las sociedades latinoamericanas y caribeñas y, por si fuera poco, los modelos nacionales de construcción identitaria, basados en el mestizaje o en la pretendida “democracia racial”, han intentado invisibilizarlos como sujetos dotados de una memoria histórica y de un mundo sociocultural específico. Esto es justamente lo que a continuación argumentaremos estudiando el caso de los afrodescendientes en Ecuador (De la Torre, 2002; Rahier, 1999; Fernández, 2001).

V. ¿Por qué reparar a los afroecuatorianos?

Hemos analizado hasta ahora cómo las demandas de reparaciones se convirtieron en un eje estratégico del movimiento global afrodescendiente. En este contexto, las reparaciones son, más que nada, una guía que la diáspora africana busca en pos de justicia y derechos humanos para todos los ciudadanos que históricamente han sido explotados. Se trata así de un camino para todas

las personas que luchan por recuperar lo que les ha sido negado, lo que les ha sido robado. La reparación rompe así el paradigma racista en cuanto éste opera como sistema de poder y dominación. Desnuda de forma categórica la injusticia que cometió Occidente con África –y con sus hijos– al explotarla, primero, con el pillaje de su riqueza humana mediante la trata esclavista y, luego, con el colonialismo, formas de explotación con que la sometió al subdesarrollo y la subordinación.

Como se sabe, más de 12 millones de africanos fueron sometidos a la esclavitud, institución que duró más de cuatrocientos años y que fue uno de los pilares de la acumulación originaria de capital que terminó fortaleciendo a Occidente. La esclavitud significó, además, la transformación de la realidad de los afrodescendientes; les implantó un alto grado de dependencia frente a la autoridad blanca y no sólo borró de su memoria su identidad y su historia, sino que les implantó la negación de las mismas. Luego de la abolición definitiva, ya en las postrimerías del siglo XIX, tanto en Estados Unidos como en Suramérica el Estado colonial moderno y liberal no otorgó vestigios de reparación ni indemnización para mejorar la condición miserable del liberto reciente. Más bien, la sociedad dominante les otorgó la libertad no a sujetos considerados nuevos ciudadanos, sino a sujetos devenidos mano de obra sin educación, patrimonio o propiedad, condenándolos a la dependencia y a la pobreza.

Frente a esta situación, los ex esclavos tuvieron que diseñar estrategias para sobrevivir en medio de las condiciones adversas del blanqueamiento, la asimilación y el racismo. De acuerdo con Manuel Zapata Olivella (1989), la afrodescendencia desarrolló en América procesos culturales deconstructivos y reconstructivos caracterizados por la creación y la recreación de un universo de sentidos que se tejían de acuerdo con las condiciones sociohistóricas y económicas que a cada pueblo le tocaba experimentar. Para Jesús García (2001), esto significa que los afrodescendientes construyen así en las Américas *una cultura de la resistencia*, en la que la *autoconciencia* y el *autorreconocimiento* son los valores fundamentales. Por “resistencia” se entiende un proceso de producción de ideas y cosmovisiones que se niegan a asumir el destierro, el mestizaje y la desaparición, fenómeno que debe verse como una estrategia propia de los afroamericanos en la modernidad.

5.1. La negación y la exclusión de los afroecuatorianos

En Ecuador, la creación de esta cultura de la resistencia por parte de los afrodescendientes pasa por todo un proceso de negación, racismo y exclusión, situaciones incubadas en la sociedad colonial esclavista y sostenidas luego en la República y vigentes aún en la sociedad moderna. De allí que, para hablar de reparación, sea necesario, primero que todo, hacer memoria, recuperar la historia negada.

Sobre ese punto, ya autores como Carlos de la Torre (2002) y Gerardo Maloney (1993) han dado cuenta de cómo los procesos de construcción de la identidad colectiva de los afroecuatorianos dentro de la sociedad ecuatoriana han experimentado una dualidad contradictoria de exclusión/inclusión: exclusión en la medida en que se los ha borrado de la historia como sujetos constructores de la nación, e inclusión mediante la construcción de imágenes y representaciones estigmatizadas, estereotipadas y racializadas de estos sujetos por parte de las élites hegemónicas blanco-mestizas.

Para empezar, la identidad afroecuatoriana ha sido percibida por las élites nacionales con una marca de inferioridad aún mayor que la de los indígenas. Según De la Torre (2002: 19), cuando se trata de grandes reflexiones sobre la cultura nacional, los afrodescendientes han sido vistos como un problema y como elementos difícilísimos de incorporar a la “civilización”. Añade este autor que tanto a finales de siglo XIX como a comienzos del XX, algunos sectores de las élites nacionales veían a los afrodescendientes como obstáculos al proyecto de construir una cultura nacional y hacer progresar la nación.

Según Andrés Guerrero (1994), a finales del XIX el historiador Pedro Fermín Cevallos predicaba el racismo científico y sostenía la necesidad de que se mantuviera la dominación racial del blanco europeo o norteamericano, pues la raza blanca era el símbolo del progreso mientras que la raza negra o afrodescendiente representaba el retroceso de la historia hacia la barbarie y el salvajismo. Este pensador anotaba en su *Historia del Ecuador*, de 1887:

Desde que la República abrió sus puertas a todas las naciones, ha ido mejorando, aunque con lentitud las castas de sus hijos por medio del mayor número de europeos y de los americanos ingleses cuyo color blanco y sonrosado

se encarna admirablemente en la pura, y mejor todavía en la mestiza procedente de los blancos y bronceados de la serranía (citado por Guerrero, 1994: 217).

Las investigaciones de De la Torre y de Maloney sobre las representaciones racistas que de los afroecuatorianos se hacían las élites blanco-mestizas presentan testimonios como los siguientes:

- Para 1918, el intelectual liberal Alfredo Espinosa Tamayo ya había escrito que “[los negros] son la raza servil, creada por la esclavitud, la menos apta para incorporarlos a la civilización” (31-39, cit. en De la Torre, 2002: 21).
- En 1935, Humberto García Ortiz, profesor de la Universidad Central, afirmaba que “el negro pertenece al mundo de la naturaleza, el negro es sociable en el mismo grado en que puede serlo un niño o un salvaje” (cit. en *ibid.*).
- Estas imágenes racializadas del afroecuatoriano fueron sostenidas igualmente por el escritor José de la Cuadra, quien afirmó que “la mayor parte de los negros están incorporados a la economía nacional. Unos cuantos centenares han tornado al primitivismo, reconstruyendo organizaciones tribales, en un curioso proceso de regresión social” (De la Cuadra, 1937: 34-35).
- Por si fuera poco, a mediados del siglo XX, en 1955, un intelectual como Antonio Santiana hacía la siguiente comparación: “Los indios cayapas y colorados parecen tener más vida interior que los negros. El negro busca asemejarse a los blancos en lo que hay de frívolo y superficial en la vida de estos” (cit. en De la Torre, 2002: 19).
- Así mismo, Alfredo Costales y Andrés Theisen, de la Misión Científica Andina de 1960, aseguraban que “el moreno del Valle del Chota, tiene desarrollada la expresión oral, por ello es muy dado a la verbosidad, aun en la simple conversación. Esto, las más de las veces, lleva a pensar erradamente en una capacidad mental superior al indígena, pero su expresión está condenada a su propia incompreensión” (cit. en De la Torre, 2002: 20).
- Las representaciones estereotipadas del afroecuatoriano persisten en el imaginario popular. Muchos medios de comunicación las reproducen, e incluso en algunas instituciones se asocia al afroecuatoriano con la pobreza, la delincuencia y la pereza. Por ejemplo, el 9 de septiembre de 1995, el jefe de la Oficina de Investigación del Delito de la policía capitalina le dijo al diario

Hoy de Quito: “Hay un tipo de raza que es proclive a la delincuencia, a cometer actos atroces, es la raza morena, que está tomándose los centros urbanos del país, formando cinturones de miseria muy proclives a la delincuencia por la ignorancia y a la audacia que tienen” (cit. en De la Torre, 2002: 33).

A más de estas negaciones hechas por intelectuales colonialistas, reflejo del racismo “científico” y pervivencia del espíritu de la Colonia, aún en la contemporaneidad cae sobre el afroecuatoriano toda una serie de prejuicios raciales, estereotipos e intentos “civilizadores” de blanqueamiento. Así, una frase popular afirma que “negro no piensa después de las doce”, y muchos niños ecuatorianos juegan rondas donde se asocia al negro con el canibalismo y el vampirismo⁹.

5.2. Los aportes de los afroecuatorianos a la edificación de la nación

Las negaciones que yacen en el imaginario colectivo navegan en un mar de contradicciones propias de una sociedad racista y poscolonial. Al afroecuatoriano sólo se le tiene en cuenta cuando se trata de su participación en el deporte, en especial en el fútbol, donde ha tenido una visibilidad destacada. Valga el caso de la selección nacional de fútbol en la que el 85% de cuyos jugadores son afroecuatorianos que provienen de los territorios ancestrales de Esmeraldas y el Valle del Chota.

Pero a las élites, a los medios de comunicación y a las instituciones se les olvida el hecho de que los afrodescendientes no sólo aportan a la construcción de la nación en el fútbol, sino también —¡y cuánto más!— en la música y la danza. Para el ensayista afroecuatoriano Juan Montaña Escobar (2005), es necesario recuperar la memoria; se requiere volver sobre los pasos históricos para comprender en su verdadera dimensión los momentos claves de la participación de los afrodescendientes en los distintos escenarios de la sociedad ecuatoriana.

9 La ronda que recoge De la Torre (2002: 40) dice así: “¿Quién quiere al hombre negro? / ¡Nadie! / ¿Por qué? / ¡Porque es negro! / ¿Qué come? / ¡Carne! / ¿Y qué bebe? / ¡Sangre!”. El autor anota que hoy en día la ronda ha cambiado las palabras hombre negro por monstruo verde.

Pues la negación de su participación en la historia es el olvido más dañino. Sólo se hace referencia a ellos para reforzar su imagen de esclavos y el rol de servidumbre que cumplieron durante la Colonia y la República. Según Montaña, los historiadores han sido superficiales al no renunciar a escribir con sentido anecdótico y al negarse a hacerles justicia a los descendientes de africanos.

Los afrodescendientes aparecen en la historia de Ecuador desde el comienzo, pues estuvieron presentes en la fundación misma de Quito, en 1534; crearon el primer territorio libre en tierra firme americana, en las costas de Esmeraldas, en 1553 —el Reino de los Zambos con el cimarrón Alonso de Illescas, recién declarado “héroe nacional”, a la cabeza—; forjaron la economía nacional en los Reales de Minas de Loja, Zaruma y Zamora; generaron plusvalía y capital agroindustrial en su condición de esclavos y “conciertos” en las haciendas de algodón y caña de azúcar del Valle del Chota; participaron como carne de cañón en las gestas independistas, tal como sucedió el 5 de agosto de 1820 con la Insurrección de Río Verde, en Esmeraldas, y, por si fuera poco, en 1895, durante la guerra civil que dio paso a la Revolución Liberal, conformaron en la Costa las montoneras liberales al lado del general Eloy Alfaro, además de que, como obreros, construyeron los puertos de Guayaquil y Esmeraldas y participaron en la construcción del ferrocarril.

Algunos de los mayores aportes del pueblo afro a la edificación de la nación se han dado en la literatura y la política. En el primer escenario, figuras como Adalberto Ortiz (1914-2002), Nelson Estupiñán Bass (1915-2001) y Antonio Preciado Bedoya (1944), todos afroesmeraldeños, han puesto en alto las letras ecuatorianas. En 1942, Ortiz ganó el Concurso Nacional de Novelas; en 1993, Estupiñán fue galardonado con la principal distinción de la literatura nacional, el Premio Eugenio Espejo, y en 1998 fue candidatizado al Premio Nobel de Literatura. Preciado, por su parte, como máximo poeta de la negritud ecuatoriana, fue embajador del país ante la Unesco en 2002.

En la política no podría haber mejor representante que el primer abogado Jaime Hurtado, el afroecuatoriano más influyente en la vida política del país, fundador del Movimiento Popular Democrático (MPD), de tendencia marxista-leninista. En 1979 fue electo diputado nacional; en 1984 fue candidato a la Presidencia de la República y obtuvo el cuarto puesto, con el 7% de votos; en 1998 fue nuevamente candidato presidencial y volvió a ser dipu-

tado, pero ese mismo año lo asesinaron en Quito, sin que hasta hoy se hayan esclarecido los hechos.

5.3. Panorama de pobreza y racismo en el ámbito afroecuatoriano

La III Conferencia Mundial contra el Racismo fue categórica al relacionar las condiciones de pobreza, desigualdad y exclusión de los afrodescendientes con el fenómeno de racismo y discriminación de las cuales han sido víctimas aun después de la abolición de la esclavitud. En Ecuador, esta relación es palpable. Las condiciones de los afroecuatorianos no han mejorado mucho incluso habiéndose cumplido 152 años de la abolición definitiva de la esclavitud, que se verificó el 6 de marzo de 1854.

Justamente durante la segunda mitad del siglo XIX cuando, más por razones económicas que humanistas, se abolió jurídicamente la esclavitud a los afrodescendientes —relegados, descompensados y sin reparación alguna— se los excluyó de los privilegios del liberalismo. Se les negó su condición de ciudadanos por no saber leer ni escribir, ni tener capital, ni propiedad alguna. En cambio, el general José María Urbina, al firmar en 1852 la ley de abolición —sin reparación—, sólo les dio dos opciones a los libertos: volver a la esclavitud y a la servidumbre en las haciendas, en calidad de “conciertos”, o ingresar al ejército. De lo contrario se los declararía vagos y se los apresaría y obligaría a ingresar a la milicia (Costales y Costales, 1964).

Los afroecuatorianos se vieron en una encrucijada. Había que movilizarse por la búsqueda de la igualdad ciudadana en medio de condiciones contrarias a dicha igualdad. Fue una etapa difícil, pues las élites blanco-mestizas triunfantes, arropadas en la ideología del mestizaje y la dominación racial, edificaron un proyecto de identidad nacional y de Estado que los excluía. Es decir, desde la fundación de la sociedad nacional ecuatoriana, la exclusión social, política, cultural y económica de todo aquel que no fuera blanco-mestizo constituyó una característica del modelo hegemónico que los sectores dominantes impusieron. Allí están los orígenes de la moderna tragedia de pobreza, racismo y desigualdad que pesa sobre los afroecuatorianos.

El Sistema de Indicadores Sociales del Pueblo Afroecuatoriano (Sispae) presenta cifras reveladoras de este panorama. Según el censo del 2001, los

afroecuatorianos son 604.009. O sea, 5% de la nación¹⁰. De acuerdo con la variable de autoidentificación étnica¹¹, los afroecuatorianos se identifican a sí mismos más como negros (22,3%) que como mulatos (2,74%). Esta población se encuentra en las veintidós provincias del país, aunque en mayor medida en la Costa y en la Sierra Norte. Así mismo, las estadísticas confirman el predominio del asentamiento urbano de los afroecuatorianos sobre el rural (68,7% y 31,3%, respectivamente). Además, 40% de los afroecuatorianos viven en Guayaquil, Quito, Santo Domingo y Ciudad Esmeraldas, es decir, en las grandes ciudades del país.

Pese a que los afroecuatorianos no quedaron conformes con estos resultados censales, dada la baja contabilidad demográfica¹², es importante resaltar el aprovechamiento político que se les ha dado en el marco de la visibilidad estadística, del empoderamiento de los ciudadanos afroecuatorianos para defender sus derechos y, sobre todo, de la consolidación de datos para sustentar la agenda social del movimiento y sus organizaciones. Por ejemplo, hoy ya se pueden demostrar con cifras sus condiciones socioeconómicas. Veamos: la pobreza de los afroecuatorianos, medida por sus necesidades básicas insatisfechas (NBI), supera el 70,6%, en tanto que los blancos sólo registran el 40,5%, según el censo del 2001. Su nivel de analfabetismo es de 11% frente a 9% del promedio nacional. La tasa de mortalidad infantil de los afrodescendientes llega a 48 por cada mil niños nacidos vivos; la tasa de los blancos se sitúa en 30 por mil. La escolaridad promedio de los afrodescendientes es de 6,1 años mientras que los blancos registran una media de 9,2 años, siendo de 7,2 años el promedio nacional. La tasa de asistencia universitaria neta de los jóvenes afro es apenas de 5,8%, muy inferior al promedio nacional de 12,03% y a la tasa de 16,84% de los blancos (Ecuador. Secretaría Técnica del Frente Social, 2004).

10 El censo realizado en 2001 en Ecuador arrojó los siguientes datos: Población total: 12.156.608 habitantes. De éstos, el 77,6% se reconoció como mestizo, el 10,5% como blanco, el 6,1% como indígena y el 5% como afroecuatoriano (negros y blancos) (cfr. Ecuador. Secretaría Técnica del Frente Social, 2004).

11 El IV Censo de Población y el V de Vivienda realizados en 2001 en Ecuador incorporaron la pregunta de autoidentificación étnica, combinando los aspectos sociorraciales con los étnicos. Con el fin de identificar a la población afroecuatoriana se introdujo la pregunta número 6: "Cómo se considera usted: a) indígena, b) negro (afroecuatoriano), c) mestizo, d) mulato, e) blanco, f) otro".

12 Las organizaciones sociales consideran que los afroecuatorianos superan el 10% de la población, es decir que son más de 1,2 millones de habitantes.

Las cifras no pueden ser más reveladoras. El desempleo urbano de los afrodescendientes es de 14%, muy superior a la tasa nacional urbana de 11%. Por su parte, el ingreso mensual promedio del hogar afro es de US\$ 378,80, mientras un hogar blanco alcanza los US\$ 644,66, siendo de US\$ 500,82 el promedio nacional.

Ahora bien: las cifras de la pobreza en Ecuador están muy relacionadas con la discriminación racial. De acuerdo con la Encuesta Nacional de Hogar sobre el Racismo y la Discriminación que el autor coordinó en 2004 para el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos del Ecuador¹³, 62% de los ecuatorianos admiten que en el país existe el racismo, pero sólo 10% se considera abiertamente racista siendo los blancos los más racistas (14%). La encuesta afirma que 88% de los ecuatorianos consideran a los afrodescendientes las mayores víctimas del racismo, seguidos por los indígenas, con el 71% (Ecuador. Secretaría Técnica del Frente Social, 2005).

La encuesta indagó sobre las preferencias y el buen trato que reciben las personas según su color de piel. Los datos fueron contundentes: 80% creen que los blancos obtienen un mejor trato, siendo una minoría nacional que no supera el 10,4% según el censo, mientras que los mestizos, que son más de 77,6% de los ecuatorianos, sólo reciben un nivel de aceptación de 6%. Entre tanto, los indígenas y los afrodescendientes son aceptados en apenas 1%, lo que ratifica la preponderancia de una ideología del blanqueamiento en una sociedad donde la dominación de los blancos es palpable.

Si tienen un alto grado de aceptación social en Ecuador, los blancos son, por lo tanto, los preferidos en distintos ámbitos de la sociedad, incluyendo el del empleo. Por ello no debe sorprender que sobre los afroecuatorianos recaigan no sólo la más alta tasa de desempleo, sino también la mayor discriminación racial de tipo laboral¹⁴. En efecto, la encuesta sobre racismo revela

13 La consulta se realizó en el marco de la Ronda de la Encuesta Nacional de Empleo, Desempleo y Subempleo (Sieh-Enemdu) realizada en septiembre del 2004 en territorio urbano y rural. Se entrevistó, en las veintidós provincias, a 37.000 personas, pertenecientes a 8.600 hogares, el 65,6% urbanos y el 34,4% rurales. Sus resultados se publicaron en Ecuador, Secretaría Técnica del Frente Social, 2005.

14 De acuerdo con el censo del 2001, la población afroecuatoriana económicamente activa se dedica en un 29,4% a actividades no calificadas, en un 17% a la construcción y en un 14,7% al servicio doméstico. Y, por si esto fuera poco, en Ecuador no existe un solo alto funcionario o ministro afrodescendiente. Gran parte de los jóvenes negros se ven obligados a trabajar como vigilantes o policías o, cuando esto no es posible, como “coterós” en los puertos marítimos.

que las poblaciones afro e indígena son las que mayor discriminación han sentido en sus lugares de trabajo (13% y 10% respectivamente).

Por otra parte, se calculó un índice de prejuicio racial indirecto hacia los afroecuatorianos, con un resultado de 76%; es decir, que de cada veinticinco ecuatorianos, diecinueve sienten algún grado de prejuicio racial frente a los afroecuatorianos. Este prejuicio es mucho más pronunciado en la Sierra que en la Costa.

5.4. Las respuestas de la sociedad civil afroecuatoriana

Los anteriores indicadores de pobreza, exclusión y desigualdad —que se relacionan evidentemente con el racismo estructural que en el Ecuador se experimenta— no representan un factor sorpresa para la sociedad civil afroecuatoriana. Ésta, de alguna manera, ha venido tomando conciencia desde hace décadas de esta problemática. De allí que la movilización ciudadana por la reivindicación de sus derechos sociales, económicos, culturales y colectivos, haya llegado a ser la estrategia.

En el país existen unas 350 organizaciones afroecuatorianas¹⁵, diseminadas a nivel tanto local como cantonal y provincial. Corresponden a grupos culturales, productivos, con perspectiva de género, de campesinos y populares, entre otros. Se clasifican según su condición jurídica: de primer grado (asociaciones), de segundo grado (federaciones) y de tercer grado (confederaciones). Y aunque poseen graves problemas de desarticulación y dependencia corporativa del Estado, y aún no logran fortalecer mecanismos de coordinación nacional, funcionan como redes asociativas que, de algún modo, representan los intereses de la sociedad civil afroecuatoriana (Antón, 2003).

Estas organizaciones, en la perspectiva del movimiento afrodescendiente a escala continental, han venido promoviendo demandas con miras a combatir la pobreza y la desigualdad política y a exigir la inclusión en la sociedad de los ciudadanos marginados. Estas demandas deben ser transformadas por el Estado en políticas culturales, las cuales se comprenden como instrumentos

15 Datos aún sin procesar de la encuesta realizada a las organizaciones afroecuatorianas en 2005 por la Secretaría Técnica del Frente Social, Sistema Integrado de Indicadores Sociales (Siise).

necesarios para el cambio de la cultura política, que en la nación se caracteriza por su marcado exclusivismo¹⁶.

En términos muy sintéticos, podríamos decir que dichas organizaciones se articulan en torno a una agenda política que podría determinarse en cinco puntos:

- a) la implementación de políticas públicas, a las que se pide mayor inversión estatal y la creación de una serie de instituciones que atiendan directamente las demandas ciudadanas.
- b) la reglamentación de sus derechos colectivos —en especial, de los culturales—, consignados en los artículos 83 y 84 de la Constitución Política de 1998.
- c) la lucha contra el racismo, cuyo marco paradigmático se encuentra en la *Declaración* y el *Plan de Acción* de Cumbre de Durban de 2001.
- d) la defensa de los territorios ancestrales y la protección de los recursos naturales, bases para la seguridad alimentaria de las comunidades rurales.
- e) el fortalecimiento de la sociedad civil y la participación política.

En suma, frente a los desafíos de la pobreza, el racismo y la discriminación, las organizaciones afroecuatorianas le apuestan a una nueva cultura política que debe estructurarse en el país en el marco del mandato constitucional (1998) de una nación pluricultural y multiétnica, donde la democracia les dé espacios de participación real a las ciudadanías diferenciadas, donde la interculturalidad sea la expresión armónica de las distintas visiones que componen la verdadera identidad étnico-racial plural del país. En este macrocontexto, el tema de las reparaciones cobra relevancia, dado que es uno de los caminos para alcanzar la meta del desarrollo, la superación de la pobreza y la eliminación del racismo. El capítulo siguiente trata sobre cómo ejecutar acciones muy concretas de reparación a los afroecuatorianos.

16 Cfr. Banco Interamericano de Desarrollo y Consejo de Organizaciones de la Sociedad Civil Afroecuatoriana (2004). Así mismo ver el proyecto de la Ley de Derechos Colectivos del Pueblo Negro o Afroecuatoriano que actualmente cursa segundo debate en el Congreso de la República de Ecuador, presentado por el diputado por la provincia de Esmeraldas, Rafael Erazo. (Ley aprobada el 9 de mayo de 2006 y publicada en el Registro Oficial No. 275 de 22 de mayo de 2006) (N de Eds)

VI. Ecuador en deuda con los afroecuatorianos: ¿qué reparar?

En la primera parte de este ensayo dijimos qué son las reparaciones, las cuales ocupan un lugar importante en la agenda política del movimiento social afrodescendiente de las Américas. En la segunda parte intentamos responder la pregunta: ¿por qué se debe reparar a los afrodescendientes? Para ello propusimos que las reparaciones se hacen justas en cuanto son un instrumento para superar las inequidades y desequilibrios que en materia de desarrollo padecen los afrodescendientes, dado que sobre ellos pesó la esclavitud y pesa aún la discriminación racial, factores que ahondan su condición de pobreza, desigualdad y exclusión. El caso de los afroecuatorianos es una muestra empírica de cómo se desarrolla estructuralmente el fenómeno, y además justifica la adopción perentoria de acciones de reparación, las cuales, para el contexto latinoamericano, se entienden como medidas de compensación o acciones afirmativas que garanticen los derechos humanos de esa población. En esta última parte considero relevante responder la pregunta: ¿qué repararles a los afroecuatorianos?

En este libro, varios autores la responden. Sin embargo, quisiera retomar el argumento de Emigdio Cuesta (2006), Secretario de la Conferencia Nacional de Organizaciones Afrocolombianas (CNOA), quien formula un conjunto de acertadas recomendaciones que, en el caso colombiano, deberían aceptar, en primera instancia, el Estado y, luego, la sociedad, como actores responsables de las reparaciones. Considero que sus propuestas son muy pertinentes para el caso de Ecuador.

De acuerdo con Cuesta, cuando se habla de reparación se admite haber causado daños profundos. En el caso de los afrodescendientes, la situación es bastante compleja, dado que ellos fueron víctimas de la esclavitud, un crimen de lesa humanidad que, como lo hemos sostenido, lesionó profundamente a una sociedad que nació de desequilibrios, negaciones y prejuicios, con lo que se perjudicó no sólo a las víctimas sino también a los victimarios. Por ello no es posible intentar una reparación como simple remedio, compensación o pago hecho de buena fe. En realidad se requieren acciones transformadoras de toda la estructura social, de sus representaciones, de sus instituciones más elementales, de sus códigos de sentido común, de sus maneras de relacionamiento y de sus mentalidades. Esto por cuanto no sólo los afrodescendientes, sino la sociedad misma en general han sido víctimas de

las acciones racistas que los sectores dominantes y hegemónicos desarrollaron como estrategia de poder y dominación.

De modo que nos encontramos en medio de un fenómeno complejo que identifica a la sociedad como un núcleo sobre el que hay que emprender acciones de reparación que conduzcan al entendimiento mutuo, que distiendan el campo de fuerzas donde operan los mecanismos del racismo. Se requieren acciones globales que sean capaces de modelar las actitudes y conductas —el *hábitus*, diría Bourdieu— de cada uno de los sujetos e incluso de erradicar lo que Michel Foucault (1976) denominó “racismo de Estado”. La propuesta es, entonces, que pensemos las reparaciones en términos transformadores de lo que Arturo Escobar (2001) entiende por “cultura política” de los actores sociales. O sea, abogamos por medidas educativas y pedagógicas que extirpen las secuelas de la dominación racial y étnica alimentada por la ideología del blanqueamiento y desactiven las estructuras poscoloniales que alimentan las desigualdades sociales, en busca del camino utópico de una nueva modernidad basada en la convivencia, en la interculturalidad.

Ya para el caso de las víctimas directas de la esclavitud y el racismo se pueden identificar dos tipos de acciones de reparación: unas que implican actos y actitudes de cambio que hacen referencia a procesos incluyentes de todos los escenarios de la sociedad, y otras que se expresan de manera concreta mediante la aplicación de políticas públicas o acciones afirmativas, tal como lo expresaron la *Declaración* y el *Plan de Acción* de Durban.

En cuanto al primer paquete de medidas de reparación habría que intentar al menos tres cosas:

- a) La reconstrucción de la historia y la recuperación de la memoria afroecuatoriana;
- b) Una ampliación de las esferas pública y privada que permita la participación de los sujetos excluidos;
- c) El empoderamiento de las ciudadanías negadas, mediante la adopción de reglas de convivencia impulsadas tanto en las escuelas como en los espacios de la democracia.

Con estos tres elementos invitamos a la sociedad, al Estado y a los gobiernos a abrir el camino hacia la edificación de una nación multiétnica y plu-

ricultural. Para ello se requieren varias cosas, la primera de las cuales implica reconocer verdaderamente, dejando de lado los estereotipos y los prejuicios, el aporte de los afroecuatorianos a la construcción de la nación. Aquí sería necesario replantearse el sistema educativo, hacerlo más permeable a la diversidad cultural, y quitarles su hegemonía a los museos, las celebraciones, los héroes nacionales y demás emblemas patrimoniales de la memoria oficial.

Estos procesos de reparación global igualmente pasan por la ampliación y la garantía de los derechos ciudadanos. O sea, se busca que los afroecuatorianos dejen de ser ciudadanos de segunda clase en medio de una democracia que sólo los toma en cuenta para algo procedimental: el voto. Se busca que la esfera pública, la esfera privada y los medios de comunicación sean más sensibles al derecho de los afrodescendientes a participar en todos los sectores económicos, sociales, políticos y culturales. Se trata de una estrategia política de desconcentración del poder.

Resumo entonces: proponemos un primer campo de reparaciones que apuntan a la sociedad en general. Se trata de medidas transformadoras de la cultura política tradicional. Estas medidas, que deben convertirse en políticas culturales, podrían proponerse varios objetivos:

- a) Descolonizar a la sociedad de su amo: el racismo;
- b) Desalienar a todos los sujetos cuya conciencia personal e histórica ha sido modelada por la dominación racial: neutralizar la ideología del blanqueamiento;
- c) Ampliar la concepción de ciudadanía para que abarque el ejercicio de los derechos culturales, afectando así el escenario democrático;
- d) Permitir no sólo el reconocimiento del pueblo afroecuatoriano como constructor de la nación, sino también que éste en efecto se beneficie de esa construcción suya.

Las propuestas de reparación del pueblo afroecuatoriano recogidas en las acciones afirmativas que se enuncian en este artículo, y en otras que hacen parte de la agenda política de las organizaciones, ya han sido sistematizadas tanto por el Plan de Desarrollo Afroecuatoriano ejecutado en 2003 con recursos del BID, como por el Plan Nacional de Derechos Humanos, que es ley de la república. Nada podrá concretarse si el pueblo afroecuatoriano no

asume su conciencia de ser; si no se organiza ni se moviliza para exigir, mediante acciones colectivas contundentes, el derecho a sus derechos.

VII. Conclusión

A lo largo de este ensayo hemos definido el panorama de las afrorreparaciones en el contexto ecuatoriano. Las reparaciones han constituido una propuesta justa de la sociedad civil afrodescendiente —más concretamente, afrolatinoamericana—, como medida compensatoria y de resarcimiento al impacto de la esclavitud y su herencia de racismo estructural, los cuales han hecho que los 150 millones de afrolatinoamericanos tengan los índices de vida más bajos de la región y que sus condiciones económicas, sociales y políticas sean desfavorables para un adecuado desarrollo y bienestar social.

Las reparaciones tuvieron relevancia, como eje de la agenda de demandas y de acciones colectivas de los afrodescendientes, en la III Cumbre Mundial contra el Racismo, la Discriminación, la Xenofobia y otras Formas de Intolerancia, celebrada por Naciones Unidas en Durban (Sudáfrica). Sin embargo, pese a que llamó la atención en dicha reunión, el tema no logró ocupar la extensión que merecía dentro de los compromisos y las acciones asumidos dentro de la plataforma general para el combate mundial contra el racismo. No obstante, la sociedad civil afrolatinoamericana considera el tema de las reparaciones no sólo como un desafío, sino como una tarea por cumplir en todos los ámbitos de la sociedad, puesto que constituye una estrategia central para superar las inequidades sociales, económicas, políticas y culturales que, de manera estructural, impiden que los descendientes de africanos asuman su ciudadanía plena, se beneficien de las garantías de las democracias y gocen de sus derechos humanos, bien sean civiles y políticos, o sociales, económicos y culturales... y siempre, por supuesto, colectivos.

En el caso de Ecuador, las reparaciones son más que justas y necesarias. Pese a que han hecho importantes contribuciones a la consolidación del Estado y de la sociedad misma, los afroecuatorianos aún son invisibilizados, relegados, estigmatizados y sólo tenidos en cuenta en escenarios exóticos como el folclor —danza y música— o las pistas atléticas y los estadios de fútbol. Datos estadísticos del Sistema de Indicadores Sociales del Pueblo Afroecuatoriano

(Sispae) ubican a estas comunidades dentro de los indicadores más bajos en cuanto alfabetismo, acceso a la educación en todos sus niveles, empleo, productividad e ingresos. Las diferencias sociales con la población blanca son abismales. Por otra parte, los medios de comunicación alimentan a diario representaciones sociales y discursos que ponen al afroecuatoriano en condición de inferioridad y estereotipo. Y, por si fuera poco, aun en los textos escolares oficiales y no oficiales la exclusión de sus aportes a la historia es notable.

Pero todo no es malo. Las organizaciones sociales de la población afroecuatoriana han emprendido, desde mediados de los años noventa del siglo pasado, importantes movilizaciones y acciones colectivas. Éstas se han ido transformando poco a poco en políticas públicas a favor de sus propuestas de desarrollo y de combate al racismo. En este ensayo hemos anotado que, en Ecuador como en ningún otro país, se han logrado importantes conquistas: hay visibilidad estadística de los afrodescendientes gracias al Sistema de Indicadores Sociales del Ecuador (Siise), el gobierno nacional posee una entidad pública encargada de los asuntos afro, lo propio sucede con la Defensoría del Pueblo y la Asamblea Nacional (hace poco se aprobó la ley de derechos colectivos del pueblo afro), y la Cancillería envía periódicamente informes a la Comisión de las Naciones Unidas contra el Racismo. Pero eso no es suficiente.

No es suficiente toda vez que los pueblos afroecuatorianos aún no superan sus condiciones de pobreza y marginalidad. Sus niveles de participación en la esfera política siguen siendo nulos, la violencia policial y la acción represiva contra ellos no disminuyen, cada vez el ingreso a la universidad les es más restringido, su índice de desempleo es el más alto del país y los medios de comunicación no cesan de irradiar imágenes racializadas. De modo que, pese a los avances, el panorama no es tan promisorio como podría creerse. De allí que hablar de las reparaciones como estrategia efectiva para combatir la pobreza y extirpar el racismo sea un asunto clave.

En este ensayo hemos propuesto un conjunto de acciones de reparación del pueblo afrodescendiente. Se trata de un conjunto de acciones encaminadas tanto a la sociedad general como al conjunto específico del pueblo afroecuatoriano. En primer lugar consideramos necesario adelantar acciones cuyo objetivo central sea el núcleo de la estructura social para modificar su mentalidad, sus representaciones y sus instituciones, las cuales se han alimentado

históricamente del racismo estructural. De allí que lo principal sea extirpar la ideología de la dominación racial, la cual sustenta imaginarios racistas que, por un lado, ubican a un grupo social en la cúspide de la pirámide social con todos su privilegios y su “blanquedad” y, por el otro, relegan a los grupos indígenas y afrodescendientes a la esquina de la exclusión no sólo social sino también económica, política y cultural. Aquí proponemos políticas culturales que transformen la cultura política de la sociedad ecuatoriana y la encaminen hacia la interculturalidad. La reforma al sistema educativo, por ejemplo, sería una herramienta necesaria, al igual que la adecuación institucional de entidades culturales como las casas de la cultura, los museos y las direcciones o dependencias encargadas de las “políticas culturales”. En este direccionamiento caben los medios de comunicación, tanto impresos como audiovisuales. Todo con el fin de romper el monopolio de las representaciones blanco-mestizas que simbolizan la prosperidad, la civilización y la unidad nacional. Se busca, más bien, que la interculturalidad sea un principio, más que transversal, aglutinador de imágenes multiculturales, valorándolas desde su propia historia, cosmovisión y acción de vida.

En cuanto a los afrodescendientes del Ecuador, proponemos un paquete de medidas que vendrían a ser complementarias de las acciones ya institucionalizadas pero que, a nuestro modo de ver, son insuficientes. En primer lugar proponemos, de manera general, acciones con miras a la reconstrucción histórica y la recuperación de la memoria ancestral de los afroecuatorianos. Se trata de medidas para fortalecer su patrimonio tangible e intangible. Proponemos además la ampliación de la esfera política en términos de participación. En este escenario, los afroecuatorianos están prácticamente relegados, pues, aunque son una minoría política, no se los reconoce como tal. Su presencia en la Asamblea, antes Congreso, en los partidos, a excepción de la del Movimiento Popular Democrático, es nula. De allí que una reforma política que favorezca su presencia en el poder legislativo sería una actitud positiva de reparación. Así mismo hay que implementar medidas que generen mayor empoderamiento ciudadano, que garanticen sus procesos organizativos y conduzcan a una mayor aplicación de sus derechos civiles y políticos, los cuales, si bien no se niegan, no son asumidos por el grueso de una población que mantiene altos grados de alienación y colonización. El empoderamiento de la ciudadanía, que implica el reconocimiento de la ciudadanía cultural,

tendría efectos importantes en la democracia y en los mecanismos de convivencia social ecuatoriana.

Otro paquete importante dentro del contexto de las reparaciones tiene que ver con las medidas de acción afirmativas para el pueblo afroecuatoriano. Dichas medidas se orientan a superar las inequidades sociales y económicas existentes y persistentes. Cuando hablamos de medidas de acción afirmativas nos referimos específicamente a políticas públicas en el campo de la educación, del empleo, de la salud y del fomento de la productividad. Esto por cuanto sólo mediante una legislación clara en estos aspectos podrán los afroecuatorianos superar las barreras de racismo y discriminación que a diario enfrentan cuando de encontrar trabajo o lograr acceso a la universidad se trata, barreras que, como hemos sostenido aquí, están enquistadas en el racismo estructural que sostiene el actual sistema de inequidades, característico de la sociedad capitalista movida por la ideología neoliberal.

No podemos cerrar este capítulo de propuestas de reparación al pueblo afro sin plantear una condición que consideramos trascendental. Se trata de que estas propuestas pasen de las buenas intenciones a la realidad concreta. Se trata de que den lugar a la adopción de políticas públicas que deben complementarse con un estatuto para la equidad racial y el combate a la discriminación. Este estatuto debe tener como objetivo desarrollar los preceptos constitucionales de la igualdad ciudadana promoviendo las condiciones diferenciales de cada uno de los ciudadanos ecuatorianos. Dicho estatuto debe encaminarse a eliminar, sancionar y erradicar todas las formas objetivas y subjetivas de discriminación por raza, religión, condición étnico-cultural, política o económica, discapacidad, origen, idioma, orientación sexual y situación (el caso de los refugiados, los perseguidos políticos o las víctimas de conflictos armados). Debe ser un estatuto que adopte medidas para fomentar la convivencia, la interculturalidad y el respeto a las diferencias, un estatuto que pase de la famosa “tolerancia” a la aceptación de que los derechos de cada uno tienen su frontera en los derechos del otro, un estatuto que en realidad demuestre un cambio de actitud frente a la necesidad de que un pueblo como los afroecuatorianos, que tanto aporte le ha hecho a la nación y a la sociedad, sea reparado realmente por las secuelas de marginación, pobreza y desigualdad que aún sobrelleva por ser víctima histórica de un racismo estructural aún campante.

VIII. Bibliografía

- Abdul-Salaam, Ishmel, Harriet AbuBakr, Silis Muhammad *et al.*, “Una perspectiva regional de la calidad de vida de los afrodescendientes: un documento para todos por la reparación y la emancipación”, presentado en el Taller de la Naciones Unidas sobre las Personas de Ascendencia Africana en la Región de Las Américas, Chíncha, Perú, 2-4 de noviembre de 2005.
- Antón Sánchez, John, *Organizaciones de la sociedad civil afroecuatoriana*, Banco Interamericano de Desarrollo (BID) (informe de consultoría), Quito, 2003.
- , “Afroecuatorianos: invisibilidad, racismo, exclusión y pobreza”, en Secretaría Técnica del Frente Social, *Racismo y discriminación racial en Ecuador*, Zenitram, Quito, 2005a.
- , “Afroecuatorianos y las metas de desarrollo del Milenio”, *Palenque*, 2005b.
- , “El sistema de indicadores sociales del pueblo afroecuatoriano, Sis-pae”, en *Pueblos indígenas y afrodescendientes de América Latina y el Caribe: relevancia y pertinencia de la información sociodemográfica para políticas públicas*, (en prensa) Cepal, Santiago de Chile, 2005c.
- Banco Interamericano de Desarrollo y Consejo de Organizaciones de la Sociedad Civil Afroecuatoriana, *Diagnóstico de la problemática afroecuatoriana e identificación de acciones prioritarias*, Quito, 2004.
- Bello, Álvaro y Marta Rangel, “La equidad y la exclusión de los pueblos indígenas y afrodescendientes en América Latina y el Caribe”, *Revista Cepal*, 76, 2002.
- Consejo de Organizaciones de la Sociedad Civil Afroecuatoriana, *Diagnóstico de la problemática afroecuatoriana e identificación de acciones prioritarias*, Quito, 2004.
- Costales, Piedad y Alfredo Costales Samaniego, *Historia social del Ecuador*. Tomo 1: *El concertaje de indios y la manumisión de esclavos*, Llacta, 17, 1964.
- Cuesta, Emigdio, *¿Por qué y cómo reparar al pueblo afrocolombiano?* (documento de la Conferencia Nacional de Organizaciones Afrocolombianas), Bogotá, 2006.

- De la Torre, Carlos, *Afroquiteños: ciudadanía y racismo. Estudios y análisis*, Centro. Andino de Acción Popular (CAAP), Quito, 2002.
- De la Cuadra, José, *El Montubio Ecuatoriano*, Ed. Imán, Buenos Aires, 1937.
- Ecuador, Secretaría Técnica del Frente Social, *Afroecuatorianos en cifras. Desigualdad, discriminación y exclusión según las estadísticas sociales del Ecuador*, Sistema Integrado de Indicadores sociales del Ecuador (Siise), Quito, 2004.
- , *Racismo y discriminación racial en Ecuador*, Sistema Integrado de Indicadores sociales del Ecuador (Siise), Quito, 2005.
- Escobar, Arturo, Sonia Álvarez y Evleina Dagnino (eds.), *Política cultural y cultura política*, Taurus e Icanh, Bogotá, 2001.
- Espinosa Tamayo, Alfredo, *Psicología y sociología del pueblo ecuatoriano*, Imprenta Municipal, Guayaquil, 1918.
- Foucault, Michel, *La genealogía del racismo*, La Piqueta, Madrid, 1992.
- García, Jesús, “Reconstrucción, transformación y construcción de nuevos escenarios de las prácticas de la afroamericanidad”, en *Cultura y Transformaciones Sociales en Tiempos de la Globalización*, 2001.
- García Ortiz, Humberto, *Breve exposición de los resultados obtenidos en las investigaciones sociológicas de algunas parcialidades indígenas*, Imprenta de la Universidad Central, Quito, 1935.
- Guerrero, Andrés, “Una imagen ventrílocua: el discurso liberal de la ‘desgraciada raza indígena’ a fines del siglo XIX”, en B. Muratorio (ed.), *Imágenes e imagineros. Representaciones de los indígenas ecuatorianos, siglos XIX y XX*, FLACSO-Ecuador, Quito, 1994.
- , “El proceso de identificación: sentido común ciudadano, ventrílocua y transcritura”, en Guerrero, Andrés (comp.), *Etnicidades*, Flacso, Quito, 2000.
- Hopenhayn, Martín y Álvaro Bello, “Discriminación étnico-racial y xenofobia en América Latina y el Caribe”, *Serie Políticas Sociales*, 47, 2001.
- Maloney, Gerardo, “El negro y la cuestión nacional”, en Ayala Mora, Enrique (ed.), *La nueva historia del Ecuador*, vol. 13, Corporación Editora Nacional – Grijalbo, Quito, 1993.
- Montaño, Escobar [Varios escritos de su columna en el diario *Hoy*, Quito, 2005], Internet, <http://www.diariohoy.com.ec>.

- Oliveira, Dennis, “Los(as) afrodescendientes pusieron en dedo en la llaga”, en *Pluralizar el mundo, diversificar las voces*, 2002, Internet, <http://www.alainet.org/publica/pluralizar/>.
- Rangel, Marta, “Propuestas para el análisis comparado de casos destacados de los derechos humanos de los afrodescendientes en América Latina”, *Serie Población y Desarrollo*, 59, 2005
- Rodríguez, Romero, “Entramos negros y salimos afrodescendientes”, *Revista Futuros*, 2004.
- Roland, Edna, “Una visión crítica sobre Durban”, en *Pluralizar el mundo, diversificar las voces*, 2002, Internet: <http://alainet.org/publica/pluralizar/>.
- Rosero, Carlos, “Los afrodescendientes y el conflicto armado en Colombia: la insistencia en lo propio como alternativa”: 547-560, en Mosquera, Claudia, Mauricio Pardo y Odile Hoffmann (eds.), *Afrodescendientes en las Américas: trayectorias sociales e identitarias*, Universidad Nacional de Colombia – Icanh – IRD – Ilas, Bogotá, 2002.
- Stavenhagen Rodolfo, “La diversidad cultural en el desarrollo de las Américas: los pueblos indígenas y los estados nacionales en Hispanoamérica”, OEA, Serie de Estudios Culturales No. 9, 2001, Internet, www.oas.org/udse/lepanol/documentos/1hub8.doc.
- Wade, Peter, *Raza y etnicidad en Latinoamérica*, Abya-Yala, Quito, 1997.
- Zapata Olivella, Manuel, *Las claves mágicas de nuestra América*, Plaza y Janés, Bogotá, 1989.

Igualdad y diversidad

Matrimonio y diversidad sexual: la lección sudafricana¹

Mariano Fernández Valle²

Se ha dicho también que el matrimonio es heterosexual porque proviene de la naturaleza. ¿De la naturaleza, como las plantas y los ríos y las tormentas y los animales...? ¿Existe desde que el mundo es mundo o fue creado en determinado momento de la civilización? ¿Fue siempre igual, inmutable, o sufrió grandes cambios a lo largo de su historia?

Bruno Bimbi, activista

- 1 El presente trabajo constituye la extensión de uno de igual nombre, publicado en *Anuario de Derechos Humanos 2007*, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, Editorial Andros, 2007 y en Mariano Fernández Valle, “Matrimonio y diversidad sexual: la lección sudafricana”, en Marcelo Alegre y Roberto Gargarella (coords.), *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007.
- 2 Abogado (Universidad de Palermo, Argentina) y diplomado en “Derechos Humanos y Procesos de Democratización” (Centro de Derechos Humanos - Universidad de Chile). Es profesor Adjunto interino de derecho constitucional profundizado y procesal constitucional en la Universidad de Buenos Aires (2010-2009); profesor de sistemas jurídicos comparados en la Universidad de Palermo (2009). Trabajó en los últimos años como codirector del Programa de Justicia de CIPPEC (2008), como investigador y docente en el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile (2006-2007) y en diferentes actividades relacionadas con temas de justicia y derechos humanos.

Sumario

I. Introducción. II. Una necesaria aclaración previa. III. La sentencia de la Corte Constitucional. 3.1. Los alcances de la discriminación matrimonial. 3.2. El simbolismo y el imaginario social. 3.3. Construcción identitaria y autonomía personal. 3.4. El simbolismo y el imaginario social (segunda parte). 3.5. Las diferentes formas de asociación. IV. La solución insuficiente. V. Bibliografía.

I. Introducción

A partir de una orden de la Corte Constitucional de Sudáfrica, el 14 de noviembre del año 2006 se sancionó con una amplísima mayoría parlamentaria³ la *Civil Union Bill*, que posicionó al país como uno de los pocos en abrir su régimen matrimonial a cualquier pareja, con independencia de la identidad sexual, la identidad de género o la orientación sexual de sus miembros. Así, Sudáfrica se sumó a Holanda, Bélgica, Canadá, España y el Estado de Massachusetts (Estados Unidos), que han adoptado decisiones en el mismo sentido⁴.

Este trabajo desarrolla y analiza críticamente los principales aspectos constitucionales de la sentencia de la Corte de Sudáfrica⁵ y de la reforma

3 La Asamblea Nacional (*National Assembly*) aprobó la *Civil Union Bill* con doscientos treinta votos a favor, cuarenta y uno en contra y tres abstenciones. Luego, el Consejo nacional de Provincias (*National Council of Provinces*) ratificó la ley con treinta y seis votos a favor, once en contra y una abstención.

4 Israel, si bien no ha modificado su legislación matrimonial en el sentido analizado en este trabajo, por decisión de su Corte Suprema (2006) ha reconocido en su territorio los matrimonios de cinco parejas de hombres israelitas llevados en el extranjero (Canadá).

5 No obstante, existen dos importantes temas que no serán objeto de esta reseña pero que merecen un particular desarrollo. Uno de ellos se vincula con la discusión alrededor del remedio aplicado por el tribunal para superar la discriminación existente. Sobre este punto, el debate entre la mayoría y la disidencia es particularmente rico, y trae a colación las tensiones democráticas existentes entre el rol del Poder Judicial y el de los poderes políticos.

Por otro lado, los argumentos que la Corte Constitucional emplea para compatibilizar los derechos

legal que ha motivado. Como se verá en adelante, en estas discusiones se juega mucho más que la determinación de quiénes serán las personas usuarias del régimen matrimonial. El debate es bastante más complejo y guarda relación con las formas en que nos relacionamos política, afectiva y personalmente.

II. Una necesaria aclaración previa

Como se verá a lo largo de este escrito, es necesario despojar al matrimonio de los diferentes parámetros de exclusión que lo han determinado. Uno de ellos es el parámetro heterosexual, que vincula a la institución con la asociación afectiva entre un hombre y una mujer.

La ampliación matrimonial sudafricana quiebra ese parámetro, pero no sólo para incluir como beneficiarias a las parejas homosexuales. El nuevo régimen ampara a cualquier pareja, con independencia de la identidad sexual, la identidad de género o la orientación sexual de sus miembros. Entonces, hablar exclusivamente de *matrimonio heterosexual u homosexual, de acuerdo con los significados que tradicionalmente se atribuyen a estos términos, excluye condiciones sexuales alternativas*. Si bien estrictamente el matrimonio *heterosexual* referiría a un tipo de matrimonio entre personas de diferente sexo y el *homosexual* a un tipo de matrimonio entre personas del mismo sexo, la visión dicotómica que divide el mundo en hombres y mujeres provoca que el único entendimiento de lo heterosexual se vincule a la unión entre un hombre y una mujer y que el único entendimiento de lo homosexual se asocie a la unión entre hombres o entre mujeres⁶.

Como consecuencia, ese discurso clásico sólo permite abordar el espectro de parejas constituido por las opciones hombre/mujer, mujer/mujer y mujer/hombre⁷, excluyendo a personas que no necesariamente se identifican

de los ministros religiosos y los de aquellas parejas no heterosexuales que desean contraer matrimonio también ameritan algunos comentarios críticos.

6 Así, el significado tradicional de lo heterosexual y lo homosexual excluye aquello que no necesariamente se asimila a la condición binaria hombre/mujer. Para ver el *continuum* que puede darse entre hombres y mujeres, se recomienda Fausto-Sterling, A., "The Five Sexes. Why Male and Female are Not Enough", *The Sciences*, 1993, pp. 20 a 24. Véase también Saldivia, L., *Sin etiquetas*, *Revista Jurídica de Palermo*, Año 8 núm. 1, septiembre 2007.

7 Tampoco esto es absoluto, ya que muchos hombres que se unen con otros hombres y muchas mu-

con estas formas de ver al mundo, a la sexualidad y a las relaciones sociales. *Así, intersexuales, travestis, transgéneros y algunas personas transexuales continúan excluidas e invisibilizadas, esperando que de una vez por todas el orden social tradicional sea desafiado en su misma esencia*⁸.

La nomenclatura *reduccionista* que aquí se critica fue utilizada por la Corte Constitucional y por ello inevitablemente se mencionará en el presente trabajo. No es mi objetivo concentrarme en ella⁹ sino tan sólo dejar sentado que la reforma matrimonial de Sudáfrica, aunque no se haya hecho visible en lo discursivo, excede la dicotomía representada por la unión heterosexual o la unión homosexual, de acuerdo con sus alcances corrientes. *Si bien la reforma matrimonial surge como respuesta a la situación de parejas gays y lesbianas, tiene impacto en todo el colectivo LGTTTB*¹⁰.

III. La sentencia de la Corte Constitucional

El 1 de diciembre del año 2005, la Corte Constitucional de Sudáfrica, en el marco de los casos “Minister of Home Affairs v. Fourie”¹¹ y “Lesbian and Gay Equality Project v. Minister of Home Affairs”¹², anuló la cláusula hete-

jeres que se unen con otras mujeres no se identifican necesariamente a sí mismas como personas homosexuales.

8 Esta discusión es exploratoria, nada pacífica y excede largamente el objetivo del trabajo. Basta decir que pone en crisis los alcances y la división en compartimentos estancos de conceptos tales como “sexo”, “género”, “identidad sexual”, “identidad de género”, “orientación sexual”, entre otros (véase Saldivia, L., *op. cit.*). Destaca en este sentido la producción académica feminista posmoderna y de-construccionista, así como las teorías posfeministas y *queer*. En este trabajo utilizaré identidad sexual, identidad de género y orientación sexual por creerlos, en su conjunto, funcionales e integradores de aquellas características personales que corrientemente utilizan los regímenes matrimoniales para excluir y discriminar. Para más detalles sobre esto último, véase nota 15.

9 Aunque volveré sobre el punto en algunos pasajes de este escrito.

10 Sigla que representa al colectivo formado por lesbianas, gays, travestis, transexuales, transgéneros, bisexuales, e intersexuales; sin perjuicio de las diferencias existentes entre cada uno de los grupos e, incluso, al interior de ellos.

11 “Minister of Home Affairs and another v. Fourie and another”, case CCT 60/04, 1/12/2005. En el presente caso se cuestionó la constitucionalidad de la definición matrimonial del *common law* que entiende al matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer, con exclusión de cualquier otra.

12 “Lesbian and Gay Equality Project and eighteen others v. Minister of Home Affairs and others”, case CCT 10/04, 1/12/2005. En el presente caso se puso en duda la constitucionalidad de la Sec-

rosexual del régimen matrimonial y lo extendió a cualquier pareja, con independencia de su identidad sexual, identidad de género u orientación sexual.

Cabe destacar que la totalidad del tribunal se pronunció a favor de modificar los aspectos discriminatorios del régimen matrimonial vigente. Si bien la decisión tuvo una única disidencia —Juez O'Regan—, ella no se fundó en el fondo de la cuestión debatida sino en el remedio que el tribunal debía aplicar para anular la discriminación existente. Mientras que la mayoría de la Corte estipuló un plazo de un año para que el Parlamento sudafricano cumpliera la obligación de adecuar la legislación civil a los nuevos requerimientos, el único juez que votó en disidencia creyó que los efectos del fallo debían ser inmediatos.

3.1. Los alcances de la discriminación matrimonial

La Corte se preguntó si la prohibición de matrimonio para la pareja litigante (integrada por dos mujeres lesbianas) y para otras parejas en la misma situación, contenida en las normas de *common law* y en la Ley de Matrimonio (*Marriage Act*)¹³, constituyó una discriminación del Estado basada en la orientación sexual. La Constitución de Sudáfrica forma parte del selecto grupo de ordenamientos constitucionales que expresamente prohíben la discriminación sobre la base de la orientación sexual (sección 9.3)¹⁴. Asimismo, también establece una cláusula general que consagra el derecho a la igualdad de trato, protección y beneficios de la ley (sección 9.1).

En este sentido, sostuvo el juez Sachs —autor del voto de mayoría— que el daño a las parejas de personas del mismo sexo excede las privaciones de bienes materiales (sentencia, párrs. 71 y 72, entre muchos otros). La definición de matrimonio que las excluye sugiere no sólo que su compromiso, relación y amor es inferior, sino que estas personas nunca podrán ser parte

ción 30 (1) de la Ley de Matrimonio (*Marriage Act*), que establece las preguntas que deben realizar a los contrayentes quienes ofician matrimonios. La organización litigante sostuvo que la terminología incluida en dichas preguntas excluía a las parejas del mismo sexo.

13 Véanse notas 11 y 12.

14 También las Constituciones de Ecuador (art. 23.3), Islas Fiji (art.38.2) y Portugal (art. 13.2) prohíben explícitamente la discriminación por orientación sexual.

de la comunidad que la Constitución promete crear con igualdad para todos (sentencia, párr. 71). Estas parejas no son valoradas con el mismo respeto que es otorgado a las parejas heterosexuales en sus relaciones (sentencia, párrs. 71 y 81, entre muchos otros). La exclusión de los beneficios y responsabilidades del matrimonio no es un inconveniente pequeño y tangencial sino que representa una forma radical de decir indirectamente que las parejas homosexuales son *outsiders* (*ídem*).

Los dichos del tribunal constitucional reflejan que la discriminación opera, en primer lugar, a partir de una indebida exclusión de diferentes parejas de todos los beneficios materiales y protecciones que el matrimonio trae consigo¹⁵ y, en segundo lugar, a partir de la construcción de un diferente estatus como miembros de la comunidad, un estatus devaluado en razón de la orientación sexual elegida.

Como sutil crítica a la Corte, cabe decir que la situación matrimonial analizada por ella no sólo discrimina sobre la base de la orientación sexual sino también con motivo del desprecio a diferentes identidades sexuales y de género. La interpretación tradicional que suele hacerse de los regímenes matrimoniales prohíbe o dificulta esa opción a personas transexuales, intersexuales y transgéneros. Esta exclusión no se funda en la orientación sexual sino más bien en la identidad sexual y de género de estas personas¹⁶.

En la mayoría de los países, las personas que se apartan de la sexualidad socialmente valorada representan un sector usualmente vulnerado en el pleno

15 El matrimonio ofrece varias funciones que pueden resultar útiles para las personas contrayentes, entre ellas: ventajas financieras a la pareja (y a sus miembros considerados individualmente), derechos de herencia y pensiones, protecciones a la familia contra interferencias exteriores, privilegios testimoniales, beneficios en políticas migratorias, preferencias a los efectos de la adopción y la inseminación artificial, capacidad de decidir por otro en situaciones de imposibilidad, entre muchas otras. Véase Chambers, D., "What If? The Legal Consequences of Marriage and the Legal Needs of Lesbian and Gay Male Couples", *Michigan Law Review*, vol. 95 (2), 1996, pp. 447 a 491; también Eskridge, W., "La discusión del matrimonio entre personas del mismo sexo y tres conceptos de igualdad", en Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política – SELA, Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, pp. 203 a 231.

16 Las personas que se definen como transexuales, intersexuales y/o transgéneros no lo hacen a partir de su atracción hacia otras personas. En términos muy generales, lo hacen a partir de la construcción personal, psíquica, anatómica y biológica de su condición sexual. Por su parte, a partir de que algunas de estas personas no calzan adecuadamente en la categorización binaria hombre/mujer, sufren la exclusión matrimonial por razones que no se relacionan necesariamente con su orientación sexual.

goce y ejercicio de sus derechos fundamentales en condiciones igualitarias. Esta circunstancia opera como trasfondo de muchas de las meticulosas alegaciones de la Corte Constitucional que, como se dijo, se centra únicamente en la situación social de gays y de lesbianas¹⁷.

Tal como sostiene Dworkin, determinados rasgos de distinción “son especiales sólo porque la historia sugiere que algunos grupos son más propensos a que se les niegue la consideración debida, de modo que las decisiones políticas que actúan en su contra deberían ser tomadas en cuenta con especial sospecha”¹⁸. Cualquier distinción que se efectúe sobre estos parámetros suele denominarse académicamente como “clasificación sospechosa”. Es decir, frente a casos como el aquí estudiado, la diferencia matrimonial que se funda en criterios tales como la identidad sexual, la identidad de género o la orientación sexual debería ser analizada con particular sospecha.

Si bien la Corte no utilizó explícitamente este concepto de *clasificación sospechosa*, efectuó un adecuado diagnóstico de la situación de personas que se apartan del parámetro heterosexual, de sus vivencias cotidianas e históricas, de su invisibilización, de los estereotipos que las afectan y de las consecuencias del trato discriminatorio recaído sobre ellas (sentencia, párrs. 71, 72, 76, 77, 78, 153, entre muchos otros).

Sin adentrarse en la discusión sobre los límites y alcances de las *clasificaciones sospechosas*, cabe decir que ellas han operado como herramientas conceptuales que obligan a la judicatura a analizar las decisiones que impactan sobre grupos usual e históricamente desaventajados “con mayor atención”¹⁹.

17 No así en la situación de todo el colectivo LGTTTBI.

18 Dworkin, R., *El imperio de la ley*, Gedisa, Barcelona, 1992, p. 269.

19 Dworkin, R., *op. cit.* Esta “mayor atención” no sólo se traduce en la necesidad de realizar un escrutinio más estricto sobre las decisiones que afectan a grupos tradicionalmente relegados. También implica que aquellas diferencias que limiten el acceso a derechos de estos grupos deben presumirse inválidas, a menos que razones “urgentes” e “imperiosas” las justifiquen. En otros casos, las categorías sospechosas han servido para invertir la carga de la prueba: no son los grupos desaventajados quienes deben probar que se los discrimina, sino que son los que establecen diferencias en su perjuicio los que deben probar que no discriminan. Para más detalles sobre los alcances de las “clasificaciones sospechosas”, véase Dulitzky, A., “El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros de la jurisprudencia interamericana”, en esta misma obra y una versión anterior en *Anuario de Derechos Humanos 2007*, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, Andros, 2007, pp. 15 a 32; y Gullco, H., “El uso de las categorías sospechosas en el derecho argentino”, en *El derecho como objeto e instrumento de transformación*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2002, pp. 287 a 303.

Y, en suma, es justo decir que eso fue precisamente lo que la Corte Constitucional hizo. Utilizó un estándar muy robusto y exigente en materia de igualdad y no discriminación. No sólo destacó la privación de beneficios materiales sino que también analizó algunas consecuencias y efectos sociales de la diferencia establecida por el régimen matrimonial. Asimismo, realizó un exhaustivo análisis y escrutinio sobre el caso, sobre el contexto y sobre los argumentos enfrentados. Todo ello, en razón de las características particulares de los grupos de gays y lesbianas afectados, y del tratamiento tradicional de sus problemáticas.

3.2. El simbolismo y el imaginario social

Reconocer la estigmatización y el diferente estatus de ciudadanía al cual son sometidas las personas que se apartan del parámetro de sexualidad dominante tiene diferentes implicancias. Entonces, como dice la Corte, ésta no es sólo una discusión sobre el acceso a beneficios materiales. Ésta es, principalmente, una discusión sobre la forma en que se constituye (y deconstruye) el imaginario social en relación con las sexualidades y las formas de asociación afectiva²⁰.

Según creo, esta construcción del imaginario afecta a múltiples planos y permite trazar un denominador común entre situaciones que aparentemente no tienen mucha vinculación. De esta forma, existe una relación entre la configuración institucional del matrimonio y la violencia ejercida y tolerada contra determinadas personas por su identidad sexual, identidad de género u orientación sexual²¹. Si bien es absurdo sostener que los peores niveles de violencia física, psíquica e institucional que sufren gays, lesbianas, bisexuales, travestis, transexuales, intersexuales y transgéneros dependen exclusivamente de las formas de regular algo tan mediato como el matrimonio, es igualmente absurdo considerar que no existe ninguna vinculación entre una y otra cuestión. Sin entrar en la dinámica propia del “huevo y la gallina”, es justo afirmar que la

20 Para un excelente análisis del derecho como discurso social legitimador del poder, véase Birgin, H. (comp.), *El derecho en el género y el género en el derecho*, Biblos, Buenos aires, 2000.

21 Louise Arbour, la alta comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, ha declarado acertadamente que “La violencia contra las personas LGTB queda con frecuencia sin denunciar, sin documentar y últimamente sin castigar. Raramente provoca debate público o indignación (...)” (véase www.ilga.org/news).

violencia en determinados planos promueve violencia en otros. No es particularmente relevante discernir cuál es causa y cuál consecuencia, sino los efectos que se derivan de una dinámica que evidentemente se retroalimenta.

Entender la complejidad del fenómeno de la discriminación permite re-articular nuestras preferencias y reacciones frente a determinados sucesos. Quienes vean en la prohibición de matrimonio la mera privación de algunos bienes materiales seguramente tendrán un proceso reflexivo diferente del de quienes vean en esa misma prohibición un producto, y a la vez una posible explicación, de la violencia que día a día lesiona y extermina a cientos de miles de personas por la manera en que eligen construir sus sexualidades. Los primeros, erróneamente, entenderán que ésta es una cuestión menor mientras que los segundos, acertadamente, comprenderán que ésta es una cuestión crítica y urgente.

Según Amnistía Internacional, actualmente más de setenta países contemplan leyes de diferente índole que penalizan las relaciones homosexuales reales o presuntas, la revelación y la defensa pública de condiciones y orientaciones sexuales distintas de las dominantes, el uso de vestimentas diferentes de las que usualmente se atribuyen a cada sexo, etc. Asimismo, ocho países incluyen en su legislación la pena de muerte por motivos relacionados con el ejercicio de las sexualidades (Afganistán, Arabia Saudita, Irán, Mauritania, Pakistán, Sudán, Yemen y algunos Estados del norte de Nigeria²²). Por su parte, en América Latina, de acuerdo con la *Internacional Lesbian and Gay Asociation* (ILGA), Brasil, México y Perú lideran el *ranking* de los países donde las personas homosexuales son víctimas de muertes violentas²³. A su vez, según la organización citada, África es uno de los continentes más agresivos frente a la diversidad sexual²⁴. En definitiva, se registran día a día casos vergonzosos y oprobiosos en todo el globo, que evidencian muertes, abusos de autoridad, violencia extrema, violaciones sexuales y discriminación en todos los planos contra grupos LGTTTBI²⁵.

22 Véase Amnistía Internacional, "Noticias", 1/7/2006, Internet: <http://www.es.amnesty.org/ncl/noticias/archive/2006/julio/browse/1/>.

23 Véase diario *El País*, España, "Un homosexual es asesinado cada dos días en América latina, según un informe", 10 octubre 2006.

24 Véase ILGA, "World Legal Survey. África", Internet: www.ilga.info/information/legal_survey.

25 Véase ILGA, *op. cit.*, para un buen resumen de la situación de grupos LGTTTBI en el mundo.

Al no elaborar todo el proceso secuencial y casual reseñado en los párrafos anteriores, la Corte Constitucional sólo reflejó algunos de los efectos del imaginario social que la exclusión matrimonial ayuda a construir, reforzar y perpetuar. Por otro lado, lamentablemente, la Corte restringió su análisis a la situación de personas gays y lesbianas, acentuando la invisibilización que sufren otros grupos sociales que viven sus sexualidades de una forma diferente. No obstante, debe destacarse especialmente que el tribunal haya comprendido que estas diferencias legales impactan en la mirada social hacia determinadas personas y en la mirada de esas personas hacia sí mismas y hacia la sociedad en general. Las críticas a su decisión sólo pueden centrarse en el grado, avance y desarrollo de dicha comprensión.

3.3. Construcción identitaria y autonomía personal

Vinculado con lo anterior, la imagen y validación social de las sexualidades tiene consecuencias directas sobre la construcción identitaria de cada persona. Con ello no pretendo decir que sólo nos constituimos como personas a partir de cómo el resto nos observa, ni que requerimos necesariamente la validación social para ello. Sin embargo, es innegable que el contexto determina en buena medida las posibilidades de desarrollo autónomo. No debe subestimarse el papel que juega la descalificación pública y legal de determinadas conductas humanas en quienes las practican. Por ello, las democracias constitucionales modernas nominalmente expresan un fuerte respeto a la autonomía de las personas y a su libertad para decidir cómo vivir sus propias vidas. El principio de autonomía personal opera como resguardo del ámbito autorreferente y como obstáculo contra cualquier tipo de interferencia estatal o de terceros en los planes libremente elegidos por las personas. Pero no es sólo un derecho que se opone a esta interferencia o que resguarda un ámbito íntimo y privado. Es un derecho mucho más amplio, que también obliga a crear las garantías y precondiciones necesarias para la elección y materialización de todas aquellas acciones que no afectan sustancialmente la autonomía de otras personas.

Sin embargo, el respeto hacia la libre adopción de planes de vida se ha enfrentado tradicionalmente con el intento de los Estados de hacer efectivos ciertos ideales de excelencia humana o de virtud personal (“perfeccio-

nismo”)²⁶. Así, la vida sexual y familiar constituye una de las áreas donde la interferencia “perfeccionista” se hace más evidente²⁷.

Pero el Estado no puede sustraer a determinadas parejas de la protección que las leyes otorgan a otras unidas en matrimonio, ya que la privación de estos derechos y la correlativa estigmatización que provoca limitan y condicionan en gran medida la elección y materialización de planes de vida. En esa línea, la Corte Constitucional afirmó que dada la importancia y centralidad que atribuyen nuestras sociedades al matrimonio y sus consecuencias en nuestra cultura, el negar este derecho a las parejas de personas del mismo sexo representa negar su derecho a la autodefinición en una forma profunda (sentencia, párr. 72). Asimismo, en uno de sus pasajes más destacados, la sentencia remarca que la Constitución de Sudáfrica otorga derechos que van más allá del respeto a un ámbito privado ajeno a la interferencia estatal, y que las litigantes no están reclamando un derecho a ser “dejadas a solas” por el Estado, sino más bien un derecho a ser reconocidas como iguales y tratadas dignamente por la ley (sentencia, párr. 78). Con algo de poesía, la Corte también sostiene que el “amor que fue forzado alguna vez a la clandestinidad, ahora puede abiertamente decir su nombre” (sentencia, párr. 78, traducción propia).

Como parte de esta fuerte defensa de la autonomía personal, la Corte Constitucional también reseñó y respondió aquellos argumentos que corrientemente se utilizan para neutralizarla. *Principalmente, abordó esta línea argumental en lo que se refiere a las formas de vida ajenas al parámetro heterosexual y su vinculación con corrientes religiosas, sentimientos mayoritarios y fines como la procreación.*

Así, en *primer lugar* la Corte se pronunció sobre si la apertura matrimonial a toda pareja viola las legítimas creencias religiosas de otras personas y su derecho a profesarlas. Si bien el tribunal valoró la enorme importancia de la religión en la conformación de la vida pública sudafricana y en la autorrealización personal de muchas personas creyentes (sentencia, párrs. 89 y 90, principalmente), señaló que una cosa es reconocer ese papel y otra totalmente

26 Carlos Nino llama concepciones “perfeccionistas” a aquellas que consideran que es “misión del Estado también hacer efectivos ideales de excelencia humana o de virtud personal”. Nino, C., *La Constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa Barcelona, 1997, pp. 75 a 77.

27 Nino, Carlos, *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 308.

diferente es utilizar la doctrina religiosa como una fuente para interpretar la Constitución (sentencia, párr. 92). No pueden utilizarse los sentimientos religiosos de unos como una guía para determinar los derechos constitucionales de otros (*idem*). Los jueces no pueden ser llamados a interpretar textos religiosos y a tomar partido en cuestiones, como la homosexualidad, que han causado cismas y discusiones profundas incluso al interior de diferentes religiones (*idem*).

Es claro que si la institución matrimonial se funda en los postulados de una concepción religiosa en particular, se afectaría severamente el deber de neutralidad estatal y, correlativamente, las libertades personales y las posibilidades de profesar libremente cultos alternativos o de no profesar ninguno. Ésta sería, sin más, una forma *perfeccionista* (religiosa en este caso) de imponer a las personas determinadas ideas acerca de lo moralmente valioso, lo bueno y lo correcto, expropiando a cada una de ellas la facultad de tomar por sí misma estas decisiones.

En *segundo lugar*, la Corte también enfrentó a quienes sostienen que abrir la legislación matrimonial y despojarla de parámetros discriminatorios violaría los derechos de un gran número de personas que se oponen a estas visiones. El rechazo a diferentes formas de construir la sexualidad, en este caso, no está dado exclusivamente por la pertenencia o la adscripción a un culto en particular, sino por la existencia de una mayoría contraria a ellas. Como se dijo, el continente africano es particularmente hostil hacia las expresiones afectivas no heterosexuales. Por dar un ejemplo, un reciente estudio conducido por el *Consejo de Investigación de Ciencias Humanas de Sudafrica* (HSRC), en el que fueron consultados cinco mil sudafricanos adultos, mostró que el 78% de los sudafricanos mayores de 16 años opina que las relaciones sexuales entre dos personas adultas del mismo sexo son “siempre incorrectas” y que sólo una de cada quince personas entrevistadas acepta las relaciones homosexuales. En algunos Estados rurales, como *Eastern Cape* y *Limpopo*, los índices de desaprobación alcanzan el 90%²⁸.

En este escenario tuvo que decidir la Corte. ¿Es deber del Estado proteger a una mayoría que pretende excluir? Claramente no. La Corte Constitucional

28 South African Social Attitudes Survey (SASAS). Para un resumen de los datos más relevantes de la presente investigación, véase Internet: <http://www.hsrc.ac.za/Document-39.phtml>.

señaló que la opinión mayoritaria a menudo puede ser áspera a minorías que existen fuera de la corriente principal y que precisamente es función de la Constitución y de la ley proteger a esas minorías de los prejuicios extensamente difundidos que operan contra ellas (sentencia, párrs. 94 y 113).

Cabe agregar, además, que no es posible desprender justificaciones normativas, valorativas o prescriptivas de la mera descripción de hechos de la realidad (práctica que se ha denominado *falacia naturalista*). La existencia de una presuposición negativa no es suficiente para apoyar su legitimidad (en sentido similar, ver sentencia, párr. 113). Que se verifique una situación de extendida violencia, discriminación y rechazo contra diferentes alternativas sexuales no dice absolutamente nada acerca de si desde una moral crítica esas sexualidades son justificables, deseables o merecedoras de protección.

En *tercer lugar*, los argumentos “perfeccionistas” también se vieron reflejados en la vinculación que el Estado y algunos *amicus curiae*²⁹ señalaron entre el matrimonio y la procreación, con el objeto de descalificar y excluir a parejas de *gays* y de *lesbianas*. En este sentido, también la Corte desvirtuó la idea de que el matrimonio sea una herramienta que persiga el único fin de garantizar o fomentar la procreación (sentencia, párr. 86). Razonablemente, la Corte señaló que si así fuera debería vedarse la entrada al régimen a las personas con incapacidad para engendrar o a aquellas que simplemente no desean tener descendencia.

En línea con las inconsistencias señaladas por la Corte, también podría agregarse que si el fin último del matrimonio fuese la procreación, el exagerado compromiso que este régimen tiene con la monogamia resultaría contradictorio³⁰. No obstante, por fuera de la verificación de dichas inconsistencias, debe decirse que no puede pretenderse por vía legal la imposición o promoción de una conducta autorreferente (la de procrear) o de una deter-

29 El *amicus curiae* es una herramienta procesal que permite a terceros que no son partes de una disputa judicial de trascendencia o interés público presentarse en ella a los efectos de dar una opinión fundada sobre el tema debatido. También suele denominarse *amicus curiae* a quienes utilizan este instrumento procesal.

30 Véase Herrero Brasas, J., *La sociedad gay, una minoría invisible*, Tres Cantos, FOCA, Madrid, 2001, pp. 152 y 153. Yendo aún más lejos, habida cuenta de las actuales técnicas reproductivas, ¿quién puede aún suponer que la reproducción humana depende exclusivamente del coito entre hombres y mujeres? (véase Borrillo, D., *Homofobia*, Belaterra, Barcelona, 2001, p. 102).

minada concepción acerca de lo que es una “buena pareja” (en este caso, aquella que tiene descendencia).

3.4. El simbolismo y el imaginario social (segunda parte)

El entendimiento de los alcances y efectos de la discriminación se pone de relieve frente a discusiones concretas. Una de ellas tiene relación con la posibilidad de diseñar sistemas o legislaciones que concedan a parejas que se apartan del parámetro sexual dominante el goce de los mismos beneficios que concede el régimen matrimonial, pero de una forma segregada. Si el problema de la exclusión matrimonial fuera exclusivamente la imposibilidad de acceder a determinados bienes, la solución bien podría ser el diseño de este tipo de regímenes separados. Sin embargo, la Corte Constitucional planteó un abierto rechazo a la segregación, consecuentemente con su amplia interpretación del principio de igualdad ya reseñada.

El tribunal sostuvo que debe evitarse un remedio para la situación que, en aras de ofrecer una igual protección a todas las parejas, se traduzca en razón del contexto y su aplicación, en nuevas formas de marginalización (sentencia, párr. 150). Históricamente, el concepto de “separados pero iguales” (*separate but equal*) ha servido como una forma de cubrir o camuflar el repudio hacia grupos sujetos a exclusión (*ídem*). La cláusula igualitaria impone el deber de acordar para las parejas del mismo sexo un estatus público y privado igual al de las parejas heterosexuales unidas en matrimonio (sentencia, párr. 81).

Así, suplantar la regulación matrimonial no discriminatoria por regímenes segregados implica adoptar una determinación a todas luces insuficiente, que no alcanza a satisfacer un adecuado y robusto entendimiento del principio de igualdad. Si bien estos regímenes otorgan una serie de derechos similares a los que ofrece el matrimonio civil, representan un esquema legal diferenciado para determinadas personas exclusivamente por la identidad sexual, identidad de género u orientación sexual a la que adscriben. La única base de la diferencia continúa vinculándose exclusivamente con parámetros discriminatorios, basados en la forma en que se construyen las sexualidades. Así estos regímenes cumplen una de las demandas del principio de igualdad (ya que otorgan los mismos beneficios legales que el matrimonio civil), pero

no satisfacen otra de las exigencias de dicho principio, la más elemental, que consiste en la no estigmatización de determinados grupos sobre bases arbitrarias.

Si bien la Corte cerró la puerta a opciones institucionales segregadas, éstas estuvieron particularmente presentes en el debate que precedió a la sanción final de “Civil Union Bill” que permite las uniones matrimoniales para cualquier pareja, sin discriminación. A pocos días de vencer el plazo de un año que la Corte dio al Parlamento para adecuar la legislación a los requerimientos de la sentencia, el borrador de proyecto contemplaba un régimen segregado, exclusivamente aplicable a parejas del mismo sexo, que ni siquiera era llamado matrimonio³¹. Este proyecto fue corregido días después, manteniendo el mismo régimen del borrador original pero abriéndolo a toda pareja (sea heterosexual, homosexual o de otro tipo). Es decir, la diferencia aún continuaba; mientras que las parejas heterosexuales podían contraer matrimonio por imperio de la *Marriage Act* y también unirse por medio de este nuevo régimen, las restantes parejas sólo podían acceder a este último (que, se aclara nuevamente, no era llamado matrimonio). Sólo a última hora el proyecto fue modificado, adoptándose finalmente una solución superadora pero ambigua y cuestionable.

Así, se sancionó la *Civil Union Bill*, que regula las uniones voluntarias entre dos personas, sea que adquieran la forma de matrimonio (*marriage*) o la forma de *civil partnership*. Ambas formas tienen los mismos efectos, pero se permite a los contrayentes utilizar una u otra para denominar su unión. Sin embargo, asombrosamente, esta nueva ley no eliminó la tradicional *Marriage Act*, que mantiene la definición de matrimonio atada al parámetro heterosexual. Por ello, la situación actual es algo determinada. Las parejas heterosexuales pueden unirse como matrimonio y como *civil partnership* (según cómo deseen denominar a su unión) por imperio de la *Civil Union Bill*, pero también continúa vigente el sistema de la tradicional *Marriage Act*, que las contempla como únicas beneficiarias. Por su parte, la unión de las restantes parejas, como matrimonio o *civil partnership*, únicamente está contemplada en la nueva *Civil Unión Bill*.

31 Human Rights Watch envió el 19/10/2006 una carta a la Asamblea Nacional de Sudáfrica expresando severos desacuerdos con los proyectos preliminares debatidos. Véase Internet: <http://hrw.org/english/docs/2006/10/19/safric14426.htm>.

Esta situación, aunque genera confusión, puede que no tenga mayor incidencia en términos funcionales. Sin embargo, en términos simbólicos, el mero mantenimiento de un régimen exclusivo para heterosexuales (*Marriage Act*), de cierto modo, refuerza el estereotipo, la estigmatización y el desprecio frente a diferentes sexualidades³². Por ello, esta conclusión legislativa no alcanza a satisfacer el exigente estándar propuesto por la Corte Constitucional. El tribunal expresamente declaró la inconstitucionalidad de la definición de matrimonio incorporada a la *Marriage Act* e impuso su modificación. Como respuesta, el Parlamento compensó sus falencias, pero por fuera de ella y sin el coraje de eliminar sus disposiciones que aún mantienen la discriminación³³.

3.5. Las diferentes formas de asociación

Sin perjuicio de las críticas señaladas, la nueva legislación trae consigo una interesante particularidad. La *Civil Union Bill*, en la medida que permite registrar y denominar a las uniones voluntarias entre dos personas no sólo como matrimonio sino también como *civil partnership*, acertadamente ofrece la opción de obtener los mismos beneficios pero sin tomar la carga simbólica o sacramental corrientemente asociada al matrimonio. Bien dice la Corte Constitucional que la concepción legal de familia y las formas que ésta puede adoptar cambian con las prácticas y las tradiciones (sentencia, párr. 72). La Corte reconoce que quedar fuera del régimen matrimonial representa para muchas parejas quedar fuera de eventos públicos, fiestas, conmemoraciones y aniversario que se celebran en diversas culturas (*idem*). Pero también señala

32 El Joint Working Group (consorcio formado por diecisiete organizaciones LGTTTBI sudafricanas) declaró un fuerte apoyo a la nueva legislación, pero destacó que no fue una buena opción crear una pieza de legislación matrimonial que coexista en forma paralela a la corriente *Marriage Act*. Sostuvo enfáticamente que no hay ninguna defensa razonable para permitir que las parejas del mismo sexo se casen sólo bajo la *Civil Union Bill* y no bajo la tradicional *Marriage Act*. Véase “Response to Passing of Civil Union Act”, 14/11/2006, Internet: http://www.ilga.org/news_results.asp?FileID=923.

33 El propio Gobierno tuvo que admitir que estas modificaciones fueron realizadas para cumplir a tiempo el mandato de la Corte Constitucional, que son temporales y que debe estudiarse la forma de unificar coherentemente las diferentes legislaciones que se superponen en la regulación de la misma materia. Véase *Business Day* del 15/11/2006, “A Watershed for SA’s Democracy”, Internet: <http://www.businessday.co.za/articles/topstories.aspx?ID=BD4A317319>.

que otras parejas voluntariamente quieren quedar fuera, evitar lo que consideran la rutinización y comercialización de sus relaciones más íntimas, y que de acuerdo con esto no buscan matrimonio (ver sentencia, párr. 72, y la muy relevante nota al pie de página 123 del fallo). Así, el tribunal concluye, magistralmente, que el asunto no se vincula con la decisión que se tome como pareja, sino con el hecho de que las opciones estén disponibles para todas ellas sin discriminación (*idem*).

Es necesario aclarar que este trabajo de ninguna manera pretende comprometerse con la idea de matrimonio como única opción de asociación afectiva posible. Afortunadamente, tampoco la Corte lo ha interpretado de esa forma. El Estado también debe explorar formas de asociación y nomenclaturas alternativas, como bien se ha hecho con el *civil partnership*. No necesariamente es problemático convivir con diferentes formas de asociación (matrimonio, *civil partnership*, regímenes de parterianato, sociedades civiles o de convivencia, pactos de solidaridad, entre otras que se han ensayado). Lo problemático es que el acceso a ellas se establezca sobre la base de criterios discriminatorios, que provoquen como consecuencia la segregación y afectación de grupos sociales.

Por fuera de esa discusión, que de por sí es bastante compleja, existe otra mucho más desafiante que se vincula con otros parámetros excluyentes y expulsivos de las formas tradicionales de asociación afectiva y unitiva. Así, los poderes políticos, la judicatura y la sociedad no deben sentirse atados a modelos estereotipados, como el monogámico o el de unión exclusiva entre dos personas. Estos modelos también pueden y deben ser analizados críticamente. Existen múltiples formas de comunidad de vida, basadas en el consentimiento, con otras personas. Comunidad de vida que puede darse entre más de dos personas. Por ello, debe tenerse presente que las formas de protección analizadas en este escrito sólo representan una gama de opciones dentro de muchas otras posibles.

IV. La solución insuficiente

Sin perjuicio de algunos sutiles reparos que puedan existir, Sudáfrica ha dado una lección al resto del mundo. La judicatura ha quebrado la inercia política

y ha levantado, una vez más, la bandera de aquellos grupos sociales corrientemente excluidos del goce de derechos y de los procesos democráticos de toma de decisiones.

Ojalá esto bastara para modificar la situación que día tras día sufren grandes colectivos de personas por intentar construir sus sexualidades libremente. Sin embargo, los patrones sociales de intolerancia, discriminación y exclusión que aún persisten no cambiarán por el solo efecto de una sentencia y una reforma legal (aunque, como se argumentó, estas decisiones son un paso indispensable para que ello suceda). Cabe preguntarse entonces cómo operará en el futuro esta nueva herramienta legal.

Es esperable que no todas las parejas hasta el momento excluidas puedan efectivamente registrarse como matrimonio o como *civil partnership* en Sudáfrica. Estos registros implican hacer públicas posibles identidades sexuales, identidades de género u orientaciones sexuales usualmente menospreciadas, y es probable que muchas personas no quieran asumir ese costo frente al estado, la sociedad o sus propias familias. Asimismo, en el caso particular de las mujeres que se unen con otras mujeres, el costo social es aún más alto. Ser mujer siempre representa un obstáculo adicional, lo cual demuestra cómo diferentes variables de exclusión se entrecruzan permanentemente con el género. Muchas mujeres lesbianas cumplen roles sociales que facilitarían el ataque discriminatorio; por ejemplo, la custodia y tuición de hijos e hijas, o la realización de trabajos en ámbitos asociados al cuidado de menores o a la educación³⁴. Asimismo, por la situación general de pobreza en que están inmersas, los costos sociales, laborales y familiares de revelar la opción sexual podrían ser más acentuados para ellas. Esto también demuestra la invisibilización de muchas problemáticas de las mujeres lesbianas³⁵ y, por otro lado,

34 Para una excelente descripción testimonial de los costos sociales y laborales de la expresión pública de la homosexualidad, y su impacto diferencial en gays y lesbianas, véase ADEIM-Simbiosis, Artemisa, Cattrachas, Criola, IGLHRC, Red Nostras LBT, “La invisibilidad aseguraba el puchero. Lesbianas y discriminación laboral en Colombia, Bolivia, Brasil, Honduras y México”, Internet: http://www.revistafuturos.info/download/download_14/lesbianas_discrim.pdf.

35 La violencia contra las mujeres lesbianas tiene algunas características particulares que no suelen ser suficientemente abordadas o incorporadas a los estudios generales sobre violencia contra las mujeres. La violencia sexual contra ellas, en ocasiones, no sólo está cruzada por la variable de género sino también por la de orientación sexual. A modo de ejemplo, existe la creencia de que la violación cambiará (“corregirá”) la orientación sexual de las homosexuales. El siguiente testimonio, de una lesbiana sudafricana víctima de violencia sexual, ejemplifica la idea: “No paraban de insultarme y

la obvia necesidad de articular esfuerzos entre grupos feministas y LGTTTBI. Finalmente, es aún más preocupante la situación de otros colectivos, como transexuales, transgéneros o intersexuales, cuyo ostracismo es acentuado y el escaso abordaje de sus problemáticas se encuentra todavía monopolizado por enfoques médicos y psiquiátricos.

Como corolario de este breve trabajo, debe destacarse que los grupos LGTTTBI, a raíz de la histórica y constante exclusión sufrida, se encuentran usualmente fuera de los procesos políticos. La sentencia de la Corte Constitucional ha hecho el excelente trabajo de mostrar los efectos de la discriminación en la vida de personas homosexuales, aunque debió haber extendido también el análisis a la situación de otros colectivos sociales. Sin perjuicio de ello, la decisión judicial y la posterior reforma legislativa son una gran noticia para la democracia sudafricana. Las regulaciones legales que silencian y expulsan del debate público a grupos sociales no sólo menoscaban sus derechos sino que, a la vez, privan a toda persona de la posibilidad de exponerse a visiones alternativas sobre la vida, la sexualidad, la familia y las relaciones interpersonales, recortando así un universo de opciones que siempre debe resguardarse.

V. Bibliografía

- Birgin, Haydeé (comp.), *El derecho en el género y el género en el derecho*, Biblos, Buenos aires, 2000.
- Borrillo, Daniel, *Homofobia*, Belaterra, Barcelona, 2001.
- Chambers, David, "What If? The Legal Consequences of Marriage and the Legal Needs of Lesbian and Gay Male Couples", *Michigan Law Review*, vol. 95 (2), 1996.
- Diario *El País*, "Un homosexual es asesinado cada dos días en América latina, según un informe", España, 10 octubre 2006.
- Dulitzky, Ariel, "El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros de la jurisprudencia interamericana", en *Anuario de Derechos Humanos*

de decirme 'vamos a hacer de ti mujer de verdad'". Véase Moyiga, N., "Lesbianas en peligro", Internet: www.enkidumagazine.com/art/2006/010306/E_026_010306.htm. Véase también <http://www.afrol.com/es/articles/24218>.

- 2007, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, Andros, 2007.
- Dworkin, Ronald, *El imperio de la ley*, Gedisa, Barcelona, 1992.
- Eskridge, William, “La discusión del matrimonio entre personas del mismo sexo y tres conceptos de igualdad”, en Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política – SELA, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*.
- Fausto-Sterling, Anne, “The Five Sexes. Why Male and Female are Not Enough”, *The Sciences*, 1993.
- Gullco, Hernán, “El uso de las categorías sospechosas en el derecho argentino”, en *El derecho como objeto e instrumento de transformación*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2002.
- Herrero Brasas, J., *La sociedad gay, una minoría invisible*, Tres Cantos, FOCA, Madrid, 2001.
- Nino, Carlos, *La Constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa Barcelona, 1997.
- , Fundamentos de derecho constitucional, Astrea, Buenos Aires, 1992.
- Saldivia, Laura, “Sin etiquetas”, *Revista Jurídica de Palermo*, Año 8 núm. 1, septiembre 2007.

Internet

- ADEIM-Simbiosis, Artemisa, Catrachas, Criola, IGLHRC, Red Nostras LBT, “La invisibilidad aseguraba el puchero. Lesbianas y discriminación laboral en Colombia, Bolivia, Brasil, Honduras y México”, Internet: http://www.revistafuturos.info/download/download_14/lesbianas_discrim.pdf.
- Amnistía Internacional, “Noticias”, 1/7/2006, Internet: <http://www.es.amnesty.org/nc/noticias/archive/2006/julio/browse/1/>.
- Business Day del 15/11/2006, “A Watershed for SA’s Democracy”, Internet: <http://www.businessday.co.za/articles/topstories.aspx?ID=BD4A317319>.
- Human Rights Watch, Internet: <http://hrw.org/english/docs/2006/10/19/safric14426.htm>.
- ILGA, “World Legal Survey. África”, Internet: www.ilga.info/information/legal_survey.

Moyiga, N., “Lesbianas en peligro”, Internet: www.enkidumagazine.com/art/2006/010306/E_026_010306.htm; <http://www.afrol.com/es/articles/24218>.

“Response to Passing of Civil Union Act”, 14/11/2006, Internet: http://www.ilga.org/news_results.asp?FileID=923.

El derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y la obligación de realizar ajustes razonables. Una mirada desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con discapacidad¹

Agustina Palacios²

Sumario

I. Una nueva mirada hacia la discapacidad: la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. 1.1. Su propósito. 1.2. Concepción de persona con discapacidad. II. Las políticas públicas en el ámbito de la discapacidad. 2.1. Principios generales. 2.2. La igualdad como

- 1 Palacios, Agustina, “El derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y la obligación de realizar ajustes razonables”, en Ignacio Campoy Cervera (ed.), *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas jurídicas y filosóficas*, Madrid, ES: Dykinson/Universidad Carlos III, 2004, pp. 187-203. (Actualizado.)
- 2 Profesora: Universidad Carlos III de Madrid; Universidad Nacional de Mar del Plata (Argentina); Instituto Virtual de Ciencias Humanas; Postgrado en Estudios Avanzados sobre Derechos Humanos, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid, desde 2006. Miembro de la Subcomisión de Expertos sobre la Convención de la ONU en materia de Discapacidad Creada por el Real Patronato sobre Discapacidad, MTAS de España, Comisión de Legislación sobre Discapacidad, desde 2005. Coordinadora de la Sección de Discapacidad de la Cátedra Norberto Bobbio de Igualdad y no discriminación del Instituto de derechos humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid desde enero de 2004. Integrante del Comité de Redacción de Universitas, Revista de Filosofía, Derecho y Política del Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid. Miembro del Consejo Asesor de la Revista Española del Tercer Sector, Fundación Luis Vives.

principio transversal. III. La igualdad y la no discriminación. 3.1. La obligación de realizar ajustes razonables. IV. Bibliografía.

I. Una nueva mirada hacia la discapacidad: la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Hasta tiempos no muy lejanos, la discapacidad era abordada desde parámetros netamente médicos, que la consideraban una limitación individual de la persona (una limitación física, psíquica, intelectual o sensorial). Desde dicha concepción, las políticas se centraban exclusivamente en la rehabilitación de la persona, desde una visión básicamente asistencialista y paternalista³.

En la actualidad esa visión ha sido superada, por una nueva mirada hacia la discapacidad, que deja de considerarla un fenómeno individual consecuencia de limitaciones personales, para pasar a ser comprendida como un fenómeno complejo, que integra causas individuales (diversidades funcionales), pero básicamente limitaciones sociales⁴. Desde dicha concepción las políticas se proponen abarcar no sólo respuestas a cuestiones individuales, sino, sobre todo, respuestas que tiendan a disminuir o eliminar las causas o limitaciones sociales. El diseño de estas políticas sólo puede ser resuelto desde la consideración de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos⁵.

Desde este paradigma, el 13 de diciembre de 2006 se aprobó la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Esta Convención ha sido el resultado de un largo proceso, en el que participaron varios actores: Estados miembros de la ONU, Observadores de la ONU, Cuerpos y organizaciones importantes de la ONU, Relator Especial

3 Palacios, Agustina, *El modelo social de discapacidad. Orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Cinca, Madrid, 2008.

4 Palacios, Agustina y Javier Romañach, *El modelo de la diversidad*, Diversitas, Madrid, 2007.

5 Palacios, Agustina y Francisco Bariffi, *La discapacidad como una cuestión de Derechos Humanos: Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Cinca, Madrid, 2007.

sobre Discapacidad, Instituciones de derechos humanos nacionales, y Organizaciones no gubernamentales, entre las que tuvieron un papel muy destacado las organizaciones de personas con discapacidad.

Este Tratado internacional supone importantes consecuencias para las personas con discapacidad, y, entre las principales, se destaca la “visibilidad” de este colectivo dentro del sistema de protección de derechos humanos de Naciones Unidas, la asunción indubitada del fenómeno de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos, y el contar con una herramienta jurídica vinculante a la hora de hacer valer los derechos de estas personas.

1.1. Su propósito

El objeto o propósito de la Convención no es otro que “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente”⁶.

Eso significa que no se ha pretendido crear nuevos derechos para las personas con discapacidad, sino que simplemente, en aplicación del principio de no discriminación, uno de sus objetivos fundamentales ha sido *adaptar* las normas pertinentes de los Tratados de derechos humanos existentes, al contexto específico de la discapacidad.

Este tema, sin embargo, fue objeto de debates durante el proceso de elaboración de la Convención. Algunas delegaciones y expertos entendían que, como el fin de este instrumento no era reconocer los derechos humanos de las personas con discapacidad, dado que ello ya se encontraba previamente reconocido en los Tratados de Derechos humanos anteriores, la Convención se debía limitar a contener cláusulas generales de no discriminación⁷. Por

6 Artículo 1 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

7 Esta fue la posición, entre otros actores, de la Unión Europea, que dejó claro desde el inicio de los debates que: “En esta etapa temprana del proceso, y sin perjuicio del debate sobre los principios generales que pueda realizar el Comité Especial, la preferencia inicial de la Unión Europea en cuanto a la forma y el contenido de un instrumento jurídico sería la de un instrumento que contuviera principios generales, que incluyeran principalmente la igualdad y la no discriminación con respecto a los derechos humanos en el contexto de la incapacidad”. Véase A/AC.265/WP.2, Documento de posición presentado por la Unión Europea, Comité Especial encargado de preparar una

otro lado, se entendía que la mera cláusula de no discriminación era insuficiente y se abogaba respecto de la necesidad de una Convención que contuviera derechos sustantivos⁸. Una tercera opinión consideraba necesario un enfoque mixto, que contuviera ambas estrategias⁹.

Finalmente, la fórmula adoptada en la Convención fue mixta o integral. Un Tratado que aborda la protección contra la discriminación, pero que, asimismo, provee herramientas a fin de que el goce y ejercicio de derechos de las personas con discapacidad no se quede sólo sobre el papel, y resulte aplicable en cada derecho o área particular. De este modo, el Tratado aborda una serie de derechos sustantivos, como el derecho a la educación, el derecho a la salud, el derecho al empleo, entre otros, pero dichos derechos son abordados desde la perspectiva y desde la fórmula de la no discriminación, utilizando las herramientas del derecho antidiscriminatorio.

El objeto, por tanto, no fue crear nuevos derechos, sino asegurar el uso del principio de no discriminación en cada uno de los derechos, para que puedan ser ejercidos en igualdad de oportunidades por las personas con discapacidad. De este modo, se debió identificar, a la hora de regular cada derecho, cuáles eran las necesidades extra que debían garantizarse para lograr adaptar dichos derechos al contexto específico de la discapacidad. De este modo, si bien la no discriminación es un principio vital de la Convención,

convención amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad, Nueva York, 29 de julio a 9 de agosto de 2002.

- 8 Esta fue la posición, entre otros actores, de gran parte del movimiento asociativo de personas con discapacidad desde los inicios.
- 9 Esta fue la posición, defendida, entre otras Delegaciones, por Nueva Zelanda. "Nueva Zelanda no considera los diferentes modelos discutidos en esta Reunión como opciones mutuamente excluyentes. Sr. Presidente, no es necesario ni deseable inventar nuevos derechos, ni quitar mérito a los derechos existentes en los tratados anteriores, destinados a todas las personas, incluyendo las personas con discapacidad. Más bien, la Convención debería clarificar para los Estados, las medidas que se requieren para asegurar que las personas con discapacidad puedan disfrutar de sus derechos y libertades fundamentales existentes. Ello debe abarcar la consideración de condiciones sociales, culturales, económicas, civiles y políticas, que son necesarias para asegurar que toda la población con discapacidad pueda ser capaz de ejercitar sus derechos. Ello también implica el reconocimiento explícito y el entendimiento de la discapacidad en un marco de derechos, más que en un marco de asistencia social, como históricamente ha sido su contexto..." Véase Agenda Item 7, Contributions to proposals for a comprehensive and integral international convention on the protection and promotion of the rights and dignity of persons with disabilities (Second Session), New York, 16 to 27 June 2003.

no debe olvidarse que dicho principio interactúa con cada uno de los derechos sustantivos que el instrumento regula¹⁰.

En consecuencia, a la hora de programar políticas públicas en la materia, siguiendo la estructura de la Convención debería identificarse en relación con cada ámbito de que se trate, cuáles son las necesidades extra que deberían garantizarse para lograr adaptar el ejercicio de los derechos al contexto específico de la discapacidad. Si bien la no discriminación es un principio vital de la Convención, no debe olvidarse que dicho principio interactúa con cada uno de los derechos sustantivos que el instrumento regula¹¹. Por tanto, la planificación de políticas públicas debería estar muy atenta y en muchos casos entrar en la sustancia de los derechos. Ello parece lógico, toda vez que, como afirma Gerard Quinn, no es posible centrarse en la no discriminación sin abordar la sustancia de los derechos en los cuales el principio de no discriminación deberá aplicarse¹².

1.2. Concepción de persona con discapacidad

El artículo 1 de la Convención ha definido el concepto de discapacidad. No obstante, para una interpretación sistemática del texto bajo análisis, no sólo debe leerse el artículo 1, sino también su preámbulo.

La Convención reconoce, por un lado, en el preámbulo, que “la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”¹³. Asimismo, entiende, según el artículo 1, que “las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar

10 Quinn, Gerard, “The UN Human Rights of Persons with Disabilities Treaty. A Blueprint for Disability Law & Policy Research and Reform”, conferencia pronunciada en Dublín, National Disability Authority, Annual Research Conference, el 16 de noviembre de 2006.

11 *Ibidem*.

12 *Ibidem*.

13 Preámbulo, inciso e.

con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”¹⁴.

De lo mencionado se desprende, por un lado, la asunción del modelo social de discapacidad, al asumir que la discapacidad resulta de la *interacción* con barreras debidas a la actitud y al entorno. Se enfatizan dos cuestiones esenciales. La primera, que la discapacidad es un concepto en evolución. Podría agregarse que es también un concepto cultural, que varía en diferentes culturas y sociedades. Y la segunda, que la discapacidad es el resultado entre limitaciones individuales de las personas —deficiencias— y barreras *actitudinales* y del entorno. Pero asimismo, se resalta que estas barreras limitan y hasta impiden la participación de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que el resto de personas.

Por otro lado, la definición que la Convención asume no es cerrada, sino que *incluye* a las personas mencionadas, lo que no significa que excluya a otras situaciones o personas que puedan estar protegidas por las legislaciones internas de los Estados, sino que fija un límite. Es decir, a los fines de la protección de este instrumento, las personas con discapacidad *incluyen* a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. Ello no significa que, en el caso de que un Estado, dentro de su legislación interna, adopte una definición más amplia de discapacidad, que cubra otras situaciones, que impida la aplicación de la Convención, sino todo lo contrario. Se entiende que este artículo debe interpretarse como un piso, a partir del cual cualquier otra interpretación que beneficie o amplíe su marco protector debe ser aplicada.

No obstante, este concepto de discapacidad es aun más amplio si se lo mira desde la concepción de “discriminación por motivo de discapacidad” que asume la Convención. En el punto III se explicarán las razones.

14 Artículo 1, párrafo 2.

II. Las políticas públicas en el ámbito de la discapacidad

Como se mencionaba al inicio de ese trabajo, el modelo desde el cual se aborde el fenómeno de la discapacidad va a tener una influencia directa en el diseño e implementación, tanto de políticas públicas como de políticas legislativas. La Convención asume una mirada desde el modelo social, que se plasma a lo largo de todo su articulado. Este modelo social pone su acento sobre las causas sociales que originan discapacidad, y que se relacionan profundamente con una situación de discriminación estructural que las personas con discapacidad enfrentan en su día a día. Con el fin de paliar esta situación, entre otras medidas, la Convención asume una serie de principios generales.

2.1. Principios generales

Los principios que la Convención recoge, evidentemente resultarán de suma importancia a la hora, tanto de elaborar políticas en la materia como de interpretar o de aplicar cada una de las cláusulas; como asimismo indagar en los derechos que el instrumento protege y en las obligaciones que establece, y que serán asumidas por los Estados al momento de su ratificación y entrada en vigor.

Los principios de la Convención son, según el artículo 3:

- a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas;
- b) La no discriminación;
- c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad;
- d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas;
- e) La igualdad de oportunidades;
- f) La accesibilidad;
- g) La igualdad entre el hombre y la mujer;
- h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

No es objeto de este trabajo el desarrollo conceptual de los principios aludidos¹⁵, por lo que en lo que sigue, por razones de espacio, me ceñiré a mencionar algunas ideas respecto de la implementación de políticas públicas derivadas de los principios establecidos por la Convención.

El inciso a) se refiere a tres principios o valores que se encuentran íntimamente relacionados —**dignidad, autonomía e independencia**—, y que podrían resumirse en el primero; esto es, la dignidad.

La noción de *dignidad humana* es la piedra fundamental sobre la que se asientan los derechos humanos. Esta idea de dignidad humana *debería* reforzar la idea de que las personas con discapacidad tienen un papel en la sociedad, que hay que atender con absoluta independencia de cualquier consideración de utilidad social o económica. Si partimos del valor de la autonomía, la simple idea de que cada persona se autogobierna y dirige sus metas, podemos advertir que todavía se niega a las personas con discapacidad el derecho a tomar sus propias decisiones sobre su propio destino. Y, seguramente, la respuesta correcta para aquellos que tienen disminuida su capacidad para la autonomía —o para quienes son percibidos con dicha disminución— sea la *asistencia* para poder llevar una vida independiente, y no la *sustitución* de su autonomía¹⁶.

Este principio comentado, que integra los de dignidad, autonomía e independencia, debería ser el eje a partir del cual la Convención debería ser interpretada y aplicada. Este principio se plasma en cada uno de los derechos que la Convención recoge, pero puede verse especialmente reflejado en el artículo 19, que regula el derecho de las personas con discapacidad a vivir de forma independiente y a ser incluidas en la comunidad.

Establece el mencionado artículo que los Estados Partes:

reconocen el derecho en igualdad de condiciones de todas las personas con discapacidad a vivir en la comunidad, con opciones iguales a las de las demás, y adoptarán medidas efectivas y pertinentes para facilitar el pleno goce de

15 Sobre dicho desarrollo conceptual, puede consultarse en Palacios, Agustina y Francisco Bariffi, *op. cit.*

16 Este es el paradigma que la Convención claramente recoge en el artículo 12 que regula la capacidad jurídica.

este derecho por las personas con discapacidad y su plena inclusión y participación en la comunidad, asegurando en especial que:

a) Las personas con discapacidad tengan la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir, en igualdad de condiciones con las demás, y no se vean obligadas a vivir con arreglo a un sistema de vida específico;

b) Las personas con discapacidad tengan acceso a una variedad de servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad, incluida la asistencia personal que sea necesaria para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad y para evitar su aislamiento o separación de ésta;

c) Las instalaciones y los servicios comunitarios para la población en general estén a disposición, en igualdad de condiciones, de las personas con discapacidad y tengan en cuenta sus necesidades.

El artículo citado prevé, entre otras cuestiones, un principio que se encuentra muy relacionado con la idea de dignidad humana y autonomía, y que se plasma en el derecho de las personas con discapacidad a vivir dónde y con quien quieran, y con servicios que faciliten su inclusión en la comunidad, incluida la asistencia personal¹⁷. Esto puede resumirse en la idea de vida independiente.

Mediante el establecimiento de este principio, se ha dado respuesta a uno de los principales reclamos de las personas con discapacidad, que consiste en la posibilidad de formar parte de la toma de decisiones relativas a sus propias vidas. De este modo, las personas con discapacidad dejan de ser vistas como meros pacientes, o de estar sometidas a políticas paternalistas en las que se las intenta suplir y apartar de la toma de decisiones en aquellas cues-

17 Ciertas personas requieren de la ayuda de otra persona en sus actividades de la vida diaria, tales como el aseo personal y las necesidades fisiológicas, incluida la actividad sexual y los cuidados de enfermería, vestirse y desvestirse, hacer la compra, las tareas del hogar, o realizar gestiones. Pero además —y esto es muy importante— el servicio de asistencia personal apoya actividades fuera del hogar, tales como el estudio, el desempeño de un puesto de trabajo o el acompañamiento hasta dicho puesto, así como el apoyo en las comunicaciones e incluso en las actividades de ocio y tiempo libre. Véase Maraña, J.J. y Lobato, M., “El movimiento de vida independiente en España”, en Vidal García Alonso, J. (coordinador), *El movimiento de vida independiente*, Fundación Luis Vives, Madrid, 2003, pp. 259-280.

tiones que les incumben. El reclamo de las personas con discapacidad —que, como se ha mencionado oportunamente, tuvo asimismo origen en el Movimiento de Vida Independiente— es el participar y ser artífices en lo que respecta a las decisiones que les atañen. El lema “*Nothing about us whithout us*” —Nada sobre nosotros sin nosotros— que surgió con el modelo de vida independiente resume de manera efectiva esta postura¹⁸.

Otro principio que prevé el artículo 3 es el de la **igualdad entre el hombre y la mujer**. Que las mujeres con discapacidad hayan sido tenidas en cuenta en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es un paso muy importante, dada su invisibilidad en los documentos vinculantes, dentro del sistema universal de Naciones Unidas.

En este tema, la Convención adopta un doble enfoque. Por un lado, un artículo específico sobre la materia, y por otro la *transversalidad* de la perspectiva de género a lo largo del instrumento. Fue difícil decidir si era conveniente adoptar sólo un artículo sobre la mujer con discapacidad, o una perspectiva de *transversalidad* a lo largo de toda la Convención, o ambos. Finalmente se decidió el doble enfoque que implica por un lado un artículo específico —para dar visibilidad—, y por otro la *transversalidad* de las cuestiones de género a lo largo de la Convención, aunque podría decirse que la *transversalidad* alcanzó algunos artículos y no a otros.

La ventaja sobre un artículo específico era llamar la atención a los Estados, sobre las principales cuestiones de género implicadas y la necesidad de medidas específicas diseñadas a dicho fin. Pero el peligro —que alegaban algunas Delegaciones— era que sucediera lo mismo que con la Convención de Derechos del Niño, que luego era interpretado por los Estados como si los niños con discapacidad sólo cayeran bajo la protección del artículo 23, y no bajo el resto del articulado. El trabajo posterior a la Convención de Derechos del Niño demostró que los Estados sólo informaban sobre los niños con discapacidad a través del artículo 23, lo restringían a esa sola norma; y no realizaban un informe sobre la situación de los derechos del niño de toda la Convención (de manera transversal).

18 Véase Charlton, James, *Nothing About Us Without Us: Disability Oppression and Empowerment*, University of California Press, Berkeley, 1998.

Finalmente, se decidió por el doble enfoque, que suponía asimismo la adopción de un artículo específico: el artículo 6 sobre mujeres con discapacidad.

Artículo 6. Mujeres con Discapacidad.

1. Los Estados Partes reconocen que las mujeres y las niñas con discapacidad están sujetas a múltiples formas de discriminación y que, a ese respecto, deben adoptar medidas para asegurar que puedan disfrutar plenamente y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas pertinentes para asegurar el pleno desarrollo, adelanto y potenciación de la mujer, con el propósito de garantizarle el ejercicio y disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales establecidos en la presente Convención.

En este artículo específico se reconoce, entre otras cuestiones, la múltiple discriminación que sufren las mujeres con discapacidad, y la obligación de adoptar medidas a fin de garantizar el disfrute pleno y en igualdad de los derechos humanos y libertades fundamentales. Asimismo, más allá de este artículo específico, como se ha mencionado, la Convención adopta una perspectiva de transversalidad a la hora de garantizar ciertos derechos, que se encuentra plasmada en los siguientes artículos: artículo 8 sobre Toma de conciencia; artículo 16: Protección contra la explotación, la violencia y los abusos; artículo 25: Derecho a la Salud; artículo 28: Nivel de vida adecuado y protección social; artículo 34: Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

No obstante la existencia de algunas omisiones, se considera que el gran mérito de la Convención en la materia es precisamente ese doble enfoque, por lo cual, los artículos que requerían un enfoque de género y no lo tuvieron quedarían salvados a partir de una interpretación sistemática del artículo 6, el Preámbulo, y el resto de instrumentos de protección de los derechos humanos en general, que son enteramente aplicables a las mujeres con discapacidad.

El artículo 3 prevé otro principio, relativo al **respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a pre-**

servar su identidad. Este principio se relaciona, por un lado, con la protección que en el ámbito de la Convención bajo análisis, se brinda a los niños y niñas con discapacidad. Pero por otro lado, este artículo se corresponde con el principio de dignidad, autonomía e independencia abordado anteriormente, y se plasma, asimismo, en el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad, obviamente adaptado a las circunstancias de la infancia¹⁹.

Al igual que sucede con el género, la Convención adopta un doble enfoque a la hora de proteger la situación de las niñas y niños con discapacidad. Por un lado, le dedica un artículo específico —para dar visibilidad a su situación—, y por otro, adopta una perspectiva de transversalidad a lo largo de toda la Convención.

Así, el artículo 7 sobre niños y niñas con discapacidad, establece:

1. Los Estados Partes tomarán todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas.

2. En todas las actividades relacionadas con los niños y las niñas con discapacidad, una consideración primordial será la protección del interés superior del niño.

3. Los Estados Partes garantizarán que los niños y las niñas con discapacidad tengan derecho a expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que les afecten, opinión que recibirá la debida consideración teniendo en cuenta su edad y madurez, en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, y a recibir asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad para poder ejercer ese derecho.

En este artículo se establece una protección específica, por medio del cual los Estados Partes se comprometen a tomar todas las medidas necesarias para asegurar el pleno goce de los niños y niñas con discapacidad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones

19 Véase sobre dicho principio aplicado a la infancia en general, el excelente libro de Campoy Cervera, Ignacio, *La fundamentación de los derechos del niño: modelos de reconocimiento y protección*, Editorial Dykinson, Madrid, 2006.

con los demás. Entre ellos, el derecho a expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que les afectan, opinión que, obviamente, será considerada como sucede siempre en el tema de la infancia, con arreglo a la edad y la madurez del niño o niña en cuestión. Por otro lado, el artículo consagra, al igual que lo hace la Convención de Derechos del Niño, el interés superior del niño o niña, principio que se resume en la idea de que siempre que se encuentre involucrado un niño o niña, a la hora de interpretar o aplicar una cláusula y/o de tomar una decisión que le involucre, lo que debe primar es la satisfacción de sus derechos, y el interés del niño o niña pasará a ser el interés que primará sobre cualquier otro.

Por otro lado, desde una perspectiva de transversalidad, la Convención asume a lo largo de su articulado las siguientes cuestiones que afectan más directamente a niñas y niños: artículo 4, sobre obligaciones generales; artículo 23, respeto del hogar y de la familia; artículo 24, Educación; artículo 30, Participación en la vida cultural, las actividades recreativas, el esparcimiento y el deporte.

Finalmente, los incisos b), c), d), e) y f) engloban cinco principios; estos son: **la no discriminación** (inc. b); **la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad** (inc. c); **el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas** (inc. d); **la igualdad de oportunidades** (inc. e) y **la accesibilidad universal**. Estos cinco principios son diferentes facetas, que pueden resumirse en una idea: igualdad, que por ser una de las columnas rectoras de la Convención, se abordará de manera individual en el próximo apartado.

2.2. La igualdad como principio transversal

La igualdad aparece en la Convención desde diversas facetas. Como principio, como valor y como derecho.

Asumir el principio de igualdad en el ámbito de la discapacidad significa, en primer lugar, que todas las personas poseen —no sólo un valor intrínseco inestimable—, sino también que son intrínsecamente iguales en lo que se refiere a su valor, más allá de cualquier diferencia física, mental, intelectual o sensorial. Ello no equivale a decir que no existan diferencias entre las personas, sino más bien que una sociedad que respeta auténticamente el princi-

pio de igualdad es aquella que adopta un criterio inclusivo respecto de las diferencias humanas, y las tiene en cuenta en forma positiva²⁰.

Aquí entran en juego varias cuestiones ciertamente complejas, pero que podrían sintetizarse afirmando que las personas con discapacidad se encuentran socialmente excluidas. Esto significa —entre otras cuestiones—, verse imposibilitadas de participar en una gran cantidad de actividades que sustentan una vida en sociedad, y que las eliminan de la corriente habitual de la vida cotidiana. Ello se debe a que todos los puntos de acceso a las estructuras de la vida diaria —educación, trabajo, familia, interacción social, etc.— se establecen en gran medida en relación con la norma dominante —en este caso, el de las personas *sin* discapacidad—. De este modo, como normalmente no se prevén adaptaciones para las *desviaciones* o las *diferencias* respecto de la norma elegida, la diferencia sirve como base para una sutil (y a veces no tan sutil) discriminación²¹.

Ahora bien, la respuesta brindada por el Derecho en los últimos tiempos frente a estas cuestiones han venido siendo implementada por medio de fórmulas legislativas antidiscriminatorias. Y concretamente, si bien como es sabido, existen diversas maneras de considerar el derecho a la igualdad, en el contexto de la Convención se ha llegado a un cierto consenso en cuanto a la elección de este derecho en su versión de igualdad de oportunidades²².

De este modo, la Convención asume, en sus principios, y en la regulación de los derechos que ampara, una concepción amplia de la igualdad, que no se queda en un simple trato no discriminatorio —igualdad formal—, sino que asume la igualdad de oportunidades, que requiere en ciertos casos de medidas activas —igualdad material—, que debe pasar necesariamente por el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas —ello implica

20 *Ídem*.

21 Degener, Theresia y Gerard Quinn, “A survey of international, comparative and regional Disability Law Reform”, presentado en *From Principles to Practice, an International Disability law and Policy Symposium*, 22 al 25 de octubre de 2000, organizado por Dredf, pp. 5 y ss.

22 Véase en este sentido, Campoy Cervera, Ignacio, “Una aproximación a las nuevas líneas de fundamentación de los derechos de las personas con discapacidad”, en *I Jornadas Discapacidad y Desarrollo, COCEMFE*, Madrid, 2005, versión electrónica en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 8, 2004-2005.

necesariamente la adopción de políticas de reconocimiento—, que tiendan a alcanzar una participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad²³.

Debe tenerse presente que los principios aludidos se plasman en el artículo 5, sobre igualdad y no discriminación, y de manera transversal a lo largo de la Convención, al momento de garantizar cada derecho sustantivo que la misma protege.

Todas estas perspectivas deben tenerse presentes a la hora de abordar cualquier temática relativa a la discapacidad.

La primera faceta de la igualdad la encontramos como propósito del instrumento. Según el artículo 1, su objeto es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de los derechos humanos y libertades fundamentales²⁴.

La segunda perspectiva de la igualdad se presenta como principio y como valor. Según el artículo 3, que prevé como principios la no discriminación, la igualdad de oportunidades, la participación e inclusión plena y efectiva en la sociedad, el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humana, y la accesibilidad²⁵. Todas estas son diferentes facetas del contenido del principio de igualdad que deben ser tenidas muy en cuenta a la hora de interpretar y aplicar la Convención.

En tercer lugar, la igualdad se presenta estableciendo obligaciones para los Estados. El artículo 4.1 establece que los Estados se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad, sin discriminación alguna por motivo de su condición. Asimismo, que deben tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad²⁶. Finalmente, se establece la obligación por parte de los Estados de tomar todas las medidas pertinentes para que ninguna persona, organización o empresa privada discrimine por

23 Sobre ese tema, véase Young, Iris Marión, *La justicia y la política de la diferencia*, traducción de Silvana Álvarez, Cátedra, Universidad de Valencia, Madrid, 2000.

24 Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, artículo 1.

25 *Ídem*, artículo 3.

26 *Ídem*, artículo 4.1.b.

motivo de discapacidad²⁷. Esto último parece un instrumento muy importante en la lucha contra la discriminación de las personas con discapacidad.

La cuarta faceta de la igualdad prevista en la Convención se presenta como derecho. El artículo 5, inciso 1, establece el derecho a ser considerado igual ante la ley y en virtud de ella, como asimismo el derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna. El inciso 2 establece la obligación de los Estados de prohibir toda discriminación por motivo de discapacidad, y de garantizar a las personas una protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo. El inciso 3 establece la obligación de tomar las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables (a fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación). Finalmente, el inciso 4 aclara que las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas no serán consideradas discriminatorias²⁸.

III. La igualdad y no discriminación

En el artículo 2 de la Convención se define la “discriminación por motivo de discapacidad”. Se entenderá por discriminación “cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad, que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas la denegación de ajustes razonables”²⁹.

Este concepto de no discriminación, recogido en la Convención, tiene las siguientes características:

En primer lugar, se centra en el resultado discriminatorio y no en la voluntad de la persona (“que tenga el propósito o el efecto”). Es decir, que no se exige intencionalidad, sino que se tienen en cuenta los efectos adversos de la norma, práctica o conducta.

²⁷ *Ibidem*, artículo 4.1.e.

²⁸ *Ibidem*, artículo 5.

²⁹ *Ibidem*, artículo 2.

En segundo lugar, otro rasgo muy importante, es que comprende la discriminación no sólo a la persona con discapacidad, sino “por motivo de discapacidad”. De este modo, lo que prohíbe la norma es la “discriminación” “por motivos de” discapacidad. Por ende, siguiendo a Gerard Quinn, podría sostenerse que dicha formulación pone el acento sobre el fenómeno de la discriminación más que en las peculiaridades de la persona³⁰.

De este modo, se podría sostener que las personas pueden ser discriminadas “por motivo de” o “sobre la base de” discapacidad no teniendo ellas mismas una discapacidad, pero siendo tratadas de manera discriminatoria por considerarse que tienen una discapacidad. Como destaca Quinn, aquellas personas que pueden ser susceptibles de tener una discapacidad, también son susceptibles de ser tratadas de manera discriminatoria “por motivo de” o “sobre la base de” discapacidad, aunque no la tengan actualmente. En este caso, nuevamente, si se mantiene la atención en el fenómeno de discriminación, entonces tiene sentido afirmar que esta categoría también entraría dentro del marco protector del derecho antidiscriminatorio esbozado por la Convención. Asimismo, puede haber otras personas que no tengan una discapacidad, pero que trabajen o se encuentren asociadas con personas que la tengan. Ello incluiría, por ejemplo, a una madre o padre de un niño o niña con discapacidad, que estuviera buscando reubicarse en el mercado de trabajo, o a un voluntario/a en una institución que trabaje con personas que conviven con el VIH/SIDA. Dichas personas son probablemente tratadas de manera discriminatoria “sobre la base” o “por motivo de” discapacidad, aunque ellas no tengan una discapacidad.

Finalmente, hay que destacar asimismo que el concepto abarca todo tipo de discriminación (comprende tanto la discriminación directa como indirecta, así como la discriminación estructural, entre otras). La Convención no hace una distinción entre discriminación directa e indirecta, pero adopta una fórmula en la que claramente incluye ambos tipos de discriminaciones. Asimismo, también deja abierto a otro tipo de discriminaciones cuando al final del artículo 5 establece: “incluye todas las formas de discriminación” incluidas las “represalias”.

30 Quinn, Gerard, “The UN Human Rights of Person with Disabilities Treaty. A blueprint for Disability Law & Policy Research and Reform”, conferencia pronunciada en Dublín, National Disability Authority, Annual Research Conference, el 16 noviembre 2006.

3.1. La obligación de realizar ajustes razonables

La obligación de realizar ajustes razonables es una herramienta o estrategia destinada a garantizar la accesibilidad universal, que aparece desde diversas facetas incluida en la Convención. Se la prevé en el inciso f del artículo 3, y asimismo, se encuentra regulado como derecho en el artículo 9. Es importante destacar la importancia de que la accesibilidad universal haya sido prevista, no sólo como derecho sino también como principio de la Convención, ya que este principio-derecho resulta ser una condición ineludible para el ejercicio de los derechos —en igualdad de oportunidades— por todas las personas, y para, en último término, conseguir el logro de la igual dignidad humana, del libre desarrollo de la personalidad.

Por otro lado, y en ello hace falta insistir, si desde la Convención se asume que la discapacidad es un fenómeno complejo que está integrado por factores sociales, que se traducen en barreras; la accesibilidad universal pasa a ser, desde la otra cara de la moneda, uno de los modos más idóneos para la prevención de la discapacidad. De esta manera, podría decirse que la prevención de la discapacidad está integrada tanto por las medidas que tiendan a prevenir, por ejemplo, accidentes de tráfico, como las medidas tendentes a prevenir la construcción de edificios inaccesibles. Evidentemente, por la materia que regula y por el marco que esta Convención ampara, la prevención que nos interesa se corresponde con el segundo tipo de medidas.

Pero además, debe quedar claro que la construcción de entornos inaccesibles es una forma de discriminación. Ello porque la falta de accesibilidad universal se traduce en una discriminación. Lo establece clara y expresamente con relación a la falta de ajustes razonables el artículo 2, al definir la discriminación por motivo de discapacidad, pero resulta evidente que la falta de accesibilidad cabría perfectamente dentro del concepto “cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales” que el mismo artículo establece³¹.

31 Sobre este tema, véase De Asis, Rafael, Ana Laura Aiello, Francisco Bariffi *et al.*, *Sobre la Accesibilidad Universal en el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2007.

Ahora bien, el camino para garantizar la accesibilidad universal requiere de dos estrategias. La primera de ellas es la de diseño universal, que es definido en la Convención como “el diseño de productos, entornos, programas y servicios que puedan utilizar todas las personas, en la mayor medida posible, sin necesidad de adaptación ni diseño especializado. El diseño universal no excluirá las ayudas técnicas para grupos particulares de personas con discapacidad, cuando se necesiten”³².

De este modo, si la accesibilidad universal puede, entre otras facetas, ser entendida como una condición para el goce y ejercicio de los derechos, el principio de diseño universal puede ser comprendido como una estrategia para el logro de dicha condición. Es decir, puede entenderse que mediante la técnica del diseño universal se aspira a la realización de la accesibilidad universal. Es por ello que el principio de diseño para todos puede ser considerado como un medio, un instrumento, una actividad, dirigida al alcance de dicho fin.

Ahora bien, en determinadas circunstancias, y habiéndose aplicado plenamente el principio de diseño universal, puede suceder que nos encontremos ante una situación particular (no previsible mediante el diseño universal) que requiera de medidas específicas. Es ahí cuando nos adentramos en el concepto de ajustes razonables.

Al momento de definir el concepto de “discriminación por motivos de discapacidad” la Convención establece que “[...] Esto incluye todas las formas de discriminación, y, entre ellas, *la denegación de ajustes razonables*”³³.

Los ajustes razonables son definidos como: “las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas, que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”³⁴.

De la definición puede inferirse que razonables son unas medidas específicas que tienen como objeto o meta la accesibilidad en casos particulares, pero que se adoptan cuando ésta no es posible desde la previsión del diseño para todos, teniendo en consideración las necesidades específicas de una per-

32 Artículo 2 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, último párrafo.

33 *Idem*, cuarto párrafo.

34 *Idem*.

sona. Esto significa, en gran medida, que el ajuste razonable surge a partir de la expresión de la necesidad concreta de una persona con discapacidad, excluida o limitada por la inaccesibilidad del entorno, o por la imposición de pautas mayoritarias que dificultan su acceso a un bien o servicio³⁵.

En este sentido, la accesibilidad sería la situación a la que se aspira, el diseño universal, una estrategia a nivel general para alcanzarla, y los ajustes razonables una estrategia a nivel particular, cuando no ha sido posible prever desde el diseño universal.

De ese modo, hay que resaltar que la función de los ajustes razonables no es reemplazar los incumplimientos de las condiciones de accesibilidad. Una cuestión es la obligación de realizar un ajuste razonable, que se considera necesario ante una circunstancia particular (por ejemplo, modificar la iluminación en el sitio de trabajo de una persona con discapacidad visual que entra a trabajar en dicho puesto y que requiere, por su problema en la visión, un tipo de luz especial); y otra diferente son las obligaciones que exige la accesibilidad (por ejemplo, la existencia de una rampa en un edificio), ante cuyo incumplimiento se producirá la sanción correspondiente a la infracción cometida, pudiéndose, así, establecer la obligación de realizar las acciones necesarias para que se produzca la efectiva accesibilidad (en el ejemplo, se establecería la obligación de construir la rampa en el edificio).

A modo de ejemplo, el contenido de este derecho o de esta obligación en el ámbito laboral podría ser alguno de los siguientes: asignar alguna de las obligaciones de la persona con discapacidad a otra persona; transferirle para ocupar un puesto vacante; modificarle su horario de trabajo; asignarle un sitio de trabajo diferente; permitirle ausentarse durante sus horas de rehabilitación, exámenes o tratamiento; proporcionarle, u ordenar que se le proporcione, capacitación; adquirir o modificar el equipamiento; modificar instrucciones o manuales de consulta; modificar los procedimientos de evaluación o valoración; proporcionarle un lector o intérprete; proporcionarle supervisión; asignarle un ayudante en el trabajo; etc.

Como se ha mencionado anteriormente, desde el punto de vista netamente jurídico, puede afirmarse que los ajustes razonables son, asimismo, medidas contra la discriminación, debe aclararse que el incumplimiento de

35 De Asís, Rafael, Ana Laura Aiello, Francisco Bariffi *et al.*, *op. cit.*

una obligación de realizar ajustes razonables tiene el mismo resultado que el incumplimiento de accesibilidad³⁶. Así lo establece expresamente el art. 2, párr. 3 de la Convención, en ambos casos nos encontramos ante un caso de discriminación por falta de accesibilidad.

La misma fórmula es adoptada por la Ley española de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad (Ley 51/2003) al considerar que “se entenderá que se vulnera el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad cuando se produzcan [...] incumplimientos de las exigencias de accesibilidad y de realizar ajustes razonables”³⁷.

Ahora bien, la existencia de una obligación de realizar ajustes será una cuestión a dilucidar en cada caso concreto. Para ello, en cuanto a la interpretación del mandato y su consiguiente determinación, es interesante observar la regulación que se ha hecho en Inglaterra. La norma establece que el incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables se considera una discriminación, salvo que el incumplimiento se encuentre justificado. En este sentido, el Tribunal Laboral de Apelaciones inglés ha proporcionado una importante orientación en lo relativo a los problemas que pueden surgir para determinar si se ha incumplido la obligación de realizar ajustes. Se ha establecido que la primera cuestión es determinar si en las circunstancias del caso se impone una obligación de realizar ajustes sobre el empleador. Si así fuera, el paso siguiente es corroborar si el empleador hubiera podido tomar alguna de las medidas establecidas en las disposiciones legales (ilustrativas sobre los ajustes que pueden ser realizados). Si el tribunal comprueba que un empleador no ha cumplido con su obligación legal de realizar ajustes, la cuestión será entonces la de determinar si ha demostrado *que su falta se encuentra justificada*. En lo relativo a determinar si resulta razonable que un empleador deba tomar las medidas para cumplir con la obligación de realizar ajustes, deben tenerse en cuenta las siguientes cuestiones, especialmente: hasta qué punto el adoptar dicha medida podría evitar el efecto en cuestión (es decir la colocación de la persona con discapacidad en una situación de desventaja sustancial en comparación con otra persona sin discapacidad); hasta qué

36 *Ídem*.

37 Ley 51/2003, artículo 4 sobre vulneración del derecho a la igualdad de oportunidades.

punto resultaría factible para el empleador adoptar dicha medida; los costos financieros y de otro tipo en que incurriría el empleador al tomar dicha medida y el grado de afectación que la misma tendría sobre sus actividades; la capacidad financiera y otros recursos del empleador; la disponibilidad que tenga el empleador de obtener asistencia financiera o de otro tipo para la adopción de dicha medida (ya que no se exigirá una misma inversión a un empleador con pocos recursos que a otro con recursos más importantes). Así, parece que la interpretación conforme a la opción de la Ley inglesa es aconsejable, al no supeditar expresamente la ponderación a dilucidar si la carga es excesiva, sino a supeditarla a un concepto más equitativo como es la *falta justificada*³⁸.

En cuanto a la posible concreción del contenido de los ajustes razonables (y, en este sentido, en su conexión con la accesibilidad universal), se podría entender que cabrían dos formas de dotarles de ese contenido. La primera, sería entender que los contenidos de los ajustes razonables han de quedar normativamente indeterminados, y, en este sentido, al exigirse su cumplimiento, habrá que tener presente los principios de proporcionalidad y razonabilidad al entrar en consideración otros criterios. Pero también podría ser que la normativa especificase —tal como lo establece la legislación inglesa, de manera no taxativa—, la posibilidad de contenidos concretos del ajuste razonable en los diferentes ámbitos, que se entiende que son necesarios en determinadas situaciones para garantizar la accesibilidad universal. Ambas variantes parecen ser perfectamente compatibles, aunque la primera es inevitable en algún grado (pues resulta imposible determinar *a priori* todos los posibles ajustes razonables que son necesarios realizar para garantizar la accesibilidad universal en un ámbito concreto)³⁹.

38 Palacios, Agustina, “El derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y la obligación de realizar ajustes razonables”, en Campoy Cervera, Ignacio (coord.), *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, España, pp. 187-203.

39 De Asís, Rafael, Ana Laura Aiello, Francisco Bariffi *et al.*, *op. cit.*

IV. Bibliografía

- Campoy Cervera, Ignacio, “Una aproximación a las nuevas líneas de fundamentación de los derechos de las personas con discapacidad”, en *I Jornadas Discapacidad y Desarrollo*, COCEMFE, Madrid, 2005, versión electrónica en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 8, 2004-2005.
- Campoy Cervera, Ignacio, *La fundamentación de los derechos del niño: modelos de reconocimiento y protección*, Editorial Dykinson, Madrid, 2006.
- Charlton, James, *Nothing About Us Without Us: Disability Oppression and Empowerment*, University of California Press, Berkeley, 1998.
- Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, artículo 1.
- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.
- De Asis, Rafael, Ana Laura Aiello, Francisco Bariffi *et al.*, *Sobre la Accesibilidad Universal en el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2007.
- Degener, Theresia y Gerard Quinn, “A survey of international, comparative and regional Disability Law Reform”, presentado en *From Principles to Practice, an International Disability law and Policy Symposium*, 22 al 25 de octubre de 2000, organizado por Dredf.
- Maraña, J.J. y Lobato, M., “El movimiento de vida independiente en España”, en Vidal García Alonso, J. (coordinador), *El movimiento de vida independiente*, Fundación Luis Vives, Madrid, 2003.
- Palacios, Agustina, “El derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y la obligación de realizar ajustes razonables”, en Campoy Cervera, Ignacio (coord.), *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, España.
- , *El modelo social de discapacidad. Orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Cinca, Madrid, 2008.
- Palacios, Agustina y Francisco Bariffi, *La discapacidad como una cuestión de Derechos Humanos: Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Cinca, Madrid, 2007.
- Palacios, Agustina y Javier Romañach, *El modelo de la diversidad*, Diversitas, Madrid, 2007.

Quinn, Gerard, “The UN Human Rights of Persons with Disabilities Treaty. A Blueprint for Disability Law & Policy Research and Reform”, conferencia pronunciada en Dublín, National Disability Authority, Annual Research Conference, el 16 de noviembre de 2006.

Young, Iris Marión, *La justicia y la política de la diferencia*, traducción de Silvina Álvarez, Cátedra, Universidad de Valencia, Madrid, 2000.

Libre determinación y pie de igualdad de los pueblos indígenas¹

Bartolomé Clavero²

Naciones Unidas es la agencia internacional de reconocimiento, desarrollo y garantía de los derechos humanos. A estas alturas, tras más de medio siglo de existencia, se muestra por fin dispuesta a un reconocimiento específico de los derechos de las personas y de los pueblos indígenas en pie de igualdad con el resto de la humanidad. El Consejo de Derechos Humanos acaba de aprobar la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas que, con toda probabilidad, la Asamblea General proclamará dentro de este mismo año 2006. En pocos meses tendremos así en vigor una norma internacional de derechos humanos reconociéndoselos y garantizándoselos tanto a las personas como a los pueblos indígenas³.

- 1 Este ensayo forma parte del libro *Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas*, Secretaría de Relaciones Exteriores, México D.F., 2006, pp. 189-194.
- 2 Bartolomé Clavero es catedrático de Historia del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, España. Especialista en historia de las instituciones de Castilla, historia de la cultura jurídica europea, historia del constitucionalismo americano y derecho de los pueblos indígenas. Es autor, entre otros libros, de *Antidora. Antropología católica del la economía moderna* (1991), *Genocidio y justicia. La destrucción de las Indias ayer y hoy* (2003), *Geografía Jurídica de América Latina: Pueblos Indígenas entre Constituciones Mestizas* (2008) y *Genocide or Ethnocide, 1933-2007: How to Make, Unmake and Remake Law with Words* (2008). Asiduo tanto de congresos científicos sobre historia del derecho como de talleres prácticos sobre constitucionalismo comparado y derechos de los pueblos indígenas. Actualmente es miembro del Foro Permanente de Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas.
- 3 La Declaración fue aprobada por la Asamblea de las Naciones Unidas, el 13 de septiembre de 2007 (Nota de Eds.)

El artículo tercero de tal inminente Declaración proclama lo siguiente: “Los pueblos indígenas tienen el derecho a la libre determinación; en virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”. Se trata del mismo derecho que figura desde hace años, desde 1966, en los primeros artículos de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, tanto el de los Derechos Civiles y Políticos como en el de los Derechos Económicos Sociales y Culturales, en el primer artículo de ambos: “Todos los pueblos tienen el derecho a la libre determinación; en virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”.

Ahora, de este modo, se trata de superar por fin la exclusión que venía sobrentendiéndose, la de que los pueblos indígenas no se comprendiesen en la expresión de “todos los pueblos” cuando se estaban reconociendo derechos. Es la razón por la que ahora el derecho de libre determinación viene en tercer lugar y no en el primero. Los dos artículos iniciales de la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas se preocupan de dejar bien sentado el pie de igualdad entre indígenas y no indígenas por cuya misma virtud el artículo consecutivo, el tercero, reconoce dicho derecho de libre determinación en los mismísimos términos que venía haciéndose para “todos los pueblos” con exclusión hasta ahora sobrentendida de los indígenas —Art. 1: “Los pueblos indígenas tienen derecho, colectiva o individualmente, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y libertades fundamentales...”; Art. 2: “Las personas y los pueblos indígenas son libres e iguales a todas las demás personas y pueblos...”—.

Ahí está la clave que conviene ante todo destacar. Se trata de la igualdad, lo que hasta ahora ha faltado. En el tiempo transcurrido de unos cuarenta años entre el reconocimiento genérico de la libre determinación de “todos los pueblos” y el específico para “los pueblos indígenas” se han producido y desarrollado unas doctrinas preventivas junto a unas prácticas eficaces para evitar precisamente eso mismo, la igualdad. La principal entre las doctrinas es la que distingue entre libre determinación “externa” e “interna”. Unos pueblos, los no indígenas, tendrían derecho a la libre determinación sin más, a decidir por sí mismos sobre su sistema político, su desarrollo económico, su orden social y su vida cultural o su destino en suma. Otros pueblos, los in-

dígenas, tendrían derecho tan sólo a un determinado margen de determinación sobre sí mismos en términos de mera autonomía dentro de los Estados donde han quedado comprendidos y no raramente escindidos. En esto consistiría la libre determinación “interna”.

Adviértase ante todo que la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas no sólo es que no haga uso de dicho lenguaje discriminatorio entre pueblos, sino que no deja espacio para la distinción que efectivamente discrimina a los pueblos indígenas. Todos los pueblos son iguales y ahora también los indígenas. El principio es por fin el de la igualdad. La libre determinación está prevista para indígenas en los mismos términos literales que para no indígenas porque se trata exactamente del mismo derecho, el de determinarse libremente los pueblos en todas las dimensiones de su existencia, en la política, en la económica, en la social y en la cultural.

A continuación del reconocimiento de la libre determinación en pie de igualdad la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas lo que contempla es un régimen de autonomía interna, en el seno de los Estados, como forma de ejercicio de dicha misma libertad de determinación propia —Art. 4: “Los pueblos indígenas, al ejercer su derecho de libre determinación, tienen derecho a la autonomía o el autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos...”—. Otras formas no se contemplan, pero tampoco quedan descartadas. Hay aquí un par de extremos que conviene subrayar.

Uno es el de que la autonomía corresponde a la determinación de los pueblos indígenas bajo reconocimiento y garantía internacionales. No se trata de un régimen que los Estados puedan conceder, concretar y establecer, sino de aquel que los pueblos indígenas mismos propongan, negocien y organicen en cada caso. Esta es la vía de ejercicio del derecho a la libre determinación que está en trance de contemplarse y garantizarse para indígenas en el orden internacional.

¿Qué puede ocurrir si un pueblo indígena, en el ejercicio de su derecho a la libre determinación, opta de entrada por la “externa”, por la separación así del respectivo Estado? Separación o escisión no son quizás los mejores términos pues se trata de pueblos que nunca han prestado formalmente su consentimiento a la existencia del Estado entre cuyas fronteras se encuentran y respecto a los cuales no hay que dar por lo tanto como hecho consumado una pertenencia política. Preguntemos entonces qué puede ocurrir si un pue-

blo indígena se determina por la constitución de Estado independiente propio. No es algo que haya de descartarse a la larga sobre todo entre aquellos pueblos que han resultado escindidos por las fronteras de los Estados.

De entrada, tal opción por Estado propio respondería a un derecho reconocido internacionalmente, pero también a una forma de ejercicio del mismo no garantizado por el mismo orden internacional. El Estado donde el pueblo indígena o un sector del mismo está comprendido podría reaccionar, con respaldo del orden internacional, incluso bélicamente frente a la pretensión de independencia.

Sólo en un caso excepcional la situación podría ser otra. Actualmente, el orden internacional permite la independencia de pueblos o sectores de pueblos comprendidos dentro de fronteras de Estados cuando éstos cometen violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos y no dan muestra de disposición al reconocimiento, la reparación y la rectificación. Solamente en este caso tal opción sería internacionalmente viable.

Al propósito, téngase en cuenta que la autonomía indígena va a ser una forma de ejercicio del derecho humano a la libre determinación del pueblo. Los Estados que se nieguen en redondo a su establecimiento pueden encontrarse, por violación sistemática de derechos humanos, en dicho otro supuesto de que el orden internacional no les respalde en la defensa de unas fronteras frente a iniciativas indígenas de libre determinación más allá de la autonomía interior.

He aquí otro extremo a tenerse en cuenta. Puede incluso plantearse tras ensayos de autonomía que resulten frustrados por mala fe de los Estados. El derecho a la libre determinación no se agota en una primera opción de una determinada forma de autonomía. Ejerciéndose ordinariamente a través de la misma y pudiéndose ejercer en caso extraordinario más allá incluso, el titular de la libre determinación siempre la mantiene como derecho actual interno y, ante determinadas circunstancias, virtual externo, esto es, a la independencia.

El sujeto de la libre determinación es el pueblo, ahora también el pueblo indígena, todos los pueblos indígenas en pie por fin de igualdad con todos los otros pueblos de la humanidad. ¿Quién es este sujeto de derecho que ahora así se reconoce, el pueblo indígena? ¿Cómo se le identifica? ¿De qué forma puede hacerse presente y vivo? He aquí por supuesto el punto básico

de partida. Pero hete también que la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas guarda silencio al respecto. No dice absolutamente nada sobre formas ni criterios de identificación de los pueblos indígenas. No es por supuesto un descuido. Los materiales preparatorios de la Declaración durante una larga historia de discusión en el seno de grupos de trabajo de Naciones Unidas muestran que el asunto se tomó en consideración optándose por el silencio.

La razón para esto es tan de fondo como la del propio derecho a la libre determinación, Naciones Unidas no se arrogan la competencia para identificar a los pueblos indígenas tampoco se la reconocen ni asignan a los Estados, sólo el pueblo indígena tiene el derecho de reconocerse a sí mismo. Así es como puede comenzar ejercitando la propia determinación. Por esto guarda ese silencio la Declaración.

Los materiales preparatorios también muestran que tal derecho a la autoidentificación como primer paso en el ejercicio de la libre determinación no se plantea por supuesto sobre el vacío. El episodio más elocuente fue el de un intento *afrikaner* por sumarse a las representaciones indígenas en el grupo de trabajo de Naciones Unidas que discutía y preparaba el texto de la Declaración. *Afrikaners*, africanos, se dicen por Sudáfrica algunas gentes porque se saben de procedencia europea, concretamente holandesa. Llegaron hace siglos en plan colonialista desplazando y masacrando a indígenas africanos. Indígenas se pretenden ellos mismos ahora. En Naciones Unidas no se tomó la pretensión en serio. Los pueblos indígenas pueden autoidentificarse entre quienes han padecido colonialismo y no entre quienes han sido sus agentes. He ahí un criterio objetivo para la determinación subjetiva.

La Constitución de México conoce esta serie de elementos desde la reforma sobre derecho indígena llevada a cabo recientemente, en el año 2001. Es de momento la única Constitución en toda América que reconoce de forma expresa “el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación” registrando además para la identificación el criterio objetivo del padecimiento de colonialismo y el subjetivo de la propia conciencia indígena. Pueblos indígenas “son aquellos que descenden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conserva sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. La conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para de-

terminar a quiénes se aplican las disposiciones sobre los pueblos indígenas” (Art. 2, también para lo que seguirá).

Ahí concluye la confluencia de la Constitución mexicana con los presupuestos y planteamientos de la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas. La misma de hecho es más de apariencia que de fondo. Unas expresiones de reconocimiento no proceden del proyecto de Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas que ya estaba prácticamente ultimado en 2001, sino del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes que data de 1989 y México ratificara con diligencia en 1990, el cual, tras acuñar dichos criterios objetivo y subjetivo de identificación, agrega lo siguiente (Art. 1.3): “La utilización del término pueblos en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que puedan conferirse a dicho término en el derecho internacional”, esto es, la libre determinación, denegada de esta forma.

Aunque parezca mentira, pues la misma acaba de reconocerse, eso es también lo que ahora se encuentra a efectos prácticos en la Constitución mexicana a continuación de dicho mismo reconocimiento de la libre determinación.

He aquí concretamente lo que sigue en dicho mismo artículo segundo de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos: “El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional. El reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas se hará en las constituciones y leyes de las entidades federativas...”, las de los estados que forman la federación mexicana. Compárese con lo que hemos visto en la Declaración: “Los pueblos indígenas, al ejercer su derecho de libre determinación, tienen derecho a la autonomía...”. Hágase también la comparación con lo que la misma Declaración da por supuesto respecto a la autoidentificación como primer paso de la libre determinación.

Mientras que en el instrumento internacional la autonomía es una forma de ejercicio de la libre determinación, en la norma constitucional la misma debe sujetarse a un marco establecido, el “marco constitucional... que asegure la unidad nacional”. La misma identificación de los pueblos indígenas no se confía a ellos mismos, sino que se encomienda a los estados de la federación.

Tampoco puede ser así expresión de la libre determinación de unos pueblos ese paso del reconocimiento.

Hay más, a la hora de la verdad de la fijación de cometidos de los estados federados por parte de la Constitución federal, el espacio de autonomía indígena se enrarece y estrecha hasta el punto de desaparecer los pueblos como sujetos de la misma y quedar las comunidades además recluidas en el mapa municipal entre las fronteras de las entidades bajo las leyes tanto federales como estatales: “Las comunidades indígenas, dentro del ámbito municipal, podrán coordinarse y asociarse en los términos y para los efectos que prevenga la ley” (Art. 115.3).

Todo ello se ha introducido en la Constitución federal recientemente ante la misma perspectiva del posible reconocimiento del derecho de libre determinación de los pueblos indígenas en el orden internacional. Hay algo de preventivo en la propia reforma constitucional de 2001. México mismo ha adoptado una política decidida de impulso de dicho reconocimiento internacional con la confianza aparente de tener el asunto ya resuelto por la propia Constitución. Con base en ella misma (Art. 133: “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados...”, en este orden), impera en México la pauta de que rige el derecho internacional conforme a la Constitución y no a la inversa, no la Constitución conforme al derecho internacional.

Dicha declaración constitucional sobre derecho internacional data de 1917 y, entre tantas reformas como ha atravesado la Constitución, nunca se ha revisado. Es anterior, bastante anterior, a la existencia de un derecho internacional de los derechos humanos a partir del cual las tornas viene cambiando, esto es, formulándose la doctrina y adoptándose la práctica de que tal orden internacional al menos, el de los derechos humanos, obliga a los Estados hasta el punto de prevalecer sobre sus Constituciones. Hay a estas alturas bastantes Constituciones por Latinoamérica reconociendo expresamente este valor normativo superior del orden internacional de los derechos humanos al que la Constitución de México todavía se resiste.

Fácilmente se entiende que este punto es clave para el valor mismo que deba darse a la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas en cuanto que sea proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas. México entenderá que el derecho de libre determinación habrá de ejercerse conforme a la propia Constitución, lo cual significa a efectos prácticos que seguirá sin poder llevarse a la práctica, mientras que los pueblos indígenas podrán perfectamente entender que ya cuentan con el respaldo internacional el ejercicio de tal derecho y que podrán ponerse a practicarlo, comenzando por la propia identificación, digan lo que digan las Constituciones de México y de las entidades federativas o también las respectivas leyes reglamentarias y correspondientes resoluciones judiciales.

Prediquen lo que prediquen unas doctrinas y pretendan lo que pretendan unas políticas, pie de igualdad y libre determinación de personas y pueblos indígenas van a verse con el respaldo del derecho internacional. Tras la larga historia de exclusiones y discriminaciones desde tiempos coloniales que llega hasta hoy, están bien pertrechadas una clase intelectual de doctrinas y una clase política de prácticas que estorban dicha igualdad e impiden tal determinación. La postura que hoy anda más en boga entiende que la libre determinación interna no sólo no requiere autonomía, sino que es contraria a la misma, pues se trataría tan sólo del pronunciamiento de una ciudadanía indistinta a través de elecciones periódicas. Esto sería autodeterminarse. Es el momento de darles definitivamente la espalda a tamañas falacias. Lo es de ponerse de la forma más resuelta manos a la obra en la construcción de unas autonomías para la recuperación de unos pueblos por igualdad entre todas las personas.

Todas son todas, indígenas y no indígenas. La libre determinación de los pueblos, ya por fin de todos, es un derecho humano entre otros derechos humanos. Su ejercicio no puede ser incondicionado para nadie, indígena o no indígena. Señalemos así finalmente que el derecho de libre determinación tiene unos límites, los que vienen marcados por el conjunto de los derechos humanos y no de ninguna otra forma. La libre determinación misma responde al derecho que toda persona tiene a desenvolver su vida en el medio político, económico, social y cultural con el que se identifica, y no en ningún otro que se le imponga.

La igualdad un largo camino para las mujeres¹

Roxana Arroyo Vargas²

Sumario

I. Introducción. II. El principio de igualdad. 2.1. Igualdad formal. 2.2. Igualdad real. 2.3. Igualdad en la Convención Para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer. III. La no discriminación. 3.1. Prohibición discriminaciones directa e indirectas. IV. Acciones positivas y discriminación inversa. 4.1. La recomendación 25 del Comité de la CEDAW. V. A manera de consideraciones finales. VI. Bibliografía.

I. Introducción

Una de las preguntas que se repite con frecuencia en los diferentes grupos sean estos de mujeres, activistas de derechos humanos, operadores/as de jus-

1 Este ensayo forma parte del trabajo “Reflexiones para una defensa de tesis doctoral”, Documento Inédito, Madrid, España, 2001.

2 Costarricense, feminista, activista de derechos humanos de las mujeres y académica. Doctora en derechos humanos por la Universidad Carlos III de Madrid “Instituto Bartolomé de las Casas”. Profesora invitada de FLACSO, Ecuador; profesora de la Maestría de Estudios de la Mujer, Universidad de Costa Rica; profesora de la Universidad Estatal a Distancia Maestría Estudios de la Violencia Social y Familiar, Maestría de Derechos Humanos Educación para la Paz Universidad Nacional. Consultora internacional e investigadora en temas de derechos humanos de las mujeres y autora de artículos, investigaciones y libros.

ticia, entre otros, cuando se analiza el desarrollo de los derechos humanos ¿realmente los derechos humanos de las mujeres han transformado la realidad? Este escepticismo se da frente a la realidad de que aún la vida de las mujeres se encuentra en peligro, por el simple hecho de su condición de género en estas sociedades patriarcales.

La respuesta a esta inquietud, a esta crítica válida, podría ser en la línea argumentativa de que en la actualidad es casi imposible imaginarnos a las mujeres sin los derechos de los seres humanos. ¿Cómo serían nuestras vidas? ¿Qué lenguaje usaríamos? ¿En qué fundamentaríamos nuestra práctica política frente a los problemas? ¿Cómo interpretaríamos las opresiones? ¿Podríamos hablar de la misma forma de nuestra identidad ciudadana? ¿Si no existieran estos derechos dónde estaríamos, en qué ámbito estaríamos cautivas aun hoy?

En este campo los derechos humanos de las mujeres han aportado un marco ético-jurídico y político a nuestras sociedades. Es un marco para las transformaciones culturales y nuestros procesos de construcción identitarias.

En este escenario pensarse sin esta referencia sería perder en parte la posibilidad de pronunciar y ponerle nombre a las situaciones de discriminación y violencia que oprimen a las mujeres.

En realidad los derechos humanos de las mujeres son el legado histórico que cada una de nosotras comparte y que son producto de un largo caminar de nuestras antepasadas, que con sus acciones han impactado las culturas para transformar y señalar dos de los principales problemas que históricamente se han convertido en un obstáculo para el goce, ejercicio y tutela de los derechos humanos de las mujeres, me refiero a la discriminación y la violencia analizadas éstas como un problema estructural de nuestras sociedades.

La discriminación y la violencia han negado la posibilidad de construir un paradigma social fundamentado en la igualdad, en el respeto a la diversidad, los derechos humanos y la ciudadanía plena para las mujeres.

Los análisis históricos nos permiten afirmar que ha existido una tendencia a negarles a las mujeres su condición de sujetas morales, políticas, de derecho mediante múltiples mecanismos contruidos ideológicamente y legitimados y legalizados por el derecho y por la sociedad.

Frente a esta cultura patriarcal, encontramos que las mujeres se han organizado para reivindicar su condición de seres humanos, cuestionando pro-

fundamente los discursos dominantes sobre el papel de lo femenino en el mundo³, los diversos dispositivos de poder y, sobre todo, cuestionando el concepto de igualdad construido a partir de las consideraciones de que lo masculino y sus vivencias se constituyen en el paradigma de lo humano⁴.

Podríamos decir sin equivocarnos que los diferentes poderes que han surgido históricamente coinciden en un punto: la negación o la aceptación parcial de lo que significa la violencia y la discriminación en la vida de las mujeres y las consecuencias que esto tiene en sus entornos geográficos, políticos, sociales y económicos. Estos poderes actúan en la medida en que omiten actuar para defender a las mujeres de la violencia y la discriminación o, peor aún, están en contra de sus derechos. Es a partir de esta actitud que se transforman en cómplices, promueven la impunidad e invisibilizan esta problemática y la magnitud de la misma.

El resultado de esta conjugación, según esta lectura de la cultura, desemboca en dos posiciones: primero, la negación de su dignidad como personas a las mujeres y, segundo, una de las constantes que es la expropiación del cuerpo de las mujeres en el sentido más amplio ya que es sólo mediante ésta que se experimenta la vida, “nuestro cuerpo es nuestro mundo en el mundo”.

En este punto podemos señalar que son al menos tres los temas o reivindicaciones en las cuales se ha centrado este quehacer histórico de los derechos humanos de las mujeres: “la lucha por la igualdad, la lucha contra la violencia y la lucha por la apropiación de nuestro cuerpo”.

En este artículo vamos a reflexionar sobre los alcances de uno de los principios fundamentales de la construcción de los derechos de los seres humanos: el principio de igualdad y de no discriminación por razón de sexo.

3 Lagarde, Marcela, *Identidad de género*, Nicaragua. Véase también de la misma autora: *Los cautiverios de las mujeres: madresposas, monjas, putas, presas y locas*, Universidad Nacional Autónoma de México, Colección Postgrado, 1997.

4 Facio Montejo, Alda y Lorena Fries, “Hacia una crítica del derecho”, en *Género y Derecho*, Editorial Colección Contraseña, estudios de Género, Serie Casandra, 1999.

II. El principio de la igualdad

Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros⁵.

Declaración Universal de Los Derechos Humanos, artículo 1.

La igualdad es un concepto normativo, esto quiere decir que no es un concepto descriptivo de la realidad social, sino una exigencia de cómo deberían ser los seres humanos en la sociedad contemporánea.

[...] no se ocupa de lo que sucede en la realidad, sino de lo que debe suceder a saber: que los seres humanos, sean cuales sean sus rasgos comunes o distintivos, deben ser tratados como iguales. Que signifique esto es el problema que habrá que resolver, pero tener claro que la igualdad es un principio me parece fundamental para ello⁶.

La igualdad en el Derecho es un principio y como tal tiene diversas funciones, por ejemplo la de cuestionar, cambiar o conservar las realidades sociales, y también de justificar la existencia de determinadas normas. El principio de la igualdad se nos presenta desde esta óptica como una categoría histórica y relacional, o sea que las concepciones sobre la igualdad no son estáticas sino cambiantes⁷.

La aspiración a la igualdad es tan antigua como su restricción. Cada época pudo sentirla con mayor o menor virulencia, ha podido utilizar diversas retóricas, ha podido incluso darla por hecha. Pero el problema de la igualdad o de su restricción permanece siempre abierto porque su parámetro permanece siempre abierto porque sus parámetros son y serán siempre ilimitados. Pueden ser los bienes, pero los bienes son múltiples; pueden ser las condi-

5 ONU, Declaración Universal de Derechos Humanos. Resolución 217 A (III) de 10 de diciembre de 1948.

6 Laporta, Francisco, "El principio de Igualdad", en Revista *Sistema*, núm. 67, p. 4.

7 Al respecto, véase Calsamiglia, Albert, "Sobre el Principio de Igualdad", en Muguerza, Javier, *El Fundamento de Los Derechos Humanos*, Editorial Debate, Madrid, 1989, pp. 97-110.

ciones para su obtención, que siempre son variables; puede ser en último término la equipolencia, que es ella misma un límite, porque los individuos son diversos y divergentes en lo que quieren ser y en quién quieren ser⁸.

La razón histórica nos permitirá describir las diferencias que se presentan en un momento dado entre los seres humanos, convirtiéndose en un dato que nos aporta la realidad. Existe por lo tanto una vinculación entre la realidad y las normas y es aquí donde “el principio de igualdad trata precisamente de establecer cuándo está justificado establecer las diferencias en las consecuencias normativas y cuándo no está justificado”.

Este tema, como ya lo mencionamos nos lleva principalmente a los criterios de selección y de aplicación, los cuales son normas determinadas que incluyen las condiciones específicas, ya sean relevantes o no, referidas a una situación fáctica. Estos criterios deben ser razonados y justificados, y responder a una concepción de la igualdad en determinada época.

Facilita la tarea el hecho de respondernos a las preguntas claves de ¿igualdad en qué? e ¿igualdad entre quiénes?, que nos plantea el profesor Bobbio.

El feminismo busca dar respuestas desde la perspectiva y teoría de género a estas importantes preguntas, pretendiendo entre los sexos una igualdad que necesariamente implique la eliminación del sexismo y pase por una aceptación de las diferencias entre los sexos⁹. Esto significa un nuevo acercamiento al tema, en tanto que lo cuestionado es el hombre como paradigma o modelo de ser humano. ¿Qué significa esto para el contenido que históricamente se le ha dado a la igualdad? En cierto sentido significa la aceptación de que la igualdad, al ser reflexionada desde un contexto de género, se torna compleja: entra en juego el poder¹⁰ y, por tanto, el imperativo de erradicar los privilegios tradicionales masculinos aceptados como naturales y hasta el momento

8 Valcarcel, Amelia, *Del miedo a la igualdad*, Crítica, Grupo Grijalbo-Mondadori, Barcelona, España, 1993, p. 20.

9 Facio, Alda, *De qué igualdad se trata. Caminando hacia la igualdad real*, Naciones Unidas, ILA-NUD, UNIFEM, Editorial Diseño Alternativo, San José, Costa Rica, 1995, pp. 28-32.

10 Williams, Joan, “Igualdad sin discriminación”, en Facio, Alda y Lorena Fries, *Género y Derecho*, Colección Contraseña, serie Casandra, Editorial La Morada, Chile, 1999, pp. 75-99.

Hossain, Sara, “Igualdad en el hogar: derechos de la mujer y derechos de las personas en Asia del Sur”, en *Derechos humanos de las mujeres*, Profamilia, Bogotá, 1997, pp. 469-496.

legitimados por el Derecho, de modo que se consolida un sistema construido alrededor de sus características sociales y físicas.

En realidad, pareciera que la búsqueda de la igualdad de las mujeres pasa porque éstas tengan la oportunidad de estar en un mundo no vertido en su contra. Para erradicar la discriminación se requiere que las normas androcéntricas sean remplazadas por otras que reflejen los cuerpos y experiencias de vida de las mujeres y de los hombres. Aparentemente esta sería una de las alternativas para lograr la igualdad sin discriminación.

Se trata de reconceptualizar la igualdad como principio que refleja una aspiración humana enunciada de diferentes maneras según las épocas. Ya Aristóteles planteaba que este principio “exige tratar a las cosas iguales de igual manera, pero también a las diferentes, de manera diferente”. Los modelos de derechos fundamentales francés y norteamericano, hacen referencia a este principio¹¹.

Para esta nueva lectura es necesario partir del sexismo en que se fundamenta la formulación de las diferentes explicaciones del origen de lo que conocemos como sociedad civil y, por supuesto, estos reflejan el debate sobre quiénes son los que pactan o sea quiénes son sujetos libres e iguales. Las diferentes respuestas que se han dado nos demuestran la diferenciación que se hace entre los sexos, la cual es discriminatoria para las mujeres por su condición de género, estas elaboraciones teóricas condicionan el concepto de igualdad.

Es así como las explicaciones formuladas desde los clásicos contractualistas tales como Hobbes¹², Locke, hasta llegar a Rousseau¹³ y los modernos como Rawls¹⁴, nos plantean por diferentes razonamientos la subordinación de la mujer ya sea porque legitiman por acción o por omisión en sus análisis el poder para los varones y/o consagran la familia patriarcal.

11 Peces-Barba Martínez, Gregorio, *Curso de Derechos fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos II de Madrid y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, pp. 145-154.

12 Hobbes, Thomas, *Del ciudadano y Leviatán*, Editorial Tecnos, Madrid, 1993.

13 Rousseau, Jean Jacques, *El Contrato Social*, en *Escritos de combate*, trad. Salustino Masó, Madrid, Alfaguara, 1979.

Rousseau, Jean Jacques, *Emilio*, Editores Mexicanos Unidos, México, 1993.

14 Rawls, John, *Justicia como Equidad, Materiales para una Teoría de la Justicia*, Editorial Tecnos, Madrid, España, 1993.

La doctrina del contrato supone que hay sólo un origen, convencional, del derecho político, aún así, con la excepción de la teoría de Hobbes donde los dos sexos son descritos como naturalmente libres e iguales, los teóricos del contrato insisten en que el derecho del varón sobre la mujer tiene base natural. Sólo los varones tienen los atributos de los “individuos” libres e iguales. Las relaciones de subordinación entre los varones, sí han de ser legítimas, deben tener su origen en el contrato. Las mujeres por su parte nacen en sujeción¹⁵.

Es así como el concepto de igualdad nace sesgado por las consecuencias que se derivan del pacto primario que da sustento a la sociedad civil, nos referimos al contrato sexual, por medio del cual las mujeres no son ni libres ni iguales y por tanto no pueden pactar o porque aún en las interpretaciones como las de Hobbes siendo libres pactan su sujeción, que implica la apropiación de su cuerpo y la imposibilidad de convertirse en individuos civiles.

En las lecturas modernas de autores tales como Rawls, el pacto se construye partiendo de la elaboración de la categoría universal y sexualmente neutra de individuo, respondiendo más a una abstracción lógica. Este autor estadounidense se mueve en el reino de la pura razón con nada humano en él, a pesar de que introduce seres corpóreos masculinos y femeninos en el curso de su argumentación se centra en los descendientes y a las cabezas de familia o sea los varones.

Simplemente da por sentado que se puede, al mismo tiempo, postular partes des-corporizadas, vaciadas de toda característica sustantiva y asumir la existencia de la diferencia sexual, las relaciones sexuales, el nacimiento de los hijos y la familia formada. Los participantes del contrato original de Rawls son, simultáneamente, meras entidades racionales y “jefes de familia”, es decir, varones que representan a sus esposas¹⁶.

15 Pateman, Carole, *El contrato sexual*, Editorial Anthropos, Barcelona, Universidad Autónoma Metropolitana, México, 1998, p. 60.

16 Pateman, Carole, *op. cit.*, pp 63-64.

Si estudiamos las diversas ópticas de los autores estos tratan de legitimar ya sea por razones naturales o políticas el derecho conyugal y de sujeción de la mujer que atenta contra el principio de igualdad, pero al mismo tiempo este concepto descansa en la desigualdad por discriminación contra la mujer por su condición de género. Por ejemplo, Rousseau sostiene que el sistema civil depende en cierta manera del derecho que los varones-maridos tienen sobre sus hembras-esposas y que éste tiene su origen en la naturaleza¹⁷.

Desde una lectura crítica del principio de igualdad, es imperativo la deconstrucción de éste para lo cual es necesario conjugar la igualdad formal con la material, la equidad y la valoración de la diferencia. Esto nos permitirá cuestionar el androcentrismo y buscar resultados que no contengan rasgos sexistas.

2.1. Igualdad formal

Referirse a la igualdad formal, o igualdad ante la ley, responde al imperativo de que todas las personas sean tratadas por igual, (en algunos casos esto es suficiente para avanzar hacia la eliminación del sexismo), siempre y cuando estas normas no se elaboren alrededor de los cuerpos y patrones de vida de los hombres, que exigen estándares no alcanzables para las mujeres, al ser diferentes sus cuerpos y patrones de vida. En estos casos no es suficiente el igual trato ante las leyes.

La justicia para las mujeres sigue siendo un objetivo a lograr, y es improbable que se consiga a través de la igualdad formal, porque la forma en la que la sociedad está estructurada es el resultado de una historia en la que las mujeres estaban legalmente subordinadas y en la cual se daba por supuesto que su papel natural era prestar servicios sexuales y domésticos (incluyendo la importante tarea social de cuidar a los hijos/as) a cambio de una seguridad económica que implica depender de los hombres¹⁸.

17 Cobo, Rosa, *Fundamentos del patriarcado moderno Jean Jacques Rousseau*, Universitat de Valencia, Instituto de la Mujer, Ediciones Cátedra, Madrid, España, 1995.

18 Okin Moller, Susan, "Liberalismo, Política, Justicia y Género", en *Perspectivas feministas en teoría política*, Paidós Estado y Sociedad, Editorial Paidós, Barcelona, España 1994, p. 146.

Por ejemplo, las normas de trabajo diseñadas a partir del modelo de trabajador ideal que implican tiempo completo y extra, no toman en cuenta la necesidad de considerar tiempo para partos ni crianza de criaturas. Estas normas y políticas están estructuradas sobre patrones y experiencias masculinas.

A pesar de esto, no se puede negar que la igualdad formal ante la ley y en la ley ha significado un avance, puesto que transforma los privilegios y los convierte en verdaderos derechos para hombres y mujeres dando un nuevo contenido a la democracia y al poder.

2.2. Igualdad real

En otros casos es necesario el análisis desde la igualdad real o material. Esto es, analizar las condiciones de las personas y colocarlas en situaciones materiales de igualdad, lo cual requiere muchas veces un trato diferente para lograr un resultado igual. Se busca, por ejemplo, promover la adopción de acciones afirmativas para nivelar las desigualdades históricas. Esta es, en muchos casos, la única manera de dar a las mujeres igualdad de oportunidades y es importante destacar que no sólo alivia las desventajas del pasado, sino que remedia la manera en que los estereotipos y otros tipos de normas masculinas crean desventajas para ellas¹⁹.

La equidad hace referencia al requerimiento de un trato justo, o sea que se trate a cada cual según sus particulares circunstancias. No se intenta aquí igualar a nadie, sino proveer el trato y las condiciones concretas que cada quien necesita para satisfacer sus necesidades singulares o atender sus reclamos especiales. Para el ejercicio de la equidad es imperiosa la contextualización de las decisiones, de modo que respondan a las diferencias, experiencias y condiciones de vida particulares. Por ejemplo, tomar las medidas necesarias para que las personas con discapacidades puedan gozar y ejercer sus derechos humanos en sociedades pensadas para personas sin discapacidades.

Hace parte de la igualdad real la necesaria valoración de las diferencias, que pretende tomarlas en cuenta y asumirlas no para oprimir y subordinar, sino para potenciar y propiciar el desarrollo personal. Este planteamiento

19 Williams, Joan, "Igualdad sin discriminación", en *Género y Derecho*, Colección Contraseña, Serie Casandra, Chile, 1999, pp. 75-99.

critica el enfoque de la igualdad ya que considera que este concepto necesariamente implica un término de comparación²⁰. Lo cual no garantiza la liberación de la opresión de las mujeres puesto que si su explotación está basada en la diferencia sexual es sólo sobre este aspecto que se puede resolver la discriminación existente; lo imperativo es la definición de los valores de la pertenencia a un género y que estos resulten aceptables para cada uno de los sexos. Ello requiere proporcionar las condiciones necesarias para que esas diferencias se mantengan y desarrollen²¹.

La igualdad entre hombres y mujeres no puede hacerse realidad sin un pensamiento del género en tanto que sexuado, sin una inclusión de los derechos y deberes de cada sexo, considerado como diferente, en los derechos y deberes sociales. Los pueblos se dividen continuamente en rivalidades tan secundarias como sangrientas, sin percibir que su primera e irreductible división es la de los dos géneros. Desde este punto de vista, nos encontramos aún en la infancia de la cultura²².

2.3. Igualdad en la Convención Para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer

Desde los nuevos planteamientos éticos-jurídicos que sustentan los instrumentos convencionales de protección de los derechos humanos de las mujeres, la CEDAW se fundamenta en un concepto de igualdad que trasciende el formal. La convención define la discriminación como “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los de-

20 Rivera Garretas, María-Milagro, *Nombrar el mundo en femenino. Pensamiento de las mujeres y teoría feminista*, Editorial ICARIA, Barcelona, España, 1994, pp. 179-228.

21 Jaggar, Alison M., “Ética feminista: Algunos temas para los años noventa”, en *Perspectivas feministas en teoría política*, Editorial Paidós, Estado y Sociedad, Barcelona, España, 1994, pp. 167-184. Véase también Okin Moller, Susan, “Desigualdad de género y diferencias culturales”, en *Perspectivas feministas en teoría política*, Editorial Paidós, Estado y Sociedad, Barcelona, España, 1994, pp. 185-206. Asimismo, Rivera Milagros, M., “Partir de sí”, en *El Viejo Topo*, número 73, marzo, Madrid, España, 1994.

22 Irigaray, Luce, *Yo, tú, nosotras*, Ediciones Cátedra Universitat de Valencia, Instituto de la Mujer, Madrid, España, 1992, pp. 10-11.

rechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas políticas, económica, social, cultural y civil y en cualquier otra esfera”. (Artículo 1.)

Esta definición tiene una triple importancia: a) establece que una ley o política discrimina si su resultado es discriminatorio, aun cuando tenga la intención de favorecer; b) define lo que legalmente se debe entender por discriminación contra la mujer; c) declara discriminatoria toda restricción basada en el sexo, que menoscabe o anule el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, de los derechos humanos en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera. A partir de esta concepción, las restricciones que sufrimos las mujeres no sólo en la esfera pública, sino en el campo cultural y doméstico, deben conceptuarse como discriminatorias.

El principio de la igualdad de la persona humana, se expresa por medio de principios y normas de segundo orden como el de no discriminación. Es así como la igualdad se fundamenta y se explicita en un espectro muy amplio de normas internacionales y del orden interno de los Estados. Por esta razón, la igualdad y la no discriminación se encuentran en disposiciones separadas y se aplican a diferentes categorías de derechos. Según O'Donnell, el principio de igualdad abarca un universo de derechos mucho más amplio que los derechos y las libertades consagradas en el derecho internacional porque “se extiende a todo derecho reconocido por la legislación interna”²³.

Este principio, contenido en el artículo 26 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos²⁴, es incompatible no sólo con la discriminaciones relativas al goce de los derechos consagrados en el Pacto, sino con el goce de los derechos civiles, políticos, económicos y sociales reconocidos en el derecho interno.

Lo anterior es importante en cuanto a la posibilidad de ampliar las competencias de los órganos internacionales, ya que en más de una ocasión el Comité de Derechos Humanos ha podido examinar denuncias relacionadas con otros ámbitos que no figuran en el Pacto. Esto ha ocurrido, por ejemplo, en relación con la seguridad social o los derechos de los extranjeros, que tocan directamente tópicos de derechos sociales o económicos. También la Corte

23 O'Donnell, Daniel, *Protección Internacional de los Derechos Humanos*, Editorial Comisión Andina de Juristas, Lima 1988, p. 376.

24 ONU, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, adoptado por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 6 de diciembre de 1966.

Interamericana lo ha hecho en el tema de la naturalización, aunque este derecho no está contemplado por la Convención Americana²⁵.

III. La no discriminación

El principio de igualdad de las personas y la consecuente ilegitimidad de la discriminación, forman parte de los principios trascendentales del derecho internacional de los derechos humanos, y encuentra asimismo su desarrollo en las legislaciones internas de cada uno de los países.

Para el Derecho Internacional, la no discriminación y la igualdad de trato son equivalentes, esto quiere decir, que la igualdad de las personas incluye dos nociones: la primera se refiere al principio de no discriminación, como aspecto negativo de la igualdad, esto significa que prohíbe diferencias que no se puedan justificar con criterios razonables y objetivos; y la segunda, el principio de protección que se desarrolla por medio de medidas especiales dirigidas a la consecución de la igualdad real o positiva.

Desde ese punto de vista el contenido moderno de la discriminación se elabora partiendo del significado negativo y peyorativo, o sea, se construye con la prohibición de las distinciones que son irrelevantes, arbitrarias, no razonables, injustas, dirigidas a la negación del goce, disfrute y tutela de los derechos de grupos o personas.

El actual significado de la palabra discriminación se descubre pues en conexión con la tutela, esto es, la prohibición y erradicación, del fenómeno discriminatorio en las sociedades democráticas y pluralistas, (que se exterioriza en las distinciones entre individuos basadas en la pertenencia a un grupo minoritario y no de sus personales aptitudes o capacidades). Así se afirma en primer lugar, una interpretación negativa de este término, y en segundo lugar, se conecta a circunstancias históricas de discriminación de las personas, frente a las cuales el derecho reacciona para su erradicación²⁶.

25 CIDH, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización.

26 Sáez Lara, Carmen, *Mujeres y Mercado Laboral. Las discriminaciones directas e indirectas*, Colección Estudios, Madrid, España, 1994, p. 35.

Refiriéndose al Derecho Constitucional, Karl Josef Partsch coincide con O'Donnell en cuanto a la idea de que existen ciertas dificultades para establecer, dentro del marco de las diferentes legislaciones, en qué situaciones debe aplicarse el principio de igualdad ante la ley. Esto principalmente por la dificultad de definir qué es arbitrario o qué es injusto. En consecuencia, tanto en el campo nacional como en el internacional, se introduce la formulación negativa de este derecho, a fin de conseguir “un mayor grado de claridad y certidumbre en lo tocante a la igualdad”. En sus propios términos:

La cláusula de no discriminación no se limita a la afirmación de que debe alcanzarse la igualdad, sino que indica también el concepto de qué debe ser igual, y según qué criterios. La noción abstracta de la igualdad es reemplazada por la indicación concreta del campo de aplicación y de los criterios como raza, color o descendencia²⁷.

Esta prohibición de discriminación, se traduce en la cancelación de ciertos rasgos distintivos como posibles razones relevantes para la diferenciación y las consecuencias normativas. Algunos de estos rasgos los encontramos en principios o normas secundarias; los instrumentos internacionales podrían ser un ejemplo de esta afirmación.

El principio de no discriminación es uno de los pilares de cualquier sistema democrático y base fundamental de los Sistemas de Protección Internacional tanto de la Organización de los Estados Americanos²⁸ como de las Naciones Unidas²⁹.

27 Partsch, Karl Josef, “Principios Fundamentales de los derechos humanos: autodeterminación, igualdad y no discriminación”, en *Las Dimensiones Internacionales de Los Derechos Humanos*, Barcelona, UNESCO, 1ª ed., vol. I, 1982, p. 113.

28 Es importante destacar que el artículo 3(1) de la Carta de la Organización de los Estados Americanos establece, como principio básico: “Los Estados Americanos proclaman los derechos fundamentales de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo”. Los principios de no discriminación y de igual protección ante la ley sirven, a su vez, como bases fundamentales de los principales instrumentos normativos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

29 En el sistema de Naciones Unidas se da prioridad comparable a los derechos de igualdad y no discriminación. Precisamente uno de los propósitos de las Naciones Unidas, establecido en el artículo 1(3) de su Carta, es promover el respeto a los derechos humanos sin distinción de raza, sexo, idioma o religión.

Esto es fácilmente comprobable si observamos que los contienen los principales instrumentos internacionales: Declaración Universal (1948), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), la Convención Americana, la Convención Europea de Derechos del Hombre (1959) y Protocolos (1952 y 1963), la Carta Africana sobre los Derechos Humanos de los Pueblos³⁰.

Además encontramos instrumentos que no sólo incluyen estos principios, sino que prohíben específicamente uno u otro tipo de discriminaciones. Entre ellos la Convención Internacional sobre la Eliminación de toda Forma de Discriminación Racial de 1965, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Toda Forma de Discriminación Contra la Mujer de 1979, la Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones de 1981, Convenios 100 y 111 de la OIT, Convenio de la UNESCO de 1960³¹.

Si estudiamos los principales instrumentos sobre derechos humanos, advertiremos un tratamiento similar en las formas prohibidas de discriminación (rasgos) por el Derecho internacional, por razones de raza, sexo, color, posición económica, nacimiento, etc.³² A Juicio de Francisco Laporta, un ejemplo típico de esto es la cancelación de la relevancia de rasgos como la raza y el sexo “para establecer diferencias en la atribución de derechos políticos”³³.

30 La Convención (1950) y Protocolos (1952 y 1963) prevén la garantía de los derechos y libertades de la persona que son esencialmente de carácter civil y político. Su artículo 14 establece que estos derechos y libertades corresponden a la mujer igual que al hombre. La Comisión y la Carta Europea de los Derechos del Hombre, órganos internacionales judiciales, instituidos por la Convención para la vigilancia de su aplicación, han declarado la posibilidad de atender los casos de discriminación por razón de sexo, siempre que se fundamenten en la combinación del citado artículo 14 y de otro artículo de esta Convención donde se reconozca expresamente un derecho o libertad concreta de la persona.

Sobre este tema, consúltese Karel, Vasak, “El Consejo de Europa”, en *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, vol. III, Barcelona, Serbal UNESCO, 1982, pp. 622-705.

Sobre la Organización para la Unidad Africana, véase Kéba, M. Baye y Birame Ndiaye, “La Organización para la Unidad Africana”, en *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, vol. III, Sebal UNESCO, Barcelona, 1984, pp. 755-814.

31 Los textos de estos instrumentos pueden consultarse en ONU, *Derechos Humanos. Recopilación de Instrumentos Internacionales*, Nueva York, Centro de Derechos Humanos, Ginebra, 1988.

32 Al respecto, véase O'Donnell, Daniel, *Protección Internacional de Los Derechos Humanos*, Comisión Andina de Juristas, Lima, Perú, 1988, pp. 369-393.

33 Laporta, Francisco, *op. cit.*, p. 14.

Curiosamente, en los instrumentos generales no se define la discriminación, sino que en algunas de las Convenciones internacionales se nos indica el campo concreto de aplicación y los criterios³⁴.

Los principios que se configuran y les dan contenido a las declaraciones y convenciones son aplicados (o deberían serlo) por los órganos internacionales de derechos humanos, los cuales deben observar tanto la discriminación *de iure* basada en la legislación que establece diferencias formales entre los derechos, como las discriminaciones *de facto* que consisten en aplicar, en forma discriminatoria, la legislación que no encierra tales criterios discriminatorios.

3.1. Prohibición discriminaciones directas e indirectas

Este derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo, incluye dos reglas o derechos subjetivos en las legislaciones. El primero es la prohibición de discriminaciones directas, o sea, de toda norma o acto jurídico-público que dispense un trato diferente y perjudicial en función de la pertenencia a uno u otro sexo, lo que significa la obligación de exigir un trato jurídico indiferenciado para hombres y mujeres como regla general (ya que para lograr una igualdad real sin discriminación se aceptan las acciones positivas). El segundo derecho es la prohibición de la discriminación indirecta, o sea, de aquellos tratamientos jurídicos formalmente neutros o no discriminatorios, pero de los cuales se derivan consecuencias desiguales y perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tiene sobre los miembros de uno u otro sexo³⁵.

34 En relación con el tema de los criterios, es importante destacar que el horizonte día a día se amplía más; desde aquellos contenidos en la Carta de las Naciones Unidas, pasando por la Declaración Universal, constatamos en sus listas un aumento, se habla de color y opiniones políticas, lo que pone de manifiesto esta relación dialéctica entre las necesidades históricas, y el Derecho internacional de los derechos humanos, que convierten estas pretensiones morales en valores protegidos y promovidos por la comunidad internacional. En realidad muchos de estos criterios se vinculan; esto es evidente en el caso de la protección de los derechos de las mujeres, por ejemplo de la mujer negra, que sufre doble o triples discriminaciones, no sólo por ser mujer sino también por ser negra, etc.

35 Rey Martínez, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, pp. 67-82. Véase también Azkarate-Askasua Albeniz, Ana Carmen, *Mujer y discriminación. Del Tribunal de Justicia de las Comunidades al Tribunal Constitucional*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1995.

Ahora bien, es importante tener presente que las diferencias en el trato en circunstancias que son, por lo demás, similares no son necesariamente discriminatorias. Si estas se basan en criterios razonables y objetivos, pueden ser necesarias para que se haga justicia o para la protección de grupos o personas que requieren de medidas especiales. “No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia”³⁶. Una distinción basada en criterios razonables y objetivos tiene un objetivo legítimo y emplea medios que son proporcionales al fin que se persigue, es totalmente aceptable³⁷. Algunas de las distinciones previstas en la ley se basan en criterios relativos a la raza, al sexo, entre otros.

IV. Acciones positivas y discriminación inversa

Podemos situar su origen histórico en el derecho estadounidense, cuya legislación incluye el concepto por primera vez en 1965, gracias a las presiones ejercidas por el movimiento de los derechos civiles a favor de las minorías negras. Posteriormente, en 1967, se añadió la discriminación sexual como objeto de aplicación de la acción positiva. Los ámbitos en que se pusieron en práctica fueron especialmente el trabajo, la educación y la participación política. Después se extendieron a Europa gracias al trabajo del movimiento de mujeres.

Estas acciones buscan erradicar las discriminaciones directas e indirectas que afectan a la mitad de la humanidad³⁸, constituyen el núcleo primario y de mayor influencia y desarrollo del derecho antidiscriminatorio, y tienen por objetivo impulsar y promover la igualdad³⁹ y se justifican sobre la base

36 Véase, en general, Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Breks contra Holanda*, Com. No 172/1984, párrafo 13, *Zwaan de Vries contra Holanda*, Com. No 182/1984, párrafo 13.

37 Véase Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Belgian Linguistics*, supra; Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Aumeeruddy-Cziffra y otros contra Mauritius*, Com. No 35/1978, párrafo 9.2 (b) 2 (I) 8 (que advierte en general que una distinción negativa en el trato requiere una justificación suficiente).

38 Cobo, Rosa, “El largo camino hacia la igualdad”, en *Crítica*, núm. 831, enero 1996.

39 Rey Martínez, Fernando, *op. cit.*, pp. 67-107.

de los fundamentos de la justicia compensatoria, justicia distributiva y utilidad social⁴⁰. Constituyen también un instrumento social y político hacia una mayor democratización⁴¹.

Las acciones afirmativas pretenden abrir espacios que tradicionalmente y sistemáticamente les han sido cerrados a las mujeres y pueden ser aplicadas en distintos ámbitos: en el campo laboral, para asegurar a las mujeres un acceso igualitario al empleo y la igualdad en el ejercicio del mismo; en el campo sindical, para asegurar la participación de las mujeres en los niveles de decisión y la integración de reivindicaciones específicas de las mujeres en el plan de acción de los sindicatos; en el campo político, para asegurar el acceso de las mujeres a puestos de decisión en los partidos, haciendo efectivo su derecho a elegir y ser electas⁴².

Las acciones positivas, en general, pretenden establecer la igualdad entre hombres y mujeres eliminando especialmente las desigualdades de hecho. Las acciones afirmativas y la discriminación positiva o inversa son políticas correctoras de las desigualdades sociales en sociedades patriarcales como las centroamericanas.

Las acciones positivas pueden ser definidas como un programa público o privado diseñado para igualar las oportunidades de admisión para los grupos históricamente desaventajados, tomando en consideración aquellas mismas características que han sido usadas para negarles un tratamiento igualitario⁴³.

40 Al respecto, véase Rodríguez, Marcela, "Igualdad, democracia y acciones positivas", en Facio, Alda y Lorena Fries, *Género y Derecho*, Colección Contraseña, serie Casandra, Editorial La Morada, Chile, 1999.

41 La aceptación de estas acciones suponen el reconocimiento de la discriminación en contra de las mujeres por su condición de género. El cuestionamiento al concepto de igualdad formal y la necesidad de tales medidas para llegar a la igualdad material y la valoración de las diferencias. El reconocimiento que el punto de partida entre hombres y mujeres no es el mismo, la existencia de relaciones de poder desigual. La aprobación de que estas medidas deben estar dirigidas tanto al ámbito público como al privado.

42 Barreiro, Kine, "Cuotas de participación", Centro Nacional para el Desarrollo de la Mujer y la Familia, Programa de la Ciudadanía, San José, 1995, p. 2, en Camacho, R., Lara, S., Serrano, E., *Las Cuotas Mínimas de Participación de las Mujeres: Un mecanismo de acción afirmativa. Aportes para la discusión*, San José, Costa Rica, 1996, p. 39.

43 Ruiz-Miguel, Alfonso, "Discriminación inversa e igualdad", en *El concepto de igualdad*, Editorial Pablo Iglesias, Madrid, España, 1994, p. 80.

La discriminación positiva o inversa es una variedad específica de las acciones positivas, pero más incisiva y se aplica a colectivos sociales concretos (mujeres, negros, personas con discapacidades) con características externas inmodificables y cuya valoración social es negativa por parte de la ideología predominante.

Este tipo de discriminación, junto con otros fenómenos más o menos próximos a ella, es una forma de diferenciación para la igualdad que, por medio de políticas, persigue que se traten “desigualmente a quienes son desiguales”, con objeto de promover a los que se encuentran en situaciones menos favorables —por diversas causas— y disminuir o modificar las relaciones sociales, culturales y económicas⁴⁴.

Estas medidas, aplicadas al campo del derecho, tratan de regular situaciones de escasez (bienes materiales y de otra índole, servicios, etc.). Son limitadas puesto que se aplican provisionalmente y su finalidad es beneficiar a grupos que han estado sometidos a situaciones de marginación estructural.

Las discriminaciones inversas se justifican por su finalidad de remediar los perdurables efectos desfavorables de discriminaciones de hondo arraigo social, como la sexual y la racial. Esto determina que fuera del cumplimiento de dicha finalidad, las discriminaciones inversas se transforman en inaceptables discriminaciones directas⁴⁵.

No podemos negar que la categoría de sexo sigue siendo relevante para el ordenamiento jurídico⁴⁶, de tal modo que justifica la aplicación de acciones positivas y acciones de discriminación positiva o inversa.

44 Cfr. Ruiz-Miguel, Alfonso, *op. cit.*, pp. 78-93. Véase también Dworkin, Ronald, Los derechos en serio, Editorial Ariel, Barcelona, 1989, pp. 327-348.

45 Rey Martínez, Fernando, *op. cit.*, p. 86.

46 En este aspecto hay diversidad de políticas de diferenciación para la igualdad, por ejemplo: sistemas impositivos, que atribuyen cargas fiscales desiguales según tramos de ingresos, buscan una mayor igualdad de rentas. Acciones que favorecen a colectivos o personas frente a otros, campañas para la promoción de las mujeres en el trabajo, etc. Las subvenciones para la construcción de viviendas protegidas, acciones todas estas dirigidas a eliminar o reducir las desigualdades de cualquier tipo consideradas injustas que les afectan.

Es un hecho que el término discriminación inversa⁴⁷ no expresa con exactitud la justificación de las medidas dirigidas a algunos sectores de la sociedad, sino que convierte en opacos los fundamentos, medios y fines que constituyen estas políticas⁴⁸. El concepto posee una carga peyorativa que tiende a confundirlo con la “discriminación clásica o tradicional”, lo cual resulta en la creación de situaciones injustas.

Las acciones positivas en general, junto con la normativa encaminada a prohibir el uso de rasgos para discriminar⁴⁹, integran la tutela antidiscriminatoria, y cumplen la función de favorecer el cumplimiento de la igualdad en nuestras sociedades. En este sentido, Sáez Lara afirma:

El término jurídico discriminación se ha ido configurando pues en el Derecho Internacional Público, en su acepción negativa de conducta o tratamiento en relación con los integrantes de grupos naturales o sociales minoritarios o

47 Algunos autores como Peces-Barba coinciden en que la discriminación inversa se fundamenta en el principio de igualdad-solidaridad. Presentan un matiz, al plantear dos caras de la igualdad: la formal y la material. En esta temática en concreto lo que se plantea es la vinculación entre la igualdad formal como diferenciación y la igualdad material. Para otros autores, como Laporta, dicha diferencia no existe. “La igualdad de trato formal como diferenciación es un elemento de conexión con la igualdad material, puesto que el establecimiento de los datos relevantes, que aquí sólo tiene una repercusión jurídica dentro del sistema, aplicando o no una norma jurídica determinada, puede abrir la puerta a reflexiones sobre criterios de redistribución general que faciliten la satisfacción de necesidades importantes”. Peces-Barba Martínez, Gregorio, *op. cit.*, p. 245.

48 Para el profesor Ruiz-Miguel, al referirse a las medidas y fines y a la consideración que algunos/as autores/as hacen sobre si estas medidas pueden ser consideradas injustas desde un sentido moral como jurídico, dice: “La respuesta ha de ser negativa, y por dos razones: la primera es que el medio empleado, es decir, la medida de diferenciación que privilegia a determinadas personas, no comportan los rasgos negativos de minusvaloración que sí conllevan las injustas discriminaciones tradicionales; la segunda es que el fin de tales medidas es la superación de graves desigualdades previas y, por tanto, las consecuencias de unas relaciones más justas entre distintos grupos sociales. De esta forma, la diferenciación para la igualdad reclama una integración entre la igualdad ante la ley o formal y la igualdad sustancial”. Ruiz-Miguel, Alfonso, *op. cit.*, p. 87.

49 Estas medidas que desarrollan el principio de igualdad mediante las políticas de “no discriminación”, cancelan ciertos rasgos distintivos como razones relevantes para diferenciar y asignar consecuencias normativas en la elaboración o aplicación de las leyes. Ejemplo de esto lo encontramos en las normas que se aplican para erradicar las discriminaciones directas en el ámbito laboral. Estas pueden tener consecuencias perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tratamientos formalmente iguales o tratamientos razonablemente desiguales tienen sobre los trabajadores de uno y otro sexo, a causa de la diferencia sexual. (Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 175/1989; B.O.E. de 22 de Julio de 1991, Recurso de Amparo.)

con las mujeres, sobre la base de pertenecer a este grupo... La tutela antidiscriminatoria no se detiene en la prohibición de tales conductas o prácticas, sino que abarcará también la adopción de medidas positivas dirigidas a su erradicación⁵⁰.

Para una adecuada comprensión de esta temática resulta importante distinguir entre “diferenciación” y “discriminación”. Entre los órganos internacionales para la protección de los derechos humanos existe un consenso en el sentido de que “no todo trato diferente es necesariamente discriminatorio”⁵¹.

Las convenciones internacionales sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial y sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, en sus artículos 1(4) y 4(1), nos señalan que las distinciones basadas en raza o el sexo no constituyen discriminación cuando buscan asegurar a los grupos marginados o discriminados un disfrute igual de los derechos y libertades fundamentales.

El artículo 4 de la CEDAW reconoce que, aun en los casos que se otorga igualdad a la mujer como una cuestión de derecho, esto no equivale a una garantía de igualdad de oportunidades y trato. Por tanto se permite la adopción de medidas especiales para corregir las condiciones persistentes de discriminación de hecho mientras estas persistan y hasta que se alcance la igualdad de oportunidades, es decir, estas medidas no constituyen discriminación.

Con relación a este tema, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer hizo hincapié entre la distinción de igualdad formal y la igualdad de hecho y en el papel de las medidas especiales de carácter temporal en su Recomendación General No. 5 (séptima sesión, 1988): “si bien se han conseguido progresos apreciables en lo tocante a la revocación o

50 Sáez Lara, Carmen, *Mujeres y Mercado de Trabajo. Las discriminaciones directas e indirectas*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1994.

51 CIDH, Opinión Consultiva 4/84 del 19 de enero de 1984, Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización, párrs. 56, 57: “No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón, o a la naturaleza de las cosas [...] no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnan a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana”.

modificación de leyes discriminatorias, sigue existiendo la necesidad de que se tomen disposiciones para aplicar plenamente la Convención introduciendo medidas tendientes a promover de facto la igualdad entre el hombre y la mujer”, y recomienda “que los Estados Partes hagan mayor uso de medidas especiales de carácter temporal como la acción positiva, el trato preferencial o los sistemas de cuotas para hacer que progrese la integración de la mujer en la educación, la economía, la política y el empleo”.

Respecto a las acciones positivas, no podríamos asegurar que exista un consenso. Por el contrario, se cuestiona que sea la opción más adecuada para promover sectores que por diversas condiciones y causas, se encuentran bajo los mínimos de un nivel de vida adecuado.

Las acciones positivas encuentran su fundamentación, según mi parecer, en los argumentos de autores como Garzón Valdés, Nino, Hart, Rawls, al referirse a la necesidad de los deberes positivos generales. Desde diferentes perspectivas, sostienen la necesidad de extender la autonomía de la voluntad de los sujetos hacia el logro de sus planes de vida. Para esto se justifica restringir la autonomía de unos con el propósito de ampliar la de muchos. Por supuesto, siempre que la autonomía del tercero obligado no disminuya hasta un nivel inferior al del grado de autonomía del titular del derecho. En esta misma línea argumentativa, se plantea la necesidad de maximizar la situación de los que menos tienen, con políticas que aumenten su autonomía, con los límites antes señalados.

Con estas consideraciones quiero expresar que el fundamento de los deberes positivos nos da las pautas para elaborar políticas antidiscriminatorias. La legislación en este sentido respondería más a criterios de igualdad o de solidaridad, en la línea planteada por autores como Adela Cortina, Victoria Camps, Jesús González Amuchastegui⁵².

La legislación antidiscriminatoria podría fundamentarse en la solidaridad, si la pensamos como un principio rector de la vida humana en sociedad

52 Al respecto, véase Sáez Lara, Carmen, *Mujeres y Mercado de Trabajo. Las discriminaciones directas e indirectas*, Editorial Consejo Económico y Social, Madrid, 1994, p. 36. Véase también Nino, Carlos, *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo y fundamentación*, Editorial Ariel, Barcelona, 1989. También González Amuchastegui, Jesús, “Notas para la Elaboración de un concepto de solidaridad como principio político”, en Revista *Sistema* núm. 101. De igual forma, Camps, Victoria, *Virtudes Públicas*, Editorial Espasa-Calpe, Madrid, 1990.

que permite superar prejuicios egoístas, para configurar un sistema jurídico-político que responda más a criterios de igualdad⁵³.

4.1. La recomendación 25 del Comité de la CEDAW

La recomendación 25⁵⁴ precisa aún más el concepto y alcance de las medidas especiales de carácter temporal, al destacar que el Comité considera que estrictamente **un enfoque jurídico** o programático puramente formal, **no es suficiente** para lograr la igualdad de facto con el hombre (igualdad sustantiva), que de las obligaciones que se desprenden de la Convención está **que las mujeres tengan las mismas oportunidades desde el primer momento** y que disponga de un entorno que les permita conseguir la igualdad de resultados.

La recomendación general enfatiza que las medidas especiales son un medio para hacer realidad la igualdad sustantiva o de facto de la mujer y no una excepción a las normas de no discriminación e igualdad y que persiguen como finalidad acelerar la participación en condiciones de igualdad de la mujer en el ámbito político, económico, social, cultural y civil, o en cualquier otro ámbito y de ninguna manera deben ser consideradas como medidas cuyo objetivo es discriminar a los hombres y recuerda que existe la obligación de adoptar y aplicar todas las medidas que sean apropiadas para erradicar la discriminación y lograr así la igualdad sustantiva.

Asimismo llama la atención a los Estados que el establecimiento de condiciones generales que garanticen los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de la mujer y la niña, y que tienen como objeto asegurar para ellas una vida digna y sin discriminación, **NO** pueden ser llamadas Medidas Especiales de Carácter Temporal MECT.

53 González Amuchastegui, Jesús, "Notas para la Elaboración de un concepto de solidaridad como principio político", en Revista *Sistema* núm. 101.

54 En su 20° período de sesiones (1999), el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer decidió, en virtud del artículo 21 de la Convención, elaborar una recomendación general sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Esta nueva recomendación general complementaría, entre otras cosas, recomendaciones generales previas, incluidas la recomendación general No. 5 (séptimo período de sesiones, 1988) sobre medidas especiales de carácter temporal; la No. 8 (séptimo período de sesiones, 1988) sobre la aplicación del artículo 8 de la Convención y la No. 23 (16° período de sesiones, 1997) sobre la mujer y la vida pública, así como informes de los Estados Partes en la Convención y las observaciones finales formuladas por el Comité en relación con esos informes.

Estas medidas puede ser de diferente índole o naturaleza como instrumentos, políticas y prácticas de índole legislativa, ejecutiva, administrativa y reglamentaria (programas de divulgación o apoyo; asignación o reasignación de recursos; trato preferencial; determinación de metas o materia de contratación y promoción; sistemas de cuotas, entre otras y pueden ser aplicadas por la administración pública, en la educación, economía, política, empleo, en los créditos y préstamos, en el deportes, cultura, esparcimiento, en la divulgación de conocimientos jurídicos, en la representación a nivel internacional y participación en organizaciones internacionales.

Es importante tener en claro que las medidas están destinadas a alcanzar un objetivo específico y que las mismas se suspenden cuando los resultados deseados se hayan alcanzado y se hayan mantenido durante un período. La duración se determina teniendo en cuenta el resultado funcional que tiene a los fines de la solución de un problema concreto y no estableciendo un plazo determinado.

Entre las recomendaciones que el Comité hace a los estados están:

1. **Distinguir** entre MECT y otras políticas sociales.
2. **Analizar la situación** de la mujer en el ámbito específico.
3. Evaluar la **posible repercusión** de las MECT.
4. Explicar las **razones** de un tipo de medida u otro, así como la relación entre dichas medidas y los esfuerzos generales para mejorar la situación de la mujer.
5. Facilitar **detalles sobre la legislación** relativa a MECT.
6. Incluir **detalles de los planes de acción** para crear vías de acceso para la mujer y superar su representación insuficiente en ámbitos concretos, redistribuir recursos y poder en determinadas áreas y poner en marcha cambios institucionales.
7. Describir **resultados** de las MECT y evaluar las causas de su posible fracaso.
8. Informar sobre las **instituciones encargadas** de elaborar, aplicar, supervisar, evaluar y hacer cumplir las MECT.
9. Llevar a cabo un proceso de **colaboración y consultas con la sociedad civil** y con organizaciones no gubernamentales.
10. Presentar **datos estadísticos** desglosados por sexo.

11. Indicar el **número de mujeres** a las que se refiere la medida, el número de las que ganarían acceso y participarían en un ámbito determinado, o los recursos y el poder que trata de redistribuir, entre qué número de mujeres y en qué plazos.
12. Incluir referencias a **objetivos, fines concretos, plazos, razones de la elección** de MECT, medios para permitir que las mujeres se beneficien e instituciones responsables.

V. A manera de consideraciones finales

Ha sido largo el camino para que la comunidad internacional comprenda la necesidad de la construcción de sociedades cimentadas bajo un nuevo paradigma de la igualdad, que conjugue la igualdad formal con la igualdad sustantiva o real y la necesaria aplicación de medidas de acción afirmativa y políticas públicas que permitan la erradicación de las discriminaciones por razón de sexo.

La igualdad sustantiva implica necesariamente un reconocimiento de la diversidad existente en nuestras sociedades, producto de la pluralidad, produciéndose un cambio de perspectiva al establecer que la diversidad es la norma y no la excepción. Asumiendo que la diversidad es la riqueza de nuestras sociedades, puesto que refleja el carácter pluricultural y multiétnico de nuestro continente.

Desde esta visión hay una afirmación que el punto de partida de los seres humanos no es el mismo, y que la normativa y las políticas públicas deben estar orientadas a garantizar el acceso a todos los seres humanos a los bienes jurídicos fundamentales, tales como: la salud, la educación, el trabajo, la vida. En otras palabras a cada uno de los derechos civiles y políticos, tanto como a los derechos económicos, sociales y culturales y los de solidaridad⁵⁵; en este contexto la aplicación del principio de igualdad y no discriminación se convierten en un imperativo.

55 Arroyo Vargas, Roxana, *Una aproximación a la realidad de la mujer nicaragüense desde los derechos humanos*, Instituto de Investigaciones y Acción Social "Martin Luther King" UPOLI, Managua, Nicaragua, octubre 2004.

Las acciones positivas fundamentadas en la igualdad sustantiva permiten las desigualdades de condiciones desiguales de punto de partida, otorgando medidas concretas dirigidas aquellas que comparativamente han estado en desventaja social a partir de las costumbres, hábitos, concepciones predominantes y roles asignados en un sistema social determinado.

Indudablemente en el momento actual no se puede pensar en democracias que no integren el principio de igualdad sustantiva/real, y por supuesto que asuman como estándares de medición los derechos humanos de las mujeres, para fiscalizar y medir el quehacer del estado y su consecuencia o no en cumplimiento de sus obligaciones internacionales.

VI. Bibliografía

- Azkarate-Askasua Albeniz, Ana Carmen, *Mujer y discriminación. Del Tribunal de Justicia de las Comunidades al Tribunal Constitucional*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1995.
- Arroyo Vargas, Roxana, *Una aproximación a la realidad de la mujer nicaragüense desde los derechos humanos*, Instituto de Investigaciones y Acción Social “Martin Luther King” UPOLI, Managua, Nicaragua, octubre 2004.
- , “Reflexiones para una defensa de tesis doctoral”, Documento Inédito, Madrid, España, 2001.
- Barreiro, Kine, “Cuotas de participación”, Centro Nacional para el Desarrollo de la Mujer y la Familia, Programa de la Ciudadanía, San José, 1995, en Camacho, R., Lara, S., Serrano, E., *Las Cuotas Mínimas de Participación de las Mujeres: Un mecanismo de acción afirmativa. Aportes para la discusión*, San José, Costa Rica, 1996.
- Calsamiglia, Albert, “Sobre el Principio de Igualdad”, en Muguerza, Javier, *El Fundamento de Los Derechos Humanos*, Editorial Debate, Madrid, 1989.
- Camps, Victoria, *Virtudes Públicas*, Editorial Espasa-Calpe, Madrid, 1990.
- Cobo, Rosa, *Fundamentos del patriarcado moderno Jean Jacques Rousseau*, Ediciones Cátedra, Universitat de Valencia, Instituto de la Mujer, Madrid, España, 1995.

- , “El largo camino hacia la igualdad”, en *Crítica*, núm. 831, enero 1996.
- Facio, Alda, *De qué igualdad se trata. Caminando hacia la igualdad real*, Naciones Unidas, ILANUD, UNIFEM, Editorial Diseño Alternativo, San José, Costa Rica, 1995.
- Facio Montejo, Alda y Lorena Fries, “Hacia una crítica del derecho”, en *Género y Derecho*, Editorial Colección Contraseña, estudios de Género, Serie Casandra, 1999.
- González Amuchastegui, Jesús, “Notas para la Elaboración de un concepto de solidaridad como principio político”, en *Revista Sistema* núm. 101.
- Hobbes, Thomas, *Del ciudadano y Leviatán*, Editorial Tecnos, Madrid, 1993.
- Hossain, Sara, “Igualdad en el hogar: derechos de la mujer y derechos de las personas en Asia del Sur”, en *Derechos humanos de las mujeres*, Profamilia, Bogotá, 1997.
- Lagarde, Marcela, *Identidad de género*, Nicaragua.
- , *Los cautiverios de las mujeres: madresposas, monjas, putas, presas y locas*, Universidad Nacional Autónoma de México, Colección Postgrado, 1997.
- Laporta, Francisco, “El Principio de Igualdad”, en *Revista Sistema*, núm. 67.
- Nino, Carlos, *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo y fundamentación*, Editorial Ariel, Barcelona, 1989.
- O'Donnell, Daniel, *Protección Internacional de los Derechos Humanos*, Editorial Comisión Andina de Juristas, Lima, 1988.
- Okin Moller, Susan, “Liberalismo, Política, Justicia y Género”, en *Perspectivas feministas en teoría política*, Editorial Paidós, Estado y Sociedad, Barcelona, España 1994.
- Partsch, Karl Josef, “Principios Fundamentales de los derechos humanos: autodeterminación, igualdad y no discriminación”, en *Las Dimensiones internacionales de Los Derechos Humanos*, UNESCO, 1ª ed., vol. I, Barcelona, 1982.
- Pateman, Carole, *El contrato sexual*, Editorial Anthropos, Barcelona, Universidad Autónoma Metropolitana, México, 1998.
- Peces-Barba Martínez, Gregorio, *Curso de Derechos fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995.

- Rawls, John, *Justicia como Equidad*, Materiales para una Teoría de la Justicia, Editorial Tecnos, Madrid, España, 1993.
- Rey Martínez, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, McGraw-Hill, Madrid, 1995.
- Rodríguez, Marcela, “Igualdad, democracia y acciones positivas”, en Facio, Alda y Lorena Fries, *Género y Derecho*, Colección Contraseña, serie Casandra, Editorial La Morada, Chile, 1999.
- Rousseau, Jean Jacques, *El Contrato Social*, en Escritos de combate, trad. Salustino Masó, Alfaguara, Madrid, 1979.
- , *Emilio*, Editores Mexicanos Unidos, México, 1993.
- Ruiz-Miguel, Alfonso, “Discriminación inversa e igualdad”, en *El concepto de igualdad*, Ed. Pablo Iglesias, Madrid, España, 1994.
- Sáez Lara, Carmen, *Mujeres y Mercado de Trabajo. Las discriminaciones directas e indirectas*, Editorial Consejo Económico y Social, Madrid, 1994.
- Valcarcel, Amelia, *Del miedo a la igualdad*, Crítica, Grupo Grijalbo-Mondadori, Barcelona, España, 1993.
- Williams, Joan, “Igualdad sin discriminación”, en *Género y Derecho*, Colección Contraseña, Serie Casandra, Chile, 1999.
- CIDH, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización.
- ONU, Declaración Universal de Derechos Humanos. Resolución 217 A (III) de 10 de diciembre de 1948.
- , *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, adoptado por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 6 de diciembre de 1966.

Aplicaciones

El juicio de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional¹

Carlos Bernal Pulido²

Sumario

I. Resumen. II. El principio de igualdad. 2.1. Los mandatos derivados del principio de igualdad. 2.2. La indeterminación del principio de igualdad. III. El juicio de la igualdad practicado por la Corte Constitucional. 3.1. El juicio de igualdad como juicio de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. 3.2. El juicio de igualdad con tres tipos de escrutinios. IV. El juicio integrado de la igualdad. 4.1. La versión de la Corte Constitucional. 4.2. El juicio integrado de la igualdad como juicio de proporcionalidad. 4.2.1. Presupuestos. 4.2.1.1. La existencia de una intervención prima facie en el principio de igualdad. 4.2.1.2. La determinación de la intensidad del enjuiciamiento. 4.2.2. Los subprincipios de la proporcionalidad. 4.2.2.1. El subprincipio de idoneidad. 4.2.2.2. El subprincipio

1 El presente artículo fue publicado con anterioridad como *El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 257-283.

2 Abogado por la Universidad Externado de Colombia, doctor en derecho por la Universidad de Salamanca (España), máster en filosofía por la Universidad de la Florida (EE. UU.), candidato a doctor en filosofía en la Universidad de la Florida (EE. UU.). Autor de los libros: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, tercera edición, 2007), *El derecho de los derechos* (Universidad Externado de Colombia, Bogotá, octava reimpresión, 2010) y *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho* (Universidad Externado de Colombia, Bogotá, primera reimpresión, 2010).

de necesidad. 4.2.2.3. El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto. V. Bibliografía.

I. Resumen

El principio de igualdad representa uno de los pilares de toda sociedad bien organizada y de todo Estado Constitucional. Este principio impone al Estado el deber de tratar a los individuos, de tal modo que las cargas y las ventajas sociales se distribuyan equitativamente entre ellos. A su vez, este deber se concreta en cuatro mandatos: (1) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas; (2) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no compartan ningún elemento común; (3) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes que las diferencias (trato igual a pesar de la diferencia); y (4) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso, las diferencias sean más relevantes que las similitudes (trato diferente a pesar de la similitud). Este artículo pretende desentrañar el contenido de estos cuatro mandatos de igualdad y analizar la manera en que la Corte Constitucional colombiana los ha venido aplicando, sobre todo mediante las tres más representativas versiones del conocido test de igualdad.

II. El principio de igualdad

2.1. Los mandatos derivados del principio de igualdad

El principio de igualdad representa uno de los pilares de toda sociedad bien organizada³ y de todo Estado Constitucional⁴. Este principio impone al Es-

3 Véase, por ejemplo, la fórmula de la igualdad que se encuentra en la carta de Pablo a los Gálatas, 3, 28: “Ya no hay judío ni griego; no hay esclavo ni libre; no hay hombre ni mujer, porque todos vosotros sois uno en Cristo Jesús”.

tado el deber de tratar a los individuos, de tal modo que las cargas y las ventajas sociales se distribuyan equitativamente entre ellos⁵. A su vez, este deber se concreta en cuatro mandatos: (1) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas; (2) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no compartan ningún elemento común; (3) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes que las diferencias (trato igual a pesar de la diferencia); y (4) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso, las diferencias sean más relevantes que las similitudes (trato diferente a pesar de la similitud)⁶.

Estos cuatro mandatos tienen una dimensión objetiva, a partir de la cual se define el principio de igualdad, y una dimensión subjetiva⁷: el derecho a la igualdad. Como derecho, la igualdad atribuye al individuo (el sujeto activo) el derecho de exigir del Estado o de los particulares (el sujeto pasivo) el cumplimiento de los mandatos que se derivan del principio de igualdad⁸. En todo caso, el principio y el derecho a la igualdad se proyectan en dos niveles distintos: la igualdad ante la ley y la igualdad en la ley. El primer nivel

4 Véase, por ejemplo, Rawls, John, *Teoría de la justicia*, trad. de M. D. González, Fondo de cultura económica, Madrid, 1995, pp. 80 y ss., 187 y ss.; del mismo autor, *El liberalismo político*, trad. de A. Doménech, Grijalbo - Mondadori, Barcelona, 1996, pp. 35 y ss.; Dworkin, Ronald, *Virtud soberana*, Paidós, Barcelona, 2003.

5 Sobre la relación entre la igualdad y la distribución de cargas y ventajas entre los individuos: Westen, Peter, *Speaking of Equality. An Analytics of the Rhetorical Force of 'Equality' in Moral and Legal Discourse*, Princeton University Press, Princeton, 1990, Capítulo V.

6 Creemos que la diferenciación entre estos cuatro mandatos que se derivan de principio de igualdad, tiene mayor capacidad analítica y explicativa que la famosa fórmula acogida por la Corte Constitucional para definir este principio: “hay que tratar igual a lo igual, y desigual a lo desigual”. Véase: Sentencia C-022/96. Esta fórmula no constituye un avance significativo en el procedimiento de interpretación del principio de igualdad, pues no resuelve la pregunta relevante: ¿Cuándo dos situaciones deben considerarse iguales o desiguales?

7 Véase sobre la dimensión subjetiva de los derechos fundamentales: Osuna, Néstor, *Tutela y amparo: derechos protegidos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997, pp. 231 y ss.

8 Véase sobre la estructura del derecho a la igualdad y de sus distintas concreciones: Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón Valdez, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, Madrid, pp. 415 y ss.; Borowski, Martin, *Grundrechte als Prinzipien*, Nomos, Baden - Baden, 1998, pp. 364 y ss.; del mismo autor, *La estructura de los derechos fundamentales*, trad. de Carlos Bernal Pulido, Universidad Externado de Colombia, 2002.

se refiere a la eficacia vinculante de los mandatos de la igualdad en la aplicación administrativa y jurisdiccional de la ley y en las relaciones entre particulares. El segundo nivel, en cambio, alude al carácter que define a la igualdad como derecho fundamental, es decir, a su eficacia vinculante frente al Legislador⁹.

Ahora bien, de los cuatro mandatos del principio de igualdad, el primero y el segundo no suelen originar problemas interpretativos¹⁰. Ellos se aplican en los casos fáciles. Por el contrario, los mandatos tercero y cuarto se sitúan en el ojo del huracán¹¹; conforman el universo de los casos difíciles. Cuando se aplican, dichos mandatos exigen definir si las similitudes de las situaciones de los individuos afectados deben prevalecer sobre las diferencias, y justifican un trato paritario, o si ocurre lo contrario, es decir, que las diferencias deban primar sobre las similitudes y exijan un trato diferenciado.

Asimismo, estos dos últimos mandatos conforman el eje de la definición del principio de la igualdad en la Constitución Colombiana. El Artículo 13 establece el mandato de trato paritario en su primer inciso¹² y en sus incisos segundo y tercero el mandato de trato diferenciado¹³. En el lenguaje de la Constitución, mientras el mandato de trato paritario se denomina prohibi-

- 9 Véase sobre la eficacia vinculante frente al Legislador, como característica definitoria de los derechos fundamentales de una Constitución: Pedro Cruz Villalón, "Formación y evolución de los derechos fundamentales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 25, 1989, pp. 35 y ss.; Rubio Llorente, Francisco, "Los derechos fundamentales. Evolución, fuentes y titulares en España", en *Claves de la Razón Práctica*, núm. 75, 1997, pp. 2 y ss.
- 10 Véase sobre este aspecto: Hesse, Konrad, "Der allgemeine Gleichheitssatz in der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Rechtsetzungsgleichheit", en Badura, P. y R. Scholz (ed.), *Wege und Verfahren des Verfassungslebens. Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag*, C.H. Beckche Verlagsbuchhandlung, Munich, 1993, p. 121.
- 11 Véase sobre estos mandatos: Rubio Llorente, Francisco, Voz: "Igualdad", en Aragón Reyes, M. (coord.), *Temas básicos de Derecho constitucional*, Civitas, Madrid, 2001, Tomo III, pp. 136 y ss.
- 12 Artículo 13, inciso 1º: "Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, opinión política o filosófica".
- 13 Artículo 13, inciso 2º: "El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados". Inciso 3º: "El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan".

ción de “*discriminación*” —correlativa a la prohibición de tratar de manera privilegiada a ciertos destinatarios del Derecho—, el mandato de trato diferenciado recibe el nombre de deber de “*promoción*” y de “*protección*” de los desfavorecidos, que corre a cargo del Estado¹⁴. En esta prohibición y en este deber centraremos nuestro análisis sobre el principio de igualdad.

2.2. La indeterminación del principio de igualdad

La prohibición de discriminación y el deber de promoción y de protección son normativamente indeterminados¹⁵. La indeterminación se presenta, porque en la disposición constitucional que los establece, no aparece claro *a priori* cuándo un trato es discriminatorio, y vulnera por tanto el inciso primero del Artículo 13, y cuándo una omisión o una acción del Estado vulnera el deber de promoción y de protección, tipificado por los incisos segundo y tercero del mismo artículo. En este sentido, debe reconocerse que las formulaciones contenidas en estos incisos son vagas¹⁶ cuando se observan en conjunto, pues no definen *a priori* para todos los casos, (1) cuándo un trato diferenciado es discriminatorio y por consiguiente vulnera la Constitución, (2) cuándo un trato diferenciado es constitucional, por no vulnerar la prohibición de discriminación, y (3) cuándo un trato diferenciado cumple los deberes de promoción o de protección. En síntesis: la vaguedad se presenta porque no es claro cuándo un trato diferente de varios destinatarios está prohibido, es posible o es obligatorio, desde el punto de vista constitucional.

14 Eduardo Cifuentes ha aludido a estos mandatos con los conceptos de “*derecho a la no discriminación*”, “*igualdad promocional*” y “*protección especial a los débiles*”. Véase, Uprimny, Rodrigo *et al.*, “La igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”, *Pensamiento Jurídico*, núm. 7, 1996, pp. 64 y ss.

15 Véase sobre el concepto y las clases de indeterminación normativa: Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, Capítulo I, III, 1.

16 Véase sobre la vaguedad como causa de indeterminación normativa: Carlos Bernal Pulido, *op. cit.*, Capítulo I, III, 1.1. Sobre el concepto de vaguedad: Russell, Bertrand, “Vagueness”, en Keefe, R. y P. Smith, *Vagueness: a Reader*, MIT Press, Cambridge (Estados Unidos) y Londres, 1997, pp. 61 y ss.; Carrió, Genaro, *Algunas palabras sobre las palabras de la ley*, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1971, pp. 61 y ss.

Asimismo, los incisos segundo y tercero del Artículo 13 presentan una indeterminación estructural¹⁷. La causa de esta indeterminación reside en que estos enunciados no especifican qué medidas están prohibidas por la Constitución, ni cuáles son obligatorias o meramente posibles, para que el Estado promueva la igualdad real entre los grupos sociales y proteja a los desfavorecidos. El Estado puede llevar a cabo estos mandatos mediante diversas estrategias, sin que la Constitución explicita cuáles deben ser adoptadas, cuáles no pueden serlo, y cuáles están meramente permitidas¹⁸.

Ahora bien, la indeterminación normativa del principio de igualdad origina la necesidad de que la Corte Constitucional determine el contenido del Artículo 13, siempre que, a la luz de este principio, deba enjuiciar la constitucionalidad de las leyes (mediante la acción pública de inconstitucionalidad) y la constitucionalidad de los actos administrativos y de los actos particulares (por la vía de la acción de tutela). Esta determinación de contenido se efectúa mediante la concreción y la fundamentación de una norma adscrita¹⁹. Las normas adscritas prescriben el *deber ser* que se desprende de las disposiciones constitucionales para cada caso concreto, de acuerdo con sus circunstancias específicas. En lo que concierne al principio de igualdad, las normas adscritas que la Corte Constitucional concrete, establecerán si un determinado trato diferenciado está prohibido, ordenado o permitido por el Artículo 13 de la Constitución²⁰.

17 Véase sobre la indeterminación estructural como causa de indeterminación normativa: Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, Capítulo I, III, 1.3. Sobre el concepto de indeterminación estructural: Alexy, Robert, *op. cit.*, pp. 449 y ss.; del mismo autor, *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Carlos Bernal Pulido), REDC, núm. 66, 2002.

18 Finalmente, la indeterminación de los enunciados que componen el Artículo 13 no sólo se proyecta en cuanto a la catalogación de los tratos diferenciados como prohibidos, posibles u obligatorios, sino en cuanto a las medidas que deben ser adoptadas en caso de que un trato diferenciado sea inconstitucional. El Artículo 13 no especifica cómo deben ser reparadas las violaciones del principio de igualdad. Véase sobre este tema, que aquí no podemos abordar: González Beilfuss, Markus, *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

19 Véase sobre la concreción de las normas adscritas como estrategia básica para la determinación del contenido de los derechos fundamentales: Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, Capítulo I, III, 2.2.

20 En la doctrina colombiana sobre el principio de igualdad ya se ha reconocido la función de las normas adscritas. Sin embargo, la denominación que se ha utilizado para referirse a estas normas es la de “subreglas” (Véase Uprimny, Rodrigo *et al.*, *La igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional*, Manuscrito, p. 6). Esta denominación no parece demasiado aconsejable, si se tiene

Es una exigencia de racionalidad y de corrección que las normas adscritas no sólo sean concretadas por la Corte Constitucional, sino también que sean objeto de una fundamentación correcta. En un Estado Constitucional, la concreción de una norma adscrita no puede ser considerada sólo como una decisión de autoridad de la Alta Corte, cuyo carácter vinculante derive únicamente del papel institucional de ésta y de la imposibilidad de que la concreción sea cuestionada ante una instancia superior. La Corte Constitucional no está legitimada para atribuir a estas normas cualquier contenido, sino únicamente aquél que resulte de una fundamentación correcta, basada en la Constitución y, en general, en el Ordenamiento Jurídico.

Ante todo lo anterior, sin embargo, el problema consiste en precisar, ¿de qué manera deben ser concretadas y fundamentadas correctamente las normas adscritas, mediante las cuales se determina el contenido normativo del principio de igualdad? ¿Cómo es posible establecer de manera correcta, si un criterio de diferenciación, utilizado por el Legislador o por la Administración, es constitucionalmente admisible?

Este es uno de los problemas claves de la interpretación del principio de igualdad. La necesidad de solucionarlo ha llevado a la jurisprudencia y a la doctrina de los países cuyas constituciones tipifican este principio, a desarrollar diversos criterios para interpretarlo y aplicarlo. En Alemania, por ejemplo, el Tribunal Constitucional Federal acogió durante muchos años la solución propuesta por Leibholz y Triepel en la época de Weimar, según la cual, “se vulnera el principio de igualdad [...] cuando la disposición [que se enjuicia] debe ser catalogada como arbitraria”²¹. Según esta “*antigua fórmula*”, la interdicción de la arbitrariedad debía ser considerada como el criterio para determinar el contenido del principio de igualdad en los casos concretos. No obstante, a partir de la Sentencia del Primer Senado del Tribunal Constitucional Federal, de 7 de octubre de 1980, esta antigua fórmula

en cuenta que las normas adscritas tienen por lo general el carácter de *reglas* —según se entiende este concepto en la teoría jurídica actual— (Véase sobre el carácter de reglas que las normas adscritas tienen en general: Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, Capítulo VI, II, 3.2.3). La denominación de “*subregla*” puede llevar a pensar equivocadamente que las normas adscritas son reglas de inferior categoría o reglas implícitas en otras reglas. Cualquiera de estas dos interpretaciones es desatinada, porque las normas adscritas pueden funcionar como principios para resolver casos futuros y porque, al ser concreciones de las disposiciones constitucionales, tienen también rango constitucional.

21 BVerfGE 1, 14 (52).

fue remplazada por una nueva²², según la cual, se vulnera el principio y el derecho a la igualdad, “cuando un grupo de destinatarios de una norma es tratado de manera distinta, en comparación con otros destinatarios de la misma, a pesar de que entre los dos grupos no existan diferencias de tal tipo y de tal peso, que puedan justificar el trato diferente”²³. En esta nueva fórmula, el principio de proporcionalidad es el criterio para determinar el principio de igualdad. Mediante dicho principio se determina si el tipo y el peso de las diferencias que existen entre los grupos de destinatarios implicados en el caso, justifican el trato diferente de unos en comparación con el de los otros²⁴.

III. El juicio de la igualdad practicado por la Corte Constitucional

A lo largo de sus hasta ahora cerca de diez años de funcionamiento, también la Corte Constitucional colombiana ha establecido y ha aplicado diversos criterios para determinar el principio de igualdad. Esos criterios han sido expuestos en tres diversas versiones del llamado “*test*” o juicio de igualdad: (1) un juicio de la igualdad de influencia europea, que sigue el modelo del principio de proporcionalidad; (2) un segundo juicio, de influencia norteamericana, que se funda en la distinción entre tres tipos de escrutinios de igualdad; y (3) un original “*juicio integrado de igualdad*”, que pretende ser una simbiosis entre los dos primeros esquemas. A continuación analizaremos la aplicación

22 Véase sobre la historia y las relaciones entre las dos fórmulas de la igualdad en Alemania: Starck, Christian, “Die Anwendung des Gleichheitssatzes”, en Link, Christoph (ed.), *Der Gleichheitssatz im modernen Verfassungsstaat*, Nomos, Baden – Baden, 1982, pp. 51 y ss.

23 BVerfGE 55, 72 (88).

24 Véase sobre el principio de proporcionalidad, como elemento esencial de la nueva fórmula del principio de igualdad, expuesta por el Tribunal Constitucional alemán, y sus relaciones con la fórmula antigua: Lothar, Michael, “Die drei Argumentationsstrukturen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit – Zur Dogmatik des Über- und Untermaßverbotes und der Gleichheitssätze”, *JuS*, 2001, pp. 148 y ss.; Lothar, Michael, “Grundfälle zur Verhältnismäßigkeit”, *JuS*, 2001, pp. 866 y ss.; Brüning, Christoph, “Gleichheitsrechtliche Verhältnismäßigkeit”, *Juristen Zeitung*, 6 de julio de 2001, pp. 669 y ss. También sobre este tema, aunque con especial referencia al contexto austriaco: Pöschl, Magdalena, “Über Gleichheit und Verhältnismäßigkeit”, *Juristische Blätter*, 7 de julio de 1997, pp. 413 y ss.

de los dos primeros modelos por parte de la Corte Constitucional²⁵. El tercero será objeto de nuestro estudio en la tercera parte.

3.1. El juicio de igualdad como juicio de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional

Una primera versión del juicio de igualdad, desarrollada por la Corte Constitucional en varias Sentencias, adopta los elementos básicos del juicio de igualdad que es aplicado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos²⁶, el Tribunal Constitucional Español²⁷ y el Tribunal Constitucional Alemán —este último a partir de la “*nueva fórmula*”—, y que se estructura con base en el principio de proporcionalidad. La Corte Constitucional se ha referido a este enjuiciamiento con los conceptos de juicio de “*proporcionalidad*” o de “*razonabilidad*”, a pesar de que ellos, como ya hemos precisado en otro lugar²⁸, no pueden ser considerados como sinónimos.

La Sentencia C-022 de 1996 es tal vez aquélla en donde esta primera versión del juicio de igualdad aparece con mayor claridad²⁹. En esta Sentencia, la Corte Constitucional debía decidir una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 40, literal b, de la Ley 48 de 1993, que otorgaba a todos aquellos que hubieren prestado el servicio militar, un aumento del 10 por ciento en el puntaje en los exámenes estatales, que los bachilleres deben presentar con miras a acceder a la Universidad. A fin de solucionar este problema jurídico, la Corte sostuvo que el privilegio a favor de estos bachilleres

25 La existencia de estas tres líneas jurisprudenciales sobre el juicio de igualdad ha sido reconocida explícitamente por la jurisprudencia (véase por todas la Sentencia C-93 de 2001) y por la doctrina (véase Uprimny, Rodrigo *et al.*, *La igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional*, *op. cit.*, pp. 9 y ss.; y Rodríguez, César, “El test de razonabilidad y el derecho a la igualdad”, *Observatorio de Justicia Constitucional*, Universidad de los Andes – Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 1998, pp. 274 y ss.

26 Véase el caso Marckx v. Bélgica, de 13 de junio de 1979, expresamente citado y seguido por la Corte Constitucional.

27 Véase, entre un sinnúmero de Sentencias, las SSTC 209/1988, 150/1993 y 234/1997.

28 Véase Bernal Pulido, Carlos, “Razionalità, proporzionalità e ragionevolezza nel giudizio di costituzionalità delle leggi”, en La Torre, M. y A. Spadaro (eds.), *La ragionevolezza nel diritto*, Giapichelli, Torino, 2002, pp. 309 y ss.

29 Véase sobre el origen de este “*test*” en algunas sentencias anteriores de la propia Corte Constitucional: Rodríguez, César, “El test de razonabilidad y el derecho a la igualdad”, *op. cit.*, pp. 273 y ss.

sólo sería admisible constitucionalmente, de existir una “razón suficiente” que lo justificara.

Ahora bien, de acuerdo con la Corte, el análisis de esta justificación debía efectuarse mediante un “test de razonabilidad”, compuesto por tres “etapas”: “a. La existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual”; “b. La validez de ese objetivo a la luz de la Constitución.”; y “c. La razonabilidad del trato desigual, es decir, la relación de proporcionalidad entre ese trato y el fin perseguido”. A su vez, según la Corte, esta última etapa se subdivide en la aplicación de los tres subprincipios de la proporcionalidad: idoneidad o adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto³⁰.

Las deficiencias de claridad conceptual de esta definición del “test de razonabilidad” saltan a la vista. Por una parte, la Corte incluye a la propia “razonabilidad” como una de las etapas del “test” —la tercera— (de este modo, lo definido se incluye parcialmente en la definición); y, por otra, la Corte parece equiparar a esta etapa con el principio de proporcionalidad. No obstante, esta equiparación tampoco parece ser tan tajante, pues en la misma Sentencia, la Corte indica que “el concepto de razonabilidad puede ser aplicado satisfactoriamente sólo si se concreta en otro más específico, el de proporcionalidad”. Aquí, entonces, la proporcionalidad no se equipara a la razonabilidad, sino que es el concepto que la “concreta” (?). Por último, la Corte incurre en una redundancia, pues al definir el principio de proporcionalidad, incluye dentro del subprincipio de idoneidad las dos primeras exigencias de la razonabilidad: que el trato diferente tenga un objetivo y que éste sea válido: “En el caso concreto del principio de igualdad, el concepto de proporcionalidad significa, por tanto, que un trato desigual no vulnera ese principio sólo si se demuestra que es (1) adecuado para el logro de un fin constitucionalmente válido; (2) necesario, es decir, que no existe un medio

30 “El concepto de proporcionalidad comprende tres conceptos parciales: la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes.” En esta sentencia, la Corte declaró inconstitucional la medida *sub examine*, por violación de los subprincipios de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto.

menos oneroso, en términos del sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin; y (3) proporcionado, esto es, que el trato desigual no sacrifica valores y principios (dentro de los cuales se encuentra el principio de igualdad) que tengan un mayor peso que el principio que se quiere satisfacer mediante dicho trato.” (El subrayado es nuestro.) De este modo, la existencia de un objetivo y su validez, se examinan dos veces dentro del mismo procedimiento.

Más allá de estas deficiencias, el “test” de razonabilidad enunciado por la Corte, sí parece seguir en esencia las etapas de aplicación del principio de proporcionalidad de “*índole europea*”³¹. Como es bien sabido, este principio conoció sus primeros desarrollos, no en el ámbito del principio de igualdad, sino en el de las libertades o de los derechos fundamentales de defensa³². En casi todas las reconstrucciones doctrinales y las aplicaciones jurisprudenciales, este principio aparece como un conjunto articulado y escalonado de tres sub-principios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto³³. A

31 César Rodríguez, en su artículo “El test de razonabilidad y el derecho a la igualdad”, y los autores del informe: *La igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional*, Uprimny, Rodrigo *et al.*, hablan rotundamente de la índole europea de este test aplicado por la Corte colombiana. En este sentido, mientras aquél se refiere al “test europeo” (p. 275), estos señalan que la aplicación del principio de proporcionalidad representa “*cierta influencia europea*” en la jurisprudencia colombiana. Esta afirmación general parece soslayar los múltiples matices con que los conceptos de razonabilidad y de proporcionalidad han sido aplicados por los diversos Tribunales Constitucionales y Administrativos de la Europa continental, por los Tribunales ingleses, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Véase sobre estos matices: Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Introducción. También sobre este tema: el número monográfico 5 de 1998, de la revista española *Cuadernos de derecho público*; AAVV, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in europäischen Rechtsordnungen*, C. F. Müller, Heidelberg, 1985; Ellis, Evely (ed.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Hart Publishing, Oxford – Portland (Oregon), 1999; Xynopoulos, George, *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, Allemagne et Angleterre*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1995; y Emiliou, N., *The Principle of Proportionality in European Law. A comparative Study*, Kluwer, Londres – La Haya – Boston, 1996.

32 Véase sobre la historia del principio de proporcionalidad: Remmert, B., *Verfassungs- und verwaltungsgeschichtliche Grundlagen des Übermaßverbotes*, C. F. Müller, Heidelberg, 1995.

33 Véase tres de los más completos estudios sobre la estructura del principio de proporcionalidad: Hirschberg, L., *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Otto Schwartz & Co., Göttingen, 1981; Jakobs, Ch., *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Mit einer exemplarischen Darstellung seiner Geltung im Atomrecht*, Tesis presentada en la Universidad de Colonia, 1985; y Deschling, R., *Das*

su vez, algunos autores incluyen dentro del subprincipio de idoneidad la exigencia de que el fin que persigue la medida de intervención en los derechos fundamentales, sea constitucionalmente legítimo³⁴. Otros autores, en cambio, la consideran como una exigencia independiente³⁵.

La Corte Constitucional sostiene equivocadamente que el principio de proporcionalidad se aplica en “*Europa*” siempre de la misma manera, con una intensidad idéntica³⁶. Por lo menos en lo que concierne a los derechos fundamentales de defensa, en el Derecho constitucional alemán³⁷, cada uno de los subprincipios de la proporcionalidad debe ser aplicado con una intensidad diferente —un control de evidencia, un control intermedio o un control material intensivo— de acuerdo con la seguridad que ofrezcan las premisas empíricas, analíticas y normativas relevantes, y de acuerdo con la intensidad de la injerencia de los poderes públicos en el derecho fundamental objeto de consideración³⁸. De este modo, cuanto más intensa sea la injerencia

Verhältnismäßigkeitsgebot: eine Bestandsaufnahme der Literatur zur Verhältnismäßigkeit staatlichen Handels, Verlag Franz Vahlen, Munich, 1989.

34 Véase mi reconstrucción de la estructura del principio de proporcionalidad en: Bernal Pulido, Carlos, op. cit., Capítulo VI. Del mismo modo, el trabajo de Clérico, Laura, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, Nomos, Baden – Baden, 2002.

35 Ipsen, J., *Staatsrecht*, Luchterhand, Neuwied - Kriftel - Berlín, 1997.

36 Véase el siguiente extracto de la Sentencia C-93 de 2001: “Así, como lo ha mostrado la doctrina, el juicio de proporcionalidad europeo tiene la virtud de aclarar analíticamente cuáles son los diversos pasos que debe realizar el juzgador. Pero es discutible que el mismo análisis de proporcionalidad pueda ser aplicado en todos los casos, pues no parece razonable estudiar en la misma forma una regulación que establece distinciones en la asignación de bienes y cargas con base en criterios raciales, y otra que funda la diferencia de trato en criterios de mérito. [...] Precisamente, debido a la necesidad de contar con herramientas diferenciadas para estos diversos tipos de casos, es que la doctrina y la jurisprudencia estadounidense han desarrollado la idea de que deben existir juicios de igualdad de distinta intensidad.” En el mismo sentido señala César Rodríguez, aunque refiriéndose sólo a la aplicación del principio de proporcionalidad en los casos de igualdad por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: “Mientras que el test europeo es único y se aplica a todo tipo de casos relacionados con el derecho a la igualdad, la Corte americana ha desarrollado tres niveles distintos del test, cada uno de los cuales implica un diverso grado de severidad”, en “El test de razonabilidad y el derecho a la igualdad”, op. cit., p. 281.

37 Véase sobre las intensidades en la aplicación del principio de proporcionalidad: Bernal Pulido, Carlos, op. cit., Capítulo VI.

38 Véase, en la doctrina alemana, sobre las diferentes intensidades con las que debe ser aplicado el principio de proporcionalidad: Alexy, Robert, *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, III. 3; Konrad Hesse, “Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit”, en Alexy, Robert, *Ausgewählte Schriften*, C. F. Müller, Heidelberg, 1984, pp. 311 y ss.; y la estupenda monografía de

en el derecho fundamental y cuanto más seguras sean las premisas relevantes, más intenso o estricto deberá ser el control de proporcionalidad.

Sin embargo, en lo que sí tiene razón la Corte Constitucional es que, hasta donde llega nuestro conocimiento, ni en Alemania ni en España ni en el derecho comunitario europeo se ha hecho explícito un modelo analítico que especifique cómo debe aplicarse el principio de proporcionalidad en el ámbito del principio de igualdad, junto con esta escala de diversas intensidades de control. Esta circunstancia ha llevado a la Corte Constitucional a recurrir también a veces a una extrapolación del modelo norteamericano de juicio de igualdad.

3.2. El juicio de igualdad con tres tipos de escrutinios

De acuerdo con la Corte Constitucional, la segunda de sus líneas jurisprudenciales sobre el principio de igualdad, “con raíces en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos” —toma los elementos de la más reciente jurisprudencia norteamericana sobre la aplicación de la cláusula *equal protection*, prevista por la decimocuarta enmienda—, “se funda en la existencia de distintos niveles de intensidad en los “escrutinios” o “tests” de igualdad (estrictos, intermedios o débiles)”³⁹. Se trata de una escala de intensidades para la aplicación del principio de la igualdad, cuyos elementos se definen de la siguiente manera:

- *Escrutinio débil*. El escrutinio débil, llamado también “*rational basis-Test*”, representa la fórmula más tradicional para la aplicación del principio de

Raabe, Marius, *Grundrechte und Erkenntnis. Der Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers*, Nomos, Baden – Baden, 1998. Para algunas consideraciones sobre la aplicación de estas intensidades de los subprincipios de la proporcionalidad en el juicio de igualdad, véase Hesse, Konrad, “Der allgemeine Gleichheitssatz in der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Rechtsetzungsgleichheit”, *op. cit.*, p. 130 y ss.; Lothar, Michael, “Die drei Argumentationsstrukturen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit – Zur Dogmatik des Über- und Untermaßverbotes und der Gleichheitssätze”, *op. cit.*, pp. 148 y ss.; y Kommers, Donald P., “Der Gleichheitssatz: Neuere Entwicklungen und Probleme im Verfassungsrecht der USA und der Bundesrepublik Deutschland”, en Link, Christoph (ed.), *Der Gleichheitssatz im modernen Verfassungsstaat*, Nomos, Baden – Baden, 1982, pp. 31 y ss.

³⁹ Sentencia C-93 de 2001.

igualdad en el Derecho norteamericano⁴⁰. En aras de respetar las exigencias del principio democrático, este escrutinio se aplica por regla general⁴¹, aunque los ámbitos más comunes en que se lleva a la práctica, son aquellos que deparan al Legislador un ámbito de apreciación de contornos extensos como, por ejemplo, la economía⁴².

Según el escrutinio débil, para que un acto jurídico sea declarado constitucional, basta que el trato diferente que se enjuicia sea una medida “potencialmente adecuada para alcanzar un propósito que no esté prohibido por el ordenamiento jurídico”⁴³. El escrutinio débil, entonces, consta de dos exigencias: a) que el trato diferente tenga un objetivo legítimo; y b) que dicho trato sea potencialmente adecuado para alcanzarlo. En este sentido, un trato diferenciado es inconstitucional si su objetivo está prohibido por la Constitución o si dicho trato es manifiestamente inadecuado para alcanzarlo⁴⁴.

- *Escrutinio estricto*. El escrutinio estricto es el elemento más importante de la llamada “nueva” jurisprudencia norteamericana sobre el principio de igualdad, que comenzó a gestarse a partir del final de los años sesenta. El surgimiento de este segundo escrutinio respondió a la constatación de que el “*rational basis-Test*” no era un instrumento adecuado para enjuiciar los tratos diferenciados que afectaban a grupos o intereses que habían sido discriminados tradicionalmente y que, por tal causa, merecían recibir una protección especial por parte del Estado. Por esta razón, este segundo escrutinio debe aplicarse cuando un trato diferenciado se fundamente en criterios “*sospechosos*” como la raza o —de acuerdo con la tendencia jurisprudencial expansiva que se conoció en Estados Unidos durante la década de los setenta— la condición social, la orientación sexual, la edad o la minusvalía.

En la versión del escrutinio estricto adoptada por la jurisprudencia de la Corte colombiana, los criterios sospechosos de diferenciación —o criterios “*potencialmente discriminatorios*”— son aquellos que (1) aparecen incluidos

40 Véase sobre la evolución del enjuiciamiento de la igualdad en Estados Unidos: Tribe, Lawrence H., *American Constitutional Law*, Mineola - Nueva York, Fondation Press, 1978, Capítulo 16.

41 Véase la Sentencia C-673 de 2001.

42 Véase la Sentencia C-265 de 1994.

43 Sentencia C-93 de 2001.

44 Véase la Sentencia C-445 de 1995. En la doctrina: Rodríguez, César, “El test de razonabilidad y el derecho a la igualdad”, *op. cit.*, pp. 281 y 284.

en los mandatos de igualdad tipificados por la Constitución —el mandato genérico del Artículo 13 o los mandatos específicos de los artículos 19, 42, 43 y 53—⁴⁵; (2) aquellos que restringen derechos fundamentales, y (3) aquellos que afectan de manera desfavorable a “minorías o grupos sociales que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta”, cuya especial protección a cargo del Estado aparece prescrita por los Artículos 7 y 13 de la Constitución⁴⁶. Más recientemente⁴⁷, la Corte ha señalado que además de estos tres tipos de criterios, también son potencialmente discriminatorias aquellas diferenciaciones que (1) “se funden en rasgos permanentes de las personas de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; (2) aquellas que afecten a grupos históricamente sometidos a menosprecio y prácticas discriminatorias; y (3) aquellas que se funden en criterios que por sí mismos no posibiliten efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales⁴⁸”.

En los casos de escrutinio estricto, para que el trato diferenciado de un destinatario o de un grupo esté justificado, “debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso”⁴⁹. Esto quiere decir que el escrutinio estricto también somete la constitucionalidad de las medidas que establecen tratos diferenciados, al cumplimiento de dos exigencias: (1) que la medida persiga, ya no sólo un objetivo no prohibido, sino un objetivo constitucionalmente imperioso o un objetivo imperioso para la sociedad y para el Estado⁵⁰ (un *compelling interest*), y (2) que la medida sea necesaria o indispensable para alcanzarlo. En lo que concierne a esta última exigencia, la medida no debe ser sólo potencialmente adecuada, sino necesaria para alcanzar el fin: la única o la más idónea.

45 Son criterios expresamente mencionados en la Constitución, los siguientes: “*sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica*” (Artículo 13); además de aquellos que diferencien entre las religiones o confesiones (Artículo 19), entre los hijos adoptados y nacidos dentro y fuera del matrimonio (Artículo 42), entre el hombre y la mujer (Artículo 43) y entre los trabajadores (Artículo 53).

46 Sentencia C-445 de 1995.

47 Sentencia C-371 de 2000 y C-93 de 2001.

48 Véase sobre estos criterios en la doctrina: Uprimny, Rodrigo *et al.*, *La igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional*, *op. cit.*, pp. 18 y ss.

49 Sentencia C-93 de 2001.

50 Sentencia C-445 de 1995.

La aplicación de estas dos exigencias estrictas hace que el escrutinio estricto deba ser sólo una excepción, aplicable a los ámbitos mencionados, en donde los poderes del Estado no disponen de amplios márgenes de apreciación o de decisión. Asimismo, en el escrutinio estricto tiene lugar una inversión de la carga de la prueba y de la argumentación: mientras la medida *sub examine* no reciba una justificación atendible, “se mantiene la presunción de trato inequitativo”⁵¹.

- *Escrutinio intermedio*. El último de los escrutinios, desarrollado por el Tribunal Supremo norteamericano desde mediados de los años setenta, es el escrutinio intermedio. Este último tipo pretende ser una categoría que se sitúa entre el escrutinio estricto y el débil, y que se aplica para los casos en que el Estado aplica diferencias fundadas en los criterios sospechosos, pero no para discriminar a los grupos o individuos tradicionalmente desfavorecidos, sino todo lo contrario: para intentar favorecerlos y así alcanzar la igualdad real. Se trata de los casos de “*affirmativ action*”. En algunos de estos supuestos, por ejemplo, se utiliza el criterio sospechoso del género, pero no para discriminar a las mujeres, sino para obtener la igualdad real entre mujeres y hombres. La aplicación del escrutinio débil en estos casos no resulta plausible, por cuanto la diferencia se basa en un criterio sospechoso. Sin embargo, tampoco parece atinado aplicar el escrutinio estricto, porque la diferencia no perjudica, sino favorece al grupo históricamente discriminado. Asimismo, la Corte Constitucional entiende que el escrutinio intermedio debe aplicarse “1) cuando la medida puede afectar el goce de un derecho constitucional no fundamental, o 2) cuando existe un indicio de arbitrariedad que se refleja en la afectación grave de la libre competencia”⁵².

El escrutinio intermedio también somete la constitucionalidad de las medidas que establecen diferencias al cumplimiento dos exigencias. La Corte Constitucional las ha expuesto del siguiente modo: “es legítimo aquel trato diferente que está ligado de manera sustantiva con la obtención de una finalidad constitucionalmente importante”⁵³. Es decir, (1) que el objetivo del trato diferente sea “*importante*” y (2) que entre dicho trato y el objetivo exista

51 Sentencia T-230 de 1994; también la Sentencia C-673 de 2001.

52 Sentencia C-673 de 2001.

53 Sentencia C-445 de 1995.

una relación de idoneidad “*sustantiva*”, o en otros términos, “que el medio, no sólo sea adecuado, sino efectivamente conducente a alcanzar el fin buscado por la norma sometida a control judicial”⁵⁴.

En comparación con el juicio de proporcionalidad de índole europea, esta gradación de juicios de la igualdad de origen norteamericano presenta ventajas y desventajas. Meritoria es su capacidad para diferenciar entre diversos ámbitos de aplicación del juicio de igualdad, de acuerdo con la correlativa amplitud del ámbito de apreciación que deba ser reconocido al Legislador, a la Administración o a los particulares (la autonomía privada)⁵⁵. De este modo, por ejemplo, mientras el amplísimo margen de apreciación política en materia económica debe ser correlativo a un control constitucional débil⁵⁶, la necesidad de respetar rigurosamente la igualdad en cuanto a la raza, debe conducir a un control estricto.

No obstante, esta gradación de escrutinios suscita también algunos inconvenientes, sobre todo si se concibe de la manera en que lo hace la Corte Constitucional. En primer lugar, no siempre es tan clara la correspondencia entre los diversos tipos de escrutinio y los ámbitos en que se aplican. Así lo demuestra la discusión norteamericana sobre la extensión del horizonte que abarcan los criterios “*sospechosos*”⁵⁷. No existe un criterio seguro para fijar el

54 Sentencia C-673 de 2001.

55 La Corte Constitucional, en la Sentencia C-673 de 2001, ha reconocido explícitamente que la aplicación de esta escala de intensidades en el enjuiciamiento de la igualdad pretende amoldar “la intervención de la jurisdicción constitucional en la órbita de competencias del legislador” a las exigencias del principio democrático y de separación de las ramas del poder público.

56 e acuerdo con la Sentencia C-673 de 2001, los ámbitos en que se aplica el test débil de igualdad son los siguientes: “materias 1) económicas, 2) tributarias o 3) de política internacional (...); 4) cuando está de por medio una competencia específica definida por la Constitución en cabeza de un órgano constitucional; 5) cuando se trata del análisis de una normatividad preconstitucional derogada que aún surte efectos en el presente; y 6) cuando del contexto normativo del artículo demandado no se aprecie prima facie una amenaza para el derecho en cuestión”. Debe aclararse que esta enumeración tiene un carácter meramente enumerativo, pues, como la propia Corte Constitucional en esta misma Sentencia precisa: “en el control de constitucionalidad la Corte aplica, por lo general, un test leve de razonabilidad en examen de una medida legislativa”. Además, la aplicación de un test débil en estos ámbitos depende en todo caso de que no concorra un criterio potencialmente discriminatorio. En este sentido, por ejemplo, el enjuiciamiento de una medida económica que discrimine en razón de la raza deberá llevarse a cabo en todo caso mediante el test estricto.

57 Véase, sobre este aspecto, el detallado recuento jurisprudencial de Kommers, Donald P., *op. cit.*, pp. 40 y ss.

límite del espacio que ocupan los criterios sospechosos. En todo caso, esta seguridad no puede provenir de ningún modo de criterios tan indeterminados y generales, como algunos de los que ha establecido la Corte Constitucional. La idea de que el test estricto de igualdad debe aplicarse siempre que las medidas legislativas de trato diferente o paritario “restrinjan derechos fundamentales” o “no posibiliten efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales”, llevan a catalogar como criterios potencialmente discriminatorios a casi todos los criterios posibles. La aplicación de estos criterios para determinar la intensidad del test de igualdad parece, por tanto, enteramente incompatible con la exigencia derivada del principio democrático, según la cual, el test débil debe aplicarse por regla general y el test estricto sólo debe aplicarse excepcionalmente. La única manera de hacer operativa esta exigencia, consiste en delimitar y concretar los criterios sospechosos a un catálogo muy preciso, que además debe ser interpretado de manera restrictiva.

Ni que decir tiene que esta interpretación extensa e imprecisa de los criterios potencialmente discriminatorios por parte de la Corte Constitucional, ha conducido a concepciones jurisprudenciales tan poco diáfanas desde el punto de vista argumentativo, como aquella que se refiere a los “*criterios semisuspechosos*” (?) de discriminación⁵⁸ o aquella que desfigura el test intermedio, como medida de enjuiciamiento de los casos de acción afirmativa, y lo aplica a guisa de fórmula conciliatoria, cuando no es tan nítida la presencia de criterios sospechosos en el caso concreto⁵⁹.

En segundo lugar, puede suceder que en un caso ubicado en un ámbito, dejado en principio a la competencia legislativa de configuración, confluya un criterio sospechoso, sin que *prima facie* exista una medida clara para resolver estas colisiones entre criterios para la aplicación del principio de igualdad con una u otra intensidad. Por ejemplo, ¿qué tipo de escrutinio debe aplicarse para una medida de diferenciación de índole económica (escrutinio débil), pero que afecta derechos fundamentales de los implicados (escrutinio estricto)?

En tercer lugar, como reconoce la propia Corte Constitucional, la gradación de escrutinios de igualdad tiene una claridad analítica menor a la del

58 Sentencia C-93 de 2001.

59 Sentencia C-673 de 2001.

principio de proporcionalidad⁶⁰. En estos escrutinios sólo es relevante la legitimidad del objetivo constitucional y la idoneidad de la medida que establece la diferenciación⁶¹. Estos escrutinios no tienen en cuenta que dicho objetivo podría ser alcanzado también por un medio igual o más idóneo y que a la vez no implicara una diferenciación (principio de necesidad), y que la legitimidad de las diferenciaciones debe depender también de la relación que existe entre la intensidad en que se alcanza el objetivo de la medida y la intensidad en que se afecta el derecho de igualdad y los demás derechos fundamentales de los afectados (principio de proporcionalidad en sentido estricto).

Por estas razones, parece plausible que la Corte Constitucional estime que el mejor enjuiciamiento de la igualdad es aquél que permite aplicar una diferente escala de intensidades dentro de los subprincipios de la proporcionalidad. Esta tercera vía, sugerida anteriormente en el contexto colombiano por César Rodríguez⁶², ha sido acogida y desarrollada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-93 de 2001. El interrogante es, sin embargo, si esta versión del “*juicio integrado de la igualdad*” es analíticamente adecuada.

IV. El juicio integrado de la igualdad

4.1. La versión de la Corte Constitucional

En la Sentencia C-93 de 2001, la Corte Constitucional intentó construir un “*juicio integrado de igualdad*”, que combinara las ventajas del juicio de igualdad de índole europea —estructurado alrededor del principio de proporcio-

60 Sentencia C-93 de 2001.

61 La Corte Constitucional ha señalado esta circunstancia explícitamente en la Sentencia C-673 de 2001. Allí sostuvo que el test de “*razonabilidad*” se desarrolla en tres pasos: “1. *El análisis del fin buscado por la medida*; 2. *El análisis del medio empleado* y 3. *El análisis de la relación entre el medio y el fin*”. Cabe señalar, sin embargo, que en esta Sentencia la Corte hace alusión a la jurisprudencia alemana, española y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como ejemplos de aplicación del “*test de razonabilidad*” compuesto por estos tres elementos. Esta alusión es inexacta, pues en estos contextos el test de igualdad se lleva a cabo por lo general mediante la estructura del principio de proporcionalidad, integrado por los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

62 Rodríguez, César, *op. cit.*, pp. 285 y ss.

nalidad—, con las ventajas del juicio norteamericano. Se trataba de armonizar la mayor claridad analítica que ofrece el procedimiento de la proporcionalidad, con la posibilidad de que cada uno de sus subprincipios sea aplicado con una intensidad diferente, de acuerdo con la extensión del ámbito de apreciación que el Legislador o la Administración tenga en la materia que sea relevante⁶³.

Conviene reconocer, sin embargo, que la Sentencia C-93 sólo lleva a cabo una descripción somera y poco desarrollada de este juicio integrado de igualdad. La Corte Constitucional se refiere solamente a las siguientes tres etapas de este enjuiciamiento:

- *Determinación del tipo de escrutinio.* El primer paso consiste en determinar “según la naturaleza del caso”, “el nivel o grado de intensidad con el cual se va a realizar el estudio de la igualdad”⁶⁴. Esta determinación es un paso previo a la aplicación de los subprincipios de la proporcionalidad. Cuando la Corte Constitucional se refiere a la “*naturaleza del caso*”, alude a la materia o el ámbito en que se incluya la medida *sub examine*. Si en el caso concreto está en juego una materia que depare al Legislador un ámbito de apreciación amplio, entonces el escrutinio de la igualdad deberá ser débil. Lo contrario ocurrirá, si el ámbito del Legislador es restringido⁶⁵.
- *Juicio de adecuación.* Cuando el juicio de igualdad es estricto, en el juicio de adecuación o de idoneidad “no bastará que la medida tenga la virtud de materializar, así sea en forma parcial, el objetivo propuesto”. Será necesario que la medida “sea realmente útil para alcanzar propósitos constitucionales de cierta envergadura”. En cambio, cuando se trata de un escrutinio débil, únicamente se exige que la medida *sub examine* tenga alguna relación de idoneidad con el fin legítimo que se proponga.

63 Recordemos que la Corte Constitucional considera equivocadamente que en “Europa” el principio de proporcionalidad se aplica “*con el mismo rigor en todos los casos*”. Véase la Sentencia C-93 de 2001. También, sobre la importancia de practicar juicios de igualdad con diversa intensidad, de acuerdo con la materia que se enjuicie: la Sentencia C-081 de 1996.

64 Todas las citas entre comillas de los tres párrafos siguientes son de la Sentencia C-93 de 2001.

65 Véase una crítica atinada en contra de la aplicación de este criterio de la materia de que se trate, como medida para establecer la intensidad de aplicación del test de igualdad: el salvamento de voto del magistrado Jaime Araujo Rentería a la Sentencia C-673 de 2001.

- *Juicio de indispensabilidad.* Cuando el juicio de igualdad es estricto, en el juicio de indispensabilidad, “la diferencia de trato debe ser necesaria e indispensable y, ante la presencia de restricciones menos gravosas, la limitación quedaría sin respaldo constitucional”. Por el contrario, cuando el juicio de igualdad es débil, “basta que la medida no sea manifiesta y groseramente innecesaria”.

La reconstrucción de este juicio de la igualdad que la Corte efectúa, presenta varias deficiencias. En primer lugar, dicha reconstrucción no desarrolla de manera exhaustiva la estructura de cada subprincipio de la proporcionalidad. La Corte realmente reproduce con otro nombre el modelo norteamericano, en el que sólo es relevante la determinación del tipo de escrutinio, la legitimidad del objetivo constitucional y la idoneidad de la medida que establece la diferenciación. En la versión de la Corte, el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto aparece únicamente mencionado, y el subprincipio de necesidad —“*indispensabilidad*”— no observa una correspondencia con el subprincipio que integra la proporcionalidad —que no exista un medio alternativo al trato diferente, mediante el cual se pueda alcanzar el objetivo con igual o mayor idoneidad, sin afectar tanto al derecho a la igualdad—, sino que se trata de una mera reiteración del subprincipio de idoneidad, aunado a la exigencia de que no existan “*restricciones menos gravosas*”.

De esta manera, la Corte Constitucional parece adoptar irreflexivamente la graduación de las intensidades en el juicio de la igualdad, más por imitación de la doctrina de origen norteamericano —cuyos inconvenientes ya hemos señalado—, que por atender a la necesidad de distinguir entre las premisas más o menos seguras, que se aplican dentro de la estructura de la proporcionalidad, y de tener en cuenta la mayor o menor medida en que el principio de igualdad se ve afectado con los variados tipos de tratos diferenciados establecidos por los poderes públicos y los particulares. En este aspecto, además, la Corte toma el efecto por la causa. Sostiene que mientras la existencia de un mayor ámbito de apreciación legislativa implica la práctica de un escrutinio estricto, el reconocimiento al Legislador de un ámbito más reducido exige la aplicación del escrutinio débil. En realidad, entre estos dos fenómenos existe una relación de correlatividad y no de causalidad —cuanto más débil sea el escrutinio, mayor será el ámbito de apreciación legislativa—. La verdadera causa de uno y de otro reside en la seguridad de las premisas relevantes en

cada etapa del juicio de proporcionalidad y en la intensidad de la restricción del principio de igualdad: cuanto más seguras sean las premisas y cuanto más intensa sea la restricción del principio de igualdad, más intenso debe ser el escrutinio y menor ámbito de apreciación debe ser reconocido al Legislador, a la Administración y a los particulares. Así, por ejemplo, la ilegitimidad de una diferenciación fundada en el criterio de la raza es una premisa normativa segura, que implica una restricción severa del principio de igualdad, dada la inclusión de la raza, en cuanto criterio prohibido, en el Artículo 13 de la Constitución y su aceptación generalizada en el constitucionalismo occidental. La seguridad que ofrece esta premisa, otorga a la Corte Constitucional una mayor competencia de control sobre las decisiones del Legislador y, por tal razón, fundamenta la práctica de un escrutinio estricto.

Estas deficiencias en la versión de la Corte Constitucional, hacen necesario proponer un esquema más completo del juicio integrado de la igualdad, estructurado con base en el principio de proporcionalidad.

4.2. El juicio integrado de la igualdad como juicio de proporcionalidad

El juicio integrado de la igualdad es un criterio estructural adecuado para aplicar tanto la prohibición de discriminación, como el deber de igualdad consistente en la “*promoción*” y “*protección*” de los desfavorecidos. De este modo, se estructuran dos versiones del juicio integrado de la igualdad, compuestas por los siguientes pasos y reglas argumentativas:

4.2.1. Presupuestos

4.2.1.1. La existencia de una intervención *prima facie* en el principio de igualdad. El primer presupuesto de la aplicación de este juicio consiste en la constatación de que la medida cuya constitucionalidad se examina, representa una intervención o una injerencia en una norma o posición adscrita *prima facie* al principio de igualdad⁶⁶. En cuanto a este presupuesto, son de aplicación las siguientes reglas argumentativas:

66 Véase sobre la intervención en una norma o posición adscrita *prima facie* a un derecho fundamental,

Regla 1. Existe una injerencia en la prohibición de discriminación, cuando la medida examinada trate de una manera diferente a dos destinatarios del Derecho. El principio de igualdad prohíbe *prima facie* este trato diverso, y como consecuencia, su constitucionalidad está sujeta a que se aporten razones que lo justifiquen.

Regla 2. En el deber de promoción y protección, en cambio, la injerencia se originará cuando exista un trato paritario entre los individuos cuyas circunstancias deben ser favorecidas por el Estado (incisos segundo y tercero del artículo 13) y los demás destinatarios del Derecho. En este caso, deberá aportarse una justificación del trato paritario.

4.2.1.2. La determinación del tipo de escrutinio de la igualdad. En este segundo presupuesto, la Corte Constitucional debe examinar qué tipo de escrutinio debe aplicar: estricto, intermedio o débil.

- Para tal fin, cuando es relevante la prohibición de discriminación, la Corte debe indagar si la medida sub examine implica una afectación intensa, leve o intermedia del principio de igualdad. El principal criterio para evaluar esta variable, consiste en establecer si el trato diferente se funda en uno de los “*criterios potencialmente discriminatorios*”⁶⁷, pero no todos los enunciados por la Corte Constitucional⁶⁸, sino sólo aquéllos mencionados explícitamente por la Constitución⁶⁹, interpretados de manera restrictiva. Aquí son aplicables las siguientes reglas argumentativas:

Regla 3. Cuantas más razones indiquen que un trato diferente se funda en algún criterio potencialmente discriminatorio, más razones habrá para aplicar un escrutinio estricto.

como presupuesto de la aplicación del principio de proporcionalidad: Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, Capítulo VI, I.

67 No parece desatinado señalar que existiría un consenso, por ejemplo, sobre la circunstancia de que mientras una diferenciación basada en el criterio de la raza, implica una afectación intensa de la prohibición de discriminación, una diferenciación basada en los méritos, representa una afectación muy leve de la misma.

68 Véase *supra* II.2.

69 En el mandato genérico del Artículo 13 o en los mandatos específicos de los artículos 7, 19, 42, 43 y 53 de la Constitución.

Regla 4. Cuantas más razones indiquen que un trato diferente no se funda en algún criterio potencialmente discriminatorio, más razones habrá para aplicar un escrutinio débil.

Regla 5. Cuantas más razones indiquen que un trato diferente intenta desarrollar los deberes de promoción y protección de los desfavorecidos (acción afirmativa), más razones habrá para aplicar un escrutinio intermedio.

Regla 6. De existir una confluencia de razones que fundamenten la aplicación de más de uno de estos tipos de escrutinio, deberá aplicarse el escrutinio más débil.

Esta última regla se desprende del respeto a la competencia legislativa de la Constitución, derivada del principio democrático. En este supuesto, en todo caso, las razones que avalen la práctica de un escrutinio estricto no serán desconocidas, sino serán consideradas en el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, como argumentos atinentes a la intensidad de la afectación del principio de igualdad. De este modo, a pesar de que se aplique el escrutinio débil, los indicios de que la medida *sub examine* se basa en un criterio potencialmente discriminatorio contarán como argumentos a favor de la constatación de que en el caso concreto se afecta intensamente el principio de igualdad.

- Estas mismas reglas argumentativas se aplican en relación con el deber de promoción y protección que se deriva de la igualdad. La regla 6 es de aplicación idéntica. La regla 5 no puede aplicarse, por cuanto los casos de acción afirmativa son precisamente aquellos en donde se cumple el deber de promoción y protección. Por su parte, las reglas 3 y 4 se aplican con las siguientes variaciones:

Regla 7. Cuantas más razones indiquen que un trato paritario desconoce los criterios de promoción y protección establecidos por los incisos segundo y tercero del Artículo 13 de la Constitución⁷⁰, más razones habrá para aplicar un escrutinio estricto.

⁷⁰ En este sentido, los criterios de los incisos segundo y tercero del Artículo 13, cumplen, en cuanto al deber de promoción y protección de los desfavorecidos, una función equivalente a la de los criterios potencialmente discriminatorios. Dichos criterios son: que los grupos en cuestión sean dis-

Regla 8. Cuantas más razones indiquen que un trato paritario no desconoce alguno de estos criterios, más razones habrá para aplicar un escrutinio débil.

4.2.2. Los subprincipios de la proporcionalidad

4.2.2.1. Subprincipio de idoneidad. De acuerdo con el subprincipio de idoneidad, toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo. Se trata, entonces, de dos exigencias: la legitimidad constitucional del objetivo y la idoneidad de la medida examinada⁷¹.

- Cuando se trata de la prohibición de discriminación, estas dos exigencias deben ser aplicadas mediante las siguientes reglas argumentativas:

Regla 9. Si se aplica el escrutinio estricto, todo trato diferente debe ser la medida más idónea para alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso.

Regla 10. Si se aplica el escrutinio débil, todo trato diferente debe tener algún grado de idoneidad para alcanzar un fin no prohibido por la Constitución.

Regla 11. Si se aplica el escrutinio intermedio, todo trato diferente debe ser sustancialmente idóneo para promocionar o proteger a alguno de los grupos o individuos desfavorecidos, cuyas características aparecen enunciadas por el segundo o el tercer inciso del Artículo 13 de la Constitución.

- En cambio, cuando se trata del deber de promoción o protección, derivado de la igualdad, valen las reglas siguientes, relativas a los escrutinios estricto y débil:

criminados o marginados; y la debilidad manifiesta en razón de la condición económica, física o mental.

71 Véase sobre la estructura argumentativa del subprincipio de idoneidad: Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, Capítulo VI, II.1.

Regla 12. Si se aplica el escrutinio estricto, todo trato paritario debe ser la medida más idónea para alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso.

Regla 13. Si se aplica el escrutinio débil, todo trato paritario debe tener algún grado de idoneidad para alcanzar un fin no prohibido por la Constitución.

4.2.2.2. Subprincipio de necesidad. De acuerdo con el subprincipio de necesidad, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista por lo menos la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Se trata, entonces, de una comparación de la medida adoptada con los medios alternativos disponibles, comparación en la cual se analiza (1) la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo, y (2) el menor grado en que éste intervenga en el derecho fundamental⁷².

- Cuando se trata de la prohibición de discriminación, el principio de necesidad debe ser aplicado mediante las siguientes reglas argumentativas:

Regla 14. Si se aplica el escrutinio estricto, para que un trato diferente sea necesario, no debe existir ninguna medida alternativa que revista la misma idónea para alcanzar el objetivo constitucionalmente imperioso⁷³, y que no implique una injerencia en el principio de igualdad o implique una injerencia de menor grado⁷⁴.

Regla 15. Si se aplica el escrutinio débil, para que un trato diferente sea necesario, no debe existir ninguna medida alternativa que revista una idoneidad equivalente o mayor para fomentar el fin legítimo, y que no implique una

72 Véase sobre la estructura argumentativa del subprincipio de necesidad: Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, Capítulo VI, II.2.

73 Aquí no es posible exigir de la medida una mayor idoneidad, pues el escrutinio estricto exige ya en el subprincipio de idoneidad, que el trato diferente sea la medida más idónea para alcanzar el objetivo imperioso.

74 Este menor grado de afectación del principio de igualdad se obtiene cuando son menores las consecuencias que un trato diferente alternativo origina, en comparación con aquél cuya constitucionalidad se examina.

injerencia en el principio de igualdad o implique una injerencia de menor grado.

Regla 16. Si se aplica el escrutinio intermedio, para que un trato diferente sea necesario, no debe existir ninguna medida alternativa que revista una idoneidad equivalente o mayor para promocionar o proteger a alguno de los grupos o individuos desfavorecidos, cuyas características aparecen enunciadas por el segundo o el tercer inciso del Artículo 13 de la Constitución, y que no implique una injerencia en el principio de igualdad o implique una injerencia de menor grado.

- En cambio, cuando se trata del deber de promoción o protección, derivado de la igualdad, deben aplicarse las reglas siguientes:

Regla 17. Si se aplica el escrutinio estricto, para que un trato paritario sea necesario, no debe existir ninguna medida alternativa que revista la misma idoneidad para alcanzar el objetivo constitucionalmente imperioso, y que no implique una injerencia en el deber de promoción y de protección o implique una injerencia de menor grado⁷⁵.

Regla 18. Si se aplica el escrutinio débil, para que un trato paritario sea necesario, no debe existir ninguna medida alternativa que revista una idoneidad equivalente o mayor para fomentar el fin legítimo, y que no implique una injerencia en el deber de promoción y de protección o implique una injerencia de menor grado.

4.2.2.3. Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto. De acuerdo con el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de la injerencia debe ser por lo menos equivalente al grado de afectación del derecho fundamental. Se trata, entonces, de la comparación

⁷⁵ Este menor grado de afectación del deber de protección y promoción se obtiene cuando una medida alternativa ofrece un grado mayor de protección y promoción que aquella cuya constitucionalidad se examina.

entre dos intensidades o grados, el de la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental⁷⁶.

- Cuando se trata de la prohibición de discriminación, el principio de proporcionalidad en sentido estricto debe ser aplicado mediante las siguientes reglas argumentativas:

Regla 19. Si se aplica el escrutinio estricto, para que un trato diferente sea proporcional en sentido estricto, el grado de realización del objetivo constitucionalmente imperioso debe ser por lo menos equivalente al grado de afectación del principio de igualdad.

Regla 20. Si se aplica el escrutinio débil, para que un trato diferente sea proporcional en sentido estricto, el grado de realización del fin legítimo debe ser por lo menos equivalente al grado de afectación del principio de igualdad.

Regla 21. Si se aplica el escrutinio intermedio, para que un trato diferente sea proporcional en sentido estricto, el grado de promoción o protección de los grupos o individuos desfavorecidos, debe ser por lo menos equivalente al grado de afectación del principio de igualdad.

En cuanto a estas tres reglas conviene aclarar, que el grado de afectación del principio de igualdad depende no sólo del criterio en que se fundamenta la diferenciación —que se analiza en los presupuestos del principio de proporcionalidad—, sino del grado de la diferencia que se establece. Así, cuantas más consecuencias desventajosas se atribuya a un destinatario del Derecho en comparación con otro destinatario privilegiado, mayor será la afectación del principio de igualdad.

- En cambio, cuando se trata del deber de promoción o protección, derivado de la igualdad, deben aplicarse las reglas siguientes:

76 Véase sobre la estructura argumentativa del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto: Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, Capítulo VI, II.3.

Regla 22. Si se aplica el escrutinio estricto, para que un trato paritario sea proporcional en sentido estricto, el grado de realización del objetivo constitucionalmente imperioso debe ser por lo menos equivalente al grado de no realización del deber de promoción y protección.

Regla 23. Si se aplica el escrutinio débil, para que un trato paritario sea proporcional en sentido estricto, el grado de realización del fin legítimo debe ser por lo menos equivalente al grado de no realización del deber de promoción y protección.

En lo que concierne a estas dos últimas reglas, debe aclararse que el grado de no realización del deber de promoción y protección se determina mediante la comparación entre las medidas que se habría debido y podido adoptar para cumplir óptimamente este deber y aquellas que han sido adoptadas (cumplimiento parcial) o que no han sido adoptadas (incumplimiento total).

Estas 23 reglas condensan los rasgos básicos de una versión analíticamente estructurada del juicio integrado de la igualdad. Ellas, sin embargo, deben ser complementadas con una extensa gama de premisas analíticas, normativas y empíricas, relevantes en los casos concretos. Crear un sistema coherente de estas premisas, dentro de la estructura del principio de proporcionalidad, es uno de los retos más importantes que se proponen a la jurisprudencia y a la dogmática constitucional del principio de igualdad.

V. Bibliografía

- Alexy, Robert, *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Carlos Bernal Pulido), REDC, núm. 66, 2002.
- , *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón Valdez, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, Madrid.
- Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.
- , “Razionalità, proporzionalità e ragionevolezza nel giudizio di costituzionalità delle leggi”, en La Torre, M. y A. Spadaro (eds.), *La ragionevolezza nel diritto*, Giapicchelli, Torino, 2002.

- Borowski, Martin, *Grundrechte als Prinzipien*, Nomos, Baden - Baden, 1998.
- , *La estructura de los derechos fundamentales*, trad. de Carlos Bernal Pulido, Universidad Externado de Colombia, 2002.
- Brüning, Christoph, “Gleichheitsrechtliche Verhältnismäßigkeit”, *Juristen Zeitung*, 6 de julio de 2001.
- Carrió, Genaro, *Algunas palabras sobre las palabras de la ley*, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1971.
- Cifuentes, Eduardo, “La igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”, *Pensamiento Jurídico*, núm. 7, 1996.
- Clérico, Laura, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, Nomos, Baden – Baden, 2002.
- Deschling, R., *Das Verhältnismäßigkeitsgebot: eine Bestandsaufnahme der Literatur zur Verhältnismäßigkeit staatlichen Handels*, Verlag Franz Vahlen, Munich, 1989.
- Dworkin, Ronald, *Virtud soberana*, Paidós, Barcelona, 2003.
- Ellis, Evelyn (ed.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Hart Publishing, Oxford – Portland (Oregon), 1999.
- Emiliou, N., *The Principle of Proportionality in European Law. A comparative Study*, Kluwer, Londres – La Haya – Boston, 1996.
- González Beilfuss, Markus, *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.
- Hesse, Konrad, “Der allgemeine Gleichheitssatz in der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Rechtsetzungsgleichheit”, en Badura, P. y R. Scholz (ed.), *Wege und Verfahren des Verfassungslebens. Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag*, C.H. Beckche Verlagsbuchhandlung, Munich, 1993.
- Hirschberg, L., *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Otto Schwartz & Co., Göttingen, 1981.
- Ipsen, J., *Staatsrecht*, Luchterhand, Neuwied - Krefeld - Berlín, 1997.
- Jakobs, Ch., *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Mit einer exemplarischen Darstellung seiner Geltung im Atomrecht*, Tesis presentada en la Universidad de Colonia, 1985.
- Kommers, Donald P., “Der Gleichheitssatz: Neuere Entwicklungen und Probleme im Verfassungsrecht der USA und der Bundesrepublik Deutsch-

- land”, en Link, Christoph (ed.), *Der Gleichheitssatz im modernen Verfassungsstaat*, Nomos, Baden – Baden, 1982.
- Konrad Hesse, “Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit”, en Alexy, Robert, *Ausgewählte Schriften*, C. F. Müller, Heidelberg, 1984.
- Lothar, Michael, “Die drei Argumentationsstrukturen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit – Zur Dogmatik des Über- und Untermaßverbotes und der Gleichheitssätze”, *JuS*, 2001.
- , “Grundfälle zur Verhältnismäßigkeit”, *JuS*, 2001.
- Osuna, Néstor, *Tutela y amparo: derechos protegidos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997.
- Pedro Cruz Villalón, “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 25, 1989.
- Pöschl, Magdalena, “Über Gleichheit und Verhältnismäßigkeit”, *Juristische Blätter*, 7 de julio de 1997.
- Raabe, Marius, *Grundrechte und Erkenntnis. Der Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers*, Nomos, Baden – Baden, 1998.
- Rawls, John, *El liberalismo político*, trad. de A. Doménech, Grijalbo - Mondadori, Barcelona, 1996.
- , *Teoría de la justicia*, trad. de M. D. González, Fondo de cultura económica, Madrid, 1995.
- Remmert, B., *Verfassungs- und verwaltungsgeschichtliche Grundlagen des Übermaßverbotes*, C. F. Müller, Heidelberg, 1995.
- Rodríguez, César, “El test de razonabilidad y el derecho a la igualdad”, *Observatorio de Justicia Constitucional*, Universidad de los Andes – Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 1998.
- Rubio Llorente, Francisco, “Los derechos fundamentales. Evolución, fuentes y titulares en España”, en *Claves de la Razón Práctica*, núm. 75, 1997.
- , Voz: “Igualdad”, en Aragón Reyes, M. (coord.), *Temas básicos de Derecho constitucional*, Tomo III, Civitas, Madrid, 2001.
- Russell, Bertrand, “Vagueness”, en Keefe, R. y P. Smith, *Vagueness: a Reader*, MIT Press, Cambridge (Estados Unidos) y Londres, 1997.
- Starck, Christian, “Die Anwendung des Gleichheitssatzes”, en Link, Christoph (ed.), *Der Gleichheitssatz im modernen Verfassungsstaat*, Nomos, Baden – Baden, 1982.

- Tribe, Lawrence H., *American Constitutional Law*, Mineola - Nueva York, Fondation Press, 1978.
- Uprimny, Rodrigo *et al.*, “La igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”, *Pensamiento Jurídico*, núm. 7, 1996.
- Westen, Peter, *Speaking of Equality. An Analytics of the Rhetorical Force of ‘Equality’ in Moral and Legal Discourse*, Princeton University Press, Princeton, 1990.
- Xynopoulos, George, *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, Allemagne et Angleterre*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1995.

Lidiando con la diferencia. Respuestas desde la justicia constitucional ecuatoriana y colombiana¹

Judith Salgado Álvarez²

[...] desde las sabidurías insurgentes, la alteridad no es sino la conjunción, el encuentro abierto desde la afectividad entre la mismidad y la otredad, puesto que no puedo ser yo mismo, sino solo en el encuentro dialogal con el otro, sino entiendo que el otro me habita y yo habito en el otro [...]

Patricio Guerrero³

- 1 Este artículo es resultado del proyecto de investigación “El tratamiento de casos que expresan la tensión igualdad/diferencia en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana y colombiana” financiado por el Fondo de Investigaciones para docentes de planta de la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador. Agradezco mucho los significativos aportes de Silvana Sánchez como asistente de la presente investigación.
- 2 Doctora en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE); diplomada superior en Ciencias Sociales con mención en Derechos Humanos por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Ecuador (FLACSO-E); magíster en Estudios Latinoamericanos con mención en Derechos Humanos por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador (UASB-E). Docente de la UASB-E y la PUCE. Tiene a su cargo las materias género y derechos humanos; diversidad, equidad y derechos humanos en la UASB-E y derechos económicos, sociales y culturales; teoría y práctica de los derechos humanos y género y derecho en la PUCE.
- 3 Guerrero, Patricio, *Corazonar. Una antropología comprometida con la vida. “Nuevas miradas desde Abya Yala para la descolonización del poder, del saber y del ser”*, FONDEC, Asunción, 2007, p. 55.

Sumario

I. Introducción. II. Lidiando con la diferencia desde la justicia constitucional. 2.1. Diferencias que inferiorizan. 2.1.1. Ampliación de derechos a grupos excluidos. Todavía a medias. 2.1.2. Prohibición de diferenciar arbitrariamente. 2.2. Reconocimiento y valoración de la diferencia. 2.2.1. Reconocimiento de diversas cosmovisiones. 2.2.2. Reconociendo la desigualdad real para transformarla. Acciones afirmativas. 2.2.3. Reconocimiento de la diferencia para brindar protección especial. 2.3. La incapacidad de reconocer la diferencia sin “normalizarla”. III. Conclusiones. IV. Bibliografía.

I. Introducción

Un desafío que considero sumamente crucial y actual en el campo de los derechos humanos es la alteridad, la relación entre yo y el otro/a, nosotros/as y los/as otros/as, en suma la relación con las diferencias.

Guerrero sostiene que “el problema más grave que afecta la sociedad es de alteridad, nuestra incapacidad de encontrarnos y dialogar con amor y respeto con la diferencia, como consecuencia de la implementación de una matriz colonial-imperial de poder, que ha fracturado la posibilidad del encuentro con los otros”⁴.

Quijano denomina la colonialidad del poder⁵ a un patrón de poder colonial que permanece a pesar de los procesos de independencia política de nuestros países y que se expresa en sociedades marcadas por la dominación y jerarquización racial, en la que los blanco-mestizos se asumen superiores a los pueblos indígenas y negros. Esta colonialidad del poder se encuentra entrelazada con el capitalismo y el eurocentrismo. Dentro de esta lógica el conocimiento producido en Europa es considerado sinónimo de civilización,

4 *Ibid.*, pp. 54-56.

5 Quijano, Aníbal, “Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina”, en Pajuelo, Ramón y Pablo Sandoval (comps.), *Globalización y diversidad cultural*, Instituto de Estudios Peruanos, Lima, 2004, pp. 228-248.

progreso, modernidad, racionalidad mientras que a la par otros conocimientos, por ejemplo los de los pueblos indígenas, afrodescendientes, de las mujeres son inferiorizados, desvalorizados, despojados de cualquier reconocimiento y calificados como primitivismo, atraso, tradición e irracionalidad.

El ejercicio de la *colonialidad del poder* construye un sistema de dicotomías y polaridades que a su vez marca una forma de alteridad tal en la que todo lo que está fuera del centro hegemónico será considerado su “otro” y, por tanto, estará en condiciones de inferioridad y subalternidad. Así se construye a la naturaleza como lo otro de la cultura; al cuerpo como lo otro del alma; a la afectividad y las emociones como lo otro de la razón; a lo femenino como lo otro de lo masculino; a lo privado como lo otro de lo público⁶. Yo añadiría que de igual manera desde una lógica de jerarquización se construye a la diversidad sexual como lo otro de la heterosexualidad; la infancia, la adolescencia y la tercera edad como lo otro de la adultez; las discapacidades visibles como lo otro de lo considerado “normal”; el tercer mundo como lo otro del primer mundo; la pobreza material como lo otro de la riqueza material, etc. Por lo mismo, desvincular la diferencia de las jerarquías tal como nos plantea De Sousa Santos⁷ es una necesidad para encarnar el reconocimiento del otro o la otra diferente como un tú legítimo, como mi par.

Ciertamente una de las dificultades más grandes que enfrentan nuestras sociedades es precisamente la convivencia entre personas y grupos diferentes. Esta dificultad se relaciona básicamente con la creencia de que existe un modelo ideal de ser humano al que todo el resto debe llegar a “evolucionar” o parecerse. Este modelo se ha identificado generalmente con los grupos de poder dominantes y se basa en concepciones de superioridad e inferioridad en razón del origen racial o étnico, el color, la clase social, el género, la religión, la nacionalidad, la orientación sexual, la edad, las discapacidades, etc.

No olvidemos que lo más grave de esta *colonialidad de la alteridad* es llegar al punto en que el otro no sólo que no es visibilizado, no existe, sino que además es despojado de humanidad y dignidad⁸.

6 Guerrero, Patricio, *op. cit.*, p. 55.

7 Sousa Santos, Boaventura de, *La caída del Angelus Novus. Ensayos para una nueva teoría social y una nueva práctica política*, ILSA/Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2003, p. 154.

8 *Ibid.*, p. 54.

El feminismo en toda su diversidad también aporta significativamente a este debate, develando cómo la diferencia sexual y de género ha configurado relaciones asimétricas entre hombres y mujeres.

Lo que distingue los estudios feministas es la indagación de cómo se constituyen las relaciones de género y las diferencias sexuales y cómo forman una base de poder [...] Las feministas no se conforman con analizar quieren dismantelar las estructuras que refuerzan la inferioridad de la mujer y desafiar la definición convencional de la feminidad y la opresión a la que se ve sometida. [...] Se trata de un proyecto al que poco a poco se van sumando los hombres que también quieren poner en tela de juicio las ficciones convencionales de la masculinidad⁹.

Tal como nos recuerda Jaramillo, las diversas tendencias feministas comparten la idea de que nuestras sociedades son patriarcales en el sentido de que responden a una supremacía masculina, difieren en cambio en cuanto al modo de entender la opresión y subordinación que viven las mujeres y las estrategias políticas que impulsan para transformar el *statu quo*¹⁰.

Respecto al derecho, los feminismos han coincidido en denunciar su androcentrismo, es decir que el derecho ha sido creado y aplicado desde una visión hegemónica masculina en la que la experiencia de la vida de las mujeres y sus necesidades e intereses han sido ya sea interpretados desde la mirada masculina, desvalorizados, o simplemente negados. Lo grave es que esa visión particular o parcial del derecho ha sido presentada como universal, neutral y objetiva precisamente para lograr su legitimación.

Coincidiendo con estos planteamientos me pregunto: ¿de qué manera responde el derecho a esta realidad? ¿Qué tipo de respuestas brinda la justicia

9 McDowell, Linda, "La definición del género", en Ávila Santamaría, Ramiro, Judith Salgado y Lola Valladares (comps.), *El género en el derecho. Ensayos críticos*, Serie Justicia y Derechos humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos / UNIFEM / Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Quito, 2009, p. 11.

10 Para un desarrollo panorámico de las diversas críticas feministas al derecho revisar Jaramillo, Isabel Cristina, "La crítica feminista al derecho" y Olsen, Frances, "El sexo del derecho", en Ávila Santamaría, Ramiro, Judith Salgado y Lola Valladares (comps.), *El género en el derecho. Ensayos críticos*, Serie Justicia y Derechos Humanos. Neoconstitucionalismo y Sociedad, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos / UNIFEM / Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Quito, 2009.

constitucional cuando afronta la diferencia? ¿Cómo se refleja en aquellas respuestas rupturas y continuidades de la matriz dominante de poder que inferioriza la diferencia, la otredad?

En este artículo me centraré en el análisis de sentencias de la justicia constitucional ecuatoriana y colombiana que expresen la tensión entre igualdad y diferencia en permanente contraste con los debates conceptuales al respecto.

He escogido la justicia constitucional como ámbito de estudio pues en los últimos años cobra vital importancia como instancia privilegiada no sólo del control de la primacía constitucional y la institucionalidad democrática, sino de la protección de los derechos humanos.

Recordemos que a partir de la última Asamblea Constituyente en Colombia (1991) se crea la Corte Constitucional que empieza a funcionar desde 1992. En Ecuador las reformas constitucionales discutidas en 1995 y 1996 incluyeron la creación del Tribunal Constitucional, posteriormente la Asamblea Constituyente de 1998 lo mantuvo con pocas modificaciones, la Constitución vigente de 2008 crea la Corte Constitucional con atribuciones más amplias que la anterior Constitución.

La Corte Constitucional de Colombia (CCC) tiene a su cargo la revisión de decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales y velar por la integridad y supremacía constitucional¹¹. De acuerdo con la Constitución de la República del Ecuador, la Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia¹². Las competencias a cargo de estos altos tribunales los convierten en un lugar privilegiado para evidenciar la disputa de sentidos por medio de su poder interpretativo que comprende el control de los significados y contenidos de la norma suprema tanto en cuanto a los derechos que reconocen como al funcionamiento institucional.

Zagrebelsky afirma que “el derecho no puede separarse del ambiente cultural en el que se halla inmerso y erigirse como sistema normativo indepen-

11 En el Art. 241 de la Constitución Política de la República de Colombia se enumeran de manera detallada las funciones de la Corte Constitucional.

12 Art. 429 de la Constitución Política de Ecuador. El Art. 436 de la Constitución establece las atribuciones detalladas de la Corte Constitucional.

diente y autosuficiente”¹³. Plantea que los intérpretes son quienes definen el sentido y valor de un caso concreto y que comprensiones o modos de entender opuestos pueden conducir a soluciones jurídicas opuestas¹⁴. Subraya la importancia de entender la interpretación judicial en el contexto de sociedades pluralistas que caracterizan a los Estados Constitucionales contemporáneos.

[...] la razón de la temida “explosión” subjetivista de la interpretación se encuentra, una vez más, en el carácter pluralista de la sociedad actual y de esa sociedad parcial que es la comunidad de los juristas y operadores jurídicos. Estos asumen “puntos de vista” distintos que no pueden dejar de reflejarse en su actuación y esta diversidad se acentúa por la novedad de los problemas continua y urgentemente planteados por la evolución de la técnica, la ciencia y la economía¹⁵.

Como máximos intérpretes constitucionales los jueces y juezas que integran las altas cortes constitucionales dotan de sentido y contenido a los derechos reconocidos constitucionalmente llegando a tener tal interpretación un carácter vinculante.

En la línea de los estudios críticos del derecho asumo que los jueces y las juezas no son neutrales y que en sus decisiones pesan mucho sus creencias, sus prejuicios, su ideología, su manera de entender el derecho. Considero además que es aún más evidente en la práctica judicial constitucional las luchas de sentidos al momento de resolver casos concretos y todavía más en aquellos casos en que se manifiesta la tensión entre igualdad y diferencia.

Es por esto que, en el contexto ecuatoriano en el que prevalece la idea decimonónica del juez como boca de ley que efectúa un ejercicio mecánico de aplicación del derecho (la ley) y que sólo puede llegar a una solución correcta, me parece importante aportar a deconstruir esta visión mediante investigaciones académicas. Muy pertinente resulta desde esta perspectiva el siguiente planteamiento.

13 Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Editorial Trotta, 2002, Madrid, p. 138.

14 *Ibid.*, p. 139.

15 *Ibid.*, pp. 145-146.

En todos los sistemas occidentales el discurso que usan los jueces, las autoridades jurídicas y los teóricos políticos para legitimar la aplicación del poder estatal niega (suprime, mistifica, distorsiona, esconde, evade) dos fenómenos claves: a) el grado en el que las reglas establecidas (contenidas en un código o en el derecho común) estructuran la vida pública y privada de tal forma que otorgan poder a unos grupos en detrimento de otros, y en general funcionan para reproducir los sistemas jerárquicos que caracterizan a la sociedad en cuestión; b) el grado en que el sistema de reglas jurídicas tiene lagunas, conflictos y ambigüedades que son resueltas por jueces que persiguen —de manera consciente, semi-consciente o inconsciente— proyectos ideológicos relativos a dichas cuestiones de jerarquía social¹⁶.

Ciertamente existe una tensión constante entre la igualdad y la diferencia. En efecto todos los seres humanos somos iguales en dignidad y merecemos igual respeto pero también todas las personas somos diferentes con características específicas sobre las cuales construimos nuestras identidades individuales y colectivas. Así encontramos diferencias de género, clase, cultura, etnia, color, orientación sexual, edad, creencias religiosas, políticas, nacionalidad, condiciones de salud, discapacidades, etc. Pero estas diferencias, como he insistido, están atravesadas por relaciones de poder asimétricas, por jerarquizaciones y exclusiones.

El derecho como discurso construido socialmente ha lidiado de varias maneras con la diferencia. Ferrajoli, por ejemplo, plantea cuatro modelos de configuración jurídica de la diferencia. El primero que denomina *indiferencia jurídica de las diferencias*, en el cual las diferencias se ignoran y quedan libradas a las relaciones de fuerza sin que el derecho las regule. El segundo que se caracteriza por la *diferenciación jurídica de las diferencias* que implica la valorización de ciertas identidades en contraste con la desvalorización de otras identidades. Mientras las primeras tienen un estatus de privilegio, son titulares de derechos y ejercen el poder las segundas viven estatus discriminatorios y son víctimas de exclusión, sujeción y hasta persecución. El tercer modelo

16 Kennedy, Duncan, *Freedom and constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology*, citado por Rodríguez, César, *Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidad de los jueces. Los estudios críticos del derecho y la teoría de la decisión judicial*, Siglo de Hombres Editores/Unianandes/Instituto Pensar, Bogotá, 1999, p. 14.

se caracteriza por la *homologación jurídica de las diferencias*, se basa en la afirmación de una igualdad abstracta que pretende anular las diferencias mediante la homologación a un paradigma de sujeto, la integración o la neutralización de las diferencias. El cuarto modelo, que este autor propone, sería aquel que propugna la *igual valoración jurídica de las diferencias*, basado en el principio de igualdad en los derechos fundamentales¹⁷ sumado a un sistema de garantías que aseguren su efectividad¹⁸.

Uno de los aportes desde algunas corrientes del feminismo ha sido enfatizar en que la tensión entre igualdad y diferencia requiere ser abordada en el intento de desmontar las relaciones de poder dominación/subordinación y desechar las diversas manifestaciones de discriminación.

Williams plantea que el análisis de igualdad sin discriminación requiere incorporar el género como poder social lo cual elimina la confusión sobre si igualdad de género implica que se trate igual o diferente a mujeres y hombres. Su interesante propuesta se concreta en: 1) extender los privilegios tradicionales de los hombres a las mujeres que desempeñan roles tradicionalmente considerados masculinos, por ejemplo el que la mujer que trabaja fuera de su hogar pueda declarar a su marido como dependiente; 2) eliminar las desventajas tradicionales de las mujeres para ambos sexos, por ejemplo la necesidad de contar con permiso del marido para trabajar fuera de casa; 3) extender los privilegios tradicionales de las mujeres a los hombres que desempeñan roles tradicionalmente femeninos, cambiando el objetivo de aquellos privilegios del sexo (forma del cuerpo) al género (roles sociales), por ejemplo la preferencia en dar la custodia a quien dedicó mayor tiempo al rol reproductivo y de crianza; 4) deconstruir aquellas normas masculinas que reflejan únicamente la experiencia de los cuerpos y patrones de vida de hombres, por ejemplo las normas relacionadas con el “trabajador ideal”¹⁹; 5) im-

17 Los derechos fundamentales según Ferrajoli comprenden los derechos civiles, de libertad, políticos y sociales. Este autor no incluye los derechos colectivos, por ejemplo, de los pueblos indígenas como derechos fundamentales.

18 Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Editorial Trotta, Madrid, 1999, pp. 73-76.

19 Joan Williams plantea que el “trabajador ideal” es una persona que puede trabajar horas extras, tener libertad para viajar o cambiar de residencia si así lo requiere la institución en la que labora. Afirma que “desempeñarse como trabajador ideal es incongruente con las nociones comunes de cuánta atención y cuidado de padre y madre necesitan hijas e hijos. [...] ofrecerles a las mujeres la oportunidad de desempeñarse como trabajadoras ideales, sin el torrente de trabajo familiar que

plementar acciones afirmativas²⁰ a favor de las mujeres para remediar la manera en que los estereotipos y otras normas masculinas crean desventajas contemporáneas para las mujeres, por ejemplo para favorecer la participación política de las mujeres²¹.

Abordar la tensión entre igualdad y diferencia implicaría superar los planteamientos contrapuestos ya sea de trato idéntico o de trato diferenciado para poner el acento en el análisis del poder que regula las relaciones económicas, políticas, sociales y culturales.

Refuerza esta idea el interesante planteamiento de Boaventura de Sousa Santos de que “tenemos derecho a ser iguales cada vez que la diferencia nos inferioriza o mengua nuestra posición y que tenemos derecho a ser diferentes cuando la igualdad nos descaracteriza o uniformiza”²².

A partir de este marco introductorio paso a continuación a desarrollar respuestas a la interrogante que ha guiado esta investigación, es decir, ¿cómo responde la justicia constitucional ecuatoriana y colombiana en los casos que afronta la diferencia?

II. Lidiando con la diferencia desde la justicia constitucional

Luego del análisis de varias sentencias emitidas por los tribunales constitucionales de Ecuador y Colombia he organizado en tres bloques los tipos de respuestas.

En primer lugar están aquellas en las que se evidencia que la diferencia es motivo de inferiorización, ya sea que esto se exprese en el caso concreto o

apoya al trabajador ideal masculino, no es una oferta de igualdad, sino de discriminación prolongada. La verdadera igualdad económica de las mujeres exige reconstruir la norma del trabajador ideal y reconstruir el trabajo demarcado con la oferta de horarios más flexibles, que permita a las trabajadoras y trabajadores dar a la niñez los tipos de cuidado diario que sentimos necesitan. Véase Williams, Joan, “Igualdad sin discriminación”, en Facio, Alda y Lorena Frías (ed.), *Género y derecho*, Ediciones LOM, Santiago de Chile, 1999, p. 90.

20 La Convención de Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) se refiere en su Art. 4 a medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer. Estas medidas no se considerarán discriminatorias. Nos encontramos en ese caso frente a las denominadas acciones afirmativas.

21 *Ibid.*, pp. 79-94.

22 Sousa Santos, Boaventura de, *op. cit.*, pp. 90-91 y 154.

en la decisión de la justicia constitucional. Dentro de esta categorización he incluido lo que he llamado la ampliación a medias de derechos humanos a grupos excluidos y la prohibición de trato distinto arbitrario.

En segundo lugar ubico aquellas respuestas que de alguna manera evidencian el reconocimiento y valoración de la diferencia. Dentro de este bloque he incorporado casos de reconocimiento de diversas cosmovisiones; el reconocimiento de la desigualdad real para transformarla (acciones afirmativas); y, la protección especial frente a ciertas diferencias.

Finalmente, incluyo el análisis de un caso que en mi criterio refleja un tercer tipo de respuesta que denomino como la incapacidad de reconocimiento de la diferencia sin “normalizarla”.

2.1. Diferencias que inferiorizan

Las diferencias que inferiorizan son aquellas distinciones que tienen como intención o resultado el poner en una situación de desventaja a una persona o grupo de personas por alguna característica específica (género, raza, etnia, orientación sexual, edad, nacionalidad, discapacidad, etc.). Esta desventaja implica la anulación o restricción en el ejercicio de sus derechos humanos en cualquier ámbito sea este público o privado.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) sostiene:

La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de la naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación, que por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación de inferioridad²³.

Ahora bien, encontramos varios casos resueltos tanto en la justicia constitucional ecuatoriana como en la colombiana que da cuenta de esta forma

23 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva sobre la condición jurídica y derechos humanos del niño*, párrafo 45.

de discriminación (la diferencia que se basa en la creencia de la inferioridad de una persona o grupo y por lo mismo es arbitraria e injusta).

Para una mejor ilustración de esta forma de enfrentar la diferencia veamos algunos ejemplos concretos.

2.1.1. Ampliación de derechos a grupos excluidos. Todavía a medias

En la sentencia C-075/2007 la Corte Constitucional de Colombia (CCC) declara exequible los artículos demandados que definen las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes en el entendido de que es aplicable también a las parejas del mismo sexo. En principio esta sentencia podría ser considerada un ejemplo de ampliación de la noción de sujetos de derechos involucrados en la conformación de uniones de hecho. Se pasaría de una noción de sujetos necesaria y exclusivamente heterosexuales a la incorporación de sujetos homosexuales. Parecería también que estaríamos frente a la superación de un trato diferente que inferioriza, que es injusto y por lo mismo discriminatorio. Sin embargo un análisis más detallado de la resolución de mayoría pero sobre todo del salvamento de voto y las aclaraciones de voto nos llevará a matizar esa primera impresión.

Es interesante constatar que tanto en los argumentos de los accionantes como de la CCC aparece de manera explícita la importancia de considerar el contexto social específico en el que se discute un problema jurídico de carácter constitucional, sin perder de vista, en este caso concreto, los cambios de concepción que respecto a la diversidad sexual se han gestado en los últimos años en Colombia, marcados por una mayor apertura y respeto a la pluralidad²⁴.

En dicho contexto la falta de regulación jurídica de los efectos patrimoniales de la unión de parejas homosexuales (existente en la realidad pero no reconocida jurídicamente) trae como consecuencia la desprotección.

[...] hoy, junto a la pareja heterosexual, existen —y constituyen opciones válidas a la luz del ordenamiento superior— parejas homosexuales que plan-

24 Vale la pena recordar que en una sentencia anterior se declaró exequible la misma norma sin que se considerara que la exclusión de parejas homosexuales fuera discriminatoria. Ver Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-098-96.

tean, en el ámbito patrimonial, requerimientos de protección en buena medida asimilables a aquellos que se predicen de la pareja heterosexual.

En efecto, tal como se plantea en la demanda y en varias de las intervenciones, los homosexuales que cohabitan se encuentran desprotegidos patrimonialmente, porque al terminarse la cohabitación no tienen herramientas jurídicas para reclamar de su pareja la parte que les corresponde en el capital que conformaron durante el tiempo de convivencia, desprotección que es también evidente en el evento de muerte de uno de los integrantes de la pareja, caso en el cual, por virtud de las normas imperativas del derecho de sucesiones, el integrante supérstite podría ser excluido de la titularidad de los bienes que conformaban ese patrimonio, por el derecho de los herederos del causante²⁵.

[...] no obstante que en razón de las diferencias que puedan predicarse, no resulta imperativo que el mismo régimen se aplique a ambos tipos de pareja, la ausencia de regulación sí puede considerarse como una imperfección —susceptible de censura constitucional— de un régimen legal que al disponer sobre los efectos patrimoniales de la vida en pareja decide hacerlo exclusivamente en relación con las parejas heterosexuales y omite hacerlo con otro tipo de pareja que tiene presencia en la realidad social y cuya conformación goza de amparo constitucional, a la luz de las normas superiores que protegen la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y proscriben toda forma de discriminación en razón de la orientación sexual²⁶.

Estaríamos entonces frente a una forma de discriminación basada en la exclusión de un grupo de personas en razón de su orientación sexual que anula el ejercicio de derechos de los que sí gozan las parejas heterosexuales que deciden vivir unidas de hecho.

Vale resaltar que en la doctrina constitucional y de Derecho Internacional de Derechos Humanos (DIDH) la orientación sexual ha sido considerada en los últimos años como un criterio sospechoso para establecer distinciones. Es decir, dado que históricamente las personas que no se identifican como heterosexuales han sido censuradas, rechazadas, violentadas y discriminadas,

25 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-075-07.

26 *Ibid.*

en principio cualquier trato distinto que reciban se presumirá discriminatorio, teniendo que cumplirse por lo mismo un control constitucional más estricto. Esta respuesta jurídica refleja el reconocimiento de las relaciones de poder asimétricas que atraviesan nuestras sociedades y que en este caso concreto tienen que ver con la heteronormatividad.

Entonces en estos casos se partiría de la sospecha, de la duda, que tendría que ser desvirtuada o confirmada en la argumentación jurídica.

En mi criterio, el argumento central de la sentencia de la CCC es que la falta de reconocimiento de los efectos patrimoniales de las uniones maritales de hecho entre parejas del mismo sexo constituye un atentado contra la dignidad humana, para lo cual resalta dos de sus componentes:

la falta de reconocimiento jurídico de la realidad conformada por las parejas homosexuales es un atentado contra la dignidad de sus integrantes porque lesiona su autonomía y capacidad de autodeterminación al impedir que su decisión de conformar un proyecto de vida en común produzca efectos jurídico patrimoniales, lo cual significa que, dado un régimen imperativo del derecho civil, quedan en una situación de desprotección que no están en capacidad de afrontar. [...] la decisión legislativa de no incluir a las parejas homosexuales en el régimen patrimonial previsto para las uniones maritales de hecho, comporta una restricción injustificada de la autonomía de los integrantes de tales parejas y puede tener efectos lesivos, no solo en cuanto obstaculiza la realización de su proyecto de vida común, sino porque no ofrece una respuesta adecuada para las situaciones de conflicto que se pueden presentar cuando por cualquier causa cese la cohabitación.

Esa ausencia de previsión legislativa también se manifiesta en la segunda dimensión en la que, de acuerdo con la jurisprudencia²⁷, se expresa la dignidad de la persona, por las consecuencias que en el plano material puede tener para una persona la pérdida de aquello que le corresponde en el patrimonio construido de manera conjunta en el transcurso de una relación de pareja y que pueden afectar sus condiciones materiales de existencia. La afectación

27 Como se ha dicho, en la jurisprudencia constitucional la dignidad humana se ha tratado (1) como expresión de la autonomía individual, (2) como expresión de ciertas condiciones materiales de existencia, o (3) como expresión de la intangibilidad de ciertos bienes.

de la dignidad, finalmente, también se desprende de una manera directa, de la ausencia de reconocimiento jurídico de las opciones vitales de las personas. Ello se produce en este caso porque la realidad de las parejas homosexuales y de las personas que las integran no es reconocida y resulta invisible para el ordenamiento jurídico, puesto que, no obstante que dichas personas han obrado en ejercicio de una opción protegida por la Constitución, son ignoradas por el ordenamiento jurídico cuando se trata de resolver los conflictos patrimoniales que pueden surgir de tal decisión²⁸.

La CCC señala que “no obstante las diferencias objetivas que existen entre los dos tipos de pareja (heterosexual y homosexual) [...] no es menos cierto que hoy por hoy puede advertirse que la parejas homosexuales presentan requerimientos análogos de protección y que no existen razones objetivas que justifiquen un tratamiento diferenciado”²⁹. En este sentido concluye que es discriminatorio y contrario a la Constitución que se prevea un régimen legal de protección exclusivamente para las parejas heterosexuales y por consiguiente declara la exequibilidad de la norma demandada en el entendido que el régimen de protección allí previsto también se aplica a las parejas homosexuales.

Hasta este momento nos quedamos con la impresión de estar frente a una sentencia progresista que avanza en la inclusión de parejas del mismo sexo en la regulación y protección de las uniones de hecho. No obstante en el salvamento de voto³⁰ encontramos varios argumentos para evidenciar la posición hegemónica de la heterosexualidad y la inferiorización de quienes no calzan en tal matriz.

En efecto el voto salvado afirma que la sentencia restringe a efectos patrimoniales los efectos civiles a que hace referencia la normativa impugnada.

[...] sostengo la tesis de que la norma demandada se refiere a todos los “efectos civiles”, que superan con creces los meros efectos patrimoniales. De este modo, en mi criterio, los problemas de debate y los más difíciles en relación con la protección de los derechos de los homosexuales son temas de derecho civil:

28 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-075-07.

29 *Ibid.*

30 Salvamento de voto a la sentencia C-075/2007 del magistrado Jaime Araujo Rentarías.

por ejemplo, el matrimonio es un contrato que está regulado por el derecho civil; la adopción es una institución del derecho civil; los alimentos entre cónyuges y parejas hacen parte del derecho civil; las guardas de tutelas; todos estos son temas de derecho civil, por tanto no se podía, en mi criterio, reducir y restringir la expresión “efectos civiles” a los efectos meramente patrimoniales, como lo hace de manera errónea y miope la presente sentencia³¹.

Deja ver además que no sólo que la norma demandada discrimina a las personas homosexuales por excluirlas de la regulación de uniones maritales de hecho, sino que además discrimina a las personas heterosexuales reguladas por dicha normativa pues las coloca en un nivel inferior de protección y ejercicio de derechos que las parejas heterosexuales reguladas por la institución del matrimonio. Es así que plantea “el legislador no puede dejar de igualar: lo que da a uno debe dársele a otros. Lo que se da al matrimonio católico, tiene que dársele al matrimonio civil, lo que da al matrimonio debe dársele a las uniones maritales de hecho, tanto de parejas heterosexuales como homosexuales”³².

Toca así mismo un punto que tanto en Colombia como en Ecuador ha resultado muy debatido en los últimos procesos constituyentes, el concepto de familia. Aboga por entender que la Constitución no contempla una sola forma de familia y que por lo mismo entendiendo la pluralidad de la categoría familia debe reconocerse los mismos efectos jurídicos tanto para familias conformadas por parejas heterosexuales, como para las conformadas por homosexuales³³.

Finalmente, el salvamento de voto muestra la clara contradicción entre el principio de dignidad humana y la resolución a la que llega la mayoría de integrantes de la CCC.

[...] no se entiende cómo se pretende reconocerles dignidad a las personas homosexuales y a renglón seguido se le niega el reconocimiento de derechos

31 *Ibíd.*

32 *Ibíd.*

33 La diversidad sexual plantea incluso un más allá de la división de uniones heterosexuales u homosexuales. Más adelante analizaremos, por ejemplo, el caso de un matrimonio en Ecuador entre un hombre y una mujer —biológicamente hablando— pero cuyas identidades de género son femeninas.

básicos que son necesarios para su desarrollo como sujetos autónomos, libres e iguales, como lo es el matrimonio, la adopción, los derechos laborales, los pensionales, para mencionar sólo algunos. [...] Por tanto, considero que no se puede ser tan incoherente y, de un lado, reconocer la dignidad humana de los homosexuales, y de otro lado, negarles y restringirles derechos. O se reconoce que los homosexuales tienen dignidad humana, y por tanto son libres e iguales, y en consecuencia, se les reconocen todos los derechos que esta condición amerita en su calidad de seres con dignidad; o se descubre el juego retardatario de reconocer por una parte una dignidad a medias que no implica el necesario reconocimiento de derechos y que deriva en una contradicción lógica³⁴.

Recordemos que los estudios críticos del derecho utilizan una “hermenéutica de la sospecha” en la que “se buscan motivos ideológicos ocultos en decisiones judiciales que se presentan a sí mismas como técnicas, deductivas, objetivas, impersonales y neutras”³⁵. En ocasiones las mismas resoluciones judiciales pueden explicitar los elementos ideológicos que se encuentran en juego en la decisión.

Tal es el caso del salvamento de voto que señala “en este tema existe un prejuicio contra los homosexuales, que tiene no sólo connotaciones machistas sino también religiosas, que los consideran un pecado. De manera categórica concluye:

[...] no puedo dejar de resaltar el elemento político que, a mi juicio, se hace patente en la presente decisión, y es la estrategia de hacer pequeños cambios y pequeñas concesiones en derechos para que todo siga igual, lo cual obedece a la conocida consigna “cambiemos para que todo siga igual”, y que por tanto evita un cambio verdadero y real respecto del reconocimiento de derechos. En este sentido, considero que esta sentencia es aparentemente progresiva, pero en realidad es retardataria por cuanto no otorga sino las migajas de los derechos que debían reconocerse de manera plena a los homosexuales, ya que

34 Salvamento de voto a la sentencia C-075-07 del magistrado Jaime Araujo Rentarías.

35 Kennedy, Duncan, *op. cit.*, p. 44.

si se va a tocar la norma es para restablecer la libertad y la igualdad completamente y no a medias³⁶.

Queda demostrada claramente la influencia ideológica marcada por las creencias religiosas y políticas cuando de manera explícita en la aclaración de voto se afirma, “solamente hemos apoyado el fallo, tras cerciorarnos de que el mismo no significa un cambio de la jurisprudencia de esta Corporación, relativa al carácter heterosexual de la familia que la Constitución Política protege”³⁷.

El derecho es un discurso poderoso que construye subjetividades y legitimidades e ilegitimidades en este sentido; es sin duda un territorio de disputa de sentidos y por lo mismo un lugar político.

No es de extrañarse entonces que grupos que han sufrido históricamente exclusiones, desigualdades y violencias asuman diversas posturas y estrategias frente al derecho. En el caso de los movimientos por la diversidad sexual podemos encontrar al menos dos posicionamientos visibles de acuerdo con Vaggione.

De una parte aquella tendencia que confluye alrededor del *discurso de los derechos* que privilegian la inclusión de las minorías sexuales por medio del reclamo de igualdad en el ejercicio de derechos de los que ya gozan las personas heterosexuales. Su estrategia enfatiza en las reformas legales y en la judicialización de casos para lograr la ampliación del reconocimiento como sujetos de derechos a personas no heterosexuales. De otra parte, encontramos la tendencia que se agrupa bajo el paraguas de la *teoría queer* que propone una permanente desestabilización de las nociones de la sexualidad “normal”, la familia, la naturalización de lo heterosexual, apostando por la deconstrucción de políticas de identidades esenciales y fijas. Mantienen una actitud escéptica frente al acercamiento desde los derechos por considerar que este no desafía las estructuras de poder que sostienen la heteronormatividad. Por lo mismo su estrategia es la de deconstruir las instituciones tradicionales que la refuerzan³⁸.

36 Salvamento de voto a la sentencia C-075-07 del magistrado Jaime Araujo Rentaría.

37 Aclaración de voto de los magistrados Marco Gerardo Monroy Cabra, Rodrigo Escobar Gil y Nilson Pinilla Pinilla en la sentencia C-075-07.

38 Vaggione, Juan Marco, “Las familias más allá de la heteronormatividad”, en Motta, Cristina y Ma-

También Judith Butler da cuenta de este dilema entre exigir el reconocimiento de derechos y legitimar la jerarquización social mediante el derecho.

Se puede observar aquí el terreno del dilema: por un parte vivir sin las normas de reconocimiento conlleva un considerable sufrimiento y una forma de privación de derechos que confunde las distinciones entre las consecuencias psíquicas, culturales y materiales. Por otra parte la exigencia de reconocimiento, que es una demanda política muy poderosa, puede conducir a nuevas e ingratas formas de jerarquía social, a una obstrucción precipitada del campo sexual y a nuevas formas de apoyar y extender el poder del estado si no instituye un desafío crítico a las propias normas de reconocimiento proporcionadas y requeridas para la legitimación del Estado³⁹.

En mi opinión es importante proponer una estrategia combinada que a la vez que exige que el derecho reconozca la existencia de personas y grupos hasta hoy invisibilizados, patologizados o repudiados para asegurar su efectiva protección, no pierda de vista la crítica a las instituciones que sustentan precisamente la producción de “no sujetos” o “sujetos a medias” para irlas fisurando y desnaturalizándolas. Es decir, una estrategia que no olvide que el derecho es uno más de los campos de disputa política, no el único, ni siquiera el más importante pero ciertamente un campo ineludible.

Considero que un acercamiento al derecho desde los estudios críticos nos permite mantener la difícil tensión entre legitimar las demandas de grupos excluidos desde el discurso de derechos sin dejar de poner en evidencia que el derecho no es neutral y que tanto la normativa como la actuación judicial expresa relaciones de poder, formas de entender la vida, la convivencia que legitiman unas existencias sobre otras.

Al respecto creo que es un ejemplo del uso subversivo del derecho —en tanto subvierte el orden hegemónico—, el utilizar instituciones jurídicas tradicionales precisamente para revelar sus límites y sus exclusiones. Es el caso

carena Sáenz (eds.), *La mirada de los jueces. Sexualidades diversas en la jurisprudencia latinoamericana*, Tomo 2, Siglo de Hombres Editores / American University Washington College of Law / Center of Reproductive Rights, Bogotá, 2008, pp. 18-20.

39 Butler, Judith, *Desbacer el género*, Editorial Paidós, Barcelona, 2006, p. 167.

del matrimonio entre Jessica y Cayetana⁴⁰ quienes biológicamente son varón y mujer respectivamente, pero cuyas identidades de género son femeninas. Elocuentemente la invitación para hacer pública su intención de casarse se titula “De amores subversivos y usos alternativos del derecho”.

En una entrevista televisiva⁴¹ Cayetana se refiere a su unión como una que fisura la estructura, afirma: “Estamos usando la posibilidad jurídica de ese matrimonio entre un hombre y una mujer en esta existencia de amor de dos mujeres de identidad femenina cuyo sexo legal el uno es masculino el mío es femenino.”.

De manera explícita da cuenta de cómo hay existencias que simplemente desbordan al derecho actual y la necesidad de rupturar.

Yo creo que para las condiciones actuales es necesario hacer una ruptura a los estándares y a las rigideces jurídicas y sociales que nos han impuesto y decir que la existencia de nuestra diversidad, de esta alternativa o diferente movilidad de afectos, existe, más allá de lo que la ley y el papel dice, nosotros ya existimos de esta manera. Entonces yo pienso que es necesario generar esa ruptura social porque actualmente lo que dicen las leyes no nos son suficientes. Las rigideces del género y del sexo y del deseo no nos son suficientes. Como está normado no nos son suficientes, existimos de diversas maneras ya más allá de la legalidad y esto para nosotros es demostrar que lo que dice la ley, lo que está escrito en el papel no nos son suficientes. Somos más diversos que eso.

Yo considero que este tipo de acciones políticas logran una respuesta innovadora que desestabiliza las nociones de la sexualidad “normal” usando precisamente el derecho para mostrar sus fisuras. Cuando el periodista le pregunta “¿Ustedes están desafiando al sistema?” Cayetana responde:

O sea irónicamente estamos usando el sistema, ese sistema que dice el matrimonio será entre un hombre y una mujer para ayudarse, procrear. Nosotros

40 Integrantes del Proyecto Transgénero en Ecuador, Internet, www.proyecto-transgenero.org.

41 Entrevista realizada a Cayetana Salao por el periodista Jorge Ortiz del canal ecuatoriano de televisión Teleamazonas, Internet, <http://www.youtube.com/watch?v=NetE7USzdXo>. Agradezco a Johanna Romero, estudiante de la Maestría de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, por haberme facilitado este material.

usamos esa rigidez, pero desde mi práctica lésbica al enamorarme de Jessica, en nuestro encuentro político, en nuestro encuentro artístico, en nuestro encuentro afectivo, es mucho más diverso de lo que la ley dice. Si nosotros ahora estamos usando a favor, irónicamente, lo que la ley dice, solo lo que usaremos para decir que nos desbordamos más allá de la ley. [...] Lo que nosotros queremos es una mayor libertad para la gente, realmente las posibilidades de escoger más allá de lo que socialmente es normal o es aceptado, legitimado. Nosotros queremos usar ahora eso que es tan rígido para decir que somos más que eso y también para que otra gente pueda coger de ejemplo esto o la unión de hecho u otro tipo de mecanismos de unión.

Son pues las existencias negadas por el derecho las que son politizadas, es decir llevadas al terreno de disputa del sentido, del significado que tiene el amor, el deseo y las uniones afectivas. Me parece que este tipo de prácticas ilustran uno de los objetivos estratégicos de la interculturalidad que de acuerdo a Guerrero:

[...] no es solo, reconocer, valorar, respetar, tolerar lo diferente e incorporarlo a la matriz de poder dominante, sino insurgir desde la diferencia contra toda estructura de poder y contra toda forma de colonialidad del poder, del saber y del ser; es hacer insurgir formas otras de pensar, sentir, imaginar, éticas, estética, eróticas otras; en definitiva es la lucha por construir un horizonte civilizatorio y de existencia otro⁴².

2.1.2. Prohibición de diferenciar arbitrariamente

Recordemos nuevamente que uno de los consensos más sólidos respecto del derecho a la igualdad y no discriminación sostiene que toda diferenciación no razonable o arbitraria será considerada discriminatoria y por lo mismo violatoria del derecho a la igualdad.

Ahora bien la calificación de razonabilidad está ciertamente atada a las concepciones de los jueces y las juezas que deciden en un caso en concreto. Si bien me parece fundamental que quienes administran justicia deban ar-

42 Guerrero, Patricio, *op. cit.*, p. 450.

gumentar y motivar sus decisiones, creo que no podemos olvidar que tales argumentaciones tienen una carga valorativa e ideológica que también está presente en la normativa aplicable al caso y que en todo caso no puede ser entendida por fuera de las relaciones de poder imperantes en un contexto específico.

Revisemos otros ejemplos en los que evidenciamos diferencias que tienen la intención de discriminar.

Una mujer afrocolombiana presenta una acción de tutela⁴³ contra dos discotecas de la ciudad de Cartagena que no le permitieron ingresar alegando que no había espacio en los locales. Sin embargo, en el proceso se pudo demostrar que se trataba de un acto de discriminación racial pues la razón planteada por estos locales de entretenimiento era falsa. La CCC enfatiza en la prohibición de la discriminación racial de acuerdo con la normativa constitucional e internacional, contextualiza el caso mediante el análisis de datos que comprueban una práctica sistemática de discriminación racial contra los afrodescendientes en Colombia; plantea que el acto no constituye un hecho consumado en tanto y en cuanto los efectos de la discriminación racial persisten.

Se apoya en el criterio de categorías sospechosas y la consiguiente presunción de discriminación racial para aceptar la acción de tutela.

[...] hay que tener en cuenta que la Constitución consignó en el artículo 13 *categorías sospechosas* respecto de las cuales es posible presumir una segregación. En la sentencia C-371 de 2000 se definió esta proposición de la siguiente manera: “El principio de no discriminación, por su parte, asociado con el perfil negativo de la igualdad, da cuenta de ciertos criterios que deben ser irrelevantes a la hora de distinguir situaciones para otorgar tratamientos distintos. Estos motivos o criterios que en la Constitución se enuncian, aunque no en forma taxativa, aluden a aquellas categorías que se consideran sospechosas, pues su uso ha estado históricamente asociado a prácticas que tienden a subvalorar y a colocar en situaciones de desventaja a ciertas personas o grupos, vrg. mujeres, negros, homosexuales, indígenas, entre otros. [...] El constituyente consideró, entonces, que cuando se acude a esas características

43 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-1090-05.

o factores para establecer diferencias en el trato, se presume que se ha incurrido en una conducta injusta y arbitraria que viola el derecho a la igualdad. [...] Pues bien, conforme a la definición de categorías o criterios sospechosos, esta Sala considera que es necesario resaltar que en varias oportunidades y por medios diferentes, las autoridades de la República aceptan que la población afrocolombiana o afrodescendiente ha sido objeto de sometimiento histórico, de menosprecio cultural y de abandono social⁴⁴. (El subrayado consta en el original.)

El Tribunal Constitucional de Ecuador⁴⁵ (TCE) al resolver aceptando un amparo⁴⁶ en contra de la prohibición del ingreso de mujeres para atender barras, bares, billares y picanterías en la provincia de Galápagos⁴⁷ sostiene que la resolución en la parte impugnada, constituye un acto discriminatorio en contra de las mujeres, específicamente de aquellas que tienen como trabajo y fuente de ingresos el atender bares, cantinas y picanterías porque se les ha limitado sus derechos fundamentales.

El principio de igualdad, desaparece cuando a las personas no se les permite acceder a un determinado trabajo, por discriminaciones que diferencian al ser humano, por su condición social, económica, religiosa, o de género, y más aún cuando se prohíbe el derecho a escoger libremente un oficio acorde a las capacidades y preparación de cada persona [...] En el presente caso, efectivamente se ha ocasionado un daño grave a las mujeres que venían desempeñando determinadas tareas en los lugares de trabajo antes detallados, limitándose con ello el goce y el ejercicio de los derechos [...] como es el trabajo, fuente legítima, por medio del cual se suplen necesidades básicas que tiene todo ser humano, y que de igual manera solventa problemas de índole económica al interior de las familias⁴⁸.

44 *Ibíd.*

45 Esta es la denominación vigente hasta 2008 cuando la nueva Constitución la llama Corte Constitucional.

46 Tribunal Constitucional del Ecuador, resolución No. 137-06-RA.

47 Art. 2 de la resolución No. 782 de 7 de septiembre de 2006 suscrita por el Comité de Calificación y Control de Residencia del Consejo del Instituto Nacional de Galápagos.

48 Tribunal Constitucional del Ecuador, Resolución No. 137-06-RA.

Otro ejemplo claro de un trato diferente que es discriminatorio lo encontramos en una norma de la Ley de Maternidad Gratuita⁴⁹ que es declarada inconstitucional por el TCE respecto de la exclusión a las mujeres embarazadas que tuvieran sida de la atención de salud⁵⁰.

En efecto, en dicha resolución el TCE ahonda en el sentido mismo del derecho a la igualdad señalando que tal derecho significa que:

[...] el legislador no solo debe dar el mismo trato a personas que se encuentran en una misma situación sino, además, que no puede realizar diferenciaciones peyorativas entre las personas por razones de “nacionalidad, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma, religión, filiación política, posición económica, orientación sexual, estado de salud, discapacidad o diferencia de cualquier otra índole” pues estas constituyen discriminación. Por otra parte, la misma Constitución, en sintonía con la doctrina constitucional sobre la igualdad, prevé la posibilidad de establecer medidas diferenciadoras de carácter positivo, en beneficio de personas o grupos de personas que se encuentran en estado de vulnerabilidad [...] En definitiva nuestro orden constitucional prohíbe el discrimen negativo y alienta medidas afirmativas o positivas conocidas como discrimen positivo, a favor de personas o grupos que se encuentran en situación desventajosa por diferentes motivos en la sociedad, expresión de lo cual, precisamente constituye la Ley de Maternidad Gratuita que brinda atención especializada y oportuna a las mujeres gestantes; sin embargo, el establecimiento de una excepción en la atención a mujeres embarazadas, en el parto y postparto a aquellas mujeres que adolecen de una enfermedad catastrófica de alta complejidad como se ha calificado al sida, no obstante ser considerado éste un grupo vulnerable de atención prioritaria, conforme prevé la Constitución, constituye un hecho de exclusión y discrimen sin sustento racional alguno⁵¹. (Lo subrayado consta en el original.)

49 Art. 2, literal a) “Se asegura a las mujeres, la necesaria y oportuna atención en los diferentes niveles de complejidad para control prenatal y, en las enfermedades de transmisión sexual los esquemas básicos del tratamiento (excepto SIDA), atención del parto normal y de riesgo, cesárea, puerperio, emergencias obstétricas, incluidas las derivadas de violencia intrafamiliar toxemia, hemorragias y sepsis del embarazo, parto postparto, así como la dotación de sangre y hemo derivados”.

50 Tribunal Constitucional del Ecuador, Resolución No. 030-2006-TC.

51 *Ibid.*

Una resolución del Tribunal de Garantías Constitucionales (TGC)⁵² resulta sumamente ilustradora del doble parámetro basado en el género y de la influencia de las apreciaciones morales dominantes que inciden en la violación de derechos humanos de las mujeres⁵³.

En este caso, una mujer teniente de policía presenta una queja ante el TGC por haber sido dada de baja de la institución policial por actos que a decir de las autoridades policiales atentan gravemente a la moral y las buenas costumbres (el hecho de ser mujer soltera, haber quedado embarazada fruto de relaciones sexuales con un oficial casado y finalmente haber tenido un aborto espontáneo).

El TGC evidencia de manera enfática la doble medida al calificar las relaciones sexuales con un hombre casado como un atentado a la moral y buenas costumbres en el caso de una mujer policía, mientras no se sanciona el mismo hecho en el caso de los varones policías.

[...] es evidente el espíritu discriminatorio con que se actuó en el caso, por tratarse de una mujer, pues se olvidó o se pretendió ignorar que en la Policía Nacional existen ciento cuatro oficiales en servicio activo, entre coroneles y subtenientes, que pasan pensiones alimenticias por hijos habidos extra matrimonialmente, oficiales que permanecen en la institución, que sin duda por su condición de varones, no han recibido sanción idéntica a la baja de la reclamante, en abierto quebrantamiento del principio de igualdad [...]⁵⁴

En un caso en que un juez solicita que el TCE se pronuncie respecto a la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la norma que establecía la falta de probidad como testigos idóneos dentro de un proceso legal de las “meretrices”⁵⁵, encontramos un análisis más desarrollado respecto de la no discriminación en general. En efecto, el TCE realiza un test de ra-

52 Tribunal de Garantías Constitucionales, Resolución No. 223-95-CP.

53 Para Alda Facio el doble parámetro es una de las manifestaciones del sexismo. Véase Facio, Alda, “Metodología para el análisis de género del fenómeno legal”, en Ramiro Ávila, Judith Salgado y Lola Valladares (comps.), *El género en el derecho. Ensayos críticos*, Serie Justicia y Derechos Humanos. Neoconstitucionalismo y Sociedad, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos / UNIFEM / Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Quito, 2009, pp. 181-224.

54 Tribunal de Garantías Constitucionales, Resolución No. 223-95-CP.

55 Art. 217 numeral 7 del Código de Procedimiento Civil.

zonabilidad para determinar si existe o no discriminación en los siguientes términos⁵⁶:

[...] la norma cuya inconstitucionalidad se impugna, establece una diferenciación respecto a la calidad del testimonio de determinado grupo de mujeres [...] es necesario efectuar un análisis de razonabilidad de tal diferenciación, para establecer si se trata de una disposición discriminatoria. Al efecto, se considera lo siguiente:

a) El objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual.- En este caso, es la adquisición de la certeza sobre los hechos controvertidos en juicio, lo cual, a no dudarlo, constituye un importante fin, ya que se trata de establecer los casos en los cuales un testimonio, no lograría cumplir con este principio procesal;

b) La validez del objetivo en el marco de la normativa constitucional.- Toda vez que la Carta Fundamental, en el artículo 192 garantiza el sistema procesal, como medio de realización de la justicia, es procedente que, a fin de garantizar la idoneidad de los testigos, se realicen valoraciones que pueden establecer diferenciación en las personas;

c) La racionalidad del trato desigual, es decir la debida proporcionalidad entre el trato desigual y el fin que se persigue.- Al respecto, es necesario considerar que la diferenciación se efectúa, por la actividad que realizan determinadas mujeres, actividad que, en la actualidad no es exclusiva del sexo femenino, pues, es evidente que también existen hombres que se dedican al trabajo sexual. [...] no existe justificación razonable, para considerar a las mujeres llamadas “meretrices” en el texto impugnado, carentes de credibilidad como testigas en un caso dado, pues, no se ha llegado a determinar que, no obstante su actividad, se encuentren disminuidas en su capacidad para referir lo visto, lo escuchado, lo presenciado, dentro de un proceso que coadyuve a garantizar la veracidad de los hechos.[...] se concluye la inexistencia de proporcionalidad entre la medida diferenciadora contenida en el artículo 217, número 7, del Código de Procedimiento Civil y la finalidad que se pretende, cual es la adquisición de la certeza en los hechos de que se trate en un proceso,

56 Salgado, Judith, *La reapropiación del cuerpo. Derechos sexuales en Ecuador*, Universidad Andina Simón Bolívar / Abya Yala / Corporación Editora Nacional, Quito, 2008, p. 73.

en tanto coloca a un sector de mujeres en situación de credibilidad disminuida, cuando incluso, la legislación nacional contiene normas para regular su actividad, reconociendo que es una realidad insoslayable. [...] En definitiva, la distinción que realiza la norma impugnada respecto a las mujeres “metrices”, como testigas no idóneas por falta de probidad, al no contener una razonable justificación, carecer de objetividad y al ser desproporcionada con el fin que se persigue, constituye un discrimen, en los términos previstos en el artículo 23, número 3 de la Constitución, pues se realiza una diferenciación negativa en razón del género y de la actividad que desarrollan las mujeres a las que refiere la norma, por la actividad que realizan⁵⁷.

En otro caso la CCC⁵⁸ declara exequible la norma del Código Civil que prohíbe al varón que ha alcanzado la mayoría de edad demandar alimentos necesarios a quien tenga la obligación de suministrarlos, siempre y cuando no esté impedido mental y físicamente para subsistir con su propio trabajo bajo la condición que también se entienda referida a “ninguna mujer”. En este caso, la CCC afirma:

Para comprender el verdadero alcance de la disposición acusada es imperativo que el intérprete dirija su atención a las normas posteriores que han equiparado el trato jurídico entre hombres y mujeres. En este contexto, no puede negarse que las normas que propugnan dicha equiparación suelen encontrarse inmersas en regulaciones que tienden a eliminar formas específicas de discriminación femenina. Pese a que en la práctica la disposición acusada consagra un tratamiento favorable para la mujer, que le permite demandar alimentos aún siendo mayor de edad, es lo cierto que dicho tratamiento proviene del prejuicio ya superado que la consideraba sujeto no apto para sobrevivir por su propio esfuerzo. [...] se colige que la expresión acusada, en tanto se refiere únicamente al deudor alimentario varón, es contraria al espíritu de la Carta, pues introduce un trato diferencial no justificado que denota un prejuicio históricamente superado, incompatible con el principio de igualdad que rige nuestro sistema jurídico⁵⁹.

57 Tribunal Constitucional del Ecuador, Resolución No. 002-2004-DI.

58 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-875-03.

59 *Ibid.*

En los siguientes casos se discute si la fijación de un límite de edad para una actividad laboral o cargo resulta razonable o si por el contrario es discriminatorio.

El TCE niega una acción de inconstitucionalidad⁶⁰ de la norma⁶¹ que dispone que la matrícula de práctico marítimo o fluvial será cancelada definitivamente por la Dirección General de Marina Mercante y del Litoral, entre otras causas cuando el práctico cumpla 70 años de edad. El accionante alega que dicha disposición discrimina en razón de la edad, lo cual está prohibido constitucionalmente. El TCE no realiza una argumentación suficiente para negar que se trate de un caso de discriminación, simplemente señala que la Constitución dispone que es responsabilidad de los ciudadanos anteponer el interés general al interés particular y que las normas de tratados internacionales prevalecen sobre leyes y otras normas de menor jerarquía⁶². Ciertamente, el TCE pudo haber llegado a la misma conclusión realizando un test de razonabilidad para demostrar que la distinción en este caso por razones de edad era razonable y por lo mismo no discriminatoria, pero para ello era necesario analizar el objetivo del trato diferente y su legitimidad constitucional y poner en evidencia por qué esta medida era adecuada, necesaria y proporcional.

En otra acción de inconstitucionalidad⁶³ el TCE declara la inconstitucionalidad del requisito⁶⁴ de no ser mayor de 75 años para ser magistrado de la Corte Suprema de Justicia⁶⁵.

60 Tribunal Constitucional, Resolución No. 023-2000-TP, Caso 368-99-TC.

61 Art. 8 literal a) del Reglamento de Practicaje Marítimo y Fluvial, en los Puertos y Terminales de la República.

62 Seguramente lo menciona con relación al Acuerdo Latinoamericano sobre Control de Buques que contempla entre los perfiles de edad del inspector un rango de edad entre 35 y 55 años.

63 Tribunal Constitucional del Ecuador, Resolución No. 004-06-TC, Caso No. 02-06-CI.

64 Art. 2 de la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica de la función Judicial de 26 de mayo de 2005.

65 Cabe recordar que este caso y la reforma a la Ley Orgánica de la Función Judicial se inscriben en el contexto de la caída del gobierno de Lucio Gutiérrez, quien en abril de 2005 declaró cesante a la Corte Suprema de Justicia nombrada por el Congreso Nacional, en diciembre de 2004, y nombró la denominada “Pichi Corte” en referencia a su titular conocido como “Pichi” Castro, esta decisión le costó el cargo, luego de una serie de movilizaciones sociales en la ciudad de Quito, con lo cual la alta corte estuvo en acefalía varios meses. Así mismo es pertinente recordar que la Constitución de 1998 establecía como requisito para ser magistrado de la Corte Suprema de Justicia el ser mayor de 45 años (Art. 201) y que el Art. 202 precisaba que los magistrados de la Corte Suprema de Justicia no tenían período fijo en el ejercicio de sus cargos.

El TCE sostiene que tal disposición es discriminatoria, veamos sus argumentos:

El demandante acertadamente manifiesta que ni la ciencia médica ni ninguna otra disciplina científica ha podido demostrar que una persona pasada de los 75 años, no puede ejercer labores intelectuales, bien sean éstas administrativas, judiciales, legislativas o de otra índole, como las realizan profesionales de distintas áreas que aunque hayan cumplido 75 años siguen trabajando normalmente, prestando su servicio a la comunidad. En consecuencia el criterio de considerar la edad de 75 años como impedimento para ejercer la magistratura de la Corte Suprema de Justicia es arbitrario y sin fundamento, sin la menor duda no se debe poner énfasis en la edad, sino en otros impedimentos que si son determinantes en el ejercicio de esta Magistratura como el proceder profesional ético y personal ante todo. [...] No debe existir edad obligatoria de separación del cargo; su elección es un derecho del trabajador, la continuación o no de cualquier trabajador en el empleo no deberá ser en función de la edad, sino de las aptitudes y capacidades efectivas del trabajador para su puesto de trabajo. En el derecho actual, así lo reconoció el Tribunal Constitucional español, la separación del trabajo debe ser un derecho para el trabajador que lo elegirá según sus condiciones personales, con su personal criterio y decisión. Ninguna ley, reglamento u otra norma podrá establecer requisitos para ocupar ciertos cargos, haciendo referencia en forma discriminatoria a la edad de los trabajadores, se deberá tener en cuenta exclusivamente razones objetivas de igualdad para todos. Por todo lo señalado, es inconstitucional la frase: “ni mayor de setenta y cinco años”⁶⁶.

El voto salvado⁶⁷ en este caso considera que no constituye discriminación el fijar como límite de edad para el ejercicio de la magistratura los 75 años; al contrario afirma que dado que la edad máxima para la jubilación de acuerdo con la Ley del Seguro Social es de 70 años: en este caso se estaría aplicando una acción afirmativa a favor de los magistrados al extender a 75 años el límite para su retiro, valorando así su experiencia.

66 Tribunal Constitucional del Ecuador, Resolución No. 004-06-TC, Caso No. 02-06-CI.

67 Voto salvado del magistrado Tarquino Orellana en el Caso No. 004-2006-TC.

Plantea que “la democracia no concibe el ejercicio indefinido de cargo o función pública alguna, siendo más bien una exigencia de la vida democrática, la necesaria imposición de límites al ejercicio de todo cargo, a fin de evitar el natural abuso del poder cuando el mismo se lo puede ejercer en forma indefinida”⁶⁸.

[...] es conveniente por la necesidad de la continuidad del servicio y la eficiencia del mismo el que no se deba esperar a que los funcionarios se encuentren en un estado que imposibilite la continuidad y eficiencia del servicio, por lo cual, la edad de 75 evita tal eventualidad, pues se trata de que los Ministros desempeñen su cargo en plenas facultades, siendo el límite de 75 años establecido por el legislador, coherente con estas consideraciones y por tanto razonable, sin que tal determinación hecha por el legislador pueda ser atacado por arbitrario sino que es concordante también con las expectativas de vida en este país. Por lo mismo, dicha limitación no se contrapone a lo establecido en los artículos 201 y 202 de la Constitución, pues, la misma Constitución establece que si bien el periodo no es fijo, pues, la persona puede ser elegida a los 45 años de edad, la causal de cesación por edad avanzada no se contrapone a la disposición constitucional de que para los Ministros de la Suprema no existe un periodo fijo, sino que establece una necesaria causal de cesación por edad avanzada. [...] la norma impugnada está orientada al interés general de que el ejercicio de las dignidades y funciones públicas sea un servicio a la colectividad que se preste con capacidad y eficiencia de conformidad con lo establecido en el artículo 120 de la Constitución; siendo evidente la necesidad de limitar el ejercicio de los cargos públicos y de cesar a dichos funcionarios por razón de su avanzada edad a fin de que no perjudiquen la continuidad y eficiencia del servicio que se presta⁶⁹.

La mayor parte de casos que hemos analizado en este primer bloque calzan en la categoría de diferencias que se basan en la idea de inferioridad de las y los accionantes ya sea por su identidad racial, orientación sexual, género, actividad laboral, condición de salud, edad, etc. En casi todas las sentencias se reconoce la violación del derecho a la igualdad y no discriminación, en al-

68 *Ibid.*

69 *Ibid.*

gunas se avanza en evidenciar la matriz social discriminatoria y en otras se evidencia los prejuicios que aún persisten para reconocer y valorar la diferencia. En los casos que tratan la diferenciación por edad, se evidencia que de acuerdo con la línea de argumentación de quienes juzgan se puede llegar a decisiones opuestas convincentes (ya sea que haya razones suficientes para definir un límite de edad o bien que tal medida es discriminatoria). En algunas de las sentencias es más evidente la disputa de sentidos e ideologías respecto a quiénes se reconoce como sujetos de derechos y en qué medida.

2.2. Reconocimiento y valoración de la diferencia

Podemos encontrar en sentencias de las cortes constitucionales de Colombia y Ecuador respuestas de mayor o menor reconocimiento de las diferencias, ya sean éstas étnicas, sociales, biológicas o económicas. En estos casos la diferencia es relevada precisamente para lograr concretar efectivamente el postulado de igual dignidad y valor de todas las personas y grupos humanos.

2.2.1. Reconocimiento de diversas cosmovisiones

El TCE⁷⁰ y la CCC han resuelto diferentes acciones constitucionales reconociendo en caso concretos el derecho de los pueblos indígenas a ejercer sus formas de organización y autoridad entre ellas su propia administración de justicia⁷¹.

Encontramos, por ejemplo, que el TCE confirma la sentencia del juez *a quo* que acepta la acción de amparo⁷² presentada por el Presidente de la Fe-

70 Es necesario señalar que el TCE ha emitido muy pocas sentencias en las que desarrolle los derechos colectivos de pueblos indígenas y específicamente el derecho a ejercer su propia justicia. En algunos casos habiendo tenido la posibilidad de pronunciarse sobre cuestiones de fondo en este tema el TCE, en mi opinión dejó pasar esa importante oportunidad, alegando el incumplimiento de requisitos de forma. Un ejemplo claro de esta afirmación es la Resolución 002-03-CC, respecto del caso conocido como de La Cocha en la que esta comunidad solicita que el TCE se pronuncie respecto de la competencia de las autoridades indígenas para juzgar un caso de asesinato cometido en la comunidad de La Cocha, en el que el acusado y la víctima son integrantes de la comunidad indígena.

71 Vale recordar que en ambos países las normativas constitucionales a partir de la década de los noventa han incluido en mayor o menor medida el reconocimiento de derechos colectivos de los pueblos indígenas.

72 Tribunal Constitucional del Ecuador, Resolución No. 247-00-I.S., Caso No. 994-99-RA.

deración Independiente del Pueblo Shuar del Ecuador (FIPSE) contra la compañía ARCO Oriente por haber iniciado éstas negociaciones directas con integrantes de este pueblo pasando por alto a las autoridades indígenas y a las resoluciones de su asamblea.

Dicha compañía había firmado con el Estado un Contrato de Participación para la explotación de hidrocarburos en el bloque 24 situado entre las provincias de Morona Santiago y Pastaza, en donde el 70% corresponde a territorio del pueblo shuar. En dos asambleas de la FIPSE se resolvió no permitir ninguna negociación o contratación individual de sus respectivos centros y asociaciones con la compañía ARCO. Sin embargo, la mencionada compañía ingresó al territorio de estos pueblos sin autorización de sus máximas autoridades, habiendo conseguido que algunos miembros de este pueblo firmen convenios para que se realicen estudios de impacto ambiental en las áreas que corresponden a tres asociaciones. Todo esto trajo como consecuencia discordia, conflictos y división entre las asociaciones que integran la FIPSE.

El TCE confirma la resolución que declara con lugar el recurso de amparo, afirma que la conducta de la Compañía Arco Oriente viola los derechos colectivos reconocidos constitucionalmente y dispone que:

- 1.- La recurrida no se acercará a individuos u organizaciones de base dentro y fuera del territorio de la FIPSE sin la debida y legítima autorización de la Asamblea de la federación a través de su directiva; 2.- La prohibición de la recurrida para promover acercamientos o reuniones con la intención de dialogar con cualquier individuo, centro o asociación perteneciente a la FIPSE, sin que tenga debida y legítima autorización de la Asamblea de la Federación a través de su directiva⁷³.

En el siguiente caso la CCC⁷⁴ tutela los derechos fundamentales a la diversidad, la autonomía y el debido proceso de la Comunidad indígena de Caquiona y del integrante de la misma, sindicado por los delitos de homicidio y porte ilegal de armas, declarando sin valor ni efecto la providencia del Consejo Superior de la Judicatura que resolvió el conflicto de competencias

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-552-03.

a favor de la jurisdicción ordinaria. Afirma la CCC, tomando una sentencia anterior, que:

del reconocimiento constitucional de las jurisdicciones especiales se deriva el derecho de los miembros de las comunidades indígenas a un fuero. En efecto, se concede el derecho a ser juzgado por sus propias autoridades, conforme a sus normas y procedimientos, dentro de su ámbito territorial, en aras de garantizar el respeto por la particular cosmovisión del individuo⁷⁵.

Argumenta que existe una doctrina constitucional consolidada en torno a la procedencia de la jurisdicción indígena en los conflictos que se suscitan en torno a asuntos que puedan catalogarse como puramente internos de las respectivas comunidades, porque tanto el agresor como la víctima pertenecen a la comunidad y la conducta se desarrolló dentro del respectivo ámbito territorial⁷⁶. Estos elementos están presentes en el caso por lo que en su criterio la competencia debía recaer sin duda en la jurisdicción indígena.

Varias sentencias de la CCC⁷⁷ tratan sobre los límites al ejercicio de la justicia indígena. Partiendo del presupuesto de que sólo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural, reiteran el principio de maximización de la autonomía de los pueblos indígenas y minimización de las restricciones indispensables para salvaguardar intereses de mayor jerarquía (por ejemplo la seguridad interna) siempre que la medida sea necesaria y lo menos gravosa para la autonomía de las comunidades indígenas. Dentro de los límites mínimos que en materia de derechos humanos deben cumplir las autoridades indígenas en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales están el respeto al derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud, la prohibición de la tortura y el debido proceso conforme a las “normas y procedimientos” de la comunidad indígena, atendiendo a la especificidad de la organización social y política de que se trate, así como a los caracteres de su ordenamiento jurídico.

75 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-496-96.

76 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-552-03.

77 Corte Constitucional de Colombia, Sentencias T-349-96; T-496-96; T 523-97; SU-039-97; T-606-01; T-811-04, T-1026-08.

Veamos un par de ejemplos de casos⁷⁸ en que integrantes de pueblos indígenas plantean acciones de tutela o amparo en contra de las decisiones de las autoridades indígenas alegando la violación de derechos fundamentales.

El TCE niega una acción de amparo⁷⁹ presentada por un indígena shuar contra la decisión de las autoridades de la Federación Interprovincial de Centros Shuar (FICSH) que prohíbe su ingreso a dos comunidades en las que el accionante ha sido posesionario de unas tierras por más de veinte años.

El TCE argumenta que:

las autoridades indígenas tienen pleno derecho a velar por la conservación de las formas de convivencia de sus comunidades, y sobre todo a precautelar el orden dentro de las mismas, sin que pueda exigírseles que toleren actos de disociación por parte de elementos singularizados. [...] En el presente caso, las autoridades indígenas apreciaron el carácter disociador del demandado, y aún más, la problemática que se había suscitado por su comportamiento, para con ello expulsarlo de la Federación Shuar. [...] en virtud del Art. 191 inicio final de la Constitución de la República, tenían plena facultad para solucionarlo (el conflicto interno) con efecto vinculante. Por todas estas consideraciones mal hizo el juez a quo en pronunciarse sobre resoluciones de la Federación Shuar, adoptadas en virtud de las facultades que expresa la Constitución de la República, pues se desconoció su efecto vinculante y el propósito de conservación del orden e integridad que compete a las autoridades de dicha Federación⁸⁰.

Así mismo un indígena Páez, acusado de propiciar la muerte del alcalde de Jambaló por haberlo señalado ante la guerrilla como paramilitar, interpone una acción de tutela⁸¹ contra el Gobernador del cabildo indígena de Jambaló y contra el Presidente de la Asociación de Cabildos de la Zona Norte del Departamento del Cauca, alegando la violación de sus derechos a la vida, a la igualdad y al debido proceso.

78 Adicionalmente se puede revisar la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, T-549-07.

79 Tribunal Constitucional del Ecuador, Resolución No. 329-2003-RA.

80 *Ibid.*

81 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-523-97.

Es interesante el esfuerzo que refleja la sentencia de realizar una lectura intercultural del caso. En efecto, la CCC analiza si se cumplió o no dentro del enjuiciamiento con el debido proceso y para ello estudia los procedimientos comunes para este pueblo indígena, llegando a la conclusión de que en el caso concreto sí se cumplió con el debido proceso.

[...] para los paeces no hay nada que la comunidad no sepa. Por ello, su procedimiento, que se origina en el “yacska te’ c’indate tenge’a mecue “o rastro que dejan los mayores”, pretende indagar sobre los hechos que rompieron el equilibrio, a través de la palabra de sus miembros. Para que pueda iniciarse, los familiares o el segmento social al que pertenece el afectado deben solicitar al cabildo que adelante la investigación y sancione a los culpables. Este, a su vez, deberá nombrar una comisión investigadora, integrada por personas de prestigio en la comunidad, quien se encargará de determinar las faltas y “encontrar la mentira en la palabra de los acusados”. Lo primero que deberá hacer esta comisión investigadora, es citar a los presuntos autores para que rindan su versión. Si ellos aceptan la responsabilidad, no habrá lugar a otras etapas, si la niegan, continúa la investigación, recogiendo los testimonios de las personas que dicen haber visto o escuchado algo relacionado con el caso, y realizando las visitas a los lugares donde presuntamente ocurrieron los hechos. Cumplidos estos procedimientos, el siguiente paso será, entonces, la valoración que hace el cabildo del informe presentado por la comisión investigadora. Si se encontró la mentira, se cita a una Asamblea General, que como máxima autoridad deberá fallar, y si es el caso, imponer las sanciones. En ella se dan a conocer las pruebas, se solicita la confesión pública del acusado y se realizan los careos, es decir, la confrontación de la palabra del sindicado con la de las personas que rindieron testimonios en su contra. Como la Asamblea General es infalible, según sus miembros, pues sus decisiones están basadas en el “us yacni” (la memoria), que se encuentra a través de un ejercicio colectivo que permite hacer público el suceso oscuro, no está contemplada la segunda instancia. Es claro que estos sucesos oscuros no sólo son aquellos que produjeron directamente el daño, sino también los que de alguna manera hayan permitido o facilitado la alteración de la armonía. La sanción, por su parte, será la única que podrá restaurar este equilibrio roto. Al ser aplicada públicamente cumple una labor ejemplarizante y preventiva,

que busca disuadir a los demás miembros de la comunidad de cometer faltas en el futuro y al acusado de reincidir⁸².

De igual manera la CCC analiza la diferente manera de entender una misma sanción dependiendo de cada cosmovisión y concluye que en el caso concreto la sanción de fueite no es equiparable a la tortura y que el destierro del condenado de su comunidad no contraviene la prohibición constitucional de destierro, pues se refiere únicamente al territorio del pueblo indígena Páez y no al territorio nacional colombiano. Revisemos el análisis relativo a si la sanción puede o no calzar en la definición de tortura o pena degradante.

La sanción del fueite, impuesta al actor por la Asamblea General, muestra claramente una tensión entre dos tipos de pensamiento: el de la sociedad mayoritaria y el de la comunidad indígena páez. En el primero, se castiga *porque* se cometió un delito, en el segundo se castiga *para* restablecer el orden de la naturaleza y para disuadir a la comunidad de cometer faltas en el futuro. El primero rechaza las penas corporales por atentar contra la dignidad del hombre, el segundo las considera como un elemento purificador, necesario para que el mismo sujeto, a quien se le imputa la falta, se sienta liberado. Frente a esta disparidad de visiones, ¿es dable privilegiar la visión mayoritaria? La Corte ya ha respondido este interrogante: No, porque en una sociedad que se dice pluralista ninguna visión del mundo debe primar y menos tratar de imponerse; y en el caso específico de la cosmovisión de los grupos aborígenes, de acuerdo con los preceptos constitucionales, se exige el máximo respeto. Las únicas restricciones serían, como ya lo expuso la Sala, el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura. Esta última es la que se entrará a analizar en relación con la práctica del fueite, dado que, según los jueces de tutela, es un comportamiento que encuadra dentro de la restricción mencionada. [...] El fueite consiste en la flagelación con “perrero de arriar ganado”, que en este caso se ejecuta en la parte inferior de la pierna. Este castigo, que se considera de menor entidad que el cepo, es una de las sanciones que más utilizan los paeces. Aunque indudablemente produce aflicción, su finalidad no es causar un sufrimiento excesivo, sino representar el

82 *Ibid.*

elemento que servirá para purificar al individuo, el rayo. Es pues, una figura simbólica o, en otras palabras, un ritual que utiliza la comunidad para sancionar al individuo y devolver la armonía. En este caso, y al margen de su significado simbólico, la Corte estima que el sufrimiento que esta pena podría causar al actor, no reviste los niveles de gravedad requeridos para que pueda considerarse como tortura, pues el daño corporal que produce es mínimo. Tampoco podría considerarse como una pena degradante que “humille al individuo groseramente delante de otro o en su mismo fuero interno”, porque de acuerdo con los elementos del caso, esta es una práctica que se utiliza normalmente entre los paeces y cuyo fin no es exponer al individuo al “escarmiento” público, sino buscar que recupere su lugar en la comunidad. Al respecto, es significativo el hecho de que ninguno de los condenados, ni siquiera el propio demandante, cuestionara esta sanción⁸³.

En los siguientes casos la CCC tutela el principio de autonomía de los pueblos indígenas dejando ver adicionalmente la obligación que el respeto de tal autonomía acarrea para otras instituciones.

Es así que un indígena de la comunidad Tacueyó presenta sus papeles para ser admitido en la Universidad del Valle en Colombia dentro del cupo de 4%⁸⁴ fijado por esta entidad académica para favorecer la inclusión de indígenas. Esta persona no fue admitida en razón de que —de acuerdo con la universidad— no acreditaba su condición de indígena pues no aparecía registrado en el censo que lleva la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y Justicia. Frente a este hecho presenta una acción de tutela por considerar que la universidad viola sus derechos fundamentales por impedir su acceso a la educación superior y desconocer su identidad indígena.

En este caso⁸⁵ la CCC resuelve tutelar el derecho fundamental a la educación del accionante, así como el derecho a la autonomía indígena y al respeto de la diversidad étnica y cultural del Cabildo Indígena de Tacueyó.

En ese sentido ordena a la Universidad del Valle, la admisión del reclamante para el próximo período académico e insta a la Dirección Nacional de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia que actualice periódica-

83 *Ibíd.*

84 Este es un ejemplo de un tipo de acción afirmativa.

85 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-703-08.

mente el censo de las comunidades y resguardos indígenas ubicados dentro del territorio nacional, teniendo en cuenta los censos que guarda cada una de estas comunidades, reconociendo las competencias de las autoridades indígenas de cada comunidad y respetando el principio de autonomía de los pueblos indígenas.

Por lo tanto, teniendo en cuenta el principio de autonomía de los pueblos indígenas y la facultad para la comunidad de identificar a sus miembros, además de la realidad de la identidad indígena demostrada plenamente por el actor, la Universidad del Valle no puede sostener que no ha demostrado ser un indígena con derecho a los cupos especiales porque no figura en el censo que tiene el Ministerio. En dicha medida, debe primar la *condición real del indígena*, sobre condiciones formales como la inscripción en un censo llevado por entidades ajenas a la respectiva comunidad indígena. [...] darle prelación al requisito de inscripción en el censo de la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia, frente al censo que lleva la propia comunidad indígena y las certificaciones emitidas por las autoridades legítimas de dicha comunidad, contraría abiertamente el respeto a la diversidad étnica y cultural, la autonomía del Cabildo Indígena de Tacueyó, así como al respeto por la identidad indígena del actor. Por lo tanto, dicho requisito no le puede ser opuesto válidamente al tutelante y debe aplicarse directamente la Constitución y el principio de autonomía de los pueblos indígenas⁸⁶.

En otro caso, el Gobernador del Territorio Indígena Inga de Aponte solicita se cumpla la sentencia del Cabildo Mayor y el Consejo de Justicia del Pueblo Inga de Aponte que condena a dos de sus miembros a seis años de prisión pues la Dirección de la Cárcel de Pasto se negó a cumplir tal disposición. Mediante la acción de tutela afirma que han sido violados los principios de diversidad cultural y el derecho de las comunidades indígenas de ejercer justicia⁸⁷.

La CCC toma en cuenta que el Gobernador del Cabildo explicó que “en los casos de delitos graves y teniendo en cuenta el peligro que implica para la comunidad, las autoridades indígenas imponen la pena privativa de la li-

86 *Ibid.*

87 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-1026-08.

bertad, en las cárceles del sistema ordinario, puesto que no cuentan con la infraestructura para hacerlas efectivas”⁸⁸.

La Corte concluye que la decisión del Instituto Penitenciario de Colombia (INPEC) de no dar cumplimiento a una sentencia proferida por una autoridad tradicional desconoce la autonomía que la Constitución otorga a la jurisdicción indígena, y como consecuencia, produce un desconocimiento de la diversidad cultural y étnica, y enfatiza que las decisiones tomadas en el seno de la comunidad deben ser cumplidas por todas las autoridades públicas.

Retomando una sentencia anterior, la CCC sostiene que cuando la justicia indígena no tiene la infraestructura para redimir las penas impuestas a sus miembros: “es obligación del Estado, a través de las autoridades (Ministerio del Interior, de Justicia, Inpec) y de la jurisdicción ordinaria, convertir en realidad tal autonomía, a través de la colaboración permanente, con el fin de que la jurisdicción indígena, incipiente en ciertos aspectos, pueda avanzar en su consolidación”⁸⁹.

Es importante enfatizar en que el reconocimiento y valoración de las diferencias trae consigo el reconocimiento de derechos específicos. Así por ejemplo, la CCC ha insistido en que las comunidades indígenas son titulares de derechos fundamentales específicos, entre ellos el derecho a la subsistencia, derivado de la protección constitucional a la vida; el derecho a la integridad étnica, cultural y social, el cual se desprende no sólo de la protección a la diversidad y del carácter pluralista de la nación sino, también, de la prohibición de toda forma de desaparición forzada; el derecho a la propiedad colectiva; y, el derecho a participar en las decisiones relativas a la explotación de recursos naturales en sus territorios⁹⁰. Así mismo afirma:

[...] la consagración constitucional de la jurisdicción indígena tiene dos facetas que pueden identificarse de la siguiente manera: (i) el derecho de la comunidad indígena de juzgar a sus miembros por los delitos cometidos dentro de su co-

88 *Ibid.* De todas maneras este caso da cuenta de la influencia de la justicia estatal y sus formas de sanción en comunidades indígenas. Recordemos que el Convenio 169 en su Art. 10 dispone: “Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales. 2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.”

89 Corte Constitucional, Sentencia T-239-2002.

90 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-380-93.

munidad, de acuerdo a sus usos y costumbres y (ii) el derecho de los miembros a un fuero especial que implica que, dadas ciertas circunstancias, están sometidos a la jurisdicción especial indígena y no al sistema judicial nacional⁹¹.

2.2.2. Reconociendo la desigualdad real para transformarla.

Acciones afirmativas

Otra forma de reconocimiento de la diferencia se expresa en las denominadas acciones afirmativas⁹² que parten de reconocer que las estructuras sociales, económicas, culturales están atravesadas por relaciones de poder asimétricas que han posicionado a ciertos grupos de personas en situaciones privilegiadas y a otros grupos en situaciones de desigualdad. Ante esta realidad el Estado no puede permanecer neutral, sino que asume un rol activo para eliminar la desigualdad, la exclusión y las injusticias⁹³.

En tal sentido, es sumamente importante entender que las acciones afirmativas —también denominadas medidas especiales de carácter temporal— son un medio para hacer realidad la igualdad sustancial o de facto y no una excepción al principio de igualdad y no discriminación⁹⁴.

Según Añón, son elementos de las acciones positivas:

- a) La existencia de una desigualdad real, desventaja, inferioridad o discriminación que obstaculiza la realización de igualdad de oportunidades de un grupo específico frente al resto.
- b) La relación entre la desigualdad y la pertenencia a un determinado grupo social.
- c) La contextualización de las medidas cuyo contenido y tipo dependen de las circunstancias y el caso.

91 *Ibid.*

92 También se las conoce como medidas especiales de carácter temporal, discriminaciones positivas o acciones positivas.

93 Salgado, Judith, “Derechos de personas y grupos de atención prioritaria en la Constitución Política del Ecuador”, en Andrade, Santiago, Agustín Grijalva y Claudia Storini (ed.), *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador/Corporación Editora Nacional, Quito, 2009, pp. 137-155.

94 Comité de la Convención de eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, CEDAW, Recomendación General No. 25, párrafo 18.

- d) El carácter temporal de las medidas hasta alcanzar la igualdad real.
- e) La razonabilidad, proporcionalidad y coherencia de las medidas con el principio de igualdad material⁹⁵.

El Comité de la Convención sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer (Comité CEDAW) enfatiza en la importancia de la contextualización para superar la discriminación contra las mujeres mediante medidas especiales de carácter temporal:

La situación de la mujer no mejorará mientras las causas subyacentes de la discriminación contra ella y de su desigualdad no se aborden de manera efectiva. La vida de la mujer y la vida del hombre deben enfocarse teniendo en cuenta su contexto y deben adoptarse medidas para transformar realmente las oportunidades, las instituciones y los sistemas de modo que dejen de basarse en pautas de vida y paradigmas de poder masculinos determinados históricamente⁹⁶.

Reitero entonces, las acciones afirmativas o acciones positivas son medidas de diferenciación que tienen como finalidad transformar una situación de desigualdad de condiciones en una situación de igualdad real de condiciones⁹⁷.

A continuación analizo ejemplos en los que la justicia constitucional se ha pronunciado respecto de este tipo de medidas para alcanzar la igualdad en la participación política de las mujeres en Ecuador y Colombia.

La Corte Constitucional para el Período de Transición (CCPT) niega una acción extraordinaria de protección⁹⁸, presentada contra la sentencia emitida por el Tribunal Contencioso Electoral que a su vez confirma las resoluciones de la Junta Electoral de Manabí negando la inscripción de dos lis-

95 Añón, María José, *Igualdad, diferencias y desigualdades*, Distribuciones Fontamara, México, D.F., 2001, pp. 50-51.

96 Comité de la Convención de eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, CEDAW, Recomendación General No. 25, párrafo 10.

97 Añón, María José, *op. cit.*, p. 47.

98 Corte Constitucional del Ecuador para el Período de Transición, Sentencia No. 02-09-SEP-CC, Caso 0111-09-EP.

tas de candidatos/as por incumplir el requisito de alternancia y secuencia de mujeres y varones en las listas pluripersonales de candidatos.

La accionante sostiene que “la negativa de inscripción de las listas de candidatos no procede al fundarse en un motivo de mera formalidad, pues el derecho político de elegir y ser elegido no puede ser conculcado por la mala elaboración de las listas de candidatos”⁹⁹. Al respecto la CCPT afirma enfáticamente:

Esta Corte observa que el aspecto que la accionante califica de “formal”, son los principios de paridad y alternabilidad, los cuales están recogidos no únicamente en el instructivo antes mencionado, sino además, en la Constitución de la República [...] ¹⁰⁰.

Si partimos y respetamos el principio de fuerza normativa de la Constitución, es claro que aquellos ciudadanos que aspiren a ocupar cargos públicos de elección popular de carácter pluripersonal (concejales), deben conducir dichas aspiraciones a través de un sistema electoral (la forma de construir listas es uno de sus elementos) que respete la paridad y la alternabilidad. Los requisitos de la paridad y alternabilidad, como componentes sustanciales del sistema político ecuatoriano y no como mera formalidad, se desprenden, además, de los procesos históricos de lucha por la igualdad material en el ejercicio de los derechos políticos entre hombres y mujeres. No es una novedad decir que en el Ecuador, tradicionalmente, la representación política estuvo reservada, en la realidad de los hechos, para los ciudadanos, relegando a las ciudadanas al mundo de la vida privada. Un Estado de derechos como el ecuatoriano, debe caracterizarse por permitir que, de hecho, las mujeres puedan acceder en igualdad de condiciones a la representación política, para lo cual los mandatos constitucionales obligan a que en la elaboración de las

99 *Ibid.*

100 Art. 61.- Las ecuatorianas y ecuatorianos gozarán de los siguientes derechos, de acuerdo con la ley: 7. Desempeñar empleos y funciones públicas con base a méritos y capacidades, y en un sistema de selección y designación transparente, incluyente, equitativo, pluralista y democrático, que garantice su participación, con criterios de paridad de género, igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad y participación intergeneracional. Art. 116.- Para las elecciones pluripersonales, la ley establecerá un sistema electoral conforme a los principios de proporcionalidad, igualdad del voto, equidad, paridad y alternabilidad entre mujeres y hombres, y determinará las circunscripciones electorales dentro y fuera del país.

listas se respete los principios de alternabilidad y paridad [...] Esta Corte, luego de analizar la documentación pertinente, concluye que la actuación de los entes electorales no discriminan, bajo ninguna circunstancia, a los representados por la accionante, pues por el contrario, en ejercicio de acciones afirmativas que promuevan la igualdad real entre hombres y mujeres que aspiren ocupar cargos públicos de representación política, es necesario que las listas estén construidas de tal forma que las mujeres alcancen efectivamente una función de representación y es precisamente eso, aquello que la accionante incumplió al presentar las listas para concejales¹⁰¹.

El TCE en una resolución¹⁰² anterior declaró la inconstitucionalidad de una norma reglamentaria¹⁰³ que afectaba el derecho a la participación política equitativa de las mujeres por la inadecuada aplicación de la alternancia y la secuencia entre hombres y mujeres en las listas pluripersonales de candidatas/os a cargos de elección popular.

El TCE sostuvo que el espíritu de las acciones afirmativas es establecer la igualdad de oportunidades por medio de medidas que permitan contrarrestar la discriminación (en este caso por razones de género). El Art. 102 de la CPE, que establece que el Estado garantizará la participación equitativa de hombres y mujeres como candidatos en procesos de elección popular, consagra una medida especial cuyo espíritu es combatir la discriminación sufrida históricamente por las mujeres al haber sido excluidas de la toma de decisiones políticas. La definición sobre alternabilidad y secuencia que consta en el artículo impugnado no garantiza la participación equitativa entre varones y mujeres y atenta a la igualdad de condiciones al establecer que una mujer puede ser ubicada en la papeleta electoral luego de haber sido ubicados

101 Corte Constitucional del Ecuador para el Período de Transición, Sentencia No. 02-09-SEP-CC, Caso 0111-09-EP.

102 Tribunal Constitucional del Ecuador, Resolución No. 028-2002-TC.

103 Art. 40 del Reglamento de la Ley General de Elecciones. "Las candidaturas pluripersonales deberán presentarse con, al menos, el 30% de mujeres entre los principales y el 30% entre los suplentes. La alternabilidad y secuencia en la presentación de listas deberá seguir el orden par o impar. Alternabilidad es la distribución en la lista de forma sucesiva entre hombres y mujeres. Secuencia es la serie de combinaciones que pueden realizarse en la lista, al tratarse de representaciones de 3 a 5 dignidades, saltando uno o dos puestos; de 6 dignidades en adelante, pasando entre dos y tres puestos y así sucesivamente".

dos o tres varones. Dado que el Estado ha asumido el deber de eliminar las condiciones de desigualdad en la participación electoral entre hombres y mujeres hay que evitar efectos que menoscaben ese objetivo y resulta obligación de toda autoridad regular en beneficio de las acciones afirmativas. Por lo que considera que la norma impugnada viola entre otros el derecho a la igualdad y la no discriminación¹⁰⁴.

En el caso de la sentencia sobre la constitucionalidad del Proyecto de Ley Estatutaria por la cual se reglamenta la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de las diferentes ramas y órganos del poder público¹⁰⁵, la CCC¹⁰⁶ se planteó la siguiente interrogante: ¿Las acciones afirmativas y el trato especial con fundamento en el género es violatorio del Art. 13 de la Constitución?¹⁰⁷

Para el efecto, la CCC define las acciones afirmativas como aquellas “políticas o medidas dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos, ya sea con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural o económico que las afectan”¹⁰⁸, bien de lograr que los miembros de un grupo que ha sido discriminado, tengan una mayor representación”¹⁰⁹.

Dentro de ellas ubica las denominadas medidas de discriminación inversa o positiva que tiene como características propias que consideran aspectos como el sexo o la raza (criterios considerados sospechosos) y porque se producen en una situación de especial escasez de bienes (por ejemplo puestos de trabajo, cupos universitarios) lo cual implicaría que el beneficio a favor de estos grupos trae como consecuencia perjuicio a otros.

104 Salgado, Judith, “Igualdad de género y justicia constitucional”, en Tribunal Constitucional del Ecuador, *Un cambio ineludible: La Corte Constitucional*, Quito, 2008, pp. 111-130.

105 El análisis de esta sentencia lo tomo de un artículo que escribí en 2007 en el que se puede encontrar un estudio más pormenorizado del caso. Salgado, Judith, *Ibid*.

106 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia, C 371-00.

107 Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

108 Ruiz Miguel, Alfonso, “Discriminación inversa e igualdad”, citado en la sentencia C- 371-00.

109 Kent, Greenwalt, “Discrimination and reverse discrimination”, citado en la sentencia C-371-00.

Aclara también que la CCC ha considerado como criterios sospechosos aquellas categorías que:

(i) Se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales estas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; (ii) han estado sometidas, históricamente a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; y (iii) no constituyen *per se*, criterios con base a los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales¹¹⁰.

Entonces el estar de frente a una categoría sospechosa el examen de razonabilidad del trato diferente debe ser muy severo y profundo pues históricamente el trato diferente por razones de sexo, raza o etnia ha estado vinculado a usos discriminatorios.

La CCC plantea también los elementos necesarios para que se configure una medida de discriminación inversa.

1) “la validez de estas medidas depende de la real operancia de circunstancias discriminatorias. No basta, por ejemplo, la sola condición femenina para predicar la constitucionalidad de supuestas medidas positivas a favor de las mujeres; además de ello deben concurrir efectivas conductas o prácticas discriminatorias”¹¹¹. 2) No toda medida de discriminación inversa es constitucional como parece sugerirlo una de las intervinientes. En cada caso habrá que analizarse si la diferencia en el trato, que en virtud de ella se establece, es razonable y proporcionada. 3) Las acciones afirmativas deben ser temporales, pues una vez alcanzada la “igualdad real y efectiva” pierden su razón de ser.

Inscrito en el marco de la interpretación constitucional como tópica¹¹², la CCC recurre a datos estadísticos para demostrar la baja participación de

110 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia, C 371-00.

111 Sentencia C-410 de 1994 de la CCC citada en la Sentencia C-371-00.

112 Se basa en la concretización de la norma constitucional y los principios orientadores de su interpretación. Para la concretización el intérprete debe adecuar la norma constitucional al problema y resolver contrastando argumentaciones y construyendo a partir de ahí la decisión de la forma más conveniente posible.

las mujeres en los más altos niveles decisorios del Estado colombiano. A partir de tales cifras llega a las siguientes contundentes conclusiones:

- A pesar de existir un claro equilibrio entre la población femenina y masculina calificada para acceder a puestos de dirección esto no se refleja en la representación efectiva;
- La precaria representación femenina obedece a una lógica discriminatoria, lo cual se demuestra en el hecho de que en la carrera administrativa cuyos cargos se proveen por el sistema de méritos, la representación de las mujeres llega incluso a sobrepasar a la de los hombres;
- Es necesario remover los obstáculos presentes que impiden la participación de la mujer con medidas de efecto inmediato que disminuya la subrepresentación y de efecto a largo plazo que incida en la transformación de la mentalidad.

A partir de esta constatación, la CCC coloca un punto muy importante en la discusión sobre acciones afirmativas al defender que no basta garantizar la igualdad en el punto de partida, sino que hace falta garantizarla también en el punto de llegada. En este sentido afirma:

[...] la población capacitada para desempeñar cargos de alta responsabilidad política, se encuentra (desde hace ya un buen tiempo) equitativamente distribuida entre hombres y mujeres y que incluso la balanza se inclina cada vez más a favor de las últimas. Si a pesar de existir hoy igualdad en el punto de partida la situación en el punto de llegada sigue siendo inequitativa, es porque no son los méritos o no son solo ellos los que determinan que las más altas responsabilidades del Estado estén mayoritariamente en manos de hombres.

Al analizar la cuota del 30% fijada por la Ley Estatutaria para la participación de la mujer en los cargos de máximo nivel decisorio y de otros niveles decisorios, la CCC echa mano de una herramienta de interpretación constitucional como es el llamado juicio de proporcionalidad para establecer si la diferencia en el trato es o no constitucional.

A continuación realizo un resumen de los principales argumentos desarrollados en la aplicación del juicio de proporcionalidad.

a. Se persigue una finalidad válida a la luz de la Constitución

La finalidad de esta ley es aumentar en un tiempo corto la participación de las mujeres en cargos directivos y de decisión del Estado hasta llegar a una representación equitativa, corrigiendo el sistema de selección para estos cargos que continúa parcializado en detrimento de la población femenina. Esta finalidad se encuentra plenamente sustentada en varios artículos de la CPC¹¹³.

b. El trato diferenciado es adecuado para lograr la finalidad perseguida

La cuota de por lo menos un 30% logrará que al menos este porcentaje ocupe cargos directivos y de decisión en el Estado, por lo mismo es una medida adecuada.

c. El medio utilizado es necesario

Para responder esta pregunta la CCC retoma los principales reparos manifestados en contra de esta medida y emite sus criterios al respecto.

Frente al argumento de que lo equitativo sería una cuota del 50%, la CCC señala que el 30% es el tope mínimo y que por lo mismo no obsta a que el porcentaje pueda ser mayor. Adicionalmente sostiene que de acuerdo con las Naciones Unidas este porcentaje permite generar una *masa crítica* que propiciaría contrarrestar la discriminación contra la mujer en la participación política, y de esta manera Colombia daría cumplimiento al porcentaje del 30% que se comprometió a nivel internacional.

Con relación al argumento de que la cuota se dirige a eliminar únicamente la subrepresentación de mujeres pero no ataca las causas de este fenómeno, la CCC resalta que este tipo de medidas contrarrestan la “invisibilidad” de las mujeres y la creencia patriarcal de que el lugar de las mujeres es la esfera privada y por lo mismo tiene un efecto simbólico importante al evidenciar que la equidad de género es un asunto que atañe a la esfera pública. De otra parte plantea que se abriría la posibilidad de políticas públicas que favorezcan a

113 Art. 1, 2, 13, 40 y 43 de la CPC. Ver anexo 2.

todas las mujeres y no solo a las mujeres mejor situadas que acceden a los centros de poder.

La CCC desarma el argumento de que en lugar de las cuotas se debe mejorar la educación y capacitación a la mujer. En efecto, demuestra que en Colombia el porcentaje de mujeres egresadas de instituciones de educación superior es superior al de hombres y que, sin embargo, su representación en los cargos decisorios es significativamente menor. Retoma el argumento de Naciones Unidas, según el cual al ritmo actual de participación de mujeres en funciones públicas decisorias se alcanzaría la paridad en 400 años. En este contexto, establece que al momento no se conoce otra medida tan eficaz como la cuota y que en la práctica no resulta tan onerosa en cuanto sacrificio de otros principios constitucionales.

d. El trato diferenciado es proporcional

La CCC desbarata la aseveración de que la medida viola el derecho a la igualdad y el trabajo de los hombres, haciendo la siguiente pregunta: ¿La mengua de un privilegio que se ha tenido a costa del marginamiento de alguien implica una desventaja para quien lo ha ostentado? Hace un parangón entre la abolición de la esclavitud y el reclamo de quienes ejercían propiedad sobre los y las esclavas. Adicionalmente señala que la cuota no es en absoluto desproporcionada como hubiese sido por ejemplo contemplar un porcentaje del 80% de mujeres. Además plantea que ocupar cargos de libre remoción no es un derecho adquirido, es una expectativa, por tanto no hay carga excesiva impuesta a los hombres.

Con relación al argumento de que la cuota termina por discriminar a las mujeres pues sugiere que son inferiores o discapacitadas y que por sus propios méritos no pueden llegar a ocupar los cargos de mayor responsabilidad, la CCC sostiene que parte de la idea de que las mujeres tienen igual capacidad para desempeñarse en cargos de responsabilidad, pero ve necesaria la intervención del Estado para remover obstáculos históricos que impiden dicho acceso.

Concluye la CCC que la cuota del 30% para la participación de mujeres en cargos de decisión es razonable y proporcionada.

Otro ejemplo de acción afirmativa lo encontramos en el siguiente caso en que se presenta una acción de inconstitucionalidad ante la CCC¹¹⁴, alegando que la expresión “la mujer” en la siguiente norma viola el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres: “Corresponde al municipio: 5. Solucionar las necesidades insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental, agua potable, servicios públicos domiciliarios, vivienda recreación y deporte, con especial énfasis en la niñez, la mujer, la tercera edad y los sectores discapacitados, directamente y, en concurrencia, complementariedad y coordinación con las demás entidades territoriales y la Nación, en los términos que defina la ley”¹¹⁵.

La CCC declara exequible la norma alegando que la mujer goza de una especial protección constitucional y que para materializarla el Estado puede tomar medidas de acción afirmativa. Para la Corte “la norma acusada denota en su contenido normativo una acción afirmativa en cabeza de los municipios y a favor de grupos de especial protección constitucional como los niños, las personas de la tercera edad, los discapacitados y las mujeres”¹¹⁶.

La situación del género femenino en Colombia no es una en la que se pueda predicar de manera cierta la igualdad material de los géneros, por lo que se encuentra justificado, para realizar dicha igualdad, que el legislador, como ocurre en la disposición demandada tome medidas de acción afirmativa en favor de éste grupo. Puede afirmarse entonces, que la disposición jurídica acusada no es una norma que excluya de entrada y de manera inmediata al hombre. Simplemente, el artículo demandado otorga una prelación en cabeza de los municipios y a favor de la mujer, para satisfacer sus necesidades insatisfechas¹¹⁷.

2.2.3. Reconocimiento de la diferencia para brindar protección especial

En algunas ocasiones el reconocimiento de la diferencia es relevante para reforzar la protección de aquellas personas o grupos de personas que se en-

114 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-667-06.

115 Art. 3 de la Ley 136 de 1994.

116 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-667-06.

117 *Ibid.*

cuentran en un estado de vulnerabilidad en razón de edad, discapacidad, experiencia traumática, situación socioeconómica, etc. En tales casos, desconocer la diferencia tiene como resultado su exclusión y discriminación, por lo mismo lo que se busca es una lectura de los derechos humanos en clave diferencial.

En el siguiente caso¹¹⁸ se demanda ante la CCC la inconstitucionalidad de varios artículos de una ley¹¹⁹ que establece apoyos especiales a la mujer cabeza de familia. El accionante alega que las normas al excluir a los hombres que son cabeza de familia los discrimina al igual que a las personas que se encuentran bajo su dependencia.

La CCC declara exequibles las normas demandadas en las que se otorga beneficios directos a la mujer cabeza de familia desestimando que sean discriminatorios contra los hombres y, de otra parte, declara exequibles otras normas demandadas en el entendido, que los beneficios establecidos en dichos artículos a favor de las personas dependientes de la mujer cabeza de familia se harán extensivos a los hijos menores y a los hijos impedidos dependientes del hombre que, de hecho, se encuentre en la misma situación que una mujer cabeza de familia, en los términos y bajo el requerimiento del artículo 2 de la misma Ley. En este supuesto la CCC basa su decisión en la especial protección constitucional a niños y niñas.

Veamos cómo define la norma a la mujer cabeza de familia: “quien siendo soltera o casada, tenga bajo su cargo, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar”¹²⁰.

En mi opinión es factible que un hombre cumpla con las condiciones que definen a la mujer cabeza de familia (aunque se trate de situaciones excepcionales). Retomando a Williams, considero importante que en los casos en que un hombre asume los roles de género usualmente asignados a las mujeres (la crianza y cuidado de hijos e hijas, por ejemplo) las normas que brin-

118 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia, C-964-03.

119 Art. 1 - 21 de la Ley 82 de 1993.

120 Art. 2 de la Ley 82 de 1993.

dan un trato preferente deberían serles aplicables. Es decir que con la norma se proteja el rol social de cuidado más allá del sexo biológico¹²¹.

En este caso, la CCC reitera su línea jurisprudencial en el sentido que un hombre cabeza de familia no puede ser beneficiario de los apoyos especiales estipulados para la mujer cabeza de familia. Retoma lo desarrollado en sentencias anteriores para apuntalar su argumentación.

Con la categoría “mujer cabeza de familia” se pretende apoyar a la mujer a soportar la pesada carga que por razones, sociales, culturales e históricas han tenido que asumir, abriéndoles oportunidades en todas las esferas de su vida y de su desarrollo personal y garantizándoles acceso a ciertos recursos escasos, al tiempo que se busca preservar condiciones dignas de vida a los menores y personas que se encuentran en estado de debilidad manifiesta a cargo de ella¹²².

Si todos los beneficios que se establecen para la mujer cabeza de familia debieran otorgarse al hombre que se encuentra en la misma situación, ningún efecto tendría entonces la protección especial ordenada por el Constituyente para la mujer cabeza de familia. No sobra señalar que a la luz del principio de igualdad, soporte fundamental del concepto de Estado Social de Derecho, se impone una acción de las autoridades y de la sociedad que no ha de ser siempre neutra, y ello con el fin de lograr el equilibrio necesario en pro de un sistema más justo y equitativo, fundado en la dignidad humana. De esta forma, se espera, por el contrario, que se otorgue un trato especial a los grupos sociales que se hallan en condiciones reales de indefensión o de inferioridad¹²³.

Veamos si este precedente varía de alguna manera en el siguiente caso¹²⁴ en el que varios hombres que se declaran cabeza de familia alegan que han sido discriminados por no hacerlos sujetos de la protección que se otorga a las madres cabezas de familia en cuanto a la prohibición de retirarlas de la función pública.

121 Joan Williams propone extender los privilegios tradicionales de las mujeres a los hombres que desempeñan roles tradicionalmente femeninos, cambiando el objetivo de aquellos privilegios del sexo (forma del cuerpo) al género (roles sociales). Véase Williams, Joan, “Igualdad sin discriminación”, en Facio, Alda y Lorena Frías (eds.), *Género y derecho*, Ediciones LOM, Santiago de Chile, 1999, p. 84.

122 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C- 184-03.

123 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-255-01.

124 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia, SU 389-05.

La CCC recurre a un análisis de los cambios más recientes que vive Colombia respecto de la conformación de las familias para contextualizar el estudio del caso concreto.

El fenómeno de los padres cabeza de familia, si bien no tiene la magnitud ni la dimensión del fenómeno de las mujeres cabeza de familia, sí existe y, cada día, va en aumento. Según la Encuesta Nacional de Demografía y Salud de Profamilia, el 61% de los niños vive con ambos padres. El 27% vive solamente con la madre, de los cuales el 23.3% tienen el padre vivo y el 3.7% restante no. El 2.7% de los niños vive sólo con el padre, de los cuales tan sólo el 0.3% tiene la madre muerta; en el 2.4% de los casos la madre está viva¹²⁵. En la medida en que las mujeres han logrado ir superando los estereotipos y prejuicios, los hombres a su vez han comenzado a desempeñar nuevos roles, como por ejemplo, participar activamente en las labores que demanda la crianza de los hijos¹²⁶.

La CCC llega a las siguientes conclusiones:

[...] las medidas que adopten las autoridades en virtud del apoyo constitucional especial de que es titular la madre cabeza de familia, pueden extenderse también al hombre cabeza de familia, pero no por existir una presunta discriminación de sexo entre uno y otro, sino como consecuencia de hacer realidad el principio de protección del menor, cuando éste se encuentre al cuidado exclusivo de su padre y en aquellos casos en que sus derechos podrían verse efectiva y realmente afectados [...] el fundamento de la protección debe ser el artículo 44 de la Constitución, o sea, el interés superior del niño, pues es en esa medida que no puede protegerse únicamente a la mujer cabeza de familia sino que debe extenderse el beneficio al padre que demuestre estar en el mismo predicamento¹²⁷.

125 Encuesta Nacional de Demografía y Salud, *Salud Sexual y Reproductiva en Colombia de Profamilia*, Bogotá, octubre de 2000, p. 13, citado en Corte Constitucional de Colombia, Sentencia, SU 389-05.

126 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-184-03.

127 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU 389-05.

Pasa luego la CCC a precisar quién será considerado padre cabeza de familia. De entrada sostiene que no basta con que el hombre se encargue de proveer el dinero necesario para sostener el hogar y asegurar así las condiciones mínimas de subsistencia de los hijos, sino que además debe demostrar ante las autoridades competentes, algunas de las siguientes situaciones:

- Que sus hijos propios, menores o mayores discapacitados, estén a su cuidado, que vivan con él, dependan económicamente de él y que realmente sea una persona que les brinda el cuidado y el amor que los niños requieran para un adecuado desarrollo y crecimiento;
- Que no tenga alternativa económica, es decir, que se trate de una persona que tiene el cuidado y la manutención exclusiva de los niños y que en el evento de vivir con su esposa o compañera, ésta se encuentre incapacitada física, mentalmente o moralmente, sea de la tercera edad, o su presencia resulte totalmente indispensable en la atención de hijos menores enfermos, discapacitados o que médicamente requieran la presencia de la madre;
- Que acredite la condición de padre cabeza de familia en declaración notariada.

Como vemos en este caso la CCC mantiene la argumentación de que la protección especial de los niños y niñas así como las personas con discapacidades es la que fundamenta la extensión de la protección a hombres cabeza de familia. Sin embargo, me parece que avanza en dar cuenta de los cambios, todavía incipientes, en los roles familiares de cuidado a la infancia.

En otro caso de tutela presentado ante la CCC¹²⁸, una madre reclama la protección de los derechos de su hija sorda de 15 años a la salud, la vida digna, la igualdad y la integridad personal que alega han sido vulnerados por el hospital accionado al negarle la asignación de un intérprete en lenguaje de señas que le asista en todas las citas psicológicas programadas como posible víctima de abuso sexual. La CCC concede la tutela y ordena al hospital que provea de una persona que tenga dominio del lenguaje de señas para que

128 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-006/08.

asista a la menor en las citas de psicología que le fueron ordenadas como posible víctima de abuso sexual.

La CCC afirma que las minorías discretas u ocultas (personas con limitaciones auditivas, en el habla, o en la visión) cuentan con una protección constitucional reforzada para el logro de su inclusión social que comprende: (i) la proscripción de medidas discriminatorias o excluyentes; (ii) la remoción de obstáculos y barreras de acceso a sus derechos de ciudadanía política, civil y social; (iii) las acciones afirmativas o de discriminación positiva, que les permitan acceder, en igualdad de condiciones, al goce de sus derechos fundamentales; y (iv) las políticas de prevención, rehabilitación e integración social¹²⁹.

Asegura que:

El presente caso tiene tres condiciones de protección constitucional reforzada que no fueron tenidas en cuenta en los fallos de instancia: (i) que la protección solicitada recae sobre una menor cuyo derecho a la salud tiene carácter fundamental [...] (ii) que en la menor coexiste una condición de debilidad manifiesta derivada de su sordera profunda, y en su caso, el lenguaje por señas constituye lenguaje materno y de él depende la satisfacción de sus necesidades básicas de comunicación y expresión; (iii) que la atención médica que requiere la menor se deriva de un posible acto de abuso sexual¹³⁰.

Para la CCC los obstáculos que tiene la menor para utilizar el lenguaje de señas y la exigencia de acudir a un lenguaje escrito que no le permite expresar adecuadamente sus necesidades como persona, constituye una barrera de acceso a sus derechos como víctima y representa una forma indirecta de discriminación (igualación con quienes no son iguales) que le impide tener las garantías de que gozan los demás menores.

En el siguiente caso, el padre y la madre de tres hijos quienes padecen el síndrome de cromosoma X frágil asociado con retardo mental, interponen una acción de tutela¹³¹ contra la Alcaldía Mayor y la Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá, por considerar violados sus derechos fundamentales

129 *Ibíd.*

130 *Ibíd.*

131 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-117-03.

a la igualdad, libre desarrollo de la personalidad, petición, derecho de los niños, y educación.

Sucede que en aplicación de la política denominada “pico y placa”, la Alcaldía restringe la circulación de vehículos en los horarios de mayor congestión, y en el caso concreto negó la solicitud de permiso especial de circulación. Los hijos de los accionantes asisten a un centro de educación especial en razón del síndrome que tienen. Dicho centro no cuenta con servicio de transporte por lo cual los progenitores son quienes trasladan en su vehículo privado a sus hijos. Cabe resaltar que quienes tienen el síndrome de cromosoma X frágil no pueden ser transportados en medios de transporte masivos pues no soportan los tumultos, entran en pánico y se vuelven agresivos adicionalmente el servicio de taxi les resulta muy costoso por la distancia que hay entre su hogar y el centro educativo¹³². La CCC decide aceptar la tutela en base a los siguientes argumentos:

La igualdad ante la ley, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, no implica uniformidad en la regulación de situaciones esencialmente distintas. Por el contrario, exige ponderación de los hechos sobre los cuales recae una solución jurídica determinada para ajustarla de manera equitativa y razonable. [...] La discriminación hace referencia a la conducta o trato, dirigido a restringir derechos, libertades y oportunidades, sin justificación objetiva y razonable o, a la **omisión injustificada en el trato especial a que tienen derecho ciertos grupos de personas, privándolas de los beneficios, ventajas y oportunidades**. [...] para establecer si ha existido una violación del derecho a la igualdad por omisión de trato favorable a las personas discapacitadas, es necesario verificar: primero, que se haya producido un acto —jurídico o de hecho— u omisión; segundo, que se presente una restricción injustificada o una carga desproporcionada sobre los derechos, libertades u oportunidades de los discapacitados; y tercero, que exista conexidad directa entre el acto positivo u omisivo y la afectación de los derechos fundamentales de estas personas¹³³. (El resaltado es mío.)

¹³² *Ibid.*

¹³³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-288 de 1995.

La CCC concluye que todos esos elementos exigidos por la jurisprudencia constitucional se cumplen en el caso bajo estudio por lo que se constata una discriminación por omisión de trato favorable.

Adicionalmente, “la Corte considera que para el presente caso se justifica un trato diferenciado por parte de la Administración en lo concerniente a la situación particular de los aquí afectados, quienes por su condición mental y física les es imposible llevar una vida normal al igual que sus conciudadanos. Por tal razón la accionada debió de haber otorgado la correspondiente autorización para circular durante el horario de restricción a la familia [...]”¹³⁴.

En todos los casos analizados dentro de este bloque encontramos en mayor o menor medida un reconocimiento de la diferencia que se traduce en la defensa de la autonomía de los pueblos indígenas, el reconocimiento de derechos específicos a titulares colectivos, la consideración de situaciones de desigualdad real basadas en discriminaciones históricas. Así también apreciamos respuestas estatales para transformar la desigualdad real constatada por medio de acciones afirmativas de carácter temporal o mediante mecanismos de protección especial y reforzada a ciertos grupos que se encuentran en un estado de vulnerabilidad en razón de características propias sumadas al contexto social discriminatorio.

2.3. La incapacidad de reconocer la diferencia sin “normalizarla”

¿Qué pasa cuando el derecho está concebido a partir de una matriz binaria en la que no caben otras existencias no clasificables ya sea como hombres o mujeres? ¿Qué sucede cuando la realidad muestra existencias que no caben en ese molde binario? ¿Cómo responde el derecho frente a las identidades sexuales ambiguas?

Me parece que el caso de personas intersexuales y el ejercicio de sus derechos es un desafío enorme a responder, más aún cuando la misma estructura binaria de género es naturalizada y cualquier existencia que desborda tal dicotomía fija es vista como anormal.

Muy pertinentes resultan aquí las palabras de Butler: “¿en quién puedo convertirme en un mundo donde los significados y los límites del sujeto están

134 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-117-03.

definidos para mí de antemano? ¿Qué normas me constriñen cuando empiezo a preguntarme en qué me puedo convertir? ¿Y qué pasa cuando empiezo a convertirme en alguien para el que no hay espacio dentro de un régimen de verdad dado?¹³⁵

La siguiente sentencia de la CCC¹³⁶ trata el caso de un niño de 8 años de edad que al nacer le fue asignado el sexo masculino. Posteriormente y por medio de diversos exámenes que fueron realizados durante varios años se le diagnosticó *pseudohermafroditismo femenino con virilización extrema*. Su conformación genética corresponde a XX (mujer), tiene órganos femeninos internos (útero y ovario derecho), agrandamiento progresivo de pene, carece de testículos y presenta una marcada tendencia social, cultural y psicológica hacia el sexo masculino.

Los padres del niño solicitan se ordene la cirugía de asignación de sexo masculino, afirmando que la negación de la misma viola el derecho a la integridad, el libre desarrollo de la personalidad, al debido proceso y los derechos fundamentales de los niños. Piden se autorice el consentimiento sustituto.

La CCC da cuenta de sentencias anteriores¹³⁷ para explicar las diversas formas de consentimiento para el caso de cirugías altamente invasivas (como sería la de asignación de sexo) y los requisitos necesarios para que tal consentimiento sea constitucional.

Distingue el *consentimiento sustituto* que en el caso de niños y niñas menores de cinco años es asumido por los progenitores siempre que se tomen en cuenta los siguientes elementos: (i) urgencia del tratamiento; (ii) grado de afectación de la autonomía actual y futura del niño/a; (iii) el alcance ordinario o invasivo de la práctica médica, (iv) la edad y madurez del niño/a. En el caso de mayores de cinco años, la CCC reconoce el *consentimiento informado* que requiere: (i) que se suministre información necesaria al paciente sobre riesgos y beneficios de la intervención para que cuente con todos los elementos de juicio para poder aceptar o rehusar un tratamiento; (ii) que se brinde información de manera persistente durante todo el tratamiento clí-

135 Butler, Judith, *op. cit.*, p. 90.

136 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia, T-1025/02.

137 Corte Constitucional de Colombia, Sentencias SU 337-99; T-477-95; T-551-99; T-692-99 y T-1390-00.

nico y postoperatorio; (iii) que sea cualificado es decir se exprese por escrito cuando el riesgo del tratamiento y las condiciones del paciente así lo exijan. En este caso la decisión es del niño o niña. Y es precisamente a partir del caso que estamos analizando que la CCC crea una tercera forma denominada *consentimiento asistido* que incluye los siguientes requisitos: (i) que exista un acuerdo médico en torno a la alternativa clínica adecuada para el menor; (ii) que la identidad de género del menor se encuentre marcada o acentuada social y psicológicamente; (iii) que se asegure acompañamiento de un equipo interdisciplinario de profesionales para salvaguardar el consentimiento asistido. En este tipo de consentimiento deben coincidir el consentimiento expreso de los progenitores, la expresa voluntad del niño y la asesoría profesional. Caso contrario no se puede practicar la intervención quirúrgica.

Señala la CCC:

[...] negarle a un menor la identificación de su género o aplazar de manera indeterminada la asignación de su sexo hasta la pubertad, contraviene los atributos estimativo y temporal del ser, reflejo de su propia autonomía y libertad, y que le garantizan a éste un espacio dentro de la comunidad para la proyección de su personalidad y la constitución de su propio plan de vida.

Por otra parte, someter al menor por la apariencia extraña de sus genitales al rechazo social y al traumatismo psicológico derivado de su estado patológico, sería desconocer el alcance que tiene el derecho fundamental a la salud (artículo 44 de la Constitución), que comprende no sólo el cuidado o la atención física del paciente sino también la salvaguarda de su salud síquica. Por esta razón, el *bienestar sicofísico* del individuo se vería turbado si se le privara del reconocimiento de su real identidad sexual o de género.

En efecto, no sería justo ni correcto aplazar una operación cuya decisión de género es previsible, hasta que sea el propio menor quien la apruebe con un mayor grado de conciencia, cuando los padres en ejercicio de su derecho natural de cuidado, crianza y formación pueden asistir a sus hijos para el perfeccionamiento y manifestación de su voluntad. Por lo tanto, en estos casos, el goce y la protección de los derechos fundamentales de los menores no puede limitarse a la sola capacidad del individuo para la toma de decisiones vitales ya que, entonces, la protección especial que ordena la Constitución y

los tratados internacionales sobre los derechos de los niños, resultaría vacua e inoperante¹³⁸.

En mi criterio, resulta convincente el argumento de la CCC por cuanto en este caso, el niño se identifica como varón y por lo mismo en su expresión de voluntad de ser reconocido como varón está en juego el ejercicio de su derecho a la autonomía, el libre desarrollo de la personalidad, en suma su derecho a la identidad.

Sin embargo, no deja de llamarme la atención la patologización de las personas intersexuales tanto desde el discurso médico como desde el discurso jurídico, así como el temor frente a la ambigüedad y la indeterminación.

[...] si la identificación sexual se halla presente en todas las manifestaciones de la personalidad del sujeto por constituir un importante elemento de su identidad. En casos de ‘estados intersexuales’ o ‘hermafroditismo’ no puede prescindirse, desconocerse o abstenerse de permitir la consolidación del sexo o género del paciente, so pena de vulnerar los derechos fundamentales a la identidad personal y al libre desarrollo de la personalidad ya que, dejar a la persona en una estado sexual de indeterminación, conlleva al desconocimiento de su libertad de autoprojectarse en comunidad, y de paso, se niega su condición intrínseca de hombre temporal y estimativo. [...] es preciso reconocer que la intervención médica en tratándose de estados ‘intersexuales’ o ‘hermafroditismo’ no sólo pretende aliviar o curar una determinada patología, sino que persigue el logro de un objetivo superior, consistente en concretar un aspecto determinante de la naturaleza humana, esto es, la identidad sexual de la persona¹³⁹.

Creo que al analizar con más detenimiento estas afirmaciones podemos ratificar que en la sentencia subyace una concepción dominante de un sexo/género binario (hombre o mujer), la intersexualidad es vista como una patología, un estado de indeterminación y ambigüedad que debe ser superado. No dudo que las personas intersexuales, sus padres, madres y familiares seguramente habrán constatado que la vida resulta más difícil de ser vivida

138 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-1025-02.

139 *Ibid.*

cuando una persona no encasilla en las dos posibilidades legitimadas, aceptadas y reconocidas de identidad sexual y de género. ¿Pero será que la única respuesta frente a esta diferencia sea la definición por una de las dos opciones socialmente legitimadas?

Lo que más cuestionamientos me plantea es que se sostenga que la *indeterminación sexual* resultaría en la negación de la condición de ser humano temporal y estimativo. ¿Desde este razonamiento las personas intersexuales que rechazan cualquier tipo de intervención en su cuerpo, que se mantienen tal cual como intersexuales, pierden su condición humana? En otras palabras, ¿es que las personas requieren pasar por un proceso de “normalización” para ser efectivamente reconocidas como humanas y por consiguiente como sujetos de derechos humanos?

En todo caso para este debate no puedo dejar de recordar las palabras de Butler:

La justicia no es sólo o exclusivamente una cuestión de cómo se trata a las personas o de cómo se constituyen las sociedades. También atañe a las decisiones, y a sus consecuencias: qué es una persona y qué normas sociales debe respetar y expresar para que se le asigne tal cualidad, cómo reconocemos o no los otros seres vivos como personas dependiendo si reconocemos o no la manifestación de una cierta norma en y a través del cuerpo del otro¹⁴⁰.

Y se me viene a la mente la película XXY que suelo proyectar en las clases de género y derechos humanos cuando tratamos el tema de la intersexualidad. La película nos acerca a la historia de Alex un/a adolescente intersexual y los conflictos que se generan alrededor de su identidad. En uno de los diálogos que mantiene con Álvaro, un chico adolescente de quien Alex se enamora, podemos evidenciar otras maneras de entender la propia identidad.

Álvaro: ¿Qué sos vos?

Alex: Soy las dos cosas.

Álvaro: Eso no puede ser.

Alex: Vos no me vas a decir lo que puedo ser o no ser¹⁴¹.

140 Butler, Judith, *op. cit.*, p. 90.

141 Puenzo, Lucía, XXY, Argentina / España / Francia, 2007.

Y si es que efectivamente las personas intersexuales ya son y existen, cabría preguntarnos si será posible “imaginar un mundo en el cual los individuos con atributos genitales mixtos puedan ser aceptados y amados sin tener que transformarlos en una versión socialmente más coherente o más normativa del género”¹⁴².

El caso analizado en este bloque ilustra los límites del derecho frente a la diferencia que no calza en la matriz de comprensión y de inteligibilidad. No es sólo que el estado intersexual se considere inferior, sino que de entrada se descarta la posibilidad de una existencia atravesada por la ambigüedad sexual. La necesidad de definición por una de las dos alternativas (hombre o mujer) es la única respuesta jurídica ya sea inmediata o a futuro. ¿No será esta una evidencia de que la respuesta frente a lo que no alcanzamos a comprender con las categorías que tenemos a mano es la negación de su existencia en lugar del cuestionamiento a nuestras herramientas de análisis?

III. Conclusiones

Recapitulando, creo que es fundamental reiterar que la motivación central de esta investigación ha sido la preocupación compartida con Guerrero de que el problema contemporáneo más acuciante es la colonialidad de la alteridad, esa enorme dificultad de relacionarnos con la diferencia, cualquiera que ésta sea, y de construir formas de convivencia que superen las visiones dominantes basadas en las jerarquizaciones.

Es precisamente para resaltar dicha dificultad que de manera intencional he incluido en el título de este artículo el verbo lidiar (con la diferencia), pues su significado nos remite a la idea de batallar y enfrentar aquello que nos pone en aprietos, aquello que nos causa molestia o que sentimos como amenaza, aquella *insoportable diferencia del otro/a*.

El derecho también es interpelado por las diferencias, pues su propósito de regular de manera general las relaciones sociales se ve desafiado cotidianamente por la complejidad y diversidad de nuestras sociedades. Esto es posible constatar en los casos concretos que llegan a ser juzgados por los diversos

142 Butler, Judith, *op. cit.*, p. 99.

tribunales. Y es tomando en cuenta este elemento que las fuentes principales de esta investigación han sido sentencias emitidas por las cortes constitucionales de Ecuador y Colombia, por medio de cuya revisión, he ensayado respuestas a la pregunta: ¿Cómo responde la justicia constitucional ecuatoriana y colombiana en los casos que afronta la diferencia?

En síntesis he ubicado tres maneras de lidiar con la diferencia, la primera en la que se refleja la crítica a diferencias que inferiorizan y que por lo mismo son consideradas discriminatorias, si bien en algunos casos esa crítica se queda a medio camino, al reconocer derechos a medias a grupos históricamente excluidos. La segunda respuesta evidencia en mayor o menor grado formas de reconocimiento de la diferencia ya sea de cosmovisiones, de situaciones de desigualdad que requieren la intervención estatal para ser superadas o de características específicas que al ser ignoradas en lugar de protegidas acarreen el desconocimiento de derechos humanos. La tercera respuesta es la que quizá nos deja mayores interrogantes y se refiere a la incapacidad de afrontar la diferencia sin sucumbir a la tentación de “normalizarla”.

En cada sentencia encontramos una disputa para dar sentido y significado a los derechos que están en juego en el caso concreto. Jueces y juezas intentan convencernos de que su argumentación es la más idónea y lo hacen por lo general desde el discurso jurídico aceptado que es el de la neutralidad, la objetividad y la racionalidad. Ahora bien, su argumentación no puede desprenderse de su manera de ver, estar y ser en el mundo. Algunas sentencias analizadas dejan ver de manera más clara este trasfondo, obviamente la disputa de sentidos y el posicionamiento ideológico resulta mucho más evidente cuando encontramos votos disidentes.

Reconocer la “no neutralidad” de jueces y juezas no quiere decir dar vía libre a la arbitrariedad en las decisiones judiciales, sino simplemente dejar de engañarnos con un discurso que apenas enfrenta un acercamiento más práctico, que muestra todas sus fisuras e inconsistencias.

En mi criterio el derecho puede ser tanto un instrumento de dominación y legitimación de las jerarquizaciones sociales como una herramienta limitada de transformación social pero, además, tal como nos muestran experiencias recientes desde la diversidad sexual en Ecuador, el derecho también puede ser usado precisamente para develar sus límites, sus rigideces, sus estrecheces.

IV. Bibliografía

- Añón, María José, *Igualdad, diferencias y desigualdades*, Distribuciones Fontamara, México, D.F., 2001.
- Butler, Judith *Deshacer el género*, Editorial Paidós, Barcelona, 2006.
- Comité de la Convención de eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, CEDAW, *Recomendación General No. 25*.
- Facio, Alda, “Metodología para el análisis de género del fenómeno legal”, en Ávila Santamaría, Ramiro, Judith Salgado y Lola Valladares (comps.), *El género en el derecho. Ensayos críticos*, Serie Justicia y Derechos Humanos. Neoconstitucionalismo y Sociedad, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos / UNIFEM / Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Quito, 2009.
- Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Editorial Trotta, Madrid, 1999.
- Guerrero, Patricio, *Corazonar. Una antropología comprometida con la vida. “Nuevas miradas desde Abya Yala para la descolonización del poder, del saber y del ser”*, FONDEC, Asunción, 2007.
- Jaramillo, Isabel Cristina, “La crítica feminista al derecho”, en Ávila Santamaría, Ramiro, Judith Salgado y Lola Valladares (comps.), *El género en el derecho. Ensayos críticos*, Serie Justicia y Derechos Humanos. Neoconstitucionalismo y Sociedad, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos / UNIFEM / Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Quito, 2009.
- Kennedy, Duncan, *Freedom and constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology*, citado por César Rodríguez, *Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidad de los jueces. Los estudios críticos del derecho y la teoría de la decisión judicial*, Siglo de Hombres Editores / Uniandes/Instituto Pensar, Bogotá, 1999.
- McDowell, Linda, “La definición del género”, en Ávila Santamaría, Ramiro, Judith Salgado y Lola Valladares (comps.), *El género en el derecho. Ensayos críticos*, Serie Justicia y Derechos humanos. Neoconstitucionalismo y Sociedad, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos / UNIFEM / Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Quito, 2009.

- Olsen, Frances, “El sexo del derecho”, en Ávila Santamaría, Ramiro, Judith Salgado y Lola Valladares (comps.), *El género en el derecho. Ensayos críticos*, Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos / UNIFEM / Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Quito, 2009.
- Quijano, Aníbal, “Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina”, en Pajuelo, Ramón y Pablo Sandoval (comps.), *Globalización y diversidad cultural*, Instituto de Estudios Peruanos, Lima, 2004.
- Salgado, Judith, *La reapropiación del cuerpo. Derechos sexuales en Ecuador*, Universidad Andina Simón Bolívar / Abya Yala/ Corporación Editora Nacional, Quito, 2008.
- , “Derechos de personas y grupos de atención prioritaria en la Constitución Política del Ecuador”, en Andrade, Santiago, Agustín Grijalva y Claudia Storini (eds.), *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador/ Corporación Editora Nacional, Quito, 2009.
- , “Igualdad de género y justicia constitucional”, en Tribunal Constitucional del Ecuador, *Un cambio ineludible: La Corte Constitucional*, Quito, 2008.
- , “Justicias y desprotección a mujeres indígenas contra la violencia. Posibilidades de interculturalidad”, en Espinosa Gallegos-Anda, Carlos y Danilo Caicedo Tapia (eds.), *Derechos ancestrales. Justicia en contextos plurinacionales*, Serie Justicia y Derechos Humanos. Neoconstitucionalismo y Sociedad, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009.
- Sousa Santos, Boaventura de, *La caída del Angelus Novus. Ensayos para una nueva teoría social y una nueva práctica política*, ILSA/Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2003.
- Vaggione, Juan Marco, “Las familias más allá de la heteronormatividad”, en Motta, Cristina y Macarena Sáenz (eds.), *La mirada de los jueces. Sexualidades diversas en la jurisprudencia latinoamericana*, Tomo 2, Siglo de Hombres Editores / American University Washington Collage of Law / Center of Reproductive Rights, Bogotá, 2008.
- Williams, Joan, “Igualdad sin discriminación”, en Facio, Alda y Lorena Frías (eds.), *Género y derecho*, Ediciones LOM, Santiago de Chile, 1999.

Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Editorial Trotta, Madrid, 2002.

Normativa

Constitución de Política de la República de Colombia.

Constitución Política del Ecuador, 1998.

Constitución de la República del Ecuador, 2008.

Convención de Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW).

Internet

www.corteconstitucional.gov.co.

www.proyecto-transgenero.com.

<http://www.youtube.com/watch?v=NetE7USzdXo>.

Igualdad y diversidad sexual. La hegemonía de la heterosexualidad en el derecho ecuatoriano

Danilo Caicedo Tapia¹
Angélica Porras Velasco²

Sumario

I. Introducción. II. Género y discurso. III. La ley como discurso. IV. La heterosexualidad de la ley. 4.1. La heteronormatividad en las Constituciones ecuatorianas. 4.1.1. El principio de igualdad. 4.1.2. La familia heterosexual monogámica legítima. 4.2. La heteronormatividad en la legislación penal. 4.2.1. La familia heterosexual monogámica legítima. 4.2.2. La gestión de la sexualidad. 4.3. Análisis jurisprudencial. V. A manera de conclusión. VI. Bibliografía.

- 1 Licenciado y abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador; diplomado en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador; candidato a Máster con Mención en Derecho Constitucional por la misma Universidad. Editor de varios libros de la Serie Justicia y Derechos Humanos; editorialista en varias publicaciones periódicas. Miembro del Colectivo PRODH; servidor de la Subsecretaría de Desarrollo Normativo del Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos del Ecuador.
- 2 Doctora en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador; doctora en Ciencias Políticas por la Universidad de Salamanca, España. Se desempeñó como profesora de la Universidad Iberoamericana Golfo Centro, Puebla, México. En la actualidad es profesora de la Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador. Ha desarrollado diversas consultorías, investigaciones y trabajos para la Organización Internacional del Trabajo en Ecuador, el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos del Ecuador, entre otras entidades.

I. Introducción

La materialidad del sexo como construcción discursiva por medio de la repetición ritualizada de normas³ es una de las tesis derivadas de los debates feministas y de la teoría del género más interesantes de los últimos tiempos. Esta hipótesis contraintuitiva, nos plantea una serie de preguntas y, a la vez, sugiere algunas respuestas a temas que han preocupado a los estudiosos de las relaciones del género desde hace tiempo.

¿Cómo y mediante qué mecanismos el discurso produce la materialización del sexo en un contexto específico? ¿Cuál es el papel que tienen las normas jurídicas en esta construcción? ¿Cómo las normas jurídicas en general y penales en particular materializan los sexos? Son algunas de las inquietudes que aparecen —en un primer acercamiento— desde este planteamiento al campo del derecho. Esta investigación de carácter exploratorio tiene el propósito de analizar los procesos, por medio de los cuales las normas jurídicas constitucionales y penales han aportado a la construcción de la matriz heterosexual que materializa los sexos en el caso ecuatoriano.

Para ello, hemos partido de los aportes teóricos del deconstruccionismo y la teoría de género, revisando en primer término las relaciones género/discurso y discurso/ley; para luego hacer una revisión de las normas constitucionales y penales sobre familia, matrimonio, filiación y delitos sexuales desde inicios de la era republicana y, finalmente, analizar las resoluciones y sentencias dictadas sobre el tema por los órganos encargados del control constitucional y judicial.

II. Género y discurso

En este acápite intentaremos desarrollar dos tesis que son el resultado directo de la materialización del sexo por el discurso: la primera: la construcción de los sujetos normales y anormales a partir del control o gestión del sexo; y la

3 Véase Butler, Judith, *Cuerpos que importan. Sobre los límites materiales y discursivos del sexo*, Paidós, Barcelona, México, 2002; también Butler, Judith, *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la humanidad*, Paidós, México, 2000.

segunda, la generación y consolidación de la matriz heterosexual como forma privilegiada de discurso que da forma a los cuerpos y que instaura la heteronormatividad.

Para iniciar esta discusión, es importante esbozar algunos de los planteamientos más relevantes que en el marco de la deconstrucción se han planteado sobre la relación sexo/género. Contrariamente a las tesis que proponen que el sexo es una categoría natural, mientras el género un elemento netamente cultural; Butler sostiene que “tal vez la construcción llamada “sexo” está tan culturalmente construida como el género sexual”⁴; como consecuencia, la distinción no resulta ser tal. Ya sea que el sexo asume la significación social del género o que el género asume el sexo, este último queda reemplazado⁵.

En este orden de ideas, Peggy Kamuf sostiene que tanto los elementos sexo como género son en realidad construcciones sociales continuas y no estrictamente diferenciadas y excluyentes⁶, que se constituyen en operaciones discursivas de producción y de inscripción cultural de significado⁷. Se puede afirmar entonces que el “sexo postulado como anterior a la construcción se convertirá —en virtud de haber sido postulado— en el efecto de esa misma postulación, la construcción de la construcción”⁸. Ambas operaciones se intercalan y se difuminan, diluyendo los límites temporales⁹.

Las operaciones de producción e inscripción materializan los sexos, pues ciertas construcciones sobre el cuerpo son constitutivas; sin ellas no se puede pensar en una identidad del “yo” o del “nosotros”. En esa medida: “los cuerpos sólo surgen, sólo perduran, sólo viven dentro de las limitaciones productivas de ciertos esquemas reguladores”¹⁰. Esta producción se hace mediante un proceso de clasificación, categorización y jerarquización que define el “terreno del sujeto” a partir de la identificación de lo externo, de esta forma, el

4 Butler, Judith, *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la humanidad*, op. cit., p. 7.

5 Butler, Judith, *Cuerpos que importan. Sobre los límites materiales y discursivos del sexo*, op. cit., p. 23.

6 Kamuf, Peggy, “Derrida y el Género Sexual: La Otra Diferencia Sexual”, en Cohen, Tom (coord.), *Jacques Derrida y las Humanidades*, Siglo XXI editores, México, 2005, pp. 117-119.

7 Butler, Judith, *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la humanidad*, op. cit., p. 7.

8 Butler, Judith, *Cuerpos que importan. Sobre los límites materiales y discursivos del sexo*, op. cit., p. 23.

9 Butler, Judith, *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la humanidad*, op. cit., pp. 7 y ss.

10 Butler, Judith, *Cuerpos que importan. Sobre los límites materiales y discursivos del sexo*, op. cit., p. 14.

discurso “produce lo que nombra”. Ahora bien, el exterior constitutivo del sujeto marca las zonas y por tanto los seres temidos y a las vez excluidos, es decir los seres “abyectos” que no gozan de la jerarquía de sujetos¹¹. Se crea un discurso de la sexualidad humana legítimo o aceptado y otro negado y rechazado —y aún más peligroso— y por tanto reprimido y sancionado¹². El recurso privilegiado para estos fines es el discurso científico que “gestiona” y “regula” el sexo, no lo reprime.

La sexualidad (según ha dicho Foucault) no ha sido reprimida sino más bien promovida a través de la construcción discursiva del sexo, pero esto, lejos de ser la conquista de la libertad sexual es la constatación del control total sobre los cuerpos vivos, los deseos y las pasiones¹³. Con la creación de categorías discursivas se normalizan ciertos conceptos sexuales (y a su vez se silencian otros) facilitan la “gestión del sexo”. Este proceso de control se realiza a través de instrumentos técnicos como los discursos médicos, administrativos, burocráticos y psicoanalíticos, que expulsan la sexualidad no sometida a la economía estricta de la reproducción y el matrimonio monogámico de los inicios de la modernidad a las afueras de la relación legítima, anexándola a la “enfermedad mental”¹⁴.

Se crea un filtro y una depuración hacia las categorías funcionales a la nueva gestión del poder buscada por la clase social ascendente en los inicios de la modernidad, que luego se convertirá en un dispositivo individual característico de las sociedades disciplinarias actuales. De esta forma queda marcada la norma de desarrollo de la sexualidad desde la infancia hasta la vejez, caracterizando con cuidado todos los desvíos, naciendo los actos “contra natura” y “contra moral”¹⁵. Las mujeres, los niños, niñas, adolescentes y posteriormente las personas con opción sexual diferenciada fueron el blanco privilegiado del control y también y al mismo tiempo de la sanción al con-

11 *Ibidem*, pp.18-21.

12 Véase Foucault, Michel, *Historia de la sexualidad. I La voluntad de saber*, Siglo XXI editores, trigésima primera edición en español, Buenos Aires, 2007, pp. 9-11.

13 Véase Foucault, Michel, *op. cit.*; del mismo autor, *Historia de la sexualidad 2. El uso de los placeres*, Siglo XXI editores, octava edición, México, Madrid, 1996; y del mismo autor, *Historia de la sexualidad 3. La inquietud de sí*, Siglo XXI editores, octava edición en español, México, Madrid, 1996.

14 Foucault, Michael, *Historia de la sexualidad I. La voluntad de saber, op. cit.*, p. 48.

15 *Ibidem*, pp. 48-51.

siderarse disminuidas respecto del modelo central androcéntrico —mujeres— o, patologizados con relación a lo normal -homosexualidad.

La construcción de esta matriz también instituye el binarismo entre las sexualidades aceptadas y las excluidas; aquéllas que no lo son deben ser reorientadas y para ello se requiere poner en movimiento el artefacto ideológico más relacionado con el fuero interno: “la confesión”¹⁶. Las “perversiones” son escuchadas para cuestionar la sexualidad “normal” y “prevenir” cualquier desvío¹⁷.

El discurso científico es el mecanismo privilegiado para gestionar la sexualidad, aparece entonces la *scientia sexualis* que define a la “sexualidad (...)) como un dominio penetrable por procesos patológicos y que por lo tanto exigían intervenciones terapéuticas o de normalización; un campo de significaciones que descifrar; un lugar de procesos ocultos por mecanismos específicos; un foco de relaciones causales indefinidas, una palabra oscura que hay que desemboscar y, a la vez escuchar”¹⁸. Este proceso no es esporádico sino continuo, reiterativo; el sexo no solo “funciona como norma, sino que además es parte de una práctica reguladora que produce los cuerpos que gobierna”¹⁹. Esto es lo que se denomina “performatividad”²⁰; sin embargo, este proceso nunca será completo, sino que deja abiertas posibilidades de rematerialización que pueden llegar a poner en duda la hegemonía de las normas reguladoras.

En este contexto, “se considera performativa a aquella práctica discursiva que realiza o reproduce lo que nombra”²¹. Lo que hace que la materialidad del cuerpo ya no pueda concebirse independientemente de la materialidad de la norma reguladora. “De acuerdo con esta perspectiva, la construcción social de lo natural supone pues que lo social anula lo natural”²². Dicho discurso, con dificultades pero de manera hegemónica recurrente ha sido el imperativo “heterosexual” que incluye unas identificaciones y excluye otras.

16 *Ibidem*, p. 78.

17 *Ibidem*, pp. 25-32.

18 *Ibidem*, p. 86.

19 Butler, Judith, *Cuerpos que importan. Sobre los límites materiales y discursivos del sexo*, op. cit., p. 18.

20 *Ibidem*, p. 34.

21 *Ibidem*, p. 34.

22 *Ibidem*, p. 22.

III. La ley como discurso

Los argumentos postestructuralistas también se han ocupado de la ley, refiriéndose a ella como fuente de autoridad legitimada. En este sentido, el principal debate filosófico jurídico que plantea es descubrir la fuente o naturaleza de la ley, actividad que en ocasiones “recae en contradicciones y paradojas”²³.

Es necesario aclarar que el término ley es polisémico y se refiere no solamente a la ley positiva institucionalizada, sino a las prescripciones sociales, literarias, morales, entre otras. Desde esa perspectiva, Margaret Davis critica la autojustificación y autoreferencia que la Teoría Pura hace de la ley positiva a sí misma. Según Davis, dicha estructura de la ley está destinada al fracaso pues su fundamento no sería tal²⁴.

El pensamiento legal positivista ha desarrollado algunas ideas que han marcado el pensamiento jurídico del último siglo, así la validez de la ley anclada a la propia ley, ficción que se reproduce en todo el sistema legal, estableciendo una jerarquía de fuentes, en la cual la ley positiva en sus diferentes manifestaciones se constituye en base primigenia de la que se desprenden concepciones secundarias respecto a su contenido, alcance y aplicación. También produce otro efecto: la ley está más allá de la “crítica” pues ésta es irrelevante si no pasa por los “canales de reforma que la ley mismo establece”²⁵.

¿Cómo llega la ley a tener autoridad más allá de lo formal? Derrida considera que dicha autoridad deriva de su fundación, sin embargo ese momento constituye un espacio “indecidable”, pues no es legal ni ilegal, sino más bien violencia, violencia fundacional, que se declara y hace valer como “neutral” y “ecuánime”. Con todo, para el conjunto de individuos la ley representa el establecimiento de un deber u obligatoriedad, sin poder discutir o debatir sobre legitimidad de origen, intención o finalidad.

Pero la ley necesita tener legitimidad continua, es decir la violencia fundacional necesita ser reiterada, concretamente “iterable” por medio de una

23 Davis, Margaret, “Derrida y la ley: Ficciones legítimas”, en Cohen, Tom (coord.), *Jacques Derrida y las Humanidades*, Siglo XXI editores, México, 2005, p. 274.

24 *Ibidem*,

25 *Ibidem*, p. 282.

violencia conservadora principalmente realizada por el juez y operadores jurídicos²⁶.

Bajando en la jerarquía normativa, en términos deconstruccionistas podemos considerar a las leyes como *performances* primarias y, su aplicación por intermedio de los jueces en cambio, *performances* secundarias basadas en poderes legales ya existentes²⁷. Esto precisamente ha hecho surgir la duda de si un juez “activo” no tomaría en cuenta la autoridad de la ley y construiría él mismo la ley.

La concepción de ley viene acompañada de lo que anteriormente se describió como un discurso privilegiado, en el sentido de encontrarse respaldada por toda una estructura, que mediante la violencia conservadora, garantiza su obligatoriedad y cumplimiento bajo la pena de un tipo de sanción. Sin embargo:

La ley es deconstruible porque está “construida sobre estratos textuales interpretables y transformables” y porque su “fundamento último es por definición infundado”. Vale la pena repetir, entonces, que la ley no es sólo reconstruible a causa de su textualidad, sino también porque la noción misma de ley se basa en el diferencial entre lo legal y lo no legal, y entre lo legal y lo ilegal²⁸.

Así las cosas, retomaremos la crítica a la autojustificación y autoreferencia de la ley en el sentido positivista, pues como se señala este discurso no es sino una forma de violencia argumentativa o discursiva bajo la cual se superpone un discurso ilegítimo, excluyente y coercitivo²⁹; discurso oculto que se representa mediante una práctica sistemática y estructural, “violencia disfrazada de ecuanimidad que la ley ejerce en las mujeres los pueblos indígenas, pueblos afrodescendientes, las lesbianas, los bisexuales, los transexuales, los homosexuales, las lesbianas y muchos otros”³⁰.

26 *Ibidem*, pp. 290-291; también Derrida, Jacques, *Fuerza de ley. El fundamento místico de la autoridad*, editorial Tecnos, España, 2002.

27 *Ibidem*, p. 280.

28 *Ibidem*, p. 294.

29 *Ibidem*, pp. 288-291.

30 *Ibidem*, p. 299.

Como vamos a tratar de probar más adelante, la construcción del sexo se ha apoyado en un aparato productor y a la vez de inscripción cultural de la heterosexualidad, que a su vez produce forzosamente el “sexo”, ayudándose de manera sustancial en la ley en general y, en la ley positiva en particular.

IV. La heterosexualidad de la ley

Si el discurso construye lo que nombra y la ley es una forma de violencia discursiva tanto en su fundación como en su conservación, cabe preguntarse: ¿cómo la ley —en el caso concreto ecuatoriano— apoyó la instauración o inscripción de la heterosexualidad como forma única de la sexualidad legítima?³¹; ¿cuáles fueron sus performances?; y ¿cuáles sus consecuencias en términos de constitución de sujetos?

Para intentar contestar estas interrogantes analizaremos las Constituciones más relevantes de la vida republicana ecuatoriana, así como todos los Códigos Penales —que han sido mucho menos en número que los anteriores— que nos han regido, considerando como variables la familia, el matrimonio, la filiación y los delitos sexuales.

4.1. La heteronormatividad en las Constituciones ecuatorianas

Previo al análisis constitucional, debemos establecer los límites temporales de la investigación. No serán parte de este estudio los textos normativos denominados formalmente “constituciones” anteriores al año de 1830³², puesto que a partir de dicho año nace el Estado ecuatoriano³³. Así como tampoco

31 Este modelo conceptual podría servir para analizar cómo fue constituyendo el sujeto ecuatoriano derechos respecto a la cultura, por ejemplo en la Constitución de 1830 en el artículo 68 se estructura el sujeto de derechos delimitándole “al no indígena”, a quien denomina “inocente, abyecto y miserable”. Puede verse: Constitución de 1830, FIEL. Magister 7.2, Ediciones Legales, actualizado a junio 2009.

32 Los textos a los que hacemos referencia son la Constitución Quiteña de 1812; la Constitución Política Cuenca de 1820 y la Constitución Grancolombiana de 1821.

33 Si bien es cierto que no existe un acuerdo unánime de cuantas Constituciones han regido la vida jurídica del estado ecuatoriano, la generalidad de tratadistas afirman que son un total de 18, esto sin tomar en cuenta la Constitución de 1938 que no llegó a ser promulgada y la codificación de la Constitución de 1978 realizada por la “Asamblea Constituyente” de 1998.

las constituciones de la primera época de la República que guardan silencio sobre el debate que nos atañe incluso la de 1906, resultado de la Revolución liberal ecuatoriana. Establecido lo anterior, la investigación tomará como objeto de análisis a manera de muestreo las constituciones de 1945, 1979, 1998, 2008.

Las normas constitucionales han ido ampliando el catálogo de derechos y por lo tanto incluyendo cada vez a más individuos y grupos como sujetos de derechos. En este camino ha sido muy importante la evolución del principio de igualdad, que pasó de su formulación formal a la material acompañada de garantías que permitan su aplicación. Por otro lado, estas normas constitucionales han plasmado tanto valores culturales como objetivos políticos; en este campo, no se puede olvidar que la norma puede impulsar ciertos comportamientos sociales considerados adecuados a la cultura o a la política. Así, a la par de la ampliación de los derechos de igualdad y la prohibición de la discriminación respecto de todas las personas, se desarrolla el fortalecimiento de la familia heterosexual, monogámica y legítima: es un valor que se mantiene a lo largo de la vida constitucional ecuatoriana.

4.1.1. El principio de igualdad

La Constitución de 1945 introduce el principio de igualdad formal entre hombres y mujeres y hace algunos esfuerzos por avanzar en el reconocimiento de la igualdad material. La Carta Magna establece, de manera diáfana, que son ecuatorianos y ciudadanos tanto el hombre como la mujer —con los requisitos adicionales de ser mayor de dieciocho años y saber leer y escribir³⁴—; prohíbe “toda discriminación lesiva a la dignidad humana, por motivos de clase, sexo, raza u otro cualquiera” y mejora la protección de la mujer en el embarazo y en el período de lactancia. Si bien es cierto, estas disposiciones apoyan el principio de igualdad también subrayan el papel y responsabilidad exclusivas de la mujer dentro de la procreación³⁵. Estas normas constituyen un primer reconocimiento jurídico de la diferenciación por sexo³⁶.

34 Constitución de la República del Ecuador de 1945, Art. 15.

35 *Ibidem*, Art. 149.

36 *Ibidem*, Art. 141.2.

La Constitución de 1979 va un paso más adelante en cuanto a la igualdad, distingue entre la igualdad formal y la igualdad real, partiendo del dato “real” de la diferencia, intenta igualar a la mujer a un modelo androcéntrico en el cual el Estado jugará un papel fundamental, como principal auspiciante de su inclusión en la fuerza laboral, en la vida política, en la organización civil y social³⁷. Este modelo va a ser cuestionado en la Constitución de 1998 que busca superar el modelo androcéntrico —como el único posible—, así desde su preámbulo proclama la igualdad entre hombres y mujeres y la no discriminación en razón del sexo u orientación sexual³⁸; más adelante reconoce no sólo igual valor entre hombres y mujeres en tanto derechos sino también cierta igualdad de responsabilidades; propugna la “maternidad y paternidad responsable”³⁹; declara el trabajo en el hogar como tal. Las disposiciones resultan muy importantes para garantizar la igualdad pero son sesgadas, incompletas, diferenciadas e incluso direccionadas casi con exclusividad a la mujer⁴⁰ en un rol específico dentro de la familia. Esta labor está controlada por el Estado mediante sus instituciones de planificación familiar e instituciones educativas. A pesar de que estas normas son más inclusivas en términos de lenguaje sigue manteniendo la matriz heterosexual de la familia⁴¹.

La inclusión de la expresión “orientación sexual” es notoria puesto que se ratifica lo que en anteriores apartados ya expresábamos con respecto al reconocimiento de realidades y multiplicidades de discursos sobre lo sexual, dichas realidades no eran nuevas sino que se mantenían acalladas en el lenguaje jurídico como en el social. Como antes ya se había hecho antes con la mujer —al mismo tiempo que se le reconoció como sujeto de derechos se construyeron limitaciones expresas o tácitas—; sucedió de manera semejante con el lenguaje de la orientación sexual, cuestión que se evidencia en los denominados derechos a la vida sexual libre y responsable⁴². Esto por un lado identifica —construye— nuevos sujetos de derechos y, por otro, crea discursos para ejercer control sobre los cuerpos por medio de la ley secundaria.

37 Constitución de la República del Ecuador de 1979, Arts. 30 y 33.

38 Constitución de la República del Ecuador de 1998, Art. 23.

39 *Ibidem*, Art. 66.

40 *Ibidem*, Art. 36.

41 *Ibidem*, Art. 40.

42 *Ibidem*, Arts. 23.21, 23.25 y 40.

La Constitución de 2008 es un texto normativo más igualitario que los anteriores, en especial en lo referente al género y visión intercultural, esto lo podemos verificar sobre todo en el catálogo de derechos: se reconoce el derecho a la igualdad en sus diferentes dimensiones: la formal, la material y la igualdad en la diversidad; se extienden las modalidades y causas de discriminación que quedan expresamente prohibidas; se establecen grupos de atención prioritaria y se crea todo un sistema institucional sobre igualdad⁴³ que pone énfasis en medidas garantistas de los derechos sobre todo en campos como: el trabajo, la seguridad social, la salud, la participación política⁴⁴, la privación de la libertad⁴⁵, el acceso y desarrollo de justicia⁴⁶, el acceso a cargos públicos⁴⁷, entre otros.

4.1.2. La familia heterosexual monogámica legítima

La Constitución de 1945 establece un marcado cambio de paradigma con relación a las anteriores, el principal factor que la hace relevante es la implementación de un Estado Social de Derecho, una nueva organización de los derechos basada en un catálogo ordenado y debidamente desarrollado, así como en una reestructuración del Estado para cumplir con un papel mucho más activo e intervencionista. Dentro de este rol también se preocupa por apoyar a la familia y su desarrollo. La expresión: “el Estado protege a la familia, al matrimonio y a la maternidad”⁴⁸ establece un marcado reconocimiento del comportamiento sexual “socialmente aceptado” y por tanto digno de protección jurídica al más alto nivel; instituye una hegemonía del carácter heterosexual de las relaciones⁴⁹. Como se puede ver, la Constitución empieza a nombrar al sexo y lo hace como categoría diferenciadora en el acceso a derechos, es decir, establece una jerarquía de sujetos, determinante al momento de construir los límites del comportamiento socialmente aceptable con un lenguaje que se pretende neutro.

43 Constitución de la República del Ecuador de 2008, preámbulo, Arts. 11, 35, 66, 156 y 340.

44 *Ibidem*, Arts. 43, 49, 61, 67 y 116.

45 *Ibidem*, Arts. 51.6.

46 *Ibidem*, Arts. 77 y 81.

47 *Ibidem*, Arts. 70, 176 y 224.

48 Constitución de la República del Ecuador de 1945, Art. 142.

49 *Ibidem*, Art. 148.

La Constitución de 1979 significa el retorno del país a la democracia después de varias décadas de dictadura militar y civil y de inestabilidad sostenida en la política. La institución del matrimonio sufrió un cambio fundamental, su regulación se incluyó enteramente en las disposiciones relativas a la familia. La familia concebida de esta forma constituye la *célula fundamental de la sociedad*, entidad que por lo tanto debe ser protegida y garantizada por el Estado⁵⁰, asegurándole “condiciones morales, culturales y económicas que favorezcan la consecución de sus fines”⁵¹. Esta forma de legislar supone un complejo discurso concatenado, según el cual la familia no puede existir sin el matrimonio: éste es el único espacio donde está legitimada la relación sexual y la procreación.

Un nuevo e interesante elemento gira en torno a la formación de los hijos, en esta Constitución, con mayor énfasis que sobre su procreación: el discurso de control o disciplina intrafamiliar adquiere relevancia expresa en el lenguaje jurídico otorgándose al padre, quien es el sujeto encargado de precautelar conjuntamente con el Estado la “integridad moral, mental y física así como su vida en el hogar” de los “menores”⁵².

La Constitución de 1998 en cuestión de doctrina constitucional y en términos de técnica legislativa puede considerarse una codificación de la anterior Carta Política de 1979. En relación con la familia, dentro de su apartado específico, nuevamente se la reconoce como “célula fundamental de la sociedad”⁵³ y se pronuncia como principio de garantía establecer las condiciones que favorezcan la consecución de sus fines. Lo anterior se refuerza con la ya tradicional protección a la maternidad, el haber familiar y la regulación restrictiva de la unión de hecho que responde a los mismos parámetros del matrimonio tradicional⁵⁴.

La regulación de la educación es otro tópico interesante de análisis pues se impone un sistema de control compartido entre el Estado y la familia, que en términos de efectividad es mucho mayor, pues el poder de control diseminado o fragmentado es más cercano a los cuerpos⁵⁵. De esta manera las

50 Constitución del Estado del Ecuador de 1979, Arts. 8 y 22.

51 *Ibidem*, Art. 22.

52 *Ibidem*, Arts. 23 y 24.

53 *Ibidem*, Art. 37.

54 Constitución Política del Ecuador de 1998, Art. 38.

55 *Ibidem*, Arts. 66 y 67.

sexualidades periféricas antes desconocidas o silenciadas —como en el caso de los adolescentes— pasan a ser controladas por el Estado o por la familia que ejercerá su poder o imposición respecto al discurso aceptado que se deberá enseñar, mostrar y desarrollar⁵⁶.

La actual Constitución de la República expedida en el año 2008 representa una ruptura con las anteriores constituciones ecuatorianas. En principio cambia de paradigma en la forma de concebir al Estado, al Derecho y a la persona; podemos decir que dentro de la teoría política jurídica se encuentra dentro de las teorías neoconstitucionalistas⁵⁷. El Estado es constitucional de derechos y justicia con centralidad de los derechos de las personas sobre la institucionalidad política y económica⁵⁸. Otra característica destacable y diferenciadora de esta Constitución es la adopción de ciertos elementos de la cosmovisión indígena andina, adoptando el principio, modelo y régimen del buen vivir o *sumak kawsay*, que implica la búsqueda de un equilibrio o armonía en una multiplicidad de estadios, basada en la relacionalidad del ser humano como parte de un todo⁵⁹.

Es necesario advertir que la complejidad temática, novedad y extensión de esta Constitución con relación a nuestro tema requeriría de un ensayo independiente para realizar un análisis minucioso e integral de la misma, por lo cual delimitaremos nuestra investigación a ciertas observaciones generales basados en los tópicos anteriormente analizados.

En un balance general podemos decir que este cuerpo normativo constituye sin lugar a dudas un avance cualitativo respecto al tratamiento de la “heterosexualidad” como concepto. Sin embargo como ya habíamos adelantado en la primera parte de este trabajo, consideramos que el Derecho constituye un discurso preferencial dotado de fuerza para el control, razón por la

56 *Ibidem*, Arts. 24, 43, 47 y 50.

57 Constitución de la República del Ecuador de 2008, Art. 1.

58 Para una mayor profundización sobre el tema recomendamos ver: Ávila Santamaría, Ramiro, “Ecuador Estado constitucional de derechos y de justicia”, en Ávila Santamaría, Ramiro (ed.), *Constitución del 2008 en el contexto andino*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, pp. 19-38.

59 Para una mayor profundización sobre el tema recomendamos ver: Silva Portero, Carolina, “¿Qué es el *buen vivir* en la Constitución?”, en Ávila Santamaría, Ramiro (ed.), *Constitución del 2008 en el contexto andino*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, pp. 111-153.

cual sus preceptos serán puestos en entredicho a pesar de su utilidad práctica y de contribuir en el proceso de reconocimiento y garantía de derechos.

El reconocimiento de distintos tipos de familia y de la unión libre sin limitación heterosexual constituyen un adelanto, sin embargo, la familia constitucionalmente está caracterizada como heterosexual y la unión libre como “monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial”⁶⁰ de acuerdo con las condiciones que establezca la ley, dejando así la puerta abierta a una eventual reforma donde parejas del mismo sexo pueden formar unión libre aunque con una limitación estricta para los derechos de adopción.

Como podemos observar, si bien el lenguaje muestra una mayor apertura en determinados campos, por otro lado establece nuevos discursos con prohibiciones más severas y estables por constar en el texto constitucional. Este control también se conforma más amplio en cuanto a la regulación de sujetos y tipologías que se encontraban como periféricas, este es el caso de las denominadas familias transnacionales que pasan hacer enfáticamente reguladas en diversas partes del articulado⁶¹.

Es de notar que a diferencia de las anteriores constituciones, la presente a pesar de contar con varias secciones específicas respecto a la familia, el matrimonio, los derechos sexuales, etc., dispersa sus contenidos en distintas partes del cuerpo normativo. Se impone a la vez un deber especial de cuidado tanto público como privado a los denominados grupos de atención prioritaria en los que se incluye a los niños, niñas y adolescentes. Este tipo de control dirigido de manera específica sirve como un control focalizado e intensivo⁶².

4.2. La heteronormatividad en la legislación penal

En esta parte del ensayo analizaremos —a breves rasgos— cómo la ley penal ecuatoriana fue construyendo la heteronormatividad y por tanto criminalizando las formas que se le oponían. Con este fin, estudiaremos en los Códigos Penales que han estado vigentes en el país: 1837, 1872, 1906, 1938, 1972 (actual), dos grupos de delitos: los encaminados a fortalecer la familia heterosexual monogámica legítima y aquéllos que van a intentar gestionar la

60 Constitución de la República del Ecuador de 2008, Art. 68.

61 *Ibidem*, Arts. 40, 69 y 419.

62 *Ibidem*, Art. 35.

sexualidad imponiendo un comportamiento específico “correcto” principalmente para mujeres, niños, niñas y adolescentes y homosexuales mediante los llamados “delitos sexuales”.

4.2.1. La familia heterosexual monogámica legítima

La revisión de los varios Códigos Penales que han regido en el Ecuador, nos permite constatar que el asunto del fortalecimiento de la familia y por tanto de los valores que derivan de ella fue, al menos en un inicio, un asunto público tal es así que durante mucho tiempo estos tipos penales estuvieron integrados en el título de los delitos contra la moral pública o la moral de la familia. Sólo a partir de 1938 se incorporan a los denominados delitos contra las personas, es decir se convierten en un asunto entre particulares.

La familia se apuntala por medio de un proceso continuo con al menos tres elementos: la consolidación de la autoridad del varón; la sexualidad contenida en el matrimonio y orientada a la reproducción, sobre todo en la mujer; y, la seguridad en la filiación directamente relacionada con las dos anteriores.

Para lograr el apuntalamiento de la autoridad masculina dentro de la familia, los distintos Códigos Penales tipifican como delitos conductas que van desde la simple descripción de faltas de los hijos contra sus padres y curadores, así como de las mujeres contra sus maridos (Código de 1837); hasta la figura de homicidio excusable que exime de responsabilidad al marido que mate a su mujer cuando la sorprenda en “acto carnal con un hombre”⁶³, o la escasa pena impuesta por dar muerte a la hija, nieta o hermana cuando sea sorprendida en “acto carnal con algún hombre”⁶⁴. Estos dos últimos tipos penales se mantienen sin cambios en el Código de 1889⁶⁵, desaparecen en el de 1906 (Código Liberal), se reincorporan en el Código de 1938 con un ligero cambio, para abarcar dentro del sujeto pasivo del homicidio excusable, a ambos cónyuges y no sólo a la mujer como anteriormente había sido⁶⁶, y estuvieron vigentes hasta el Código de 1971. Como se puede ver estas nor-

63 Código Penal de 1837, Art. 446.

64 *Ibidem*, Art. 439.

65 Código Penal de 1889, Art. 453.

66 Código Penal de 1938, Art. 27.

mas, además de sancionar conductas concretas, intentan controlar el cuerpo de la mujer, pero sobre todo su sexualidad y librarla a la supervisión del varón: sea padre o marido.

La contención de la sexualidad en el matrimonio se busca mediante dos caminos: el primero con la tipificación y sanción de los delitos de bigamia y matrimonios ilegales, y el segundo con el tipo penal del adulterio y posteriormente el concubinato. El Código de 1837 introduce los delitos de bigamia, celebración de matrimonios ilegales y el adulterio⁶⁷; el de 1889 mantiene todos ellos e incluye el concubinato⁶⁸ que sanciona a hombres y mujeres que mantengan una relación fuera del matrimonio; así permanecen en los Códigos de 1906 y 1938 hasta que el Código de 1971 elimina el concubinato, y en 1983 mediante reforma el delito de adulterio⁶⁹.

La orientación de la sexualidad a la reproducción, sobre todo en las mujeres, se puede evidenciar en la evolución del delito de aborto: el Código de 1837 lo establece, pero su sanción se dirige a quienes lo facilitan y no a la mujer⁷⁰, esto corrobora por un lado que el cuerpo de la mujer no era considerado un espacio para su autonomía, a tal punto que ni siquiera es responsable de lo que se hace con él⁷¹, pero también indica que la razón principal de la sexualidad es la reproducción: no se justifica entonces la interrupción de un embarazo. En el Código de 1889 se produce un cambio sustancial en el tipo, la mujer aparece como sujeto activo del delito y por tanto susceptible de ser sancionada, sin embargo cuando la razón del “aborto” ha sido ocultar su “deshonra” la pena baja sustancialmente⁷². Nuevamente, por encima de la autonomía de la mujer está la honra de su rol, es decir la honorabilidad de su familia o del varón. El tipo se mantiene sin demasiados cambios hasta la actualidad⁷³ a pesar de algunos intentos para reformarlo, es decir muestra

67 Código Penal de 1837, Arts. 299-308; 458-461, 462-466, 486-490.

68 Código Penal de 1889, Arts. 402-404.

69 El adulterio como delito fue suprimido por el artículo final del Código de Procedimiento Penal, Ley No. 143, publicada en Registro Oficial 511 de 10 de junio de 1983.

70 Código Penal de 1837, Art. 456 y 457.

71 El Código Penal de 1837 clasifica a las penas en represivas (las más graves); correctivas (de mediana gravedad); y, pecuniarias (menos graves). Arts. 6, 7 y 8.

72 Código Penal de 1889, Arts. 369-374.

73 El Código de 1938 introduce dos causales de aborto no punible en 1938, que se mantienen hasta la actualidad: cuando se haga para no causar daño a la madre o cuando se haga en mujer “idiota” que haya sido violada, el tipo se mantiene hasta la actualidad.

una pertinaz resistencia a su eliminación, seguramente porque esta conducta sirve para fortalecer y profundizar el control sobre el cuerpo de las mujeres y reorientar su comportamiento hacia valores aceptados socialmente.

En cuanto a la seguridad en la filiación, el Código de 1837 introduce los delitos de abandono de niños y el impedimento de la prueba de su estado civil⁷⁴, delitos que se mantienen hasta la actualidad.

4.2.2. La gestión de la sexualidad

Los delitos sexuales han tenido una evolución en el Derecho ecuatoriano que puede caracterizarse tanto por sus procesos como por sus fines. Por sus procesos, conforme lo señala Alberto Bovino se produce la “objetivación del bien jurídico a un valor que trasciende a la víctima”⁷⁵; esta afirmación tiene dos elementos relevantes: uno, la “objetivación” de la víctima, es decir no se reconoce el sujeto ofendido, sino una parte objetiva de él, en el caso de la legislación ecuatoriana encontramos cuestiones como la “virginidad” y la “pureza” como bienes a ser protegidos en el caso de violación; y, dos, la trascendencia del valor agredido, que va más allá de la víctima, se sitúa a nivel familiar o social, ejemplo claro de ello es la inclusión de los delitos sexuales en aquéllos que ofenden el honor o la moralidad familiar o social, situación de los primeros códigos penales ecuatorianos. Precisamente por esa “transindividualidad” del bien protegido se exige que el o la agredida reaccione con una contundencia que cancele incluso su individualidad (su derecho a la vida). Por sus fines, la tipificación de los delitos cumple al mismo tiempo varias finalidades, desarrolla un catálogo del buen comportamiento sexual, especialmente dirigido a las mujeres, los niños, niñas y adolescentes mediante la sanción de ciertos comportamientos como el adulterio, el concubinato, el homosexualismo.

El Código de 1837 no tipifica los delitos sexuales como tales, se refiere solamente y de manera ambigua a los abusos deshonestos y al estupro, llama la atención que en el primer caso se sanciona con mucha más gravedad si la mujer es casada, al parecer lo más importante no es la afectación a la mujer

74 Código Penal de 1837, Arts. 458-466.

75 Bovino, Alberto, “Delitos sexuales y justicia penal”, en Birgin, Haydeé (comp.), *Las trampas del poder punitivo. El género del Derecho Penal*, Editorial Bilbos, Buenos Aires, 2000, pp. 185 y ss.

y su libertad, sino el “honor de la familia” o el “honor del varón”⁷⁶. En cuanto al estupro es interesante constatar que el bien protegido es la “virginidad”, esto se mantiene así en el Código de 1889 para el propio estupro y para la violación⁷⁷. Como se ve, el bien protegido es una condición específica en el cuerpo de la mujer que es valorada como positiva, en ese momento no existe un sujeto mujer con derechos a la integridad sexual y física, así como tampoco con libertad para decidir. A tal punto, que la violación se concreta incluso si no existe ni violencia, ni fuerza aunque sí “seducción” o “halago”. El Código de 1906 mantiene estos tipos penales más o menos intactos⁷⁸.

El Código de 1938 intenta modernizar el sistema penal, por un lado organiza de manera más clara y en torno a los bienes jurídicos protegidos los diferentes delitos y, por otro, tipifica los delitos sexuales; bajo esta denominación allí están contenidos el adulterio, el atentado contra el pudor, la violación, el estupro, la corrupción de menores, la prostitución y el rapto. El estupro introduce un cambio importante, aunque en el mismo sentido mencionado en párrafos anteriores, la protección de una característica física: “virginidad de la mujer” de los Códigos de 1837 y 1889 se transforma en el de la “mujer honesta”. De la “protección” de “la virginidad” se pasa al sujeto, pero es un sujeto cosificado, calificado: “mujer honesta”, digna de ser protegida, y al mismo tiempo construye a la otra mujer la “deshonesta” que no merece protección del poder estatal. La honestidad es un término tan ambiguo que se libra a la interpretación de los operadores judiciales que participan de los estereotipos y valores sociales y se constituyen en verdaderos estandartes y vigilantes de la identificación del sujeto. Otra característica de este Código es el detalle en la tipificación de los diferentes delitos sexuales sobre todo cuando se cometen en contra de los niños, niñas y adolescentes; en ese sentido, la sexualidad de la niñez y la juventud se cuida y protege, a la vez que se controla o debe controlar con mayor prolijidad⁷⁹.

El Código de 1971 mantiene los tipos penales de delitos sexuales inalterados hasta la reforma de junio del 2005, que trae interesantes novedades; respecto al estupro, se mantiene con la diferencia de que puede realizarse en

76 Código Penal de 1837, Arts. 482 y 483.

77 Código Penal de 1889, Arts. 392-404.

78 Código Penal de 1906, Arts. 357-369.

79 Código Penal de 1889, Arts. 481-490.

cualquier persona, no sólo en mujer honesta⁸⁰. En la violación, es clara la intención de especificar con el mayor detalle posible las conductas, los sujetos y las consecuencias del delito⁸¹. El Código mediante reforma de 1998 tipifica el acoso sexual⁸² no sólo para el espacio laboral, sino también para el docente, religioso o similar. El camino que ha tomado el Código en lo que se refiere a los delitos sexuales denota una intención de hacer más específicas las conductas, sobre todo las que afectan a los niños, niñas y adolescentes desplazando a la mujer como principal “objeto de protección”, pero al mismo tiempo no podemos dejar de reconocer que este es un intento por orientar la ley penal a la verdadera protección de los sujetos víctimas de ellos.

En cuanto a la tipificación de los delitos que contrarían la heterosexualidad el cambio ha sido muy poco desde 1889 cuando se introducen por primera vez, bajo la denominación de sodomía⁸³; el tipo se extiende en 1906 para cubrir más hipótesis de hecho⁸⁴ y en 1938 el delito se transforma en el de homosexualidad⁸⁵ como tal, su tipificación sufre más o menos la misma transformación que en el caso del estupro, y violación pasa de un rasgo concreto, en este caso en la relación sexual: la sodomía, a la creación de un concepto materializador de un sujeto: el homosexual; es decir, la ley nombra la conducta prohibida y construye al sujeto “anormal” que debe ser perseguido. En el Código de 1971 se sigue manteniendo el delito de homosexualismo en los mismos términos que en los anteriores, sin embargo hay una demanda por inconstitucionalidad contra este artículo que terminó con una declaración de inconstitucionalidad del inciso primero del artículo 516 referente a los casos de relaciones sexuales del mismo sexo (varón) con consentimiento. Esta norma resulta muy interesante en su análisis pues en ninguna parte menciona que por homosexualismo se entenderán las relaciones sexuales, esta

80 Código Penal, Art. 509. Artículo reformado por Ley No. 2, publicada en Registro Oficial 45 de 23 de junio de 2005.

81 Código Penal, Arts. 512 y ss.

82 Nota: Artículo agregado por Ley No. 105, publicada en Registro Oficial 365 de 21 de julio de 1998. Nota: Artículo sustituido por Ley No. 2, publicada en Registro Oficial 45 de 23 de junio de 2005.

83 Código Penal de 1889, Art. 399.

84 Código Penal de 1906, Art. 364.

85 Código Penal de 1889, Arts. 481-495.

ambigüedad de la norma hace pensar que se sanciona en general la homosexualidad y al sujeto homosexual⁸⁶.

Una de las reformas más importantes del Código, realizada en los últimos años, es la relacionada con los delitos sexuales, que buscan por un lado modernizar los tipos penales, adaptarlos a los cambios sociales y, por otro, incluyen nuevas conductas relacionadas con la conversión de la sexualidad en mercancía. Aparecen tipificados delitos como la trata de personas con diversos fines, entre ellos los sexuales, la explotación sexual comercial, la explotación sexual asociada a viajes y turismo, entre otras; además con imposición de penas muy severas, que van hasta los 35 años de cárcel⁸⁷. Sobre este punto, que no existe un antecedente directo en los Códigos Penales anteriores, no se trata por tanto de la transformación de una de las instituciones jurídicas que ya existían en la normativa penal ecuatoriana, sino enteramente la introducción de unos tipos penales nuevos, que ponen en discurso una nueva dimensión de la sexualidad —la comercial— y, por otro lado, sancionan ciertas conductas que la facilitan y la usan y controlan ciertos comportamientos.

Es necesario mencionar que este Código pone énfasis en la protección de la persona menor de edad frente a la explotación sexual comercial; sin embargo, al evitar sancionar “al cliente/explotador” prácticamente se deja intacta la demanda⁸⁸, el deseo. Aunque el delito va encaminado a sancionar a quien explota, crea un sujeto, en este caso, la persona que está siendo explotada a quien además de ser víctima se le atribuye una calidad cuestionable por haber “aceptado” su victimización; este proceso desde luego no está explícito en la ley, pero sí en su aplicación. El poder judicial ha respondido con escasos recursos técnicos y a veces ciertamente violatorios de derechos humanos; muchos casos se convierten en la discusión de la probidad “moral” de la víctima, convirtiendo el proceso en una revictimización de ella y en

86 Aceptar parcialmente la demanda formulada y declarar la inconstitucionalidad del inciso primero del artículo 516 del Código Penal, y suspender totalmente los efectos de dicho inciso, que textualmente dice: “En los casos de homosexualismo, que no constituyan violación, los dos correos serán reprimidos con reclusión mayor de cuatro a ocho años”. Dado por Resolución Tribunal Constitucional No. 106, publicado en Registro Oficial Suplemento 203 de 27 de noviembre de 1997.

87 Código Penal. Art. ...- En el caso de concurrencia de delitos sexuales y/o de trata de personas, las penas se acumularán hasta un máximo de treinta y cinco años. Nota: Capítulo y Artículo agregados por Ley No. 2, publicada en Registro Oficial 45 de 23 de junio de 2005.

88 Código Penal, artículos innumerados introducidos por la Ley 105.

una imposición inútil de la pena encaminada generalmente al último eslabón, el más débil, de la cadena de la trata o la explotación. La protección frente a la trata y la explotación termina convirtiéndose en una forma clara de control del comportamiento sexual, claramente dirigido a las mujeres adolescentes.

4.3. Análisis jurisprudencial

En general el tema de la diversidad sexual ha sido poco tratado jurisprudencialmente, quizá dos han sido las decisiones judiciales más importantes, la primera es la declaración de inconstitucionalidad del artículo 516 del Código Penal, referida a la penalización del homosexualismo y, la otra, una acción de protección, en la que se pide al Registro Civil que expida un nuevo documento de identificación sobre la base de una nueva identidad sexual.

Mediante Resolución No. 106-1-97 publicada en el Registro Oficial No. 203 del 27 de noviembre de 1997, el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad del inciso primero del artículo 516 del Código Penal que dice: “en los casos de homosexualismo, que no constituyan violación, los dos correos serán reprimidos con reclusión mayor de cuatro a ocho años”. Se desestima por otro lado, los incisos dos y tres del mismo artículo que establecen:

Cuando el homosexualismo se cometiere por el padre u otro ascendiente en la persona del hijo u otro descendiente, la pena será de reclusión mayor de ocho a doce años y privación de los derechos y prerrogativas que el Código Civil concede sobre la persona y bienes del hijo.

Si ha sido cometido por ministros del culto, maestros de escuela, profesores de colegio o institutores, en las personas confiadas a su dirección o cuidado, la pena será de reclusión mayor de ocho a doce años⁸⁹.

De la revisión de la resolución se puede sostener que los argumentos utilizados por el Tribunal tienen dos líneas principales: la de protección de la familia como bien jurídico protegido frente al derecho de la libertad de opción sexual, y la del derecho de la igualdad. En el primer punto consideran

89 Código Penal, Art. 516.

que es deber primordial del Estado la protección de la familia, sus condiciones morales, culturales y económicas, así como la protección de los “menores” especialmente su integridad física y psíquica, frente a un posible riesgo de ser abusados sexualmente. Argumentan que la razón de los numerales dos y tres de este artículo es garantizar estos bienes jurídicos. Sin embargo, en ningún momento estos dos numerales especifican que el sujeto pasivo sería una persona menor de edad.

Con respecto al derecho a la igualdad, aunque la argumentación al respecto es pequeña, se reconoce el derecho de las personas homosexuales a ejercer sus derechos con plena igualdad.

La otra decisión sujeta a análisis es la Sentencia 365-09 dictada por la Tercera Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Pichincha; tiene como antecedente la acción de protección interpuesta por D.E.E.C., quien solicita al Director General del Registro Civil se le otorgue una identificación (cédula de identidad) acorde a su identidad de género. Dicha acción de protección fue declarada improcedente bajo el argumento de que se trata de un problema de “mera legalidad”.

Por medio de Recurso de Apelación se expide la Resolución 365-09 en la cual los conjuces siguen una línea argumentativa diametralmente distinta a la señalada líneas atrás. Se considera que la acción de protección es procedente por cuanto existe una violación de derechos. Los jueces sustentan su decisión en los siguientes argumentos: el derecho a la identidad que supone un conjunto de atributos tanto biológicos y de personalidad y, por tanto, no puede ser limitada, por lo cual toda acción del Estado con dicha intencionalidad es considerada ilegítima. Es más, concluyen que el Estado debe otorgar todas las condiciones necesarias para que las personas ejerzan su derecho a la identidad sexual, de conformidad con la Constitución y los instrumentos internacionales.

Alejándose de anteriores precedentes, se menciona que la homosexualidad, la bisexualidad o la transexualidad en el contexto de la legislación nacional y los instrumentos internacionales jamás pueden ser consideradas como enfermedades, anormalidades o patologías sujetas de curación, tratamiento, combate o erradicación, sino que son una manifestación u opción legítima y válida de orientación sexual, las cuales se presentan en la realidad tanto de forma psicológica como médica.

En ese contexto se ordena el inmediato cambio de los datos por parte del Registro Civil, Identificación o Cedulación de masculino a femenino y de forma adicional, como acción afirmativa, brindar mediante servicio público de salud las condiciones necesarias para consolidar su identidad sexual.

V. A manera de conclusión

La norma constitucional como fenómeno histórico debe ser observada como un reflejo fiel del pensamiento y accionar de quienes ostentan al poder, en relación con aquellos desprovistos de medios o en carencia de ellos; esto lo podemos ver en normas con dos tipos de intencionalidad: las primeras para mantener y fortalecer el *status quo* en determinado momento histórico y, las segundas, para idealizar como un objetivo o finalidad al futuro de la persona que debe ser entendido como el *optimo iure* digno de imitar o emular.

En este sentido se ha utilizado un mismo discurso que define a la heterosexualidad en relación con dos parámetros: el primero, basado en las relaciones legítimas sexuales las cuales deben desarrollarse entre distintos sexos, de forma estable, monogámica y con finalidad reproductiva; como podemos observar la heterosexualidad sana es asimilada por el concepto de familia; el segundo, relacionado con la creación y fortalecimiento de supuestos roles tradicionales o predispuestos para cada sexo y la existencia de marcados binarismos. En consecuencia, se consolida la producción de una heteronormatividad que irradia sus preceptos a la generalidad de normativa secundaria.

De esa manera, en referencia al caso ecuatoriano que no es muy distinto al caso de la gran mayoría de países latinoamericanos, se presenta un tránsito de la negación absoluta acerca de los derechos y negación de calidad de persona o ciudadano (esto en las primeras Constituciones ocurre en referencia a la mujer, luego ocurrirá en referencia a grupos con distinta “orientación sexual”), hacia un reconocimiento parcial reflejado por un tratamiento jurídico basado en el silencio selectivo o en la distinción específica (como ocurre en las últimas constituciones del siglo pasado, en las cuales la diferencia entre hombre y mujer es relevante en cuanto a la distinción legal y práctica de derechos y obligaciones, mientras que otro tipo de sexualidades simplemente son silenciadas).

Dichas normas sirven como un antecedente para que posteriormente se establezca un reconocimiento genérico de igualdad legal o formal, que permanece como un presupuesto normativo sin aplicabilidad práctica (esto ocurre en la Constitución de 1998), para finalmente llegar a un sistema caracterizado por una ampliación de derechos como de sujetos que pretende como norma fundamental materializar su contenido formal en lo real (Constitución de 2008). Lo anterior en concordancia con un proceso de extensión del control a manera de regulación del Estado en todos los aspectos que involucren a la sexualidad, tanto mediante la enunciación de postulados de valores o principios, como mediante el establecimiento de un régimen institucionalizado de control.

La norma penal, en el caso ecuatoriano, ha ido nombrando y construyendo sujetos aceptados y rechazados con base en una matriz heterosexual, mediante la punición de conductas contrarias a la estabilidad del matrimonio entre hombre y mujer, monogámico y legítimo; camino que se recorre en tres líneas: 1) el fortalecimiento de la autoridad del varón al interior de la familia, como jefe de hogar y como controlador de los cuerpos de sus miembros, sobre todo de la mujer; 2) la contención de la sexualidad en el matrimonio y orientada a la reproducción, sancionándose sobre todo cualquier conducta de la mujer, aunque también del hombre que se desvíe de esa norma; y, 3) la seguridad en la filiación que son una constante. Delitos como el adulterio, el concubinato, la prohibición de alterar el estado civil de un niño, la exención de quien mata a su cónyuge al encontrarlo en adulterio, entre otros, son ejemplo de ello.

Por otro lado, los Códigos Penales fueron construyendo un catálogo de buen comportamiento “sexual”, primero centrado y enfocado en la mujer, en un direccionamiento hacia la monogamia o la valoración de la virginidad: el aborto, el adulterio, la violación, el estupro, son casos ilustrativos. Pero luego, las normas se dirigen hacia aquéllos, cuyas conductas no son heterosexuales: se penaba el homosexualismo en todas sus formas y de manera directa, incluso cuando dicha relación era consentida por las dos personas involucradas.

La puesta en escena, mediante la ley, de discursos sobre el sexo ha ido construyendo los cuerpos y los sujetos, en varios casos —el de la mujer, el más paradigmático— su reconocimiento como sujeto es tardío y excluyente.

Durante mucho tiempo fue considerada digna de protección solamente su “virginidad” o “pureza”, posteriormente “su honestidad”: en todos estos casos la mujer sujeto de derechos no existía, pero sí su rol familiar y social que debía ser protegido. Solamente con las últimas reformas hechas en el Código Penal se logra convertir los tipos penales sobre delitos sexuales en formas o mecanismos de protección de la mujer.

Por otro lado, la construcción del sujeto no heterosexual también ha recorrido la misma senda, desde su cosificación mediante la sanción a la sodomía, a la subjetivación negativa con la penalización de la homosexualidad hasta la declaración y garantía de los derechos a la diferencia sexual y el inútil mantenimiento del tipo homosexualismo para los casos cometidos entre familiares o en espacios educativos, que no tiene razón de ser, pues las personas menores de edad están protegidas por otros tipos penales como la violación y con penas muy severas.

Ahora bien, resulta interesante que tanto en las normas como en las sentencias sea un valor importante a contraponerse con la libertad sexual individual, una eterna protección de la familia y sus valores, como lo muestra claramente la Sentencia 106-1-97 analizada. Precisamente en esta misma línea, los Códigos han terminado por poner énfasis en el control, gestión y “protección” de los valores sexuales de las personas menores de edad, construyendo al mismo tiempo un catálogo de lo que *debería ser* su buena conducta.

Como se puede ver a lo largo de esta pequeña investigación, la puesta en escena, el “performance” reiterativo de las normas ya sea a nivel constitucional, legislativo o judicial, va nombrando los objetos o sujetos dignos de protección a la vez que delimitando sus contrarios, aquellos que deben ser castigados, erradicados y por tanto evitados.

VI. Bibliografía

Ávila Santamaría, Ramiro: “Ecuador Estado constitucional de derechos y de justicia”, en Ávila Santamaría, Ramiro (ed.), *Constitución del 2008 en el contexto andino*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, noviembre 2008.

- Bovino, Alberto, “Delitos sexuales y justicia penal”, en Birgin, Haydeé (comp.), *Las trampas del poder punitivo. El género del Derecho Penal*, Editorial Bilbos, Buenos Aires, 2000.
- Butler, Judith, *Cuerpos que importan. Sobre los límites materiales y discursivos del sexo*, Paidós, Barcelona, México, 2002.
- , *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la humanidad*, Paidós, México, 2000.
- Davis, Margaret, “Derrida y la ley: Ficciones legítimas”, en Cohen, Tom (coord.), *Jacques Derrida y las Humanidades*, Siglo XXI editores, México, 2005.
- Derrida, Jacques, *Fuerza de ley. El fundamento místico de la autoridad*, editorial Tecnos, España, 2002.
- Foucault, Michel, *Historia de la sexualidad. I La voluntad de saber*, Siglo XXI editores, trigésima primera edición en español, Buenos Aires, 2007.
- , *Historia de la sexualidad 2. El uso de los placeres*, Siglo XXI, octava edición, México, Madrid, 1996.
- , *Historia de la sexualidad 3. La inquietud de sí*, Siglo XXI, octava edición en español, México, Madrid, 1996.
- Kamuf, Peggy, “Derrida y el Género Sexual: La Otra Diferencia Sexual”, en Cohen, Tom (coord.), *Jacques Derrida y las Humanidades*, Siglo XXI editores, México, 2005.
- Rodríguez, Marcela, “Algunas consideraciones sobre los delitos contra la integridad sexual de las personas”, en Birgin, Haydeé (comp.), *Las trampas del poder punitivo. El género del Derecho Penal*, Editorial Bilbos, Buenos Aires, 2000.
- Silva, Carolina, “¿Qué es el buen vivir en la Constitución?”, en Ávila Santa-
maría, Ramiro, *Constitución del 2008 en el contexto andino*, Ministerio
de Justicia y Derechos Humanos, Quito, noviembre 2008.
- Código Penal (1937, 1889, 1906, 1938 y 1972) en *FIEL Magister 7.2*, Ediciones Legales, Junio 2009.

Normativa

- Constituciones de la República del Ecuador (1830, 1869, 1906, 1979, 1998, 2008) en *FIEL Magister 7.2*, Ediciones Legales, junio 2009.

Código Penal de la República del Ecuador (1837, 1872, 1906, 1938, 1972)

en *FIEL Magister* 7.2, Ediciones Legales, junio 2009.

Registro Oficial No. 203, jueves 27 de noviembre de 1997.

Sentencia del Proceso No. 365-09. Tercera Sala de lo Civil de Pichincha.

El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros de la jurisprudencia interamericana¹

Ariel E. Dulitzky²

Sumario

I. Precisión terminológica previa. II. Los motivos prohibidos de discriminación y los estándares de revisión. III. Violencia, discriminación y la debida diligencia en la investigación. IV. Conclusión. V. *Post scriptum*. VI. Bibliografía.

- 1 El presente ensayo forma parte de: *Anuario de Derechos Humanos, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derechos Humanos de la Universidad de Chile*, No. 3, Año 2007. Las opiniones expresadas en el presente artículo son de exclusiva responsabilidad del autor y no representan necesariamente los puntos de vista de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, los de su Secretaría Ejecutiva, los de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, o los de los Estados Miembros de la OEA. Agradezco los comentarios de Elizabeth Abi-Mershed, Rosa Celorio, Manuela Cuvi y Daniela Salazar.
- 2 Doctor en Jurisprudencia por la Universidad de Buenos Aires, máster en Derecho por la Universidad de Harvard. Es profesor de Clínica de Derecho, director de la Clínica de Derechos Humanos de la Universidad de Texas y director de la Iniciativa para América Latina. Fue secretario ejecutivo Adjunto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Ha sido consultor de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, fue codirector Ejecutivo del Centro por la Justicia y en Derechos Internacional (CEJIL). Ha realizado varias publicaciones sobre derechos humanos, discriminación racial y Estado de Derecho en América Latina. Ha sido profesor de la Universidad de Buenos Aires y del Washington College of Law de la American University.

En la Conferencia Regional Preparatoria para la “Conferencia Mundial contra la Discriminación Racial, el Racismo, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia”, los gobiernos de las Américas establecieron principios que dan un marco conceptual para avanzar en la lucha contra la exclusión social y la discriminación en nuestro hemisferio. Reconocieron el carácter multi-racial, pluriétnico, multicultural y multilingüístico de las Américas; sostuvieron que el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia agravan la condición de pobreza, marginalidad y exclusión social de personas, grupos y comunidades; reafirmaron el deber de la región de proteger y promover las libertades fundamentales de los pueblos indígenas, los pueblos de ascendencia africana, los migrantes, las mujeres y las personas pertenecientes a otros grupos en situación de particular riesgo y concluyeron que el desarrollo democrático y el fomento del Estado de Derecho constituyen premisas fundamentales para erradicar la discriminación racial y la exclusión³.

Estas premisas son cruciales en América Latina, que es la región más desigual en el mundo desde el punto de vista de la distribución de riqueza⁴. La discriminación de hecho y de derecho continúa afectando a pueblos indígenas, afrodescendientes, mujeres y trabajadores migrantes, entre otros. Muchos de estos grupos son víctimas de violencia, de manera desproporcionada en comparación con el resto de la población, tanto por parte de los agentes de seguridad pública como de actores privados. De modo que el análisis jurídico y la interpretación de las cláusulas de igualdad y no discriminación que se encuentran incluidas en los artículos 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no es un mero ejercicio académico, sino una imperiosa necesidad política y moral para avanzar en la creación de sociedades más equitativas y democráticas.

El principio de igualdad y no discriminación no ha generado mucha jurisprudencia por la Corte y la Comisión Interamericanas de Derechos Humanos. Sin embargo, no por ello se pueden pasar por alto las importantes

3 Declaración Final de la Conferencia Regional de las Américas, WCR/RCONF/SANT/20001L. 1/Rev.3, 20 de diciembre de 2000, preámbulo, párrafos declarativos 9 y 11, declaración párrafos 5 y 82, entre otros.

4 Véase Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *Panorama Social de América Latina, 2000-2001*, pp. 17 y ss., 67 y ss.

contribuciones que ambos órganos han realizado, ni algunas de las discusiones teóricas que ellas generan. De las múltiples aristas de análisis alrededor del principio de igualdad y no discriminación en la jurisprudencia interamericana, nos detendremos en dos temas que no han sido suficientemente estudiados. Analizaremos los motivos prohibidos de discriminación contenidos en la Convención Americana y en la interpretación que de ellos se ha hecho. Una vez determinada la existencia de un listado de criterios prohibidos de discriminación, analizaremos cuál es el estándar que la Corte y la Comisión utilizan o deberían utilizar frente a las distinciones basadas en ellos. En particular, exploraremos si el estándar debe ser más estricto que el aplicado frente a otras distinciones no expresamente prohibidas por el texto convencional.

El segundo tema que en el artículo examinaremos es el desarrollo jurisprudencial de los órganos interamericanos frente a la relación existente entre violencia y discriminación. En particular si en casos de violencia basada en motivos u orígenes discriminatorios, o en la pertenencia de una persona a un grupo tradicionalmente discriminado, la obligación genérica de investigar, juzgar y sancionar, tan explorada por la Comisión y la Corte, es similar a otros supuestos de violaciones a los derechos humanos o, por el contrario, requiere un énfasis especial fundado en dichas particularidades.

I. Precisión terminológica previa

Nos referiremos a la jurisprudencia del sistema interamericano para hacer alusión tanto a las sentencias y opiniones consultivas de la Corte, como a las resoluciones de la Comisión (CIDH) en casos individuales y en sus diferentes informes. Con ello, no pretendemos obviar que en sentido estricto sólo la Corte es un tribunal judicial y, por ende, la única que produce jurisprudencia. Mientras que la Comisión, en tanto órgano con múltiples funciones y facultades, cuasijudiciales y de otras características, no dicta propiamente sentencias y, desde esta perspectiva, no establece jurisprudencia.

Sin embargo, nos referimos a la jurisprudencia del sistema interamericano con la expresa intención de resaltar la igual importancia que la Convención le asigna a las decisiones finales de la Corte y de la Comisión. De

acuerdo al artículo 33 de dicho instrumento, ambas son competentes para conocer en los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados parte. Esto implica que la Comisión y la Corte deben interpretar la Convención incluyendo la determinación del contenido específico de cada uno de sus artículos. Incluso, en relación con peticiones o casos individuales, la Convención establece una vía doble de determinaciones finales por parte del sistema. En efecto, permite una decisión final de la Comisión en virtud del artículo 51 o de la propia Corte en virtud del artículo 61 y concordantes. Así, la Convención crea dos categorías de casos con dos posibles tipos de decisiones finales. Por tanto, el valor de la interpretación de ambos órganos debe ser considerado con igual importancia, lo que no significa que tengan la misma naturaleza jurídica o valor legal⁵.

Así, tanto la Comisión como la Corte están facultadas para precisar los alcances del principio de igualdad y no discriminación. Por estas razones, analizaremos de manera conjunta las decisiones de la Comisión y de la Corte que sean relevantes en materia de igualdad y no discriminación.

II. Los motivos prohibidos de discriminación y los estándares de revisión

La Convención Americana contiene un catálogo de criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar. Su artículo 1.1 menciona los siguientes criterios prohibidos de discriminación: raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

De modo que, siguiendo las pautas tradicionales de interpretación de cualquier tratado internacional⁶, el texto convencional como principal punto de partida para analizar cuáles situaciones constituyen alguna forma de discriminación, presenta un listado claro de categorías prohibidas y todos los

5 De hecho, tanto la Comisión como la Corte producen decisiones finales de distinto valor jurídico. Así, cabe distinguir en el caso de la Corte entre sentencias en casos contenciosos y opiniones consultivas. En el supuesto de la Comisión, se pueden distinguir sus opiniones en casos individuales en los términos del artículo 51 de la Convención, sus Informes temáticos o sus Informes sobre países.

6 Artículo 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

destinatarios de las normas de derechos humanos saben a qué criterios pueden o no acudir a fin de establecer diferencias. Así, ante una situación que se plantea como discriminatoria, en primer lugar, debe observarse si la cláusula, práctica, norma, acción u omisión estatal que se analiza establece directa o indirectamente diferenciaciones o distinciones basadas en algunas de las categorías vedadas por la Convención.

En la Opinión Consultiva sobre la *Condición Jurídica de los Trabajadores Migrantes*, que constituye el análisis más elaborado de la Corte Interamericana en materia de discriminación, se indicó que no son admisibles los tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición⁷.

En esta descripción, la Corte incluyó nuevas categorías prohibidas de discriminación (convicción, origen étnico, nacionalidad, edad, patrimonio o estado civil), sin explicar por qué ellas cualifican como alguna “condición social” en los términos del punto final de los artículos 1.1 de la Convención y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, tratados que estaba llamada a interpretar, o por qué es legítimo incluir nuevos motivos dentro del catálogo existente. En las nuevas categorías incluidas se verifican razones de diferente lógica y entidad. Por lo general, se considera que los factores prohibidos de discriminación tienden a hacer referencia a motivos inmutables o inmodificables por la propia voluntad de la persona (tales como el color o la raza) o bien a factores históricos asociados con prácticas discriminatorias de antigua data (por ejemplo, la religión o el origen nacional). Sin embargo, en la ampliación del catálogo de la Corte es difícil encontrar alguna explicación. Así, mientras el origen étnico es inmutable, el patrimonio no lo es. Mientras la edad no puede modificarse por la propia voluntad de la persona, la nacionalidad en principio sí podría serlo. En tanto algunas de las nuevas categorías incluidas por la Corte han estado asociadas a discriminaciones históricas, por ejemplo el origen étnico, otras no están vinculadas a esta discriminación tradicional, tal como el estado civil. Lamentablemente, se desconocen los criterios utilizados por la Corte para aumentar la nómina de prohibiciones.

7 CIDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003, Serie A núm. 18, párr. 101 (en adelante OC-18).

El tribunal modificó motivos prohibidos de discriminación, nuevamente sin fundamentar las razones. Hizo referencia a “género” en lugar de “sexo”, “situación económica” en lugar de “posición económica”, “opinión política” en lugar de “opiniones políticas”. Si bien en principio parecería que los cambios referidos a posición económica y opinión política podrían ser simplemente producto del descuido o de la falta de implicación jurídica específica, el cambio de género por sexo tiene consecuencias definidas. En efecto, y simplificando las discusiones sobre sus definiciones, mientras que por género suele entenderse la construcción social de los aspectos psicológicos, sociales y culturales de la feminidad-masculinidad, por sexo se entienden específicamente los componentes biológicos y anatómicos⁸. Precisamente por este motivo se utiliza el término género para hacer referencia a discriminaciones asociadas a estereotipos y prejuicios culturales y sociales vinculados a lo femenino y lo masculino, y el término sexo para referirse a discriminaciones motivadas exclusiva o predominantemente en factores biológicos o anatómicos. Por ello no puede considerarse que son sinónimos, ni entenderse que género reemplaza a sexo como categoría prohibida de discriminación⁹. Frente a una norma específica de la Convención que habla de sexo, cambiarla sin explicación alguna por género provoca dudas sobre los criterios que utiliza la Corte para apartarse del texto convencional y sobre la legitimidad de hacerlo.

Por último, la Corte en la citada enumeración eliminó dos palabras cruciales al momento de interpretar el carácter cerrado o abierto del listado de criterios prohibidos de discriminación. No incluyó la palabra “cualquier” al referirse a la opinión de [cualquier] otra índole. Pero lo que es más importante, suprimió la palabra “social” al final de la expresión “o cualquier otra condición”. Con ello parecería que es posible ampliar el catálogo de prohibiciones, ya que no es necesario que se trate de una condición social sino de una simple condición. Si bien en abstracto la distinción parecería ser suficientemente

8 Ver entre otras, Oosterveld, Valerie, *The Definition of “Gender” in the Rome Statute of the International Criminal Court: A Step Forward or Back for International Criminal Justice?*, 18 Harvard Human Rights Journal 56 (donde se citan las múltiples definiciones de género –y sus implicaciones– utilizadas en el ámbito de las Naciones Unidas).

9 Ver Facio, Alda, *Engendrando nuestras perspectivas*, Otras Miradas, vol. 2 núm. 2, diciembre de 2002, p. 60. Sostiene la autora: “estos términos no se deben usar indiscriminadamente o, peor aún, usar el término género en sustitución de sexo [...] El género e[n] definitiva, no es un término que viene a sustituir el vocablo “sexo” [...]”.

sutil, en la práctica no lo es. La calificación de “condición social” implica que ella se da en un contexto social determinado, es una construcción social específica y opera en función de las relaciones entre personas, grupos de personas o la sociedad en su conjunto. En cambio, cualquier otra condición, aislada del calificativo “social”, amplía enormemente las posibilidades¹⁰.

La Corte podría haber dado razones para cambiar el listado expreso de prohibiciones contenido en los tratados de derechos humanos interpretados. Podría haber considerado que la interpretación de un instrumento internacional de protección debe “acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”¹¹ y que los tiempos y condiciones presentes exigían estas modificaciones al listado primigenio de la Convención y el Pacto. O que el objeto y fin de estos tratados apuntan al reconocimiento de la dignidad humana y a la necesidad de proteger a las personas asegurando sus derechos fundamentales, y que en razón de ello se requería expandir o modificar el listado expreso de prohibiciones. O que al interpretar a la Convención no sólo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con ellos, sino también el sistema dentro del cual se inscriben¹². Así, a partir de que otros instrumentos incluyeron nuevas categorías prohibidas de discriminación, podría haberse justificado la legítima expansión del catálogo original para reflejar el consenso internacional actual. Particularmente, en la Opinión Consultiva analizada, la Corte podría haberse servido de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, que constituye uno de los instrumentos que amplía el mencionado catálogo¹³.

10 Quizá la Corte se guió por el texto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que si bien en español menciona “cualquier otra condición social”, en los textos en inglés y francés no incluye la palabra social (“other status” “toute autre situation”). O por el texto de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (véase nota 11 de este trabajo y texto que la acompaña). Sin embargo, la Convención Americana es consistente en los cuatro idiomas oficiales de la OEA (“any other social condition”, “toute autre condition sociale”, “qualquer outra condição social”).

11 CIDH, Caso *Villagrán Morales y otros* (Caso de los “Niños de la Calle”), Sentencia del 19 de noviembre de 1999, párr. 193. CIDH, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Penal*, Opinión Consultiva OC-16/99, párr. 114.

12 CIDH, Opinión Consultiva OC-16/99, párr. 113.

13 En efecto, el artículo 1 de la “Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares” incluye casi el mismo listado que utilizó

Pero al dejar huérfana de una explicación a la sentencia se corren graves riesgos. El más importante de ellos es convertir al texto convencional en algo banal y poco relevante, lo cual puede crear la errónea impresión de que las decisiones acerca del alcance de las normas contenidas en la Convención Americana dependen mayormente del arbitrio de la Corte. Este potencial riesgo no puede ser subestimado por un tribunal que se vale principalmente de la legitimidad de sus sólidos razonamientos jurídicos para hacer cumplir sus decisiones y para determinar la actuación de los tribunales nacionales¹⁴. La Corte debería tratar al texto convencional como punto de partida inexcusable de cualquier interpretación, lo que no significa pretender que el texto consagre todas las respuestas a las cuestiones vinculadas con su significado. Existirá siempre la necesidad de enfrentar aquí, al igual que en otras áreas del derecho, los problemas ordinarios de interpretación del lenguaje: su ambigüedad, vaguedad y oscuridad. En particular, en materia de derechos humanos, se deben tener en cuenta el objeto y fin de la Convención Americana así como la naturaleza evolutiva del tratado. Ello puede requerir que la interpretación del catálogo de factores prohibidos de discriminación evolucione en el tiempo, permitiendo considerar implícita o explícitamente incluidos en el texto convencional otros motivos de discriminación que la sociedad interamericana rechaza actualmente de manera enfática. Pero siempre deben explicitarse las razones y encontrar una base convencional para hacerlo.

De hecho, la propia lectura de los artículos del Pacto y de la Convención otorgaba esta posibilidad interpretativa. En la enumeración de las categorías prohibidas de discriminación se agrega la frase “cualquier otra condición social”, que mantiene abierta la posibilidad de encontrar formas de discriminación no contempladas específicamente, pero que de todos modos

la Corte con la excepción de utilizar la palabra sexo en lugar de género. Ver artículos 1.1 y 7, que mencionan los siguientes motivos: sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Agradezco a Manuela Cuví esta observación.

14 Véase, Laurence R. Helfer y Anne-Marie Slaughter, *Toward a Theory of Effective Supranational Adjudication*, Yale Law Journal, vol. 107, núm. 2, noviembre de 1997, pp. 320-321. La obra citada se refiere a la calidad del razonamiento legal como un factor que influye en el cumplimiento estatal y señala que fundamentar las decisiones y explicar sus razones es un prerrequisito para el ejercicio de una autoridad persuasiva antes que coercitiva.

constituyen una violación al principio de igualdad asimilable a las categorías establecidas¹⁵. Ni la Comisión ni la Corte ni el Comité de Derechos Humanos aún han definido claramente el alcance del concepto “cualquier otra condición social”. Sin embargo, consideramos adecuado restringir el alcance de la prohibición de discriminación, mediante la aplicación del criterio estricto de revisión que desarrollaremos en el párrafo siguiente, a los casos que impliquen motivos explícitamente enumerados en los respectivos artículos y a los que puedan considerarse como “otra condición social” equiparable a ellos. Esto no significa que otras distinciones no podrán ser objeto de revisión por parte de los organismos de supervisión internacional, sino tan sólo que estas distinciones serán sometidas al análisis de revisión de razonabilidad y no al escrutinio estricto que propondremos.

A nuestro juicio, la tendencia jurisprudencial está avanzando en el sentido de que las diferencias basadas en los factores prohibidos explícitamente en los instrumentos de derechos humanos, deben estar sujetas a un grado de escrutinio especialmente estricto. Los Estados, a fin de que las distinciones no sean consideradas discriminatorias, deben demostrar la existencia de un interés particularmente importante, de una necesidad social imperiosa, a la par de demostrar que la medida utilizada es la menos restrictiva posible. La Convención, al incluir una referencia expresa de criterios prohibidos de discriminación, representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas que han situado, tanto por la acción de

- 15 Comité de Derechos Humanos, *Caso Gueye v. Francia* (La nacionalidad adquirida mediante la independencia, a juicio del Comité entra en el ámbito de la expresión “cualquier otra condición social” que figura en la segunda oración del artículo 26), Comunicación N° 196/1985. A/44/40 (1989), párrafo 9.4 y *Caso B. v. los Países Bajos* ([e]l Comité también recuerda que el artículo 26 en su segunda oración establece “[...] otra condición social”. El Comité advierte que los autores no han aducido que su trato diferente se atribuya al hecho de pertenecer a alguna categoría específica e identificable que les significara encontrarse expuestos a un trato discriminatorio a causa de alguno de los motivos enumerados u ‘otra condición social’ establecido en el artículo 26 [...]”), Comunicación N° 273/1989. A/44/40 (1989), párrafo 6.7. Esta doctrina ha sido criticada por diversas autoras, véase Bayefsky, Anne F., *The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law, Human Rights Law Journal*, vol. 11, núms. 1-2, 1990, pp. 6-7, y Palacios Zuloaga, Patricia, *La No Discriminación. Estudio de la Jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre la Cláusula Autónoma de No Discriminación*, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, 2006, p. 75. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales consideró que tanto la discapacidad como la edad pueden ser consideradas como “otra condición social” (Véase Observación General N° 5, párr. 5 –discapacidad– y Observación General N° 6, párr. 11 –edad–).

los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones desventajosas y, en muchos casos, contrarias a la dignidad humana. El catálogo convencional representa un reconocimiento expreso de la especial gravedad de las distinciones basadas en tales criterios y un llamado a que los grupos tradicionalmente discriminados con base a ellos reciban una protección especial mediante un estándar de revisión más estricto.

Tradicionalmente, la jurisprudencia proponía evaluar los casos de alegadas discriminaciones analizando si el tratamiento diferenciado perseguía un fin legítimo y si existía una relación razonable de proporcionalidad entre el medio empleado (la diferencia de tratamiento) y el fin perseguido¹⁶. Sin embargo, en los últimos tiempos ha comenzado a insinuarse un *test* diferenciado frente a las categorías expresamente mencionadas en el texto convencional. Este test generalmente requiere que el fin de la medida sea legítimo e importante, pero además imperioso. El medio escogido debe ser no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino además necesario, es decir, que no pueda ser reemplazado por un medio alternativo menos lesivo. Adicionalmente, el juicio de proporcionalidad exige que los beneficios de adoptar la medida excedan claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y valores¹⁷.

El tratamiento de los motivos incluidos en los catálogos, que algunos denominan “categorías sospechosas” de discriminación, establece que todo trato desigual basado en alguna de esas circunstancias debe ser sometido a un escrutinio especialmente riguroso para evaluar su convencionalidad o constitucionalidad, y a su vez requiere un *plus* de fundamentación de su objetividad y razonabilidad.

La Comisión ha comenzado a servirse de este criterio estricto de revisión cuando se utiliza el sexo para establecer una distinción en el tratamiento entre hombres y mujeres. Así, la Comisión sostuvo que “se espera un tratamiento equitativo de la ley para hombres y mujeres, a menos que se hayan aducido motivos justos, legítimos y razonables imperiosos para justificar una diferen-

16 Véase, Corte Europea de Derechos Humanos, Caso *Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium* (Fondo), 23 de julio de 1968, vol. 6, Serie A, párr. 10. Este es el primer caso del tribunal que desarrolla esta doctrina.

17 Parafraseando a la Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-673/01, magistrado ponente doctor Manuel José Cepeda Espinosa.

cia de tratamiento”¹⁸. Luego, la CIDH introdujo la idea de que “las distinciones previstas en la ley y basadas en criterios relativos a la condición, como, por ejemplo, la raza o el sexo, necesariamente dan lugar a un examen minucioso”, en el cual “se tendrían que esgrimir razones de peso para justificar una distinción basada exclusivamente en el sexo”¹⁹.

Esta misma formulación fue seguida por la Comisión en el caso “*Morales de Sierra*”²⁰ relativo a la utilización legislativa del sexo como criterio diferenciador. La CIDH indicó que el artículo 24 de la Convención Americana ha establecido como regla que ciertas formas de diferencia en el trato, como aquellas que se basan en el sexo, resultan “fuertemente sospechosas de ilegalidad” y que el Estado tiene que brindar razones de mucho peso para su justificación. Siempre que la distinción obedezca a algunos de los factores o categorías sospechosas, la norma o la política que la utiliza serán observadas bajo un criterio de escrutinio intenso o estricto²¹.

En su *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*²², la CIDH reiteró que “la doctrina del sistema interamericano de derechos humanos no prohíbe todas las distinciones en el tratamiento del goce de los derechos y libertades protegidas”, sino que “requiere en el fondo que toda distinción admisible se funde en una justificación objetiva y razonable, que impulse un objetivo legítimo, habiendo tenido en cuenta los principios que normalmente prevalecen en las sociedades democráticas, y que los medios sean razonables y proporcionados con el fin que se persigue”. Pero agregó que “las distinciones basadas en los factores mencionados explícitamente en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos están sujetas a un grado de escrutinio especialmente estricto, en virtud de lo cual los Estados deben aportar un interés particularmente importante y una justificación cabal de la distinción”²³.

18 CIDH, *María Eugenia Morales de Sierra v. Guatemala*, Caso 11.625, Informe núm. 28/98, párr. 36.

19 Véase CIDH, *Consideraciones sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa concebidas para promover la participación política de la mujer con los principios de igualdad y no discriminación*, en el *Informe Anual de la CIDH 1999*, OEA/Ser.L/V/II.106, dic. 3 rev., 13 de abril de 2000, capítulo VI, sección II, punto B.

20 CIDH, *Informe de Fondo No. 4/01*, Guatemala, 19 de enero de 2001, párrs. 31 y 36.

21 *Ibidem*.

22 CIDH, *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II.116 Doc. 5 rev. 1 corr, 22 de octubre de 2002.

23 *Ibidem*, párr. 338.

Esta tesis fue reafirmada por la CIDH en su reciente *Informe sobre Acceso a la Justicia de las Mujeres Víctimas de Violencia*. En dicho Informe enfatizó que en la utilización de las categorías sospechosas existe una “presunción del carácter discriminatorio de la medida o política restrictiva”. Por ello, cuando se utilizan dichos criterios sospechosos para tratar de manera diferenciada a una persona o grupo, debe realizarse un escrutinio aún mayor para determinar su razonabilidad que cuando se está frente a otro tipo de criterios²⁴. Al explayarse, la Comisión vuelve a exigir un análisis de manera concienzuda y pormenorizada de toda restricción fundada en alguna de las categorías del artículo 1.1 de la Convención Americana. Y resumió de esta manera el test al que se someten estas situaciones: “se debe demostrar que dicha restricción está basada en un objetivo estatal imperioso o urgente, que es técnicamente adecuada para lograr ese fin y que éste no puede ser alcanzado por un medio alternativo menos lesivo. Cuando no se pueda acreditar fehacientemente que la restricción cumpla con todos esos requisitos, la misma será inválida porque se asienta exclusivamente en el prejuicio”²⁵.

La jurisprudencia europea, a la que asiduamente recurren la Comisión y la Corte, también ha establecido un criterio estricto en ciertas categorías a diferencia del criterio de mera razonabilidad que aplica en la generalidad de los casos de igualdad. Así, la Corte Europea de Derechos Humanos requiere que existan razones de gran importancia para justificar distinciones basadas en ciertas categorías, mientras que en los casos restantes sólo requiere la existencia de un interés legítimo²⁶.

En el caso *Adulaziz, Cabales y Balkandakli v. Reino Unido*, la Corte Europea declaró que “el desarrollo de la igualdad entre los sexos es, hoy día, un objetivo central de los Estados miembros del Consejo de Europa. Ello significa que deberían presentarse razones de mucho peso antes que una diferencia en el tratamiento con base en el sexo pueda ser considerada compatible con la Convención”²⁷. En *Inze v. Austria* estableció que: “razones de gran peso

24 CIDH, *Informe sobre Acceso a la Justicia de las Mujeres Víctimas de Violencia*, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 68, 20 de enero de 2007, párr. 80.

25 *Ibidem*, párr. 83.

26 Véase Oddny Mjoll Arnardottir, *Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publisher, 2003, pp. 141-155.

27 Corte Europea de Derechos Humanos, *Adulaziz, Cabales y Balkandakli v. Reino Unido*, 28 de mayo de 1985, párr. 78.

habrán de plantearse antes de que pueda considerarse que una distinción en el trato por motivo de nacimiento fuera del matrimonio es compatible con la Convención [...]”²⁸. En *Hoffman v. Austria* sostuvo que una distinción basada esencial y solamente en la religión no es aceptable²⁹. De manera interesante, en materia de raza, la Corte Europea ha sostenido que debe prestarse una especial importancia a la discriminación basada en ella³⁰, pero hasta el momento no ha aplicado en ningún caso un estándar estricto de revisión frente a la alegada discriminación.

La necesidad de que existan razones de una relevancia especial para justificar distinciones basadas en ciertos motivos, clases o categorías, es utilizada también en la jurisprudencia comparada de varios países de la región. Ello puede ayudar a la Comisión y a la Corte a avanzar en esta línea jurisprudencial. Así, en los Estados Unidos, este concepto se desarrolló alrededor de la teoría de la existencia de “categorías sospechosas”. En el tristemente famoso caso *Korematsu v. United States*, la Corte Suprema consideró que: “todas las restricciones legales que limitan los derechos civiles de un determinado grupo racial son inmediatamente sospechosas. Esto significa que los tribunales las deben someter al escrutinio más estricto. Una urgente necesidad pública puede, a veces, justificar la existencia de tales restricciones; el antagonismo racial, nunca”³¹. Más adelante, agregó en *Palmore v. Sidoti* que las clasificaciones raciales “están sujetas al escrutinio más exhaustivo y para salvar la exigencia constitucional, deben justificarse en virtud de un interés gubernamental apremiante y deben ser necesarias [...] para la consecución de sus fines legítimos”³². En *Loving v. Virginia*, la Corte Suprema estipuló que la cláusula sobre igual protección de la Constitución “demanda que las clasificaciones raciales, especialmente en los estatutos penales, deben estar sujetas al escrutinio más riguroso”³³. Esta teoría, que incluye como categorías sospechosas a la raza y el origen nacional entre otras, exige no sólo una estricta revisión judicial sino

28 Corte Europea de Derechos Humanos, *Inze v. Austria*, 28 de noviembre de 1987, párr. 41.

29 Corte Europea de Derechos Humanos, *Hoffman v. Austria*, 23 de junio de 1993, párr. 36.

30 Corte Europea de Derechos Humanos, *Cyprus v. Turkey*, 10 de mayo de 2001, párr. 306.

31 29 323 US 214. A pesar del estándar utilizado, la Corte Suprema consideró constitucional la exclusión de ciudadanos americanos y latinoamericanos de origen japonés en campos de internamiento durante la Segunda Guerra Mundial.

32 30 4666 US 429.

33 31 388 US 1, 87.

que también requiere la demostración de una necesidad pública urgente o necesidad social imperiosa y no un mero interés legítimo.

El Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela estableció a) la necesidad de la “probanza plena de la justificación, probadamente necesarísimo y probadamente eficaz para el objetivo importante, necesario e indispensable; b) la necesidad fundamental, cuya realización se hace necesaria de la exigencia de la condición discriminatoria requerida; c) el carácter predictor que tal condición posee para alcanzar ambas necesidades, mediante métodos profesionalmente probados y aceptados; y, d) la imposibilidad de alcanzar los objetivos señalados sin el establecimiento de la condición discriminatoria y la inexistencia de otro medio, vía o condición mediante el cual sería sustancialmente efectivo alcanzar tales objetivos, sin incurrir en la situación discriminatoria prohibida o menos discriminatoria que la derivada de la condición de igual naturaleza alegada”³⁴.

En el mismo sentido, la Corte Constitucional de Colombia explicó que ha aplicado un *test* estricto de razonabilidad en ciertos casos, como por ejemplo: 1) cuando está de por medio una clasificación sospechosa como las enumeradas en forma no taxativa a manera de prohibiciones de discriminación en la Constitución; 2) cuando la medida recae principalmente en personas en condiciones de debilidad manifiesta, grupos marginados o discriminados, sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o minorías insulares y discretas; 3) cuando la medida que hace la diferenciación entre personas o grupos *prima facie* afecta gravemente el goce de un derecho constitucional fundamental; o 4) cuando se examina una medida que crea un privilegio³⁵. Estableció la Corte Constitucional que las categorías señaladas como sospechosas (i) se fundan en rasgos permanentes de las personas, de los cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; (ii) han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; y, (iii) no constituyen *per se*, criterios que per-

34 Tribunal Supremo de Venezuela, Sentencia 1024, 3 de mayo de 2000, magistrado ponente José Rafael Tinoco.

35 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-673/01, magistrado ponente doctor Manuel José Cepeda Espinosa.

mitan efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales³⁶.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina también ha seguido esta línea jurisprudencial. En *Calvo y Pesini*, donde se cuestionaba una ley provincial que impedía el ingreso a planta en los hospitales públicos provinciales a quienes no eran argentinos, la Corte Suprema hizo lugar a la demanda por entender que el Estado no había acreditado una “justificación suficiente de la restricción”, considerando insuficiente, en ese caso concreto, “una dogmática afirmación de su postura”³⁷. Posteriormente agregaría que una norma que distinguía entre argentinos por nacimiento y naturalizados “se presenta afectada por una presunción de inconstitucionalidad que sólo podría ser remontada por la prueba concluyente de que existe un sustancial interés (...) que la justifique”³⁸. La Corte Suprema se refiere expresamente a “la presencia de un criterio de distinción sospechoso”, lo cual hace pesar sobre la norma impugnada una “presunción de inconstitucionalidad” “con desplazamiento de la carga de la prueba”³⁹. Esta presunción de inconstitucionalidad sólo puede ser superada mediante una cuidadosa prueba sobre los fines que se intentaron resguardar y sobre los medios que se utilizaron al efecto. En cuanto a los primeros, deben ser sustanciales y no basta su mera conveniencia. En cuanto a los segundos, será insuficiente una genérica “adecuación a los fines, sino que deberá juzgarse si los promueven efectivamente y, además, si no existen otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada”⁴⁰.

En resumen, mientras en el criterio de “razonabilidad” se advierte una importante tolerancia respecto de los medios y los fines elegidos por la autoridad que establece las distinciones, en el criterio más estricto existe una presunción de invalidez respecto del objetivo perseguido por el Estado que se funda en una pauta considerada “sospechosa”. En consecuencia, el Estado debe presentar fuertes razones (“una necesidad social imperiosa” o “razones de mucho peso”) para justificar la utilización de la categoría “sospechosa”.

36 Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-101/05.

37 CSJN, *Calvo y Pesini*, *Rocio c/Córdoba, Provincia de s/Amparo*; Fallos 321:194.

38 CSJN, *Hoofi, Pedro Cornelio Federico c/Buenos Aires, Provincia de s/acción declarativa de inconstitucionalidad*, Fallos 322:3034, considerando 2.

39 *Ibidem*, considerando 5.

40 *Ibidem*, considerando 6.

En general, rara vez se encuentra que las razones aducidas por el Estado son suficientes, por lo que dichas clasificaciones tienden a ser consideradas contrarias a las normas de derechos humanos, a las constitucionales, o a ambas.

El empleo de los motivos incluidos en los catálogos no queda absolutamente vedado, simplemente se establece una presunción de ilegitimidad de la norma, política, o acción basada en tales criterios de distinción. Desde el punto de vista del control convencional, esta presunción de ilegitimidad se traduce en la inversión de la carga justificatoria y en su sometimiento a un estándar de escrutinio elevado. Acreditado el empleo de una clasificación sospechosa, la inversión de la carga justificatoria pone en cabeza del Estado la fundamentación de la medida impugnada. Cabe entonces al Estado demostrar las razones concretas que condujeron a acudir a dicha clasificación para establecer una distinción legal. A falta de demostración suficiente por parte del Estado, la presunción de ilegitimidad queda confirmada y la medida no supera el examen de convencionalidad⁴¹ o constitucionalidad. El estándar probatorio que debe cumplir el Estado para justificar la norma es, además, un estándar más elevado que el de mera razonabilidad. Debe probar que el empleo de la clasificación sospechosa es estrictamente necesario para el cumplimiento de un fin socialmente imperioso y debe justificar por qué es necesario acudir a él para cumplir esos fines⁴².

III. Violencia, discriminación y la debida diligencia en la investigación

La discriminación y la intolerancia suelen constituir la base de otras violaciones de derechos humanos y ser generadoras de violencia contra grupos

41 Utilizamos el concepto de control de convencionalidad o examen de convencionalidad en el sentido utilizado recientemente por la Corte Interamericana. Véase CIDH, Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) v. Perú*, Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de noviembre de 2006, Serie C núm. 158, párr. 128 (“los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana”).

42 Ver *mutatis mutandi*, Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires, Caso *Salgado c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires*, Expte. núm. 826/01, 21 de noviembre de 2001, voto del juez Maier, considerando 4.

tradicionalmente discriminados. Desde el punto de vista normativo, un caso ilustrativo es la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (en adelante, “Convención de Belém do Pará”) , la cual reconoce expresamente la relación que existe entre violencia de género y discriminación, indicando que tal violencia es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres⁴³, y que el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia incluye el derecho a ser libres de toda forma de discriminación y a ser valoradas y educadas sin patrones estereotipados⁴⁴. El Comité que vigila el cumplimiento de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer ha manifestado que la violencia contra las mujeres es una forma de discriminación que limita el ejercicio de los derechos civiles, políticos, sociales y económicos⁴⁵. Otros ejemplos de esta conexión entre violencia y discriminación son los crímenes de odio (*hate crimes*)⁴⁶ y, como caso extremo, el crimen internacional de genocidio, que precisamente tiene la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial, o religioso⁴⁷.

La Comisión se ha mostrado particularmente atenta a la violencia de la que son víctimas personas pertenecientes a grupos tradicionalmente discriminados. En un caso de ejecución extrajudicial de un joven afrodescendiente por parte de la policía, sostuvo que percibía una notable influencia del factor racial. En relación con ello resaltó su preocupación por la violencia contra los jóvenes en Brasil, enfatizando especialmente el nexo existente entre esta relación y los elementos raciales. Y, haciéndose eco de varios estudios, recalcó que la mayoría de las víctimas de la violencia policial en el territorio del Estado son jóvenes pobres, de raza negra o mestiza, muchos de los cuales care-

43 Convención de Belém do Pará, preámbulo.

44 Convención de Belém do Pará, artículo 6.

45 CEDAW, *Recomendación General 19*, “Violencia Contra la Mujer”, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1, p. 84, párrs. 1, 6 y 7, 1994.

46 Se puede entender como crimen de odio a la ofensa criminal cometida contra una persona, propiedad o sociedad, motivada en todo o en parte, por el prejuicio racial, religioso, por discapacidad, orientación sexual u origen étnico o nacional. Véase U.S. Department of Justice, Federal Bureau of Investigation (FBI), Hate Crime Data Collection Guidelines, *Uniform Crime Reporting*, octubre de 1999 (revised), Internet: <http://www.fbi.gov/ucr/hatecrime.pdf>, p. 4, Acceso: 27 marzo 2007.

47 Ver artículo II de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio y el artículo 6 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

cen de antecedentes penales⁴⁸. Sin embargo, en el caso concreto, la Comisión consideró que no contaba con suficientes pruebas para establecer que el factor racial haya sido determinante en la ejecución extrajudicial de la víctima.

En el caso de las mujeres, la CIDH ha establecido que la obligación de garantizar la igualdad y no discriminación está vinculada con la prevención, la investigación y la sanción de la violencia contra ellas. En su *Informe sobre la Condición de la Mujer en las Américas*⁴⁹ indicó que la falta de igualdad formal de las mujeres las coloca en una situación de desprotección frente a la violencia. Sostuvo que “la mujer aún no alcanza igualdad jurídica plena en todos los países de la región” ya que varios poseen, en mayor o menor medida, normas discriminatorias. Resaltó que “en numerosos códigos penales valores tales como la honra, el pudor social, la doncellez, la castidad, las buenas costumbres, prevalecen sobre valores como la integridad psicofísica y la libertad sexual, impidiendo así la debida protección legal a las víctimas de tales delitos, u obligándolas a probar que pusieron resistencia en el caso del delito de violación, o sometiénolas a procedimientos interminables que producen una continua victimización”. Esto conlleva a situaciones de desprotección hacia las mujeres víctimas de violencia, por falta de legislación adecuada o porque la legislación vigente no se cumple⁵⁰.

La Comisión ha establecido que las actitudes tradicionales, conforme las cuales las mujeres son consideradas subordinadas frente a los hombres o asociadas a funciones estereotipadas, perpetúan prácticas difundidas que conllevan violencia o coerción, como la agresión y el abuso familiares. De esta manera, la violencia contra las mujeres es una forma de discriminación y, por ende, el deber de investigarla y sancionarla adquiere una dimensión especial. En el caso *Maria da Penha Fernandes* del año 2001, por primera vez, la CIDH estableció frente a una petición individual el vínculo entre la discriminación y la violencia de la que son objeto las mujeres. Este caso, presentado por una víctima de violencia doméstica en Brasil, permitió a la CIDH aplicar la Convención de Belém do Pará por primera vez y decidir que el Estado no había actuado con la debida diligencia para prevenir, san-

48 CIDH, *Informe núm. 33/04*, Caso 11.634, *Jailton Neri Da Fonseca v. Brasil*, párrs. 35-38.

49 CIDH, *Informe sobre la Condición de la Mujer en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II.100, Doc. 17, 13 de octubre de 1998.

50 *Ibidem*.

cionar y erradicar la violencia doméstica, al no condenar y sancionar al victimario⁵¹. Más aún, estableció la existencia de un patrón general de tolerancia estatal e ineficacia judicial hacia casos de violencia doméstica, lo que a criterio de la CIDH constituyó una práctica discriminatoria. La Comisión determinó que la obligación de los Estados de actuar con debida diligencia va más allá que la de procesar y condenar, ya que también incluye la obligación de “prevenir estas prácticas degradantes”⁵². Llama la atención que la Comisión, a pesar de dichas determinaciones y de haber analizado expresamente el derecho a la igualdad ante la ley, no concluyera que en este caso se violó el artículo 24 de la Convención⁵³.

La relación entre violencia y discriminación se ha reflejado además en el informe sobre los homicidios en contra de mujeres en *Ciudad Juárez, México*. Nuevamente, la CIDH reafirmó que la discriminación basada en el género es un obstáculo en la sanción y prevención de asesinatos de mujeres. Destacó que la violencia y la falta de respuesta ante este tipo de casos obedeció a la discriminación que afecta a las mujeres. Indicó que “no se ha prestado suficiente atención a la necesidad de hacer frente a la discriminación que subyace en los delitos de violencia sexual y doméstica, y que igualmente subyace en la ineficacia en cuanto a la aclaración de los delitos y el procesamiento de los culpables. Para resolver esos casos de homicidio es preciso prestar atención a las causas raigales de la violencia contra la mujer en todas sus principales manifestaciones”⁵⁴.

En el Informe sobre *Las Mujeres Frente a la Violencia y la Discriminación Derivadas del Conflicto Armado en Colombia*, la Comisión expuso las características de la discriminación y violencia contra las mujeres en el contexto del conflicto armado colombiano, así como las consecuencias de la situación de desventaja y su manipulación y explotación por parte de los actores de

51 CIDH, *Informe núm. 54/01* –admisibilidad y fondo–, Caso 12.051, *Maria da Penha Maia Fernandes v. Brasil*.

52 *Ibidem*, párr. 56.

53 La CIDH encontró que el Estado había violado los derechos de la víctima a garantías y protecciones judiciales efectivas bajo los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, en concordancia con la obligación general de respetar y garantizar estos derechos bajo el artículo 1.1, y el artículo 7 de la Convención de Belém do Pará, *ibidem*, párrs. 45-50 y 60.

54 CIDH, *Situación de los Derechos de la Mujer en Ciudad Juárez, México: El Derecho a no ser objeto de violencia y discriminación*, párr. 11.

dicho conflicto. Muchos de los estándares específicos que se desarrollaron en este informe son similares a los que analizaremos con más detalle al describir el Informe sobre *Acceso a la Justicia de las Mujeres Víctimas de Violencia*. Pero hay un elemento de este informe que deseamos resaltar. La CIDH indicó que la situación de las mujeres indígenas y afrocolombianas es particularmente crítica al ser víctimas de múltiples formas de discriminación por causa de su raza, etnia y por el hecho de ser mujeres, situación que se agrava dentro del ámbito del conflicto armado⁵⁵. Recordó que la Convención de Belém do Pará establece que al actuar con debida diligencia, el Estado debe tomar especial cuenta de la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueden sufrir las mujeres en razón de su raza y etnia, entre otras condiciones de riesgo⁵⁶. Y reconoció que las mujeres indígenas y afrocolombianas todavía confrontan numerosos obstáculos de naturaleza legislativa, institucional, cultural y geográfica para acceder a una justicia efectiva. Para abordar estas carencias, indicó la necesidad de establecer programas sostenibles de capacitación para operadores de justicia y de entablar iniciativas para sensibilizar a la población y promover el aumento de denuncias⁵⁷.

Indudablemente, el informe donde de manera más detallada se aborda la materia es el recientemente publicado sobre *Acceso a la Justicia de las Mujeres Víctimas de Violencia*⁵⁸. En dicho informe, la Comisión hizo especial hincapié en el problema de la violencia contra las mujeres como una manifestación de la discriminación basada en el género. Recalcó la obligación de los Estados de organizar su estructura gubernamental para prevenir, investigar, sancionar y reparar actos de violencia contra las mujeres y la discriminación. Enfatizó los principios que deben regir las leyes y políticas públicas, tales como el deber del Estado de erradicar efectiva y prontamente diferentes formas de violencia contra las mujeres, cometida tanto por agentes estatales como no estatales; el de proveer recursos judiciales efectivos e imparciales para víctimas de violencia, y el de implementar acciones para erradicar la dis-

55 CIDH, *Las Mujeres Frente a la Violencia y la Discriminación Derivadas del Conflicto Armado en Colombia*, OEA/Ser. L/V/II., Doc. 67, 18 de octubre de 2006, párr. 102 y ss.

56 Artículo 9, *ibidem*, párr. 104.

57 *Ibidem*, véase entre otros párr. 19.

58 CIDH, *Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 68, 20 de enero de 2007.

criminación contra las mujeres y los patrones estereotipados de comportamiento que promueven un trato inequitativo en sus sociedades, lo que ha implicado para ellas un acceso desigual a los derechos y a los beneficios derivados de los avances políticos, civiles y sociales.

La Comisión exploró detenidamente el contenido del artículo 7 de la Convención de Belém do Pará, que impone a los Estados el deber de actuar con debida diligencia frente a la violencia contra las mujeres. Interpretó que la obligación de tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra las mujeres, incluye el deber de revisión de normas, prácticas y políticas públicas discriminatorias o cuyo efecto pueda resultar discriminatorio en perjuicio de ellas. Esto debe hacerse “debido a la relación evidente entre discriminación y violencia”. Como ejes centrales de esta teoría insistió en que la discriminación se halla en la raíz de la violencia contra las mujeres⁵⁹, que la definición de discriminación contra las mujeres comprende la violencia contra ellas en todas sus formas⁶⁰, y, principalmente, que la discriminación perpetúa esta violencia y, por ello, la Convención de Belém do Pará reconoce un vínculo crítico entre la adecuada protección judicial y su eliminación⁶¹.

La Comisión hizo un largo y detallado análisis de las obligaciones de investigar, juzgar y sancionar la violencia contra las mujeres de acuerdo con los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, a la luz del principio de la debida diligencia contenido en el artículo 7 de la Convención de Belém do Pará. Todo ello, considerando la íntima relación entre la discriminación y la violencia. La Comisión no consideró que la debida diligencia contenida en la Convención de Belém do Pará sea una simple reiteración de las obligaciones que emergen del deber de prevenir, investigar, juzgar, sancionar y reparar de los artículos 1, 8 y 25 de la Convención. Por el contrario, derivó obligaciones concretas, como la de simplificar procedimientos judiciales penales e incrementar el número de instancias para denunciar la violencia contra las

59 *Ibidem*, párr. 12.

60 *Ibidem*, párr. 13.

61 *Ibidem*, párr. 33.

mujeres⁶², así como la de producir, compilar, analizar y difundir información sobre sus causas, consecuencias y frecuencia⁶³. También la Comisión dio pautas sobre el tipo de pruebas y de valoraciones permisibles en casos de violencia sexual, tales como la obligación de no considerar la falta de resistencia física de la víctima como un factor para no sancionar al agresor⁶⁴. Exigió, dada la íntima correlación entre la discriminación y los parámetros de la debida diligencia en la investigación contenidos en la Convención de Belém do Pará, que tanto los fiscales como los policías eviten cualquier tipo de discriminación en su trabajo y consideren las necesidades especiales de las víctimas de violencia sexual⁶⁵. Y, en este sentido, rechazó la influencia de patrones socioculturales discriminatorios que resulten en una descalificación de la credibilidad de la víctima, a la vez que criticó la interpretación discriminatoria de evidencias en casos de violencia contra las mujeres⁶⁶.

En definitiva, según la interpretación de la Comisión, la investigación de casos en los cuales se interrelaciona violencia y discriminación requiere de un deber de diligencia particular, que analice el hecho mismo de violencia como el factor discriminatorio que pudo haberla motivado, agravado o caracterizado de manera particular.

En un sentido similar, la Corte Europea de Derechos Humanos⁶⁷ ha determinado que los Estados tienen la obligación general de conducir una investigación efectiva en casos de privación de la vida. Esa obligación debe ser cumplida sin discriminación. A su vez, agregó la Corte Europea que donde existan sospechas de que actitudes raciales indujeron a un acto violento, es particularmente importante que una investigación oficial sea llevada a cabo con vigor e imparcialidad, teniendo en cuenta la necesidad de reafirmar continuamente la condena de la sociedad al racismo, y de mantener la confianza de las minorías en la capacidad de las autoridades para protegerlas de la amenaza de la violencia racial. Un cumplimiento del Estado de su obligación positiva requiere que el sistema legal doméstico demuestre su aptitud para

62 *Ibidem*, párr. 37.

63 *Ibidem*, párrs. 42 y ss.

64 *Ibidem*, párr. 51.

65 *Ibidem*, párrs. 52 y 53.

66 *Ibidem*, párrs. 155 y 157.

67 *Caso Nachova y otros v. Bulgaria*, Aplicaciones núm. 43577/98 y núm. 43579/98, ECHR, 6 de julio de 2005. Traducción no oficial.

aplicar la ley criminal contra aquellos que arbitrariamente quiten la vida de una persona, sin importar el origen étnico o racial de ella⁶⁸.

El tribunal europeo sostuvo que la investigación de incidentes violentos y, en particular, de muertes por manos de agentes del Estado impone a las autoridades el deber adicional de tomar todas las medidas razonables para desenmascarar cualquier motivo racista, y el de establecer si algún odio o prejuicio étnico pudo haber jugado un rol en los eventos. Fracasos en este obrar y tratar la brutalidad inducida por motivos raciales en un pie de igualdad con aquellos casos que no tienen matices racistas, sería volverse ciego a la naturaleza específica de actos que son considerados particularmente destructivos de los derechos fundamentales. No hacer una distinción en situaciones que son esencialmente diferentes puede constituir un tratamiento injusto, irreconciliable con el principio de igualdad. Con el fin de mantener la confianza pública en la maquinaria que pone en ejecución la ley, los Estados parte deben asegurar que en la investigación de incidentes que involucren el uso de la fuerza se distinga, tanto en el sistema legal como en la práctica, entre casos en donde existe un uso excesivo de ella y casos en los que se verifican motivos racistas. Probar la existencia de motivos racistas resulta extremadamente dificultoso. Por ello, el Estado tiene la obligación de investigar todo tinte racista de un acto violento empleando sus mejores esfuerzos⁶⁹.

Lamentablemente, hasta ahora la Corte Interamericana no ha avanzado en esta línea jurisprudencial. En casos en los cuales tuvo la oportunidad de analizar, respectivamente, la correlación entre violencia y origen étnico así como violencia y género, la Corte se limitó a transcribir textualmente su doctrina tradicional sobre las obligaciones del Estado en materia de investigación. Así, no hizo diferencias entre las situaciones generales de violencia y aquellas que presentan componentes y matices discriminatorios, o que se dirigen directamente hacia algunas personas que pertenecen a grupos que tradicionalmente han sido marginados.

En el caso *Masacre Plan de Sánchez*, la Corte dio por probado que “el Ejército de Guatemala, con fundamento en la “Doctrina de Seguridad Nacional”, identificó a los miembros del pueblo indígena maya como “enemigos internos”, por considerar que constituían o podían constituir la base social

68 *Ibidem*,

69 *Ibidem*,

de la guerrilla. Estos pueblos fueron víctimas de masacres y “operaciones de tierra arrasada” que significaron la destrucción completa de sus comunidades, viviendas, ganado, cosechas y otros elementos de supervivencia, su cultura, el uso de sus propios símbolos culturales, sus instituciones sociales, económicas y políticas, sus valores y prácticas culturales y religiosas”⁷⁰. Y agregó que “hechos como los señalados, que afectaron gravemente a los miembros del pueblo maya achí en su identidad y valores y que se desarrollaron dentro de un patrón de masacres, causan un impacto agravado que compromete la responsabilidad internacional del Estado que esta Corte tomará en cuenta al momento de resolver sobre reparaciones”⁷¹. La Corte también había dado por probado que varias mujeres habían sido víctimas de violencia sexual⁷².

Al momento de ordenar las reparaciones correspondientes y a pesar de recordar la gravedad de los hechos que afectaron a los miembros del pueblo maya achí en su identidad y valores, la existencia de un patrón de masacres e impunidad, la intensidad del sufrimiento causado a las víctimas y las alteraciones de sus condiciones de vida, la Corte tan sólo estimó necesario ordenar el pago de una compensación por concepto de daño inmaterial, conforme a equidad⁷³. La Comisión había establecido la necesidad de que las medidas inmateriales de reparación, incluida la de investigación, tengan en cuenta “la perspectiva colectiva, fundada en la comprensión de los elementos socioculturales característicos del pueblo maya [...] y la magnitud de los actos genocidas cometidos en su contra”. La CIDH sostuvo ante el tribunal “que para los miembros de la comunidad de Plan de Sánchez la justicia es crucial para la reconciliación, la recomposición del tejido social y el proceso de dignificación del pueblo maya, a quienes por factores racistas le ha sido sistemáticamente denegada”⁷⁴.

No obstante, la Corte al ordenar las investigaciones relativas a la masacre no consideró necesario realizar determinaciones adicionales tales como la exigencia de que la investigación desenmascare cualquier motivo racista, pre-

70 CIDH, Caso *Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala*, Sentencia del 29 de abril de 2004, Serie C núm. 105, párr. 42.7.

71 *Ibidem*, párr. 51.

72 *Ibidem*, párr. 49.19.

73 CIDH, Caso *Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala*, Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), *op. cit.*, párrs. 80 y 82.

74 *Ibidem*, párrs. 90 a y e.

juicios étnicos, o una violencia y brutalidad exacerbada por criterios discriminatorios. Apenas sostuvo: “Este Tribunal se ha referido en reiteradas ocasiones al derecho que asiste a los familiares de las víctimas de conocer lo que sucedió y de saber quiénes fueron los agentes del Estado responsables de los respectivos hechos. Tal como ha señalado la Corte, teniendo en cuenta las circunstancias agravantes del presente caso, la investigación de los hechos y la sanción de las personas responsables [...] es una obligación que corresponde al Estado siempre que haya ocurrido una violación de los derechos humanos y esa obligación debe ser cumplida seriamente y no como una mera formalidad”⁷⁵.

Recientemente, *Castro Castro v. Perú* se transformó en el primer caso en el que la Corte aplicó la Convención de Belém do Pará⁷⁶. El tribunal consideró que dicho instrumento constituye una referencia de interpretación de la Convención Americana⁷⁷. Y añadió de manera puntual que de acuerdo con las obligaciones internacionales contraídas por el Perú, éste tiene el deber de garantizar el derecho de acceso a la justicia de acuerdo con lo establecido en la Convención Americana, pero además conforme a las obligaciones específicas que le imponen las Convenciones especializadas que ha suscrito y ratificado en materia de prevención y sanción de la tortura y de la violencia contra las mujeres⁷⁸. De acuerdo al artículo 7.b de dicho tratado, Perú estaba obligado a actuar con la debida diligencia para investigar y sancionar este tipo de violencia⁷⁹. Concluyó la Corte que, a fin de analizar si el Estado había cumplido con la obligación de investigar dispuesta en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, aplicaría las referidas disposiciones de la Convención de Belém do Pará, en razón de que especifican y complementan las obligaciones generales que tiene el Estado con respecto al cumplimiento de los derechos consagrados en la Convención Americana⁸⁰. También el tribunal interamericano reconoció que la violencia sexual contra las mujeres tiene consecuencias físicas, emocionales y psicológicas devastadoras para ellas, que

75 *Ibidem*, párr. 96.

76 CIDH, Caso del Penal Miguel Castro Castro *v. Perú*, Sentencia del 25 de noviembre de 2006, Serie C núm. 160.

77 *Ibidem*, párr. 276.

78 *Ibidem*, párr. 377.

79 *Ibidem*, párr. 377.

80 *Ibidem*, párr. 379.

se ven agravadas en los casos de mujeres detenidas⁸¹. No pueden dejar de destacarse estos importantísimos fundamentos, particularmente teniendo en cuenta que la Comisión Interamericana en su demanda no había siquiera invocado la Convención de Belém do Pará ni la violencia contra las mujeres como elementos importantes del caso⁸².

No obstante, y a pesar de los avances conceptuales y jurisprudenciales comentados, el tribunal al analizar la obligación de investigar, juzgar y sancionar no explicó en qué consistía el deber de diligencia en el caso de violencia sexual, ni de qué manera el artículo 7.b de la Convención de Belém do Pará especifica y complementa las obligaciones emergentes de la Convención Americana. Tampoco la Corte analizó si dentro de los procesos emprendidos se estaban investigando puntualmente los hechos de violencia sexual que encontró como violatorios de las normas internacionales, ni cuáles serían los criterios para llevar a cabo una investigación con la debida diligencia frente a ellos. En materia de reparaciones, si bien la Corte otorgó una indemnización monetaria a las víctimas de violencia sexual⁸³, al determinar las reparaciones inmateriales relativas a las investigaciones omitió establecer deberes particulares del Estado en la investigación de hechos de violencia sexual. Ni siquiera la Corte consideró que debía ordenar, dentro de la investigación general, el estudio particular de la conexión entre la violencia y el sexo de la víctima.

En definitiva, en los dos casos analizados, la Corte sostuvo que todas o algunas de las violaciones establecidas ocurrieron debido al origen étnico o al sexo de las víctimas. En *Plan de Sánchez*, la Corte consideró que la masacre ocurrió en un contexto de ataques indiscriminados contra la población maya y que ello tuvo un grave impacto negativo en este pueblo. En *Castro Castro* concluyó que algunas víctimas sufrieron violaciones de sus derechos exclusivamente por razón de su sexo y que, a su vez, fueron objeto de violencia sexual. Sin embargo, ello no acarreo ningún análisis acerca de la existencia de

81 *Ibidem*, párr. 313.

82 La Comisión sí invocó la violencia contra las mujeres y la interpretación conjunta de las obligaciones de investigar y sancionar emergentes de los artículos 1, 8 y 25 de la Convención con el artículo 7 de la Convención de Belém do Pará, *Ibidem*, párr. 228, secciones p; q; r y párr. 369, sección f de sus alegatos finales.

83 *Ibidem*, párr. 433.c.ix y x.

una obligación especial o adicional de investigación por parte del Estado en cuanto a la conexión entre violencia, discriminación y debida diligencia. Igualmente, a pesar de que la Corte dispuso reparaciones económicas diferenciadas por este tipo de violaciones, no lo hizo en cuanto a las investigaciones judiciales.

En el caso *Moiwana*, la Corte tomó en cuenta algunos factores que influyeron en la situación de impunidad que rodea a la masacre ocurrida en una aldea habitada por maroons en Suriname. En efecto, consideró expresamente que la ausencia de recursos efectivos es fuente de sufrimiento y angustia para las víctimas y sus familiares, y que la impunidad ha creado “en los miembros de la comunidad la convicción de que el Estado los discrimina activamente”⁸⁴. La Corte enfatizó especialmente el efecto que la impunidad tiene en las tradiciones de los maroons y sostuvo que “los miembros de la comunidad [...] han sufrido la indignación y vergüenza de haber sido abandonados por el sistema de justicia penal de Suriname —a pesar de las graves acciones perpetradas en contra de su aldea—”⁸⁵. El tribunal reconoció que estas personas no sólo requieren justicia, sino también “conocer por qué ocurrieron las muertes”⁸⁶. Pero estos reconocimientos expresos no llevaron a la Corte a exigir que la investigación determinara si hubo un motivo racial o étnico en la perpetración de la masacre, o si la correlativa denegación de justicia tuvo una motivación y/o efecto discriminatorio.

IV. Conclusión

La Corte Interamericana ha sostenido con razón que el principio de protección igualitaria, efectiva, y no discriminatoria de la ley está consagrado en múltiples instrumentos internacionales. Y que este hecho es un reflejo de la existencia de un deber universal de respetar y garantizar los derechos humanos, emanado precisamente de aquel principio general y básico⁸⁷. Pero estas

84 CIDH, *Caso de la Comunidad Moiwana v. Suriname*, Sentencia del 15 de junio de 2005, Serie C núm. 124, párr. 94.

85 *Ibidem*, párr. 96.

86 *Ibidem*, párr. 97.

87 CIDH, OC 18, nota a pie de página núm. 33 correspondiente al párrafo 86, citando a 33 instrumentos internacionales de diversa naturaleza.

dos verdades no relevan al intérprete de toda obligación de justificar sus apreciaciones y de realizar un análisis jurídico consistente de las consecuencias que se desprenden de tales verdades.

En particular, para órganos internacionales que derivan su legitimidad del poder de convicción de sus decisiones, resulta imperativo que expliquen de manera detallada y transparente sus determinaciones, las lógicas de sus razonamientos, los motivos para apartarse de textos expresos y las implicancias jurídicas que se derivan de la aplicación de distintos instrumentos jurídicos.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos está en deuda con la comunidad hemisférica en dos sentidos. Por una parte, no ha explicado por qué puede apartarse del texto convencional para incluir nuevas categorías prohibidas de discriminación. Tampoco ha analizado o manifestado cuáles son las consecuencias de que una categoría esté expresamente incluida como prohibida y, en particular, si a ella se aplica un estándar de justificación más estricto en cada caso que se alegue una discriminación basada en ella.

A pesar de haber reconocido, en varias ocasiones, la relación intrínseca entre discriminación y estado de vulnerabilidad de diferentes grupos⁸⁸, la Corte aún no ha desarrollado estándares particularizados relativos a las obligaciones de investigar, juzgar y sancionar las violaciones a los derechos de las personas pertenecientes a ellos, cuyos derechos son violados precisamente por dicha pertenencia. Si hay personas que por la discriminación tradicional sufrida se encuentran en una situación de particular desventaja frente al resto de la sociedad, la violencia de la que son víctimas no puede ser investigada con los mismos criterios y estándares que se utilizan frente a la de cualquier otro tipo. No sólo porque ello puede enmascarar que el origen de la violencia es precisamente un elemento discriminatorio, sino también porque no consideran las situaciones particulares de la víctima, tales como su género, su

88 CIDH, OC 18, párr. 112 –trabajadores migratorios indocumentados–. CIDH, Caso *Ximenes Lopes v. Brasil*, Sentencia del 4 de julio de 2006, Serie C núm. 149, párrs. 103-105 –personas que sufren discapacidades mentales–. CIDH, Caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaza v. Paraguay*, Sentencia del 29 de marzo de 2006, Serie C núm. 146, párr. 189 –pueblos indígenas–. CIDH, Caso de las *Niñas Yean y Bosico v. República Dominicana*, Sentencia del 8 de septiembre de 2005, Serie C núm. 130, párr. 134 –niñas y mujeres–.

cultura, su lengua. Esto puede constituirse en un factor adicional de revictimización y, a la vez, puede llevar a una investigación ineficaz e inoperante.

Al igual que en muchos otros temas, como la conceptualización del fenómeno de las desapariciones forzadas⁸⁹, el establecimiento de la incompatibilidad de las leyes de amnistía con la Convención⁹⁰ o la prohibición de la penalización del discurso ofensivo contra figuras públicas en casos de interés general⁹¹, la Comisión ha abierto caminos jurisprudenciales en materia de igualdad y no discriminación en el sistema interamericano. Tanto en la introducción de un análisis de escrutinio más estricto frente a categorías prohibidas de discriminación como en el desarrollo de la conexión entre violencia, discriminación y debida diligencia en la investigación. Quizás, en un tiempo no lejano, el tribunal interamericano siga estas líneas jurisprudenciales que otorgarán mayor protección a las víctimas de discriminación.

V. *Post scriptum*

Luego de la publicación de este artículo, la Corte Interamericana dictó una serie de sentencias que han comenzado a aclarar algunos de los claroscuros que señaláramos. En los próximos párrafos reseñaremos algunos de los avances registrados en ciertas áreas relativas a la no discriminación y la igualdad ante la ley.

En sus últimas sentencias contra Venezuela, la Corte avanzó en la diferenciación entre lo establecido en los artículos 1.1 y 24 de la Convención. En *Ríos*⁹² y *Perozo*⁹³ clarificó que el artículo 1.1 de la Convención es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposicio-

89 CIDH, *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Argentina* (1980), capítulo 3, El problema de los desaparecidos.

90 CIDH, *Informe núm. 28/92*, Casos 10.174, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 y 10.311, del 2 de octubre de 1992, e Informe 29/92, en Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1992-1993.

91 CIDH, *Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, OEA/Ser. L/V/II.88, doc. 9 rev., 17 de febrero de 1995, 197-212.

92 CIDH, *Caso Ríos y otros v. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C núm. 194.

93 CIDH, *Caso Perozo y otros v. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C núm. 195.

nes del tratado al obligar a los Estados Parte a respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos ‘sin discriminación alguna’. Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualesquiera de los derechos garantizados en la Convención es *per se* incompatible con la misma. El artículo 24 de la Convención, por su parte, prohíbe todo tratamiento discriminatorio de origen legal. La prohibición de discriminación ampliamente contenida en el artículo 1.1 respecto de los derechos y garantías estipulados por la Convención, se extiende al derecho interno de los Estados Parte. De acuerdo al artículo 24 los Estados no pueden introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley” (*Caso Ríos*, párr. 348 y *Caso Perozo*, párr. 379). Esta línea jurisprudencial reafirma el entendimiento de que la garantía de no discriminación alcanza tanto a los derechos contenidos en la Convención Americana como a toda otra regulación legal realizada por el Estado en su legislación doméstica.

Los principales avances de la Corte se produjeron con relación a su jurisprudencia en torno a la discriminación y su relación con la violencia de género. Como indicamos en el texto, en la sentencia *Penal Miguel Castro* (párr. 292), la Corte por primera vez aplica la Convención de Belem do Pará. Pero en dicho caso no había distinguido entre los actos de violencia que constituyen violencia de género y aquellas que constituyen una violación normal a los derechos convencionales. En los casos *Ríos* y *Perozo* mencionados la Corte aclaró que no toda violación de un derecho humano cometida en perjuicio de una mujer conlleva necesariamente una violación de las disposiciones de la Convención de Belem do Pará. Para que ello suceda, al menos, se requiere demostrar que las agresiones fueron especialmente dirigidas contra las mujeres o explicar las razones por las cuales las mujeres se convirtieron en un mayor blanco de ataque por su sexo (*Caso Ríos*, párr. 279 y *Caso Perozo*, párr. 295).

Indudablemente, en el caso conocido como *Campo Algodonero*⁹⁴ relacionado con los asesinatos de mujeres en Ciudad Juárez, México, fue el caso

94 CIDH, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) v. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C núm. 205.

donde la Corte hace sus mayores aportes doctrinales en el área de violencia y discriminación. Por primera vez definió asesinatos contra mujeres como “violencia contra la mujer” según la Convención Americana y la Convención Belém do Pará (párr. 231). Para ello, la Corte consideró una multiplicidad de factores incluidos: la definición de violencia contra la mujer contenida en la Convención Belém do Pará (párr. 226), el reconocimiento del Estado con respecto a la situación de violencia contra la mujer en Ciudad Juárez (párr. 222), el señalamiento estatal con respecto a que los homicidios de mujeres en Ciudad Juárez “se encuentran influenciados por una cultura de discriminación contra la mujer” (párr. 228), los informes de la Relatoría de la CIDH (a los que nos referimos en el texto) que señalan que muchos de los homicidios de mujeres en Ciudad Juárez son manifestaciones de violencia basada en género (párr. 229), que las tres víctimas de este caso eran mujeres jóvenes, de escasos recursos, trabajadoras o estudiantes, como muchas de las víctimas de los homicidios en Ciudad Juárez, que fueron hechas desaparecer y sus cuerpos aparecieron en un campo algodonero y que sufrieron graves agresiones físicas y muy probablemente violencia sexual de algún tipo antes de su muerte (párr. 230). Estas diferentes pautas parecieran ser algunos de los elementos que deberán ser demostrados en el futuro para poder calificar a una agresión contra una mujer o un caso de violación a uno o varios de los derechos humanos de una mujer como un supuesto de “violencia contra la mujer” o “violencia de género” que, entre otras cosas, permitirá la aplicación de la Convención de Belem do Para.

La Corte, haciéndose eco de la crítica que desarrollamos en el texto, entendió en el caso Campo Algodonero que la obligación de investigar tiene “alcances adicionales” en casos que se enmarcan en un contexto general de violencia contra la mujer. Al igual que nuestra propuesta en el texto, el tribunal interamericano reitera la jurisprudencia europea desarrollada a partir del caso *Nachova y otros v. Bulgaria* en el que el Tribunal Europeo había indicado que “cuando un ataque es motivado por razones de raza, es particularmente importante que la investigación sea realizada con vigor e imparcialidad, teniendo en cuenta la necesidad de reiterar continuamente la condena de racismo por parte de la sociedad y para mantener la confianza de las minorías en la habilidad de las autoridades de protegerlas de la amenaza de violencia racial”. Acertadamente, la Corte adicionó “El criterio anterior

es totalmente aplicable al analizarse los alcances del deber de debida diligencia en la investigación de casos de violencia por razón de género” (párr. 293).

Desarrolló pautas de cómo debería conducirse una investigación eficaz cuando las violaciones responden a un patrón estructural o sistemático, como ocurre en un contexto de violencia contra la mujer. El tribunal reiteró que cuando ciertas líneas de investigación, eluden el análisis de los patrones sistemáticos en los que se enmarcan cierto tipo de violaciones a los derechos humanos, pueden generar ineficacia en las investigaciones (párr. 366). En *Campo Algodonero* criticó que no existía una mínima valoración judicial de los efectos del contexto respecto a las investigaciones por estos homicidios de las tres mujeres (párr. 369), ni que no se contemplara a las agresiones a mujeres como parte de un fenómeno generalizado de violencia de género (párr. 370).

Al igual que como abogamos en el artículo, el tribunal reconoció que la violencia contra la mujer es una violación de la obligación de no discriminar contenida en el artículo 1.1 de la Convención. Para ello, tomó en cuenta la definición de discriminación contra la mujer contenida en la CEDAW y a la Convención Belém do Pará que señala que la violencia contra la mujer es “una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres” y reconoce que el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye el derecho a ser libre de toda forma de discriminación (párr. 394), así como el comentario general 19 al que hicimos referencia en la nota de pie de página 43.

También recapituló la tesis desarrollada por la Corte Europea en el caso *Opuz v. Turquía* donde se indicó que “la falla del Estado de proteger a las mujeres contra la violencia doméstica viola el derecho de ellas a igual protección de la ley y esta falla no necesita ser intencional”. La Corte Europea consideró que aunque la pasividad judicial general y discriminatoria en Turquía no era intencional, el hecho de que afectaba principalmente a las mujeres permitía concluir que la violencia sufrida por la peticionaria y su madre podía considerarse violencia basada en género, lo cual es una forma de discriminación en contra de las mujeres (párr. 396). Es decir que la Corte Interamericana se hace eco de la teoría de la discriminación indirecta o por efecto desproporcionado.

Aquí la Corte realizó una contribución importante al clarificar el efecto de estereotipo de género sobre la violencia contra la mujer y la subsecuente impunidad que generan y calificarlos como discriminatorios. Según *Campo Algodonero*, la creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer (párr. 401). Para arribar a tal conclusión, partió el tribunal estableciendo que algunas autoridades mencionaron que las víctimas eran “voladas” o que “se fueron con el novio”. Esta indiferencia, por sus consecuencias respecto a la impunidad del caso, reproduce la violencia que se pretende atacar, sin perjuicio de que constituye en sí misma una discriminación en el acceso a la justicia. La impunidad de los delitos cometidos envía el mensaje de que la violencia contra la mujer es tolerada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad en las mujeres, así como una persistente desconfianza de éstas en el sistema de administración de justicia. La Corte recordó el tantas veces mencionado Informe de la CIDH sobre *Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia* que reseñáramos en el artículo (párr. 400). Definió al estereotipo de género como una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente. Y agregó que es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominante y persistente, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial, como ocurrió en el presente caso (párr. 401).

Para concluir esta breve y desorganizada actualización de la evolución jurisprudencial de la Corte con posterioridad a nuestro artículo, queremos referirnos al tratamiento de las reparaciones debidas en contextos de discriminación estructural. En *Campo Algodonero* el tribunal de la idea que la reparación integral implica el restablecimiento de la situación anterior y la eliminación de los efectos que la violación produjo, así como una indemnización como compensación por los daños causados. Sin embargo, debe tenerse en cuenta la situación de discriminación estructural, por lo cual las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo sino también correctivo. No es admisible, para la Corte, una restitución a la misma situa-

ción estructural de violencia y discriminación (párr. 450). Conforme a ello, la Corte valoró las medidas de reparación solicitadas a la luz de ciertos criterios entre los que incluyó que las reparaciones restablezcan en la mayor medida de lo posible a las víctimas en la situación anterior a la violación en aquello en que no se interfiera con el deber de no discriminar, se orienten a identificar y eliminar los factores causales de discriminación y se adopten desde una perspectiva de género, tomando en cuenta los impactos diferenciados que la violencia causa en hombres y en mujeres (párr. 451). Esta aproximación teórica abre la puerta para potenciales desarrollos jurisprudenciales que pueden generar positivos efectos para sectores tradicionalmente víctimas de discriminación estructural. Pensamos, por ejemplo, en cómo se considerarán en el futuro las reparaciones por violaciones al derecho de propiedad de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales. ¿Se los considerará simplemente como una violación del derecho de propiedad como lo ha hecho hasta ahora la Corte? ¿O se entenderá que la desposesión territorial de los indígenas es una parte de la discriminación estructural de la que son víctimas. Si es este último el caso, ¿será suficiente que la Corte ordene como ha hecho hasta ahora la restitución de las tierras tradicionales y un fondo de desarrollo comunitario? ¿O estas reparaciones son simplemente restituir el *statu quo* discriminatorio? ¿Se requerirán más ordenes tendientes a redistribuir el acceso a recursos naturales?

En definitiva, la sentencia dictada en el caso *Campo Algodonero* representa un avance muy importante y decidido de la Corte en el sentido de una jurisprudencia más consistente en materia de igualdad y no discriminación. Su análisis de los efectos de la discriminación estructural es de especial relevancia para la región más desigual del planeta. Resta por verse si la Corte será consistente y coherente en esta línea jurisprudencial.

Es un dato esperanzador que el tribunal se haya hecho eco de las críticas a ciertos vacíos e incoherencias que presentamos en nuestro artículo y haya estado dispuesta a reconsiderar sus decisiones previas. Pero además es un llamado para quienes analizamos, argumentamos y/o aplicamos la jurisprudencia de la Corte a realizar una lectura crítica antes que una recitación mecánica de las sentencias interamericanas para contribuir a su evolución.

Austin, Texas, EE.UU, abril 2010

VI. Bibliografía

- Bayefsky, Anne F., *The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law*, *Human Rights Law Journal*, vol. 11, núms. 1-2, 1990.
- Caso Nachova y otros v. Bulgaria*, Aplicaciones núm. 43577/98 y núm. 43579/98, ECHR, 6 de julio de 2005. Traducción no oficial.
- CEDAW, *Recomendación General 19*, “Violencia Contra la Mujer”, U.N. Doc. HRI/GEN/1//Rev.1, p. 84, párrs. 1, 6 y 7, 1994.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 68, 20 de enero de 2007.
- , *Caso de la Comunidad Moiwana v. Suriname*, Sentencia del 15 de junio de 2005, Serie C núm. 124, párr. 94.
- , *Caso del Penal Miguel Castro Castro v. Perú*, Sentencia del 25 de noviembre de 2006, Serie C núm. 160.
- , *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) v. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C núm. 205.
- , *Caso Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala*, Sentencia del 29 de abril de 2004, Serie C núm. 105, párr. 42.7.
- , *Caso Perozo y otros v. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C núm. 195.
- , *Caso Ríos y otros v. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C núm. 194.
- , *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) v. Perú*, Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de noviembre de 2006, Serie C núm. 158, párr. 128.
- , *Caso Villagrán Morales y otros* (Caso de los “Niños de la Calle”), Sentencia del 19 de noviembre de 1999.
- , *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003.
- , *Consideraciones sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa concebidas para promover la participación política de la mujer con*

- los principios de igualdad y no discriminación*, en el *Informe Anual de la CIDH 1999*, OEA/Ser.L/V/II.106, dic. 3 rev., 13 de abril de 2000, capítulo VI, sección II, punto B.
- , *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Penal*, Opinión Consultiva OC-16/99.
- , *Informe de Fondo No. 4/01*, Guatemala, 19 de enero de 2001, párrs. 31 y 36.
- , *Informe núm. 28/92*, Casos 10.174, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 y 10.311, del 2 de octubre de 1992, e *Informe 29/92*, en *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1992-1993*.
- , *Informe núm. 33/04*, Caso 11.634, *Jailton Neri Da Fonseca v. Brasil*, párrs. 35-38.
- , *Informe núm. 54/01* –admisibilidad y fondo–, Caso 12.051, *Maria da Penha Maia Fernandes v. Brasil*.
- , *Informe sobre Acceso a la Justicia de las Mujeres Víctimas de Violencia*, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 68, 20 de enero de 2007, párr. 80.
- , *Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, OEA/Ser. L/V/II.88, doc. 9 rev., 17 de febrero de 1995, 197-212.
- , *Informe sobre la Condición de la Mujer en las Américas*, OEA /Ser.L/V/II.100, Doc. 17, 13 de octubre de 1998.
- , *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Argentina* (1980), capítulo 3, El problema de los desaparecidos.
- , *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II.116 Doc. 5 rev. 1 corr, 22 de octubre de 2002.
- , *Las Mujeres Frente a la Violencia y la Discriminación Derivadas del Conflicto Armado en Colombia*, OEA/Ser. L/V/II., Doc. 67, 18 de octubre de 2006, párr. 102 y ss.
- , *María Eugenia Morales de Sierra v. Guatemala*, Caso 11.625, *Informe núm. 28/98*.
- , OC 18, nota a pie de página núm. 33 correspondiente al párrafo 86, citando a 33 instrumentos internacionales de diversa naturaleza.
- , OC 18, párr. 112 –trabajadores migratorios indocumentados–. Corte IDH, *Caso Ximenes Lopes v. Brasil*, Sentencia del 4 de julio de 2006,

- Serie C núm. 149, párrs. 103-105 –personas que sufren discapacidades mentales–. Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa v. Paraguay*, Sentencia del 29 de marzo de 2006, Serie C núm. 146, párr. 189 –pueblos indígenas–. Corte IDH, *Caso de las Niñas Yean y Bosico v. República Dominicana*, Sentencia del 8 de septiembre de 2005, Serie C núm. 130, párr. 134 –niñas y mujeres–.
- , *Situación de los Derechos de la Mujer en Ciudad Juárez, México: El Derecho a no ser objeto de violencia y discriminación*, párr. 11.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *Panorama Social de América Latina*, 2000-2001.
- Comité de Derechos Humanos, *Caso B. v. los Países Bajos*, Comunicación N° 273/1989. A/44/40 (1989).
- , *Caso Gueye v. Francia*, Comunicación N° 196/1985. A/44/40 (1989).
- Convención de Belém do Pará.
- Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, Artículo 31.
- Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, artículo II.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-101/05.
- , Sentencia C-673/01, magistrado ponente doctor Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Europea de Derechos Humanos, *Adulaziz, Cabales y Balkandakli v. Reino Unido*, 28 de mayo de 1985, párr. 78.
- , *Caso Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium* (Fondo), 23 de julio de 1968, vol. 6, Serie A, párr. 10.
- , *Cyprus v. Turkey*, 10 de mayo de 2001, párr. 306.
- , *Hoffman v. Austria*, 23 de junio de 1993, párr. 36.
- , *Inze v. Austria*, 28 de noviembre de 1987, párr. 41.
- CSJN, *Calvo y Pesini, Rocio c/Córdoba, Provincia de s/Amparo*; Fallos 321:194.
- CSJN, *Hoof, Pedro Cornelio Federico c/Buenos Aires, Provincia de s/acción declarativa de inconstitucionalidad*, Fallos 322:3034, considerando 2, 5, 6.
- Declaración Final de la Conferencia Regional de las Américas, WCR/RC ONF/SANT/20001L. 1/Rev.3, 20 de diciembre de 2000.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, artículo 6.

Facio, Alda, *Engendrando nuestras perspectivas*, Otras Miradas, vol. 2 núm. 2, diciembre de 2002

Laurence R. Helfer y Anne-Marie Slaughter, *Toward a Theory of Effective Supranational Adjudication*, Yale Law Journal, vol. 107, núm. 2, noviembre de 1997.

Oddny Mjoll Arnardottir, *Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publisher, 2003.

Oosterveld, Valerie, *The Definition of "Gender" in the Rome Statute of the International Criminal Court: A Step Forward or Back for International Criminal Justice?*, 18 Harvard Human Rights Journal 56.

Palacios Zuloaga, Patricia, *La No Discriminación. Estudio de la Jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre la Cláusula Autónoma de No Discriminación*, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, 2006.

Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires, *Caso Salgado c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires*, Expte. núm. 826/01, 21 de noviembre de 2001, voto del juez Maier, considerando 4.

Tribunal Supremo de Venezuela, Sentencia 1024, 3 de mayo de 2000, magistrado ponente José Rafael Tinoco.

Internet

U.S. Department of Justice, Federal Bureau of Investigation (FBI), Hate Crime Data Collection Guidelines, *Uniform Crime Reporting*, octubre de 1999 (revised), Internet: <http://www.fbi.gov/ucr/hatecrime.pdf>, p. 4, Acceso: 27 marzo 2007.

Abstracts de Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre igualdad y discriminación

Yolanda Pozo Inacalla¹

Opinión Consultiva OC-4/1984 de 19 de enero de 1984, Socilitada por el Estado de Costa Rica

1. Cuestión sometida a consulta

El Gobierno costarricense consulta a la Corte Interamericana de Derechos Humanos el proyecto de modificación a los artículos 14 y 15 de la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización de extranjeros. Las disposiciones consultadas son:

1 Estudiante de Derecho de la Universidad Central del Ecuador, Pasante de la Subsecretaría de Desarrollo Normativo del Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos.

Constitución actual	Reforma propuesta
Artículo 14. Son costarricenses por naturalización: Los que han adquirido esta calidad en virtud de leyes anteriores; Los nacionales de otros países de Centro América, de buena conducta y con un año de residencia en la República por lo menos, que manifiestan ante el Registro Civil su decisión de ser costarricense; Los españoles o iberoamericanos que no lo sean por nacimiento que obtengan la carta respectiva ante el Registro Civil, siempre que hayan tenido su domicilio en el país durante los dos años anteriores a su solicitud; Los centroamericanos, españoles e iberoamericanos que no lo sean por nacimiento y los demás extranjeros que hayan estado domiciliados en Costa Rica por el término mínimo de cinco años inmediatamente anteriores a la solicitud de naturalización, de acuerdo con los requisitos que indique la ley; La mujer extranjera que al casar con costarricense pierda su nacionalidad, o que manifieste su deseo de ser costarricense; Quienes reciban la nacionalidad honorífica a la Asamblea Legislativa.	Artículo 14. Son costarricenses por naturalización: Los que han adquirido esa calidad en virtud de leyes anteriores; Los nacionales de otros países de Centroamérica, españoles e iberoamericanos por nacimiento, con cinco años de residencia oficial en el país, que cumplan con los demás requisitos que fije la Ley; Los centroamericanos, españoles e iberoamericanos que no lo sean de nacimiento y los demás requisitos que fije la Ley; La mujer extranjera que al casar con costarricense pierda su nacionalidad o que luego de estar casada dos años con costarricense y de residir por ese mismo período en el país, manifieste su deseo de adquirir nuestra nacionalidad; y, Quienes reciban la nacionalidad honorífica de la Asamblea Legislativa.
Artículo 15. El que solicite naturalizarse debe acreditar de previa su buena conducta, demostrar que tiene oficio o medio de vivir conocido y prometer que residirá en la República de modo regular. Para los efectos de la naturalización, el domicilio implica residencia y vinculación, estables y efectivas, a la comunidad nacional, de acuerdo con la reglamentación que establezca la Ley.	Artículo 15. Quien solicite naturalizarse debe acreditar su buena conducta, demostrar que tiene oficio o medio de vivir conocido, que sabe hablar, escribir y leer el idioma español. Se someterá a un examen comprensivo acerca de la historia del país y sus valores, debiendo, asimismo, prometer que residirá en el territorio nacional de modo regular y jurar que respetará el orden constitucional de la República. Por medio de ley se establecerá los requisitos y la forma para tramitar la solicitud de naturalización.

Los diputados dictaminadores de la Comisión Especial para estudiar las reformas de los artículos señalados, que dirigen la consulta a la Corte, plantean a su vez una moción de reforma al inciso 4 del artículo 14 de la propuesta de reforma de la Constitución:

La persona extranjera que al casarse con costarricenses pierda su nacionalidad y luego de estar casada dos años con costarricense y de residir durante ese mismo período en el país, manifieste su deseo de adquirir la nacionalidad del cónyuge.

Como se puede observar, el asunto se plantea en torno a la igualdad de los cónyuges y a la diferente consideración de la mujer y el varón casados que podría constituir discriminación.

2. Admisibilidad y competencia

La Corte tiene competencia para conocer casos relativos a la interpretación de las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos, siempre que los Estados como en este caso Costa Rica hayan reconocido que tiene competencia.

La Corte tiene competencia cuando se ha violado derechos consagrados en la Convención como es el caso de la nacionalidad (art. 20) y discriminación (arts. 1.1, 17.4, 20 y 24)

3. Argumentos que fundamentan la resolución

Para resolver la Corte considera argumentos relacionados tanto con la nacionalidad como con la no discriminación. A continuación resumimos algunos de ellos:

3.1. Argumentos relacionados con la nacionalidad

El Estado atribuye nacionalidad a sus nacionales, sin embargo no se puede desconocer que cada Estado puede reglar la forma o condiciones como pue-

den conceder dicha nacionalidad. Sin embargo, en la actualidad la nacionalidad no solo es un vínculo jurídico entre el Estado y la persona, como durante mucho tiempo en efecto lo fue, sino que se contempla como un derecho humano que crea un vínculo en donde la persona y el Estado tienen deberes y derechos recíprocos.

La Corte, al analizar las reformas propuestas, en cuanto a la nacionalidad considera que no se afecta el derecho a la nacionalidad, contenido en el artículo 20 de la Convención, ya que:

1. La nacionalidad de los ciudadanos costarricenses no sería afectada si en su Constitución se dieran las reformas propuestas.
2. Los ciudadanos costarricenses ya sea por nacimiento o que por otras formas hayan adquirido la nacionalidad no se verían afectados por las propuestas de reforma.
3. El Estado puede establecer condiciones necesarias para conceder su nacionalidad a nacionales de otros países. Esto no quiere decir que el Estado vaya a restringir y negar este derecho.

Por otro lado, con respecto a la nacionalidad de la mujer casada con costarricense, la Corte considera que el artículo 14 párrafo 5 de la Constitución vigente y el artículo 14 párrafo 4 del proyecto, tampoco afecta al derecho de nacionalidad, ya que:

Estas disposiciones definen la forma como una mujer puede adquirir la nacionalidad costarricense, así la mujer que se case con un costarricense y por disposición de su propia legislación, pierda su nacionalidad de origen, inmediatamente se convierte en costarricense con lo que no caería en la apatridia (que sí afectaría su derecho a la nacionalidad); el otro aspecto que considera la Corte es el cumplimiento de las condiciones (en este caso estar casada 2 años y residir por el mismo tiempo para obtener la nacionalidad). Al respecto la Corte plantea que eso no constituye un desconocimiento del derecho de nacionalidad puesto que la imposición de criterios para conceder la misma le corresponde al Estado, pues su intención puede ser buscar la mejor correspondencia entre quien va a ser nacionalizado y los valores e intereses nacionales.

La otra disposición analizada es la contenida en la moción de reforma al artículo 14 párrafo 4 del proyecto presentada por los diputados dictaminadores,

La persona extranjera que al casarse con costarricense pierda su nacionalidad y luego de estar casada dos años con costarricense y de residir durante ese mismo período en el país, manifiesta su deseo de adquirir la nacionalidad del cónyuge.

Según la Corte, en esta disposición la pérdida de la nacionalidad asociada al matrimonio (aunque sea como resultado de la legislación propia de la persona extranjera) deja un vacío, cuando establece que el tiempo de dos años es un requisito acumulativo al de perder la nacionalidad, con lo que durante dos años las personas se convierten en apátridas, periodo de tiempo requerido para solicitar la nacionalidad costarricense . Como eso dependería de la legislación de la persona extranjera y no de Costa Rica, la Corte considera que no afecta el derecho de nacionalidad.

3.2.Argumentos relacionados con la discriminación

El Estado que concede la nacionalidad es el que establece las condiciones para que nacionales de otros países accedan a ella, sin embargo a conveniencia del Estado pueden establecerse condiciones diferentes a los extranjeros. En este caso sería la fijación de requerimientos menos exigentes como lo es el tiempo de residencia para la obtención de la nacionalidad costarricense para los centroamericanos, iberoamericanos y españoles frente a los demás extranjeros esto lo hace para probar que el aspirante este efectivamente emparentado con el Estado. Según la Corte se entiende que los legisladores buscan un equilibrio y la mejor convivencia dentro del Estado y con las personas aspirantes a obtener la nacionalización.

En los párrafos 2 y 3 del artículo 14 del proyecto de reforma se distinguen dos puntos:

1. Una diferencia en cuanto al lugar de nacimiento de la persona y no a los conocimientos que la persona “debe” tener para ser aspirante a obtener la nacionalización.
2. Costa Rica no toma en consideración cómo otros países otorgan nacionalidad, cada país, y también éste, decide conforme sus intereses propios las condiciones para otorgar la nacionalidad.

Por otro lado, respecto al artículo 15 propuesto, la Corte considera que es valoración de cada Estado imponer los requisitos necesarios para que un aspirante acceda a la nacionalidad por tanto la evaluación sobre historia, valores y lengua propia del Estado no constituyen un sistema de discriminación

El cuarto párrafo del artículo 14 del proyecto señala disposiciones específicas para que una mujer obtenga la nacionalidad, en este caso es determinante el matrimonio para que la mujer cambie su nacionalidad. Esta disposición generano solo discriminación sino que incrementa inseguridad ya que le quita a la mujer extranjera la protección a que pueden acogerse los nacionales.

4. Resolución

En relación con el artículo 20 de la Convención, por cinco votos contra uno, la Corte señala:

Que el derecho a la nacionalidad, reconocido por el artículo 20 de la Convención, no está involucrado en el proyecto de reforma constitucional, objeto de la presente consulta.

En relación con los artículos 24 y 17.4 de la Convención, por unanimidad la Corte dice:

Que no constituye discriminación y por tanto no es contraria a la Convención la estipulación de las condiciones preferentes para obtener la nacionalidad costarricense por naturalización en favor de los centroamericanos, iberoamericanos y españoles, frente a los demás extranjeros contenida en el inciso 2 del art. 14 de la propuesta de reforma.

Por cinco votos contra uno

Que no constituye discriminación contraria a la Convención limitar esa preferencia a los centroamericanos, iberoamericanos y españoles por nacimiento contenida en el inciso 2 del art. 14 de la propuesta de reforma.

Por cinco votos contra uno

Que no constituye, en sí mismo, discriminación contraria a la Convención agregar los requisitos del artículo 15 del proyecto, para la obtención de la nacionalidad costarricense por naturalización.

Por unanimidad

Que sí constituye discriminación incompatible con los artículos 17.4 y 24 de la Convención estipular en el artículo 14.4 del proyecto condiciones preferentes para la naturalización por causa de matrimonio a favor de uno solo de los cónyuges (la mujer).

La preferencia a los centroamericanos, iberoamericanos y españoles por nacimiento deja en claro el deseo del legislador de encontrar similitudes culturales y de orden social con las personas que van a ser nacionalizadas, a favor de sostener un equilibrio social y mejor adaptabilidad a la sociedad. Se considera que los artículos 14 y 15 de la Constitución Política pueden constituir una legislación discriminatoria, pues obliga a las mujeres a adquirir la nacionalidad del marido en el momento del matrimonio y a renunciar a su nacionalidad de origen. Es una normativa, que tiene como consecuencia hacer más difícil la entrada y la residencia en el país para las esposas o novias de hombres nacionales. El deber del Estado es adecuar normas para el pleno ejercicio de los derechos de las personas. Sin embargo en los artículos mencionados se establece un impedimento para el pleno ejercicio de los derechos de la familia ya que como núcleo de la sociedad se debe buscar su unidad e integración pero debido a la normativa establecida se crea un distanciamiento ya que no existe equilibrio en cuanto al alcance se los derechos de los cónyuges.

5. Votos salvados

5.1. Opinión disidente del Juez Thomas Burguentel

Considera que los artículos 14.2 y 14.3 del proyecto de reforma de la Constitución Política no concuerdan con el artículo 24 de la Convención debido a que establecen discriminación entre los centroamericanos, iberoamericanos y españoles por nacimiento y nacionales de otros países para adquirir la nacionalidad, existiendo desproporcionalidad en la exigencia del periodo de residencia y considera que va en contra de los fines del Estado diferenciar a centroamericanos, iberoamericanos y españoles con base en si son nacionales por nacimiento o por naturalización.

En cuanto al artículo 15, del proyecto de reforma, el Juez expresa que no es racionalizado y equilibrado el requisito de rendir exámenes de conocimiento sobre, historia, valores, idioma y forma de vida costarricense porque lo que se debería buscar no es directamente el conocimiento sino la comprensión de la historia, valores, etc, de la sociedad costarricense lo que no se logra a través de un examen.

Considera que en la legislación propuesta establece un período muy largo de residencia, que más o menos sería de ocho años en el mejor de los casos, porque en él se incluiría los dos años fijados por la disposición más el tiempo que se requerirá para conocer la historia, valores, etc de Costa Rica. Sin embargo, colocar a los centroamericanos, iberoamericanos y españoles por naturalización en la misma categoría que a todos los otros extranjeros y darle una posición preferencial a los centroamericanos, iberoamericanos y españoles por nacimiento, es desconocer los muchos años de residencia en estos países de los ciudadanos naturalizados y su especial vinculación a estas regiones favorecidas por la legislación propuesta.

5.2. Voto separado del Juez Rodolfo E. Piza E

Este juez considera que reglar requisitos para la nacionalización dentro de las razones de orden cultural y social se sobreentiende.

El Juez establece que si es discriminatorio que la mujer extranjera por motivo de matrimonio pierda su nacionalidad y se convierta en apátrida du-

rante 2 años, periodo que espera hasta adquirir la nacionalidad costarricense o cumplir con los demás requisitos. Estas exigencias se convierten en un mecanismo impositivo y limitante. Para su análisis considera dos hipótesis:

- La ‘forzosa’, de la mujer extranjera que se le otorga una naturalización incondicionada y automática;
- La ‘voluntaria’, de la mujer extranjera que no pierde su nacionalidad, le confieren una opción de naturalización.

También es discriminatorio según este Juez, instaurar un sistema de evaluación con respecto a la historia y valores del país y el conocimiento del idioma español al término de leerlo y escribirlo ya que es excluyente. También resultan discriminatorias las preferencias para la naturalización por matrimonio a favor de uno solo de los cónyuges, esta disposición es regresiva, discriminatoria y contraproducente en cuanto el avance de la aplicabilidad de las normas del Derecho Humano en contra de la mujer. Se debe buscar el progreso en cuanto a la normativa y la exclusión directa o indirecta del rol de la mujer dentro de la unión conyugal.

Opinión Consultiva OC-17/2002
de 28 de agosto de 2002,
solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos
a la Corte Interamericana de Derechos Humanos

1. Cuestión sometida a consulta

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió a la Corte Interamericana de Derechos Humanos una solicitud de Opinión Consultiva sobre la interpretación de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, con intención de establecer si las medidas especiales contempladas s en el artículo 19 de la misma Convención dirigidas a los niños forman “límites al arbitrio o a la discrecionalidad de los Estados” e asimismo se solicitó la formulación de criterios generales válidos sobre la materia dentro del marco de la Convención Americana.

Artículo 8. Garantías Judiciales Convención Americana sobre Derechos Humanos

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
- b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;
- c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
- d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido

por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

Artículo 19. Derechos del Niño. Convención Americana sobre Derechos Humanos

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

Artículo 25. Protección Judicial. Convención Americana sobre Derechos Humanos

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Por otro lado también la Comisión incluyó en la consulta una solicitud a la Corte para que emita criterios sobre la compatibilidad de las medidas especiales que algunos Estados adoptan en relación a las personas menores de edad y los artículos 8 y 25 de la Convención Americana. Las medidas mencionadas son:

- a) la separación de jóvenes de sus padres y/o familia por considerarse, al arbitrio del órgano decisor y sin debido proceso legal, que sus familias no poseen condiciones para su educación y mantenimiento;
- b) la supresión de la libertad a través de la internación de menores en establecimientos de guarda o custodia, por considerárseles abandonados o proclives a caer en situaciones de riesgo o ilegalidad; causales que no configuran figuras delictivas sino condiciones personales o circunstanciales del menor[;]
- c) la aceptación en sede penal de confesiones de menores obtenidas sin las debidas garantías;
- d) la tramitación de juicios o procedimientos administrativos en los que se determinan derechos fundamentales del menor, sin la garantía de defensa del menor[; y]
- e) la determinación en procedimientos administrativos y judiciales de derechos y libertades sin la garantía al derecho de ser oído personalmente y la no consideración de la opinión y preferencias del menor en esa determinación.

2. Admisibilidad y Competencia

La Corte tiene competencia para conocer cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, la Comisión puede llevar un asunto ante la Corte.

La competencia implica consultar a la Corte acerca de cómo deben interpretarse los tratados internacionales de derechos humanos, la capacidad de emitir opiniones sobre la compatibilidad entre las leyes internas de los Estados y esos tratados.

El procedimiento ante la Corte es de carácter contencioso. Termina con una sentencia motivada, obligatoria, definitiva e inapelable.

La Corte ha tenido oportunidad de referirse específicamente a la Convención sobre los Derechos del Niño, instrumento a que la Comisión se refiere a través del análisis de los artículos 8, 19 y 25 de la Convención Americana

3. Argumentos que fundamentan la resolución

En algunas constituciones de los países americanos, la presencia de los derechos y garantías establecidos en los artículos 8 y 25 por la Convención Americana no son ejercidos plenamente en lo referente a los niños como sujetos y actores en competencia penal, civil y administrativa, dichas garantías pasan a segundo plano ya que pueden ser quebrantados y limitados.

La Comisión, manifiesta que existen ciertas inferencias que mandos estatales emplean cuando instauran medidas de protección a favor de menores, las cuales desarrollan un debilitamiento de sus garantías judiciales. Entre estas medidas se pueden mencionar:

1. carencia de juicio y personería que deja en segundo plano las garantías.
2. consideración del entorno familiar del niño como factor central de decisión para la determinación de medidas que afectan sus derechos.
3. consideración de la denominada situación irregular como justificación de la aplicación de medidas como sanción.

Dichas medidas considera que los menores son incapaces de juicio pleno sobre sus actos y por consiguiente su participación por sí o a través de sus representantes se reduce o anula tanto en lo civil como en lo penal.

La consulta se transmitió a los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos, al Instituto Interamericano del Niño, al Consejo

Permanente y, a los órganos de la Organización que pudieran tener interés en la materia.

3.1.Comisión Interamericana de Derechos Humanos manifestó:

Con la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño se terminó un proceso que consistía en el desarrollo a la protección integral de los derechos del niño. Los Estados transformaron su normativa tomando en cuenta este nuevo modelo, enfatizando una correlación con los menores considerando a los niños como sujetos de derecho reconociendo la protección integral. Enfatiza la protección a la familia por ser el núcleo de la sociedad en donde se desarrolla la persona menor de edad. Sin embargo, no todos los países han armonizado sus legislaciones internas con los principios establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, y los que lo han hecho han enfrentado dificultades para llevarlos a la práctica.

Los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, en concordancia con el artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, acopian garantías que deben observarse en cualquier proceso en el que se determinen derechos de un niño, entre ellas: Juez Natural; Presunción de inocencia; Derecho de defensa; Doble instancia; Non bis in idem; Publicidad.

La Comisión manifiesta que la Convención sobre los Derechos del Niño debe ser utilizada por los miembros del sistema interamericano de protección de los derechos humanos en la interpretación de todas las normas de la Convención Americana, en aquellos asuntos que involucren a niños, y en particular en lo relativo a la interpretación y aplicación del artículo 19 de la Convención Americana.

4.Resolución

La Corte empieza definiendo ciertos términos de interés para el caso que se le consulta, posteriormente, opina.

4.1. Definiciones

Definición de Niño

Dentro de la Opinión Consultiva la finalidad es diferenciar entre mayores y menores de 18 años, tomando en cuenta la normativa internacional y el criterio sustentado por la Corte, se entiende por niño a toda persona que no ha cumplido 18 años de edad.

Igualdad

El artículo 24 de la Convención consagra el principio de igualdad ante la ley. Así que no importara las condiciones en las que se encuentran los niños, el trato diferente que se otorga a los mayores y a los menores de edad no es por si mismo discriminatorio, en el sentido que establece la Convención.

Interés Superior del Niño

El preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que los niños requieren “cuidados especiales”, y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir “medidas especiales de protección”. La finalidad de adoptar medidas o cuidados es porque es preciso ponderar no sólo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se hallan el niño.

Deberes de la familia, la sociedad y el Estado

El niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, que se relacionen con el interés superior del niño, para decidir por separarlo de su familia. La decisión de separación debe ser excepcional y, de preferencia temporal. Los Estados deben adoptar medidas administrativas, legislativas para dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención.

Procedimientos judiciales o administrativos en que participan los niños

Si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías.

Las medidas de protección que se adopten en sede administrativa, deben ajustarse estrictamente a la ley, y apuntar a que el niño continúe vinculado con su núcleo familiar, si esto es posible y razonable.

4.2.Opinión

La Corte por seis votos contra uno

Decide

Que tiene competencia para emitir la presente Opinión Consultiva y que la solicitud de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos es admisible.

Declara

Que para los efectos de esta opinión consultiva, “niño” o “menor de edad” es toda persona que no haya cumplido 18 años, salvo que hubiese alcanzado antes la mayoría de edad, por mandato de ley, en los términos del párrafo 42.

Y es de opinión

1. Que de conformidad con la normativa contemporánea del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en la cual se enmarca el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los niños son titulares de derechos y no sólo objeto de protección.

2. Que la expresión “interés superior del niño”, consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño.
3. Que el principio de igualdad recogido en el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no impide la adopción de reglas y medidas específicas en relación con los niños, los cuales requieren un trato diferente en función de sus condiciones especiales. Este trato debe orientarse a la protección de los derechos e intereses de los niños.
4. Que la familia constituye el ámbito primordial para el desarrollo del niño y el ejercicio de sus derechos. Por ello, el Estado debe apoyar y fortalecer a la familia, a través de las diversas medidas que ésta requiera para el mejor cumplimiento de su función natural en este campo.
5. Que debe preservarse y favorecerse la permanencia del niño en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes para separarlo de su familia, en función del interés superior de aquél. La separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal.
6. Que para la atención a los niños, el Estado debe valerse de instituciones que dispongan de personal adecuado, instalaciones suficientes, medios idóneos y experiencia probada en este género de tareas.
7. Que el respeto del derecho a la vida, en relación con los niños, abarca no sólo las prohibiciones, entre ellas, la de la privación arbitraria, establecidas en el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino que comprende también la obligación de adoptar las medidas necesarias para que la existencia de los niños se desarrolle en condiciones dignas.
8. Que la verdadera y plena protección de los niños significa que éstos puedan disfrutar ampliamente de todos sus derechos, entre ellos los eco-

nómicos, sociales y culturales, que les asignan diversos instrumentos internacionales. Los Estados Partes en los tratados internacionales de derechos humanos tienen la obligación de adoptar medidas positivas para asegurar la protección de todos los derechos del niño.

9. Que los Estados Partes en la Convención Americana tienen el deber, conforme a los artículos 19 y 17, en relación con el artículo 1.1 de la misma, de tomar todas las medidas positivas que aseguren la protección a los niños contra malos tratos, sea en su relación con las autoridades públicas, o en las relaciones inter-individuales o con entes no estatales.

10. Que en los procedimientos judiciales o administrativos en que se resuelven derechos de los niños se deben observar los principios y las normas del debido proceso legal. Esto abarca las reglas correspondientes a juez natural –competente, independiente e imparcial-, doble instancia, presunción de inocencia, contradicción y audiencia y defensa, atendiendo las particularidades que se derivan de la situación específica en que se encuentran los niños y que se proyectan razonablemente, entre otras materias, sobre la intervención personal de dichos procedimientos y las medidas de protección que sea indispensable adoptar en el desarrollo de éstos.

11. Que los menores de 18 años a quienes se atribuya la comisión de una conducta delictuosa deben quedar sujetos a órganos jurisdiccionales distintos de los correspondientes a los mayores de edad. Las características de la intervención que el Estado debe tener en el caso de los menores infractores deben reflejarse en la integración y el funcionamiento de estos tribunales, así como en la naturaleza de las medidas que ellos pueden adoptar.

12. Que la conducta que motive la intervención del Estado en los casos a los que se refiere el punto anterior debe hallarse descrita en la ley penal. Otros casos, como son los de abandono, desvalimiento, riesgo o enfermedad, deben ser atendidos en forma diferente, a la que corresponde a los procedimientos aplicables a quienes incurrir en conductas típicas.

Sin embargo, en dichos casos es preciso observar, igualmente, los principios y las normas del debido proceso legal, tanto en lo que corresponde a los menores como en lo que toca a quienes ejercen derechos en relación con éstos, derivados del estatuto familiar, atendiendo también a las condiciones específicas en que se encuentren los niños.

13. Que es posible emplear vías alternativas de solución de las controversias que afecten a los niños, pero es preciso regular con especial cuidado la aplicación de estos medios alternativos para que no se alteren o disminuyan los derechos de aquéllos.

Todos los procesos adoptados por los Estados deben contenerse en el principio de igualdad conforme a los artículos 19 y 17 que además establecen protección a los niños contra malos tratos. El interés superior debe englobar todas las garantías para los niños y así ellos puedan ejercer los derechos en plenitud y el estado puede adoptar medidas necesarias para normar sus vidas.

El ente más importante para el desarrollo y fortalecimiento del niño es la familia, hay que considerar que la separación del niño solo debe ser en casos excepcionales de tal manera que los procedimientos judiciales o administrativos en relación a los derechos de los niños deben observar los principios y las normas del debido proceso legal.

5. Votos salvados.

5.1. Voto Concurrente Del Juez A.A. Cançado Trindade

El juez A.A. Cançado Trindade voto a favor de la adopción de qué no se entiende, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Y considera que:

En el punto resolutivo No. 1, para la Corte Interamericana son sujetos de derecho los niños, en general. Las limitaciones de la capacidad jurídica en nada reduce la personalidad jurídica. El titular de derechos es el ser humano y no la condición existencial en que se encuentre, así los derechos específicos en la condición de vulnerabilidad del titular de derechos sigue

siendo siempre él, como persona humana, y si un individuo no dispone de plena capacidad jurídica, ni por eso deja de ser sujeto de derecho.

El juez A.A. Cançado Trindade establece seis aspectos medulares, a saber: 1) la cristalización de la personalidad jurídica internacional del ser humano; 2) la personalidad jurídica del ser humano como respuesta a una necesidad de la comunidad internacional; 3) el advenimiento del niño como verdadero sujeto de derechos en el plano internacional; 4) el derecho subjetivo, los derechos humanos y la nueva dimensión de la personalidad jurídica internacional del ser humano; 5) las implicaciones y proyecciones de la personalidad jurídica del niño en el plano internacional; y 6) los derechos humanos del niño y las obligaciones de su protección erga omnes. La Opinión Consultiva afirma explícitamente el deber universal de los Estados Partes en la Convención Americana, como garantes del bien común, de organizar el poder público para garantizar a todas las personas sus jurisdicciones, el libre y pleno ejercicio de los derechos.

La OC-17 la Corte vuelve a subrayar, correctamente, que la protección de los derechos de la persona humana.

El reconocimiento y el fortalecimiento de la posición del ser humano como sujeto pleno del Derecho Internacional de los Derechos Humanos constituye una manifestación positiva y locuaz de los avances del proceso de humanización del propio Derecho Internacional, al cual tenemos el deber de contribuir, tal como lo ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la presente Opinión Consultiva No. 17 sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño.

5.2. Voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez a la opinión consultiva OC-17, sobre “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, del 28 de agosto de 2002.

El Juez Sergio García Ramírez considera que en una sociedad democrática, la autoridad legislativa debe observar cuidadosamente los límites y establecer en consecuencia la regulación que corresponda en cuanto a sus ciudadanos de manera general. En la solicitud de Opinión Consultiva se refleja, la preocupación por identificar y limitar adecuadamente el poder del Estado para actuar en relación con los niños en ciertas situaciones de importancia.

Hay que tomar en cuenta que el concepto niño concuerda con el de menor de edad que presentan unas mismas consecuencias del Derecho. La Convención sobre Derechos del Niño, de Naciones Unidas, abundantemente invocada en la presente Opinión Consultiva, considera que es niño la persona menor de 18 años.

El Juez Sergio García Ramírez considera que el Derecho de menores es un derecho protector y no uno desposeedor de los derechos fundamentales. Por otra parte, protegería los requerimientos básicos del garantismo: derechos y garantías del menor. El niño será tratado en forma específica, según sus propias condiciones, puesto que es sujeto de derecho, no apenas objeto de protección y no carecerá de los derechos y las garantías inherentes al ser humano y a su condición específica. La pretensión es el bienestar del niño.

La idea tutelar representó en su momento un interesante progreso con respecto al régimen. En efecto, quiso retirar a los menores de edad, y efectivamente lo hizo, del espacio en el que se desenvuelve la justicia para adultos delincuentes, sin embargo hay que entender que la orientación tutelar tiene como distinción brindar al menor de edad un trato consecuente con sus condiciones específicas y darle la protección que requiere y el reconocimiento de los derechos del menor y de sus responsables legales, la identificación de aquél como sujeto, no como objeto del proceso, y el control de los actos de autoridad mediante el pertinente aparato de garantías.

La Opinión Consultiva 17 acierta, cuando alude a esta materia desde una doble perspectiva. En un punto señala la obligación de los Estados para adoptar medidas que permitan proveer a las personas satisfacción en múltiples vertientes; y en otro reconoce que vienen al caso verdaderos derechos, cuya exigibilidad, a título de tales, comienza a ganar terreno. Las Constituciones al igual que los tratados internacionales atribuyen verdaderas obligaciones y auténticos derechos.

5.3. Voto salvado del Juez Jackman

El Juez Jackman votó en contra de la Opinión Consultiva, considerando que la solicitud no cumple con los criterios de admisibilidad ante la Corte, puesto que sus argumentos no reúnen, a criterio del Juez, todos los requisitos establecidos en el artículo 64 de la Convención. Cree que el objetivo de la soli-

cidad es vago, y el nivel de ésta académico, lo cual no concuerda con la función específica de la Corte con respecto a que las opiniones consultivas prestan un servicio a los Estados miembros y órganos del sistema interamericano para ayudarles a un mejor cumplimiento y sobre todo aplicación de los tratados que se ocupan de los derechos humanos.

Opinión Consultiva OC-18/03
17 de Septiembre de 2003
Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos a la
Corte Interamericana de Derechos Humanos

1. Cuestión sometida a consulta

Los Estados Unidos Mexicanos sometieron a la Corte Interamericana de Derechos Humanos una solicitud de opinión consultiva sobre la privación del goce y ejercicio de ciertos derechos laborales a los trabajadores migrantes, y su compatibilidad con la obligación de los Estados americanos de garantizar los principios de igualdad jurídica, no discriminación y protección igualitaria y efectiva de la ley, consagrados en instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos. La consulta trata sobre el carácter que los principios de igualdad jurídica, no discriminación y protección igualitaria y efectiva de la ley han alcanzado en el contexto del desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos y su codificación.

En el marco del principio de igualdad jurídica consagrado en el artículo II de la Declaración Americana, en el artículo 24 de la Convención Americana, en el artículo 7 de la Declaración Universal y en el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, México consulta los siguientes puntos:

1. ¿Puede un Estado americano, en relación con su legislación laboral, establecer un trato perjudicialmente distinto para los trabajadores migratorios indocumentados en cuanto al goce de sus derechos laborales respecto de los residentes legales o los ciudadanos, en el sentido de que dicha condición migratoria de los trabajadores impide per se el goce de tales derechos?
2. Los artículos 2, párrafo 1 de la Declaración Universal y II de la Declaración Americana y los artículos 2 y 26 del Pacto [Internacional de Derechos Civiles y Políticos], así como 1 y 24 de la Convención Americana, ¿deben interpretarse en el sentido de que la legal estancia de las personas en el territorio de un Estado americano es condición necesaria para que

dicho Estado respete y garantice los derechos y libertades reconocidos en dichas disposiciones a las personas sujetas a su jurisdicción?

3. A la luz de las disposiciones citadas en la pregunta anterior[,] ¿puede considerarse que la privación de uno o más derechos laborales, tomando como fundamento de tal privación la condición indocumentada de un trabajador migratorio, es compatible con los deberes de un Estado americano de garantizar la no discriminación y la protección igualitaria y efectiva de la ley que le imponen las disposiciones mencionadas?

Con fundamento en el artículo 2, párrafos 1 y 2 y en el artículo 5, párrafo 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos pregunta:

4. ¿Cuál sería la validez de la interpretación por parte de un Estado americano en el sentido de subordinar o condicionar de cualquier forma la observancia de los derechos humanos fundamentales, incluyendo el derecho a la igualdad ante la ley y a la igual y efectiva protección de la misma sin discriminación, a la consecución de objetivos de política migratoria contenidos en sus leyes, independientemente de la jerarquía que el derecho interno atribuya a tales leyes, frente a las obligaciones internacionales derivadas del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de otras obligaciones del derecho internacional de los derechos humanos oponibles erga omnes?

Habida cuenta del desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos y su codificación, en especial a través de las disposiciones invocadas de los instrumentos mencionados en la presente solicitud,

5. ¿Qué carácter tienen hoy el principio de no discriminación y el derecho a la protección igualitaria y efectiva de la ley en la jerarquía normativa que establece el derecho internacional general, y en ese contexto, pueden considerarse como la expresión de normas de ius cogens? Si la respuesta a esta segunda pregunta resultase afirmativa, ¿qué efectos jurídicos se derivan para los Estados miembros de la OEA, individual y colectivamente, en el marco de la obligación general de respetar y garantizar, conforme al artículo 2 párrafo 1 del Pacto [Internacional de Derechos Civiles y Po-

líticos], el cumplimiento de los derechos humanos a que se refieren el artículo 3, inciso (I) y el artículo 17 de la Carta de la OEA?

La opinión de la Corte tendría gran importancia para el cumplimiento de las obligaciones internacionales al precisar el alcance de tales obligaciones respecto de la protección de los derechos laborales de los trabajadores migrantes indocumentados, independientemente de su nacionalidad. Los trabajadores migratorios deben tener garantizado el goce y ejercicio de los derechos humanos en los países donde residan.

Con respecto a las preguntas sometidas a la Consulta:

Considera que toda orden que propicie un trato distinto a personas o grupos de personas que se encuentren en el territorio de un Estado americano, es contraria al principio de igualdad. Los trabajadores migrantes son considerados como un grupo inferior en relación con el resto de los trabajadores legales o nacionales del Estado que se trata. Deben adecuarse las normas internas de cada Estado para que garanticen el efectivo cumplimiento de los derechos humanos pactados en instrumentos internacionales hacia todas las personas sin importar su condición. Es inadecuado que los Estados restringieran la efectividad y ejercicio de los derechos Humanos dentro de su legislación interna y si se diera el caso se dará la aplicabilidad del Derecho Internacional Humanitario en toda circunstancia, incluso cuando los tratados existentes no regulen determinadas situaciones. En cuanto a los artículos 2.1 de la Declaración Universal, II de la Declaración Americana, 2 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 1 y 24 de la Convención Americana, obliga a todos los Estados a garantizar el goce y ejercicio efectivo de los derechos, así como prohíbe discriminar por motivos de cualquier índole, es decir que los actos de todos los órganos de un Estado americano deben respetar estrictamente tales derechos.

2. Admisibilidad y Competencia

La Convención tiene la facultad para emitir una opinión sobre tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos está interpretación es amplia y no restrictiva, tiene competencia para pronun-

ciarse sobre las preguntas planteadas por México y la interpretación que solicitan sobre los Tratados Internacionales como lo es la Declaración Americana, de la Convención Americana, de la Declaración Universal y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, tratados que protegen los derechos humanos y que tienen aplicación en los Estados americanos el propósito de la consulta es la interpretación de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos.

3. Resolución

La Corte ha resuelto analizar las interrogantes planteadas de la siguiente manera:

3.1. Obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y carácter fundamental del principio de igualdad y no discriminación (preguntas no. 2.1 y 4);

Cada Estado tiene el derecho a aclarar sus alcances en cuanto a los aspectos culturales, políticos y económicos, dentro de este procedimiento el Estado debe respetar los derechos de la persona no solo por ser humano sino porque sus derechos y deberes están basados en principios de moral universal. La obligación de respetar y garantizar los derechos humanos se encuentra plasmada en varios instrumentos internacionales, el fin de los instrumentos son fundamentales para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención puede ser atribuida a un Estado Parte. La Convención Americana establece la obligación universal de cada Estado de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Existe un vínculo sólido entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación por ende los Estados están obligados a respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades sin discriminación alguna, el incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, que vaya en contra de la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos, le crea una responsabilidad internacional

y ésta es mas grave en la medida en que ese incumplimiento viola normas urgentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. De esta manera, la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos vincula a los Estados, independientemente de cualquier circunstancia o consideración, inclusive el estatus migratorio de las personas.

3.2. Aplicación del principio de igualdad y no discriminación a los migrantes (pregunta no. 2.1);

Generalmente los migrantes se encuentran en una situación de vulnerabilidad como sujetos de derechos humanos, en una condición individual de ausencia o diferencia de poder con respecto a los no-migrantes. La comunidad internacional ha reconocido la necesidad de adoptar medidas especiales para garantizar la protección de los derechos humanos de los migrantes. Sin embargo, sí puede el Estado otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto de los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, siempre y cuando este trato diferencial sea razonable y no lesione los derechos humanos. Por ejemplo, pueden efectuarse distinciones en cuanto a la titularidad de los derechos políticos. Los derechos derivados de la relación laboral subsisten, pese a las medidas que se adopten

3.3. Derechos de los trabajadores migrantes indocumentados (preguntas no. 2.2 y 1)

Los trabajadores migrantes en situación regular están autorizados a ingresar, permanecer y ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo esto es de acuerdo con las leyes de ese Estado y los acuerdos internacionales en que ese Estado sea parte, la situación de vulnerabilidad de los trabajadores migrantes frente a los trabajadores nacionales es notoria puesto que los derechos laborales surgen necesariamente de la condición de cada trabajador. El derecho del trabajo, sea regulado a nivel nacional o internacional, es un ordenamiento protector de los trabajadores, independientemente de cualquier otra consideración de carácter económico o social. El migrante, al asumir una relación de trabajo, adquiere derechos por ser trabajador, que deben ser reconocidos y garantizados, independientemente de su situación regular o irregular

en el Estado de empleo. Hay casos en los cuales es el Estado el que directamente viola los derechos humanos de los trabajadores La Corte señala que los derechos laborales son los que el sistema jurídico, nacional e internacional, reconoce a los trabajadores. Los trabajadores, al ser titulares de los derechos laborales, deben contar con todos los medios adecuados para ejercerlos.

3.4. Obligaciones estatales en la determinación de las políticas migratorias a la luz de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos (pregunta no. 3).

La presente Opinión Consultiva, es compatible con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos cuando los Estados americanos subordinen y condicionen la observancia de los derechos humanos a sus políticas migratorias, sobre todo cuando han ratificado o adherido su participación en un tratado internacional, los Estados manifiestan su compromiso de buena fe de garantizar y respetar los derechos en él reconocidos, además los Estados deben adecuar su derecho interno al derecho internacional. Los objetivos de las políticas migratorias deben tener presente el respeto por los derechos humanos. Dichas políticas migratorias deben ejecutarse con el respeto y la garantía de los derechos humanos. Cualquier actuación u omisión en sentido contrario es incompatible con los instrumentos internacionales de derechos humanos.

3.4. Opinión

Por las razones expuestas,

La Corte:

Decide

Por unanimidad,

Que es competente para emitir la presente Opinión Consultiva.

Y es de la Opinión que

Por unanimidad,

1. Que los Estados tienen la obligación general de respetar y garantizar los derechos fundamentales. Con este propósito deben adoptar medidas positivas, evitar tomar iniciativas que limiten o conculquen un derecho fundamental, y suprimir las medidas y prácticas que restrinjan o vulneren un derecho fundamental.
2. Que el incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional.
3. Que el principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno.
4. Que el principio fundamental de igualdad y no discriminación forma parte del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*.
5. Que el principio fundamental de igualdad y no discriminación, revestido de carácter imperativo, acarrea obligaciones erga omnes de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares.
6. Que la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos vincula a los Estados, independientemente de cualquier circunstancia o consideración, inclusive el estatus migratorio de las personas.
7. Que el derecho al debido proceso legal debe ser reconocido en el marco de las garantías mínimas que se deben brindar a todo migrante, independientemente de su estatus migratorio. El amplio alcance de la

intangibilidad del debido proceso comprende todas las materias y todas las personas, sin discriminación alguna.

8. Que la calidad migratoria de una persona no puede constituir una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos los de carácter laboral. El migrante, al asumir una relación de trabajo, adquiere derechos por ser trabajador, que deben ser reconocidos y garantizados, independientemente de su situación regular o irregular en el Estado de empleo. Estos derechos son consecuencia de la relación laboral.

9. Que el Estado tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos laborales de todos los trabajadores, independientemente de su condición de nacionales o extranjeros, y no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de éstos, en las relaciones laborales que se establezcan entre particulares (empleador-trabajador). El Estado no debe permitir que los empleadores privados violen los derechos de los trabajadores, ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales.

10. Que los trabajadores, al ser titulares de los derechos laborales, deben contar con todos los medios adecuados para ejercerlos. Los trabajadores migrantes indocumentados poseen los mismos derechos laborales que corresponden a los demás trabajadores del Estado de empleo, y este último debe tomar todas las medidas necesarias para que así se reconozca y se cumpla en la práctica.

11. Que los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de la igualdad ante la ley y la no discriminación a la consecución de los objetivos de sus políticas públicas, cualesquiera que sean éstas, incluidas las de carácter migratorio.

La opinión de la corte radica en que es obligación de los Estados miembros establecer políticas que garanticen el efectivo cumplimiento y goce de los deberes y derechos de todas las personas independientemente de la situación, esto quiere decir de su status migratorio.

5. Votos salvados.

5.1 Voto concurrente del Juez A.A. CanÇado Trindade

El voto del Juez fue a favor de adopción de la presente Opinión Consultiva, considera que la opinión consultiva es de trascendental interés para amplios sectores de la población en distintas latitudes, sin embargo para el juez es necesario y muy importante tomar en cuenta los siguientes aspectos que deben tener atención especial, así: a) la *civitas maxima gentium* y la universalidad del género humano; b) las disparidades del mundo contemporáneo y la vulnerabilidad de los migrantes; c) la reacción de la conciencia jurídica universal; d) la construcción del derecho individual subjetivo del asilo; e) la posición y el rol de los principios generales del Derecho; f) los principios fundamentales como *substratum* del propio ordenamiento jurídico; g) el principio de la igualdad y la no-discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; h) la emergencia, el contenido y el alcance del *jus cogens*; e i) la emergencia, el contenido y el alcance de las obligaciones *erga omnes* de protección (sus dimensiones horizontal y vertical). Establece que el Estado está obligado por la normativa de la protección internacional de los derechos humanos, a proteger a toda persona humana, independientemente de su estado de ciudadanía, o de migración, o cualquier otra condición o circunstancia. Los derechos fundamentales de los trabajadores migrantes, inclusive los indocumentados, son oponibles al poder público e igualmente a los particulares. Considera que la Corte Interamericana tiene presentes la universalidad y unidad del género humano.

5.2. Voto razonado concurrente del Juez Sergio García Jiménez Ramírez

La opinión consultiva es importante puesto que trata sobre los derechos humanos reconocidos a todas las personas y exigibles a todos los Estados. Dentro de los procesos de migración no deben menoscabarse el cumplimiento puntual de los derechos humanos de los migrantes y es necesario proyectarla a áreas de interés en la que pueda ser aplicada la opinión. Está opinión se relaciona directamente con el Derecho nacional e internacional contemporáneo.

Dentro de la opinión las condiciones en que se producen algunos de los procesos y los resultados migratorios implican, una especie de subsidio a las economías más desarrolladas, además de su significado como fuente de recursos para los migrantes que prestan sus servicios. Todas las personas independientemente del lugar de residencia, tienen derecho al pleno disfrute de todos los derechos establecidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, corresponde a todos los Estados respetar los derechos humanos fundamentales de los migrantes, independientemente de su condición jurídica. La Opinión Consultiva examina centralmente los derechos derivados del trabajo y concernientes, por ende, a los trabajadores.

El Juez Sergio García Ramírez en la Opinión Consultiva considera que se aborda el tema de las políticas públicas, se reconoce que los Estados tienen la facultad de adoptar políticas públicas adecuados para la obtención de fines colectivos legítimos, sin embargo surge un problema cuando una política del Estado entran en conflicto con los derechos humanos de cierto sector de la población que en este materia se trata sobre los trabajadores migrantes. De este modo un Estado no podría vulnerar los derechos humanos de las personas sujetas a su jurisdicción.

5.3. Voto concurrente del Juez Hernán Salgado Pesantez

En la presente Opinión Consultiva el Juez Hernán Salgado Pesantez considera que es una resolución enriquecida en cuanto a criterios estatales y aportes intelectuales de organizaciones no gubernamentales, el juez reflexiona y considera que son derechos de contenido autónomo y que tienen vida propia los derechos humanos al igual que la igualdad y la no discriminación, puntualiza que estos son derechos sobre los cuales, se construyen otros, especialmente los derechos económicos, sociales y culturales.

Los migrantes trabajadores indocumentados tienen derecho a la igualdad ante la ley y a no ser discriminados. Dentro de la consulta lo más importante es establecer la eficacia de los derechos humanos frente a terceros, la obligación de respetar los derechos humanos que no es un deber solo del Estado, sino también de los particulares en su interrelación social. En el derecho internacional, la violación de los derechos que realicen los particulares serán atribuibles al Estado, dado el caso de no haber tomado medidas necesarias

para prevenir tal violación o en otro caso permitir la impunidad de la violación de los derechos.

5.4. Voto concurrente del Juez Alirio Abreu Burelli

El Juez Alirio Abreu Burelli considera que esta Opinión es de especial trascendencia, puesto que trata de dar respuestas jurídicas, en el orden internacional, al grave problema de la violación de los derechos humanos de los trabajadores migrantes, considera que la Corte ha precisado el alcance de las obligaciones de los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos, de respetar y garantizar los derechos laborales de los trabajadores migrantes indocumentados, independientemente de su nacionalidad o status migratorio. El establecer que el principio de igualdad y no discriminación sean garantizados de tal manera que no violen los derechos de los trabajadores migrantes indocumentados o que la relación laboral vulnere los modelos internacionales, tiene alcance hasta los Estados que no estén sujetos a un determinado tratado internacional.

Para que sea efectiva la tutela de los derechos laborales de los migrantes indocumentados es necesario que se garantice a éstos el acceso a la justicia y el debido proceso legal.

Este Libro se terminó de
imprimir en diciembre de 2010
en la imprenta V&M Gráficas.
Quito, Ecuador