

Lidiando con la diferencia. Respuestas desde la justicia constitucional ecuatoriana y colombiana*

*Judith Salgado Álvarez***

RESUMEN

Este artículo asume que uno de los problemas contemporáneos más acuciantes es la enorme dificultad de relacionarnos con la diferencia, cualquiera que esta sea, y de construir formas de convivencia que superen las visiones dominantes basadas en las jerarquizaciones.

El derecho no es ajeno a esta interpelación. En cada sentencia encontramos una disputa para dar sentido y significado a los derechos que están en juego en el caso concreto; tal disputa está ligada a las creencias, ideologías, formas de entender el mundo de quienes juzgan. Es así que en este estudio analizo sentencias emitidas por las cortes constitucionales de Ecuador y Colombia, para ensayar contestaciones a la interrogante: ¿Cómo responde la justicia constitucional ecuatoriana y colombiana en los casos que afronta la diferencia?

PALABRAS CLAVE: diferencias de género, etnia, edad y diversidad sexual; igualdad y no discriminación; jurisprudencia constitucional ecuatoriana y colombiana.

SUMMARY

This paper assumes that one of the most urgent contemporary problems is the big difficulty to get related with those who are different, whatever this difference may be, and to build forms of cohabitation that overcome the dominant visions based on hierarchies.

Law have to address these issues. In each resolution we find a dispute that gives sense and meaning to the rights that are at stake in a determined case, and such suit is linked to the beliefs, ideologies, and ways to understand the world of those who judge. Thus, in this work I analyze resolutions emitted by the Constitutional Courts of Ecuador and Colombia, in order to find answers to this question. How do the Constitutional Ecuadorian and Colombian Courts deal with those cases in which differences among people arise?

KEY WORDS: gender, ethnic, age differences and sexual diversity; equality and non-discrimination; constitutional case law of Ecuador and Colombia.

FORO

* 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.

** Docente de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

...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 Guerrero¹

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...”²

Quijano denomina la colonialidad del poder³ 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, progreso, modernidad, racionalidad mientras que a la par otros conocimientos, por ejemplo los de los pueblos indígenas, afrodescendientes o 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 lo 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

-
1. Patricio Guerrero, *Corazonar: Una antropología comprometida con la vida: nuevas miradas desde Abya Yala para la descolonización del poder, del saber y del ser*, Asunción, FONDEC, 2007, p. 55.
 2. *Ibid.*, pp. 54-56.
 3. Anibal Quijano, “Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina”, en Ramón Pajuelo y Pablo Sandoval, comps., *Globalización y diversidad cultural*, Lima, Instituto de Estudios Peruanos, 2004, pp. 228-248.

como lo otro de lo público.⁴ 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 Sousa Santos,⁵ 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 solo no es visibilizado, no existe, sino que además es despojado de humanidad y dignidad.⁶

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 masculinidad.⁷

4. Patricio Guerrero, *Corazonar. Una antropología comprometida con la vida...*, p. 55.

5. Boaventura de Sousa Santos, *La caída del Angelus Novus. Ensayos para una nueva teoría social y una nueva práctica política*, Bogotá, ILSA/Universidad Nacional de Colombia, 2003, p. 154.

6. *Ibid.*, p. 54.

7. Linda McDowell, “La definición del género”, en Ramiro Ávila, Judith Salgado y Lola Valladares, comps., *El género en el Derecho. Ensayos críticos*, Serie Justicia y Derechos humanos. Neoconstitucionalismo y sociedad, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos/UNIFEM/Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2009, p. 11.

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.⁸

Respecto al derecho, los feminismos han coincidido en denunciar su androcen-trismo, es decir que el Derecho ha sido creado y aplicado desde una visión hegemón-ica 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 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 constitu-cional 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 solo del control de la pri-macía 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 deci-siones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales y velar por la integridad y supremacía constitucional.⁹ De acuerdo con la Constitución

8. Para un desarrollo panorámico de las diversas críticas feministas al Derecho, revisar Isabel Cristina Jaramillo, “La crítica feminista al Derecho”, y Frances Olsen, “El sexo del Derecho”, en Ramiro Ávila, Judith Salgado y Lola Valladares, comps., *El género en el Derecho. Ensayos críticos*.

9. En el art. 241 de la Constitución Política de la República de Colombia se enumeran de manera detallada las funciones de la Corte Constitucional.

de la República del Ecuador, la Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia.¹⁰ Las competencias a cargo de estos altos tribunales los convierten en un lugar privilegiado para evidenciar la disputa de sentidos a través 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.

Zagrebelski afirma que “el derecho no puede separarse del ambiente cultural en el que se halla inmerso y erigirse como sistema normativo independiente y autosuficiente”.¹¹ 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 opuestas.¹² 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 economía.¹³

Como máximos intérpretes constitucionales los jueces y las 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 son aún más evidentes 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.

Por esto, 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 solo puede llegar a una solución correcta, me parece importante apor-

10. Art. 429 de la Constitución Política del Ecuador. El art. 436 de la Constitución establece las atribuciones detalladas de la Corte Constitucional.

11. Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 2002, p. 138.

12. *Ibid.*, p. 139.

13. *Ibid.*, pp. 145-146.

tar a deconstruir esta visión a través de investigaciones académicas. Muy pertinente resulta desde esta perspectiva el siguiente planteamiento:

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 clave: 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 social.¹⁴

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 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 se caracteriza por la *homologación jurídica de las diferencias*, se basa en la afirmación de una igualdad abstracta que pretende anular las diferencias a través de 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

14. Duncan Kennedy, *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*, Bogotá, Siglo de Hombres Editores/Uniandes/Instituto Pensar, 1999, p. 14.

en los derechos fundamentales¹⁵ sumado a un sistema de garantías que aseguren su efectividad.¹⁶

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, la normas relacionadas con el “trabajador ideal”;¹⁷ 5. implementar acciones afirmativas¹⁸ 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 mujeres.¹⁹

15. 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.

16. Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, pp. 73-76.

17. 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 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. Joan Williams, “Igualdad sin discriminación”, en Alda Facio y Lorena Fries, eds., *Género y Derecho*, Santiago de Chile, Ediciones LOM, 1999, p. 90.

18. 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.

19. *Ibid.*, pp. 79-94.

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 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”.²⁰

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?

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 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”.

20. Boaventura Sousa Santos, *La caída del Angelus Novus. Ensayos para una nueva teoría social...*, pp. 90-91 y 154.

DIFERENCIAS QUE INFERORIZAN

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 incursos en tal situación de inferioridad.²¹

Ahora bien, encontramos varios casos resueltos tanto en la justicia constitucional ecuatoriana como en la colombiana que dan cuenta de esta forma 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.

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 aná-

21. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión consultiva sobre la Condición jurídica y derechos humanos del niño*, párr. 45.

lisis 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 un mayor apertura y respeto a la pluralidad.²²

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 plantean, en el ámbito patrimonial, requerimientos de protección en buena medida asimilables a aquellos que se predicán 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 causante.²³

...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 si 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 sexual.²⁴

22. 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.

23. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-075-07.

24. *Ibid.*

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, 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 jurídicos 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 jurisprudencia,²⁵ 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 afec-

25. 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.

tación 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 decisión.²⁶

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”.²⁷ 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 voto²⁸ 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: 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 sentencia.²⁹

26. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-075-07.

27. *Ibid.*

28. Salvamento de voto a la sentencia C-075/2007 del magistrado Jaime Araujo Rentería.

29. *Ibid.*

Deja ver, además, que no solo 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. Así plantea que “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”.³⁰

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, 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 homosexuales.³¹

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 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 solo 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 lógica.³²

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

30. *Ibid.*

31. La diversidad sexual plantea incluso un más allá de la división de uniones heterosexuales u homosexuales. Más adelante analizaremos el caso de un matrimonio en Ecuador entre un hombre y una mujer biológicamente hablando pero cuyas identidades de género son femeninas.

32. Salvamento de voto a la sentencia C-075-07 del magistrado Jaime Araujo Rentería.

y neutras”.³³ 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 solo 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 “cambiamos 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 si se va a tocar la norma es para restablecer la libertad y la igualdad completamente y no a medias.³⁴

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”.³⁵

El Derecho es un discurso poderoso que construye subjetividades y legitimidades e ilegitimidades; en esta medida, 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 a través 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

33. Duncan Kennedy, *Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology*, citado por César Rodríguez, *Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho* ..., p. 44.

34. Salvamento de voto a la sentencia C-075-07 del magistrado Jaime Araujo Rentería.

35. Aclaración de voto de los magistrados Marco Gerardo Monroy Cabra, Rodrigo Escobar Gil y Nilson Pinilla Pinilla en la sentencia C-075-07.

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 refuerzan.³⁶

También Judith Butler da cuenta de este dilema entre exigir el reconocimiento de derechos y legitimar la jerarquización social a través del 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 Estado.³⁷

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 ir fisurándolas 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 expresan 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 del matrimonio entre Jessica y Cayetana,³⁸ quienes biológicamente son varón y mujer respectivamente

36. Juan Marco Vaggione, “Las familias más allá de la heteronormatividad”, en Cristina Motta y Macarena Sáenz, eds., *La mirada de los jueces. Sexualidades diversas en la jurisprudencia latinoamericana*, t. II, Bogotá, Siglo de Hombres Editores, American University Washington College of Law/Center of Reproductive Rights, 2008, pp. 18-20.

37. Judith Butler, *Deshacer el género*, Barcelona, Paidós, 2006, p. 167.

38. Integrantes del Proyecto Transgénero en Ecuador. En: [www.proyecto-transgenero.org].

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 televisiva,³⁹ 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 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 queremos usar 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.

39. Entrevista realizada a Cayetana Salao por el periodista Jorge Ortiz del canal ecuatoriano de televisión Teamazonas en: [<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.

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 otro.⁴⁰

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 argumentar y motivar sus decisiones, creo que no podemos olvidar que tales argumentaciones tienen una carga valorativa, e ideológica que además 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 tutela⁴¹ 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 a la normativa constitucional e internacional, contextualiza el caso a través del análisis de datos que comprueban una práctica sistemática de discriminación racial en contra

40. Patricio Guerrero, *Corazonar: Una antropología comprometida con la vida...*, p. 450.

41. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-1090-05.

de 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 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 social.*⁴² (la cursiva consta en el original)

El Tribunal Constitucional de Ecuador,⁴³ (TCE) al resolver aceptando un amparo⁴⁴ en contra de la prohibición del ingreso de mujeres para atender barras, bares, billares y picanterías en la provincia de Galápagos,⁴⁵ 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, limitán-

42. *Ibid.*

43. Esta es la denominación vigente hasta 2008 cuando la nueva Constitución la llama Corte Constitucional.

44. Tribunal Constitucional del Ecuador, resolución No. 137-06-RA.

45. 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.

dose 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 familias.⁴⁶

Otro ejemplo claro de un trato diferente que es discriminatorio lo encontramos en una norma de la Ley de Maternidad Gratuita⁴⁷ que es declarada inconstitucional por el TCE respecto de la exclusión a las mujeres embarazadas que tuvieran sida de la atención de salud.⁴⁸

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 alguno.⁴⁹ (la cursiva consta en el original)

Una resolución del Tribunal de Garantías Constitucionales (TGC)⁵⁰ resulta sumamente ilustradora del doble parámetro basado en el género y de la influencia de las

46. Tribunal Constitucional del Ecuador, Resolución No. 137-06-RA.

47. 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”.

48. Tribunal Constitucional del Ecuador, Resolución No. 030-2006-TC.

49. *Ibid.*

50. Tribunal de Garantías Constitucionales, Resolución No. 223-95-CP.

apreciaciones morales dominantes que inciden en la violación de derechos humanos de las mujeres.⁵¹

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...⁵²

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 “merecrices”,⁵³ encontramos un análisis más desarrollado respecto de la no discriminación en general. En efecto, el TCE realiza un test de razonabilidad para determinar si existe o no discriminación en los siguientes términos:⁵⁴

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:

-
51. Para Alda Facio el doble parámetro es una de las manifestaciones del sexismo. Ver Alda Facio, “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, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos/UNIFEM/Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2009, pp. 181-224.
 52. Tribunal de Garantías Constitucionales, Resolución No. 223-95-CP.
 53. Art. 217 núm. 7 del Código de Procedimiento Civil.
 54. Judith Salgado, *La reapropiación del cuerpo. Derechos sexuales en Ecuador*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar/Abya-Yala/Corporación Editora Nacional, 2008, p. 73.

- 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, 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 “meretrices”, 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 realizan.⁵⁵

En otro caso, la CCC⁵⁶ 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 de 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 propug-

55. Tribunal Constitucional del Ecuador, Resolución No. 002-2004-DI.

56. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-875-03.

nan 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 jurídico.⁵⁷

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 inconstitucionalidad⁵⁸ de la norma⁵⁹ 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 a interés particular y que las normas de tratados internacionales prevalecen sobre leyes y otras normas de menor jerarquía.⁶⁰ 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 inconstitucionalidad,⁶¹ el TCE declara la inconstitucionalidad del requisito⁶² de no ser mayor de 75 años para ser magistrado de la Corte Suprema de Justicia.⁶³

57. *Ibid.*

58. Tribunal Constitucional, Resolución No. 023-2000-TP, Caso 368-99-TC.

59. Art. 8 literal a) del Reglamento de Practicaje Marítimo y Fluvial, en los Puertos y Terminales de la República.

60. 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.

61. Tribunal Constitucional del Ecuador, Resolución No. 004-06-TC, Caso No. 02-06-CI.

62. Art. 2 de la ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica de la función Judicial de 26 de mayo de 2005.

63. 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

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”.⁶⁴

El voto salvado⁶⁵ 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 a la Ley del Seguridad 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.

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”.⁶⁶

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.

64. Tribunal Constitucional del Ecuador, Resolución No. 004-06-TC, Caso No. 02-06-CI.

65. Voto salvado del magistrado Tarquino Orellana en el caso No. 004-2006-TC.

66. *Ibid.*

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 período 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 período 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 presta.⁶⁷

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 algunas 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 a 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 quienes se reconoce como sujetos de derechos y en qué medida.

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 estas étnicas, sociales, biológicas o económicas. En estos casos la diferencia es rele-

67. *Ibid.*

vada precisamente para lograr concretar efectivamente el postulado de igual dignidad y valor de todas las personas y grupos humanos.

Reconocimiento de diversas cosmovisiones

El TCE⁶⁸ y la CCC han resuelto diferentes acciones constitucionales reconociendo, en casos concretos, el derecho de los pueblos indígenas a ejercer sus formas de organización y autoridad, entre ellas, su propia administración de justicia.⁶⁹

Encontramos, por ejemplo, que el TCE confirma la sentencia del juez a quo que acepta la acción de amparo⁷⁰ presentada por el Presidente de la Federación Independiente del Pueblo Shuar del Ecuador (FIPSE) contra la compañía ARCO Oriente por haber iniciado esta negociaciones directas con integrantes de este pueblo, pasando por alto a las autoridades indígenas y a las resoluciones de su asamblea.

Esta 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 firmaran convenios para realizar 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:

68. 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.

69. 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.

70. Tribunal Constitucional del Ecuador, Resolución No. 247-00-I.S., Caso No. 994-99-RA.

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 directiva.⁷¹

En el siguiente caso, la CCC⁷² 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 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 individuo”.⁷³

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 territorial.⁷⁴ 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 CCC⁷⁵ tratan sobre los límites al ejercicio de la justicia indígena. Partiendo del presupuesto de que solo 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

71. *Ibid.*

72. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-552-03.

73. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-496-96.

74. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-552-03.

75. 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.

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.

Veamos un par de ejemplos de casos⁷⁶ 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 amparo⁷⁷ presentada por un indígena shuar en contra de 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 sobretodo 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 inciso 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 Federación.⁷⁸

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 tutela⁷⁹ 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.

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:

76. Adicionalmente se puede revisar la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, T-549-07.

77. Tribunal Constitucional del Ecuador, Resolución No. 329-2003-RA.

78. *Ibid.*

79. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-523-97.

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 solo 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 reincidir.⁸⁰

De igual manera, la CCC analiza la diferente forma 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

80. *Ibid.*

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 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 sanción.⁸¹

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%⁸² fijado por esta entidad académica para favorecer la inclusión de indígenas. Esta persona no fue admitida en razón de que –de acuerdo a 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.

81. *Ibid.*

82. Este es un ejemplo de un tipo de acción afirmativa.

En este caso,⁸³ 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 para que actualice periódicamente 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 indígenas.⁸⁴

En otro caso, el gobernador del Territorio Indígena Inga de Aponte solicita que 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 justicia.⁸⁵

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

83. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-703-08.

84. *Ibid.*

85. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-1026-08.

autoridades indígenas imponen la pena privativa de la libertad, en las cárceles del sistema ordinario, puesto que no cuentan con la infraestructura para hacerlas efectivas”.⁸⁶

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”.⁸⁷

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 solo 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 territorios.⁸⁸ 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 comunidad, 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 nacional.⁸⁹

86. *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”.

87. Corte Constitucional, Sentencia T-239-2002.

88. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-380-93.

89. *Ibid.*

Reconociendo la desigualdad real para transformarla. Acciones afirmativas

Otra forma de reconocimiento de la diferencia se expresa en las denominadas acciones afirmativas⁹⁰ que parten de reconocer que las estructuras sociales, económicas y 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. De cara a esta realidad, el Estado no puede permanecer neutral sino que asume un rol activo para eliminar la desigualdad, la exclusión y las injusticias.⁹¹

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 discriminación.⁹²

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.
- 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 material.⁹³

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 a través de medidas especiales de carácter temporal:

90. También se las conoce como medidas especiales de carácter temporal, discriminaciones positivas o acciones positivas.

91. Judith Salgado, “Derechos de personas y grupos de atención prioritaria en la Constitución Política del Ecuador”, en Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, eds., *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador/Corporación Editora Nacional, 2009, pp. 137-155.

92. Comité de la Convención de eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, CEDAW, Recomendación General No. 25, párr. 18.

93. María José Añón, *Igualdad, diferencias y desigualdades*, México, Distribuciones Fontamara, 2001, pp. 50-51.

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 históricamente.⁹⁴

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 condiciones.⁹⁵

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 protección⁹⁶ 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 listas de candidatos 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”.⁹⁷ 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 República⁹⁸ [...]. Si partimos y respetamos el principio de fuerza normativa de la Constitución, es claro que aquellos ciudada-

94. Comité de la Convención de eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, CEDAW, *Recomendación General No. 25*, párr. 10.

95. María José Añón, *Igualdad, diferencias y desigualdades*, p. 47.

96. Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición, Sentencia No. 02-09-SEP-CC, Caso 0111-09-EP.

97. *Ibíd.*

98. 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.

nos 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 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 aspiran 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 concejales.⁹⁹

El TCE en una resolución¹⁰⁰ anterior declaró la inconstitucionalidad de una norma reglamentaria¹⁰¹ 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 candidatos 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

99. Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición, Sentencia No. 02-09-SEP-CC, Caso 0111-09-EP.

100. Tribunal Constitucional del Ecuador, Resolución No. 028-2002-TC.

101. 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”.

mujer puede ser ubicada en la papeleta electoral luego de haber sido ubicados 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 discriminación.¹⁰²

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 público¹⁰³ la CCC¹⁰⁴ 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?¹⁰⁵

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”,¹⁰⁶ “bien de lograr que los miembros de un grupo que ha sido discriminado, tengan una mayor representación”.¹⁰⁷

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.

Aclara también que la CCC ha considerado como criterios sospechosos aquellas categorías que:

102. Judith Salgado, “Igualdad de género y justicia constitucional”, en Tribunal Constitucional del Ecuador, *Un cambio ineludible: la Corte Constitucional*, Quito, 2008, pp. 111-130.

103. 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. *Ibid.*

104. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia, C-371-00.

105. 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.

106. Alfonso Ruiz Miguel, “Discriminación inversa e igualdad”, citado en la sentencia C-371-00.

107. Greenwalt Kent, “Discrimination and reverse discrimination”, citado en la sentencia C-371-00.

(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 sociales.¹⁰⁸

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”.¹⁰⁹ 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 tópica,¹¹⁰ la CCC recurre a datos estadísticos para demostrar la baja participación de 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.

108. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia, C 371-00.

109. Sentencia C-410 de 1994 de la CCC citada en la sentencia C-371-00.

110. 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.

- 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 resumo 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 CPC.¹¹¹

- 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

111. Art. 1, 2, 13, 40 y 43 de la CPC. Ver anexo 2.

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 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 esclavos. 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 CCC¹¹² 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.¹¹³

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”:¹¹⁴

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 insatisfechas.¹¹⁵

112. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-667-06.

113. Art. 3 de la Ley 136 de 1994.

114. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-667-06.

115. *Ibid.*

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 encuentran 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 caso¹¹⁶ se demanda ante la CCC la inconstitucionalidad de varios artículos de una ley¹¹⁷ 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”.¹¹⁸

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 brindan un trato preferente deberían serles apli-

116. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia, C-964-03.

117. Art. 1-21 de la Ley 82 de 1993.

118. Art. 2 de la Ley 82 de 1993.

cables. Es decir que con la norma se proteja el rol social de cuidado más allá del sexo biológico.¹¹⁹

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 ella.¹²⁰

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 inferioridad.¹²¹

Veamos si este precedente varía de alguna manera en el siguiente caso,¹²² 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.

La CCC recurre a un análisis de los cambios más recientes que vive Colombia respecto a 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

119. 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). Joan Williams, “Igualdad sin discriminación”, en Alda Facio y Lorena Fries, eds., *Género y Derecho*, Santiago de Chile, Ediciones LOM, 1999, p. 84.

120. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-184-03.

121. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-255-01.

122. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia, SU 389-05.

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 solo con el padre, de los cuales tan solo el 0,3% tiene la madre muerta; en el 2,4% de los casos la madre está viva.¹²³ 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 hijos.¹²⁴

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 predicamento.¹²⁵

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, esta 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.

123. 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.

124. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-184-03.

125. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU 389-05.

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 CCC¹²⁶ 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 asista a la menor en las citas de psicología.

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 social.¹²⁷

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 sexual.¹²⁸

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, constituyen una barrera de acceso a sus derechos como víctima y representan una forma indirecta de discriminación (–igualación

126. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-006/08.

127. *Ibid.*

128. *Ibid.*

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 tutela¹²⁹ contra la Alcaldía Mayor y la Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá, por considerar violados sus derechos fundamentales 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 educativo.¹³⁰ La CCC decide aceptar la tutela a base de 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 personas.¹³¹ (la cursiva me pertenece)

129. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-117-03.

130. *Ibid.*

131. 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...¹³²

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 a través 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.

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, 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 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?”¹³³

132. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-117-03.

133. Judith Butler, *Deshacer el género*, p. 90.

La siguiente sentencia de la CCC¹³⁴ trata el caso de un niño de 8 años de edad que al nacer le fue asignado el sexo masculino. Posteriormente y a través 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 que 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 anteriores¹³⁵ 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; (iii) el alcance ordinario o invasivo de la práctica médica, (iv) la edad y madurez del niño. 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 clínico 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. En caso contrario, no se puede practicar la intervención quirúrgica.

134. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia, T-1025/02.

135. Corte Constitucional de Colombia, Sentencias SU 337-99; T-477-95; T-551-99; T-692-99 y T-1390-00.

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 solo 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 ordenan la Constitución y los tratados internacionales sobre los derechos de los niños resultaría vacua e inoperante.¹³⁶

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 autoproyectarse en comunidad, y de paso, se niega su condición intrínseca de

136. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-1025-02.

hombre temporal y estimativo. [...] es preciso reconocer que la intervención médica en tratándose de estados “intersexuales” o “hermafroditismo” no solo 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 persona.¹³⁷

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 de que las personas intersexuales, sus padres, madres y familiares seguramente habrán constatado que la vida resulta más difícil de ser vivida 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, de cara a este debate, no puedo dejar de recordar las palabras de Butler:

La justicia no es solo 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 vivientes como personas dependiendo si reconocemos o no la manifestación de una cierta norma en y a través del cuerpo del otro.¹³⁸

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.

137. *Ibid.*

138. Judith Butler, *Deshacer el género*, p. 90.

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 ser.¹³⁹

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 atributo genitales mixtos puedan ser aceptados y amados sin tener que transformarlos en una versión socialmente más coherente o más normativa del género”.¹⁴⁰

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 solo 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?

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 esta 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*.

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 tribunales. Y es tomando

139. Lucía Puenzo, *XXY*, Argentina/España/Francia, 2007.

140. Judith Butler, *Deshacer el género*, p. 99.

en cuenta este elemento que la fuente principal de esta investigación han sido sentencias emitidas por las cortes constitucionales de Ecuador y Colombia, a través 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 acarrear 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 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.

BIBLIOGRAFÍA

- Añón, María José, *Igualdad, diferencias y desigualdades*, México, Fontamara, 2001.
- Butler, Judith, *Deshacer el género*, Barcelona, Paidós, 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 Ramiro Ávila, Judith Salgado y Lola Valladares, comps., *El género en el Derecho. Ensayos críticos*, Serie Justicia y derechos humanos. Neoconstitucionalismo y sociedad, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos/UNIFEM/Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2009.
- Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 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*, Asunción, FONDEC, 2007.
- Jaramillo, Isabel Cristina, “La crítica feminista al derecho”, en Ramiro Ávila, Judith Salgado y Lola Valladares, comps., *El género en el Derecho. Ensayos críticos*, Serie Justicia y Derechos Humanos. Neoconstitucionalismo y sociedad, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos/UNIFEM/Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 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*, Bogotá, Siglo de Hombres, Editores/Uniandes/Instituto Pensar, 1999.
- McDowell, Linda, “La definición del género”, en Ramiro Ávila, Judith Salgado y Lola Valladares, comps., *El género en el Derecho. Ensayos críticos*, Serie Justicia y Derechos humanos. Neoconstitucionalismo y sociedad, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos/UNIFEM/Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2009.
- Olsen, Frances, “El sexo del Derecho”, en Ramiro Ávila, Judith Salgado y Lola Valladares, comps., *El género en el Derecho. Ensayos críticos*, Serie Justicia y Derechos Humanos. Neoconstitucionalismo y sociedad, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos/UNIFEM/Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2009.
- Quijano, Aníbal, “Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina”, en Ramón Pajuelo y Pablo Sandoval, comps., *Globalización y diversidad cultural*, Lima, Instituto de Estudios Peruanos, 2004.
- Salgado, Judith, *La reapropiación del cuerpo. Derechos sexuales en Ecuador*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar/Abya-Yala/Corporación Editora Nacional, 2008.

- “Igualdad de género y justicia constitucional”, en Tribunal Constitucional del Ecuador, *Un cambio ineludible: la Corte Constitucional*, Quito, 2008.
 - “Derechos de personas y grupos de atención prioritaria en la Constitución Política del Ecuador” en Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, eds., *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador/Corporación Editora Nacional, 2009.
 - “Justicias y desprotección a mujeres indígenas contra la violencia. Posibilidades de interculturalidad”, en Carlos Espinosa Gallegos-Anda y Danilo Caicedo Tapia, eds., *Derechos ancestrales. Justicia en contextos plurinacionales*, Serie Justicia y Derechos Humanos. Neoconstitucionalismo y sociedad, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- De Sousa Santos, Boaventura, *La caída del Angelus Novus. Ensayos para una nueva teoría social y una nueva práctica política*, Bogotá, ILSA/Universidad Nacional de Colombia, 2003.
- Vaggione, Juan Marco, “Las familias más allá de la heteronormatividad”, en Cristina Motta y Macarena Sáenz, eds., *La mirada de los jueces. Sexualidades diversas en la jurisprudencia latinoamericana*, t. II, Bogotá, Siglo de Hombres, American University Washington Collage of Law/Center of Reproductive Rights, 2008, pp. 13-87.
- Williams, Joan, “Igualdad sin discriminación”, en Alda Facio y Lorena Frías, eds., *Género y derecho*, Santiago de Chile, Ediciones LOM, 1999.
- Zagrebel'sky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 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.com].
- [www.proyecto-transgenero.com].
- [<http://www.youtube.com/watch?v=NetE7USzdXo>].

Fecha de recepción: 12 de diciembre de 2010
Fecha de aprobación: 20 de marzo de 2011