

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho

Mención en Derecho Constitucional

Igualdad

Una crítica desde la diversidad

Sebastián Bernardo Vázquez Rodas

Tutora: Claudia Storini

Quito, 2020

Trabajo almacenado en el Repositorio Institucional UASB-DIGITAL con licencia Creative Commons 4.0 Internacional

	Reconocimiento de créditos de la obra No comercial Sin obras derivadas	
---	---	---

Para usar esta obra, deben respetarse los términos de esta licencia

CLÁUSULA DE CESIÓN DE DERECHOS DE PUBLICACIÓN DE TESIS

Yo, Sebastián Bernardo Vázquez Rodas autor de la tesis intitulada: “Igualdad: Una crítica desde la diversidad”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho Constitucional en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo, por lo tanto, la Universidad utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital u óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha: Quito, 13 de febrero de 2020

Firma:

Bernardo Vázquez Rodas

CI: 0301496857

Resumen

Adentrarse en el estudio de la justicia social como concepto inmanente de la dogmática del derecho presupone una difícil tarea, no solo por la amplitud del tema, sino por los distintos y múltiples contornos que puede presentar la justicia como valor supremo de una sociedad. Uno de los elementos imprescindibles para la teoría de justicia social han sido las nociones de distribución equitativa, igualdad de oportunidades y el principio de diferencia.

En la actualidad, las tensiones que existen entre las minorías socioculturales y el Estado monista y unitario resultan cada vez más evidentes y de difícil solución. El principio de igualdad se ha erigido en un importante baluarte normativo para la resolución de conflictos de grupos humanos que han sido históricamente excluidos.

La presente tesis pretende escudriñar la idiosincrasia del principio constitucional de igualdad previsto en la mayoría de Constituciones modernas, como uno de los pilares de la democracia actual. En el desarrollo de este trabajo se analizarán los distintos enfoques que se le ha dado al principio de igualdad desde sus inicios hasta la actualidad, pasando por la concepción formal de la igualdad, hasta las nociones contemporáneas del principio entendidas como igualdad material y sus relaciones con la justicia.

Asimismo, se presentará un panorama teórico acerca de la diferencia como narrativa propia de la diversidad humana, con el objeto de plantear una relación normativa entre igualdad y diferencia. La idea que se devela a lo largo de la tesis es que ante la creciente y latente lucha de las minorías por la satisfacción de sus derechos y frente a los reclamos por el respeto a las diferencias como valor antes que como estigma, la diversidad debería jugar un rol de mayor preponderancia para la solución de conflictos.

En definitiva, se propone a la diversidad como una categoría axiológica que rescata la diferencia como parte de la riqueza humana y como un valor/principio de complemento para el principio constitucional de igualdad en su dimensión formal y material.

Palabras clave: diversidad, igualdad, justicia, desigualdad, diferencia, principio de igualdad formal y principio de igualdad material.

Dedicatoria

A Marcelo/a y Lupita

Agradecimientos

A Claudia, por confiar..., siempre confiar.

A Eva Paredes, por aliviar mi estancia académica con su excelencia y apacibilidad.

Tabla de contenido

Introducción.....	13
Capítulo primero	17
Del principio de igualdad formal y material	17
1. Sobre el principio de igualdad y sus orígenes	17
1.1. Reconocimientos previos a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano	17
1.2. Declaración de derechos del hombre y ciudadano de 1789	20
2. Distintos enfoques axiológicos: La igualdad como libertad, la igualdad como justicia y sus relaciones con la democracia.....	25
2.1. La igualdad como libertad.....	25
2.2. La igualdad como justicia	27
2.3. Igualdad material	33
2.4. Sobre los métodos de aplicación e interpretación de distintas cortes y tribunales constitucionales	35
2.4.1. El caso europeo: Alemania, España e Italia	35
2.4.2. El contexto jurisprudencial de la Suprema Corte de Estados Unidos.....	38
2.4.3. Los casos colombiano y ecuatoriano.....	40
2.4.4. Concepto jurisprudencial del principio de igualdad desarrollado en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos	43
Capítulo segundo	55
Diversidad: Entre la igualdad y la diferencia	55
1. La disyuntiva de la “norma” como opresión o insurrección.....	55
1.1. Del lenguaje	60
1.2. Del colonialismo	62
1.3. De la resistencia	65
1.4. Diversidad, una teoría posible.....	72
Conclusiones	81
Bibliografía	83

Introducción

La comprensión de las cosas y de los constructos culturales como parte de la configuración de una teoría crítica resulta imprescindible, *máxime*, si se trata del estudio de un valor constitucional tan afianzado y de alta confianza social como lo es el principio de igualdad. Antes bien, el principio constitucional de igualdad es el discurso más usado por las minorías en la actualidad y es la bandera de lucha de muchas causas para la consecución de la justicia, así también es parte del discurso político y hasta pareciera formar parte de la agenda de las instituciones del Estado.

El presente trabajo de tesis pone de relieve la tensión entre la realidad y el mandato constitucional de igualdad, pues mientras este ofrece soluciones de carácter estrictamente jurídico, la realidad muestra aristas de exclusión, marginación y de jerarquías sociales que impiden a ciertos grupos ejercer de manera efectiva los derechos constitucionales. En este contexto, se pretende realzar el concepto de la diversidad como un valor superior al de igualdad, con el propósito de imaginar una sociedad armónica en medio de las indiscutibles diferencias humanas.

Para lograr este propósito, esta investigación se enfocará en forma exclusiva en un análisis teórico, desentrañando las ideas y el desarrollo de los conceptos y periferias atinentes, tanto a la igualdad cuanto a la diversidad. Con este propósito, se excluirán del enfoque de estudio, el análisis normativo en estricto sentido o el método de estudio casuístico, pues, de lo que se trata en esencia es de configurar una teoría de las ideas, en tanto enfrentar en unos casos, así como de encontrar complementariedad en otros, entre las abstracciones axiológico constitucionales de diversidad e igualdad.

En este marco, una teoría crítica a la igualdad resulta un cometido sinuoso pero no por ello irresoluto. Para el desarrollo del propósito de la presente tesis se estudiarán, en primer lugar el inicio, ya no solo del principio de igualdad en su aspecto positivo “con aspecto de norma”, sino como discurso político ideológico y de las realidades sociales que fueron el germen de las revoluciones estadounidense y francesa, hasta llegar a su “universalización” por medio de la Carta de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

Dentro de este capítulo se analizarán las distintas dimensiones que ha ido adquiriendo la igualdad en sentido formal y en sentido material o estructural; la primera noción, que hace referencia a la igualdad ante la ley, y la segunda, que se ha ido fortaleciendo con las luchas

por eliminar condiciones “dadas” de desigualdad como, por ejemplo, la pobreza extrema, la exclusión de la participación política de minorías étnicas, y la segregación de derechos de ciertos grupos excluidos. Asimismo, se realizará un breve compendio del vínculo conceptual que se le atribuye a la libertad y a la justicia para con la igualdad, determinando en su orden, que mientras la última es una virtud social, aquella entraña una propiedad individual. Dentro de cada uno de esos valores, la igualdad merece un sitio de privilegio.

Finalmente, desde el aspecto normativo del derecho, se visualizarán los distintos enfoques interpretativos y aplicativos del principio de igualdad producidos en las más altas sedes de administración de justicia constitucional de Europa, Norteamérica, Latinoamérica y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Se puede notar que, tanto en el sistema anglosajón como en los de procedencia romano germánico se ha desarrollado un “test de igualdad” con el propósito de escrutar leyes acusadas como atentatorias al principio de igualdad. El examen consiste básicamente en el análisis de las leyes bajo criterios de existencia de objetivo legítimo y de la relación de este con la necesidad e idoneidad de adoptar la ley, así como de su proporcionalidad estricta. En todo caso, resulta difícil hablar de un esquema o precedente perfecto, pues existen tantos matices cuantas realidades sociales hay. En definitiva, a pesar de contar con un precedente depurado, no deja de ser inacabado y sujeto a una mejora.

En el siguiente capítulo, se abordará el tema de la diversidad como parte intrínseca de la humanidad. La diferencia y el pluralismo nos caracterizan, desde nuestras formas de conciencia, los gustos particulares por determinadas cosas, la etnia, la cultura, hasta los proyectos de vida en sentido individual y colectivo; es en este último aspecto en el que se hará énfasis como un principio de justicia social.

El capitalismo y la modernidad han tenido la inventiva de crear nuevas formas de Colonia y apoderamiento, lo que acrecenta la desigualdad. La Colonia y el colonialismo han cobrado rostro de división de aquello que es un todo, el lenguaje ha servido como instrumento de poder con el afán de perpetuar el sistema de desigualdad y el utilitarismo como concepto socioeconómico cala cada vez más hondo en la sociedad. Frente a estos problemas de raíz casi inenarrable, el principio de igualdad no resulta suficiente para lograr una sociedad amplia que albergue instituciones justas y principios de solidaridad y cooperación como preámbulo

de la satisfacción de los derechos: civiles y económicos y socioculturales, los del buen vivir, los de naturaleza...

Una dimensión integral de la diversidad se adentra en lo profundo de las realidades diversas para transmutar el valor superior de la igualdad por el valor superior de la diferencia, y que aquella categoría abstracta sea el complemento de esta categoría concreta. Para este cometido, los conceptos de lenguaje como símbolo, colonialismo y derecho a la resistencia son de ineludible comprensión. Resultan asimismo trascendentes los aportes — constitucionales— contrahegemónicos producidos desde el “Sur” (Latinoamérica) como el principio de interculturalidad que más que un principio es un modo de vida, la concepción acerca del buen vivir, que solo adquiere sentido desde la razón práctica antes que desde el racionalismo científico, etc.

En definitiva, se plantea a la diversidad como un valor, principio que redime la riqueza plural de la humanidad. El sentido final es esbozar un concepto de justicia social como interdicción de la acumulación y la desigualdad. El principio de igualdad entonces viene a ser un medio —complemento— ideal para lograr el fin y ya no el fin mismo. El propósito: rescatar la *diferencia* como valor humano, y no como categoría de estigmatización e inferioridad. Quien es diferente a mí ha experimentado un mundo diferente y ese mundo, enriquece todo lo (des)conocido.

Capítulo primero

Del principio de igualdad formal y material

1. Sobre el principio de igualdad y sus orígenes

1.1. Reconocimientos previos a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano

Si bien es cierto que el principio constitucional de igualdad consta en algunos textos jurídico-políticos anteriores a las Constituciones emitidas como consecuencia de la Revolución francesa o de la independencia estadounidense, no es menos cierto que su universalización se remonta a ese hecho histórico como una aspiración de los Estados y las sociedades por erradicar el régimen de privilegio y de castas que imperaba en el antiguo régimen y en las épocas feudales. En el derecho romano se puede encontrar ya una alusión a la igualdad, cuando Cicerón hablaba del *par condicio civium*, aforismo que se desentraña en la paridad o en la igualdad de posiciones que se encontraban quienes eran considerados ciudadanos de la *civitas*.¹

Al estudiar con detalle los documentos constitucionales producto de la Revolución de Francia, se puede hacer alusión a la Constitución galesa de 1791 que en el contenido de su preámbulo guarda como aspiración abolir “irrevocablemente las instituciones que herían la libertad y la igualdad de los derechos”.

Esta aseveración es por antonomasia el significado del postulado de derechos humanos “igualdad frente a la ley”, como antítesis de la estructura jurídico social del antiguo régimen, por la cual, el sistema estaba configurado precisamente sobre la base de la desigualdad social y del privilegio. La idea de la igualdad ante la ley implica que todas las personas son iguales, o dicho de otro modo, que la ley rige en igual forma para todos, sin que le esté permitido a la legislatura promulgar textos legales que promuevan tratos o desiguales o privilegios para ciertos estamentos sociales respecto de otros. La idea de la igualdad ante

¹ Luigi Ferrajoli, “La justicia penal transicional, para la Colombia del posconflicto y las garantías para la paz interna”, *Revista Crítica Penal y Poder*, n.º 10 (2016): 161, <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/04/doctrina43213.pdf>.

la ley es immanente al concepto de igualdad formal que como postulado jurídico prohíbe discriminaciones jurídicas, entendidas como la exclusión —injustificada—² de determinado grupo de personas de la titularidad de derechos fundamentales.

La desigualdad en los derechos encarna en la sociedad y produce un escenario; el que no tiene los mismos derechos, “el otro” es desigual, y por tanto, inferior, piénsese en el racismo por ejemplo, que genera el estigma de inferioridad antropológica, esto es inferioridad jurídica,³ lo propio ocurría con la exclusión al derecho al voto de las mujeres, generándose una percepción de superioridad de los hombres, no solo en lo jurídico sino también en lo cotidiano.

Según varios estudios en materia de derechos humanos, uno de los documentos de antigua data, como es la Carta inglesa de 1215, conocida como la Carta Magna, ha constituido el preámbulo del constitucionalismo moderno o al menos, de las Constituciones de corte liberal, pues plasmó los reclamos del pueblo inglés que fuera víctima de la arbitrariedad y la tiranía del rey Juan, a través de la imposición de impuestos y la confiscación de tierras para el financiamiento de las guerras mantenidas con su par francés. Entre las disposiciones relevantes que contenía la Carta estaba el establecimiento del derecho a la jurisdicción, así como la imposibilidad de ser juzgado sin un proceso previo, y el establecimiento de lo que hoy se conoce como principio de tipicidad. En definitiva, y en lo fundamental, la Carta se emitió con un doble propósito general que es el establecimiento de principios de buen uso del poder como límite al rey como demanda de libertad de las personas y como respeto al derecho de propiedad.

Precisa aclarar, que si bien el documento inglés de 1215 se dio como producto de la convulsión social en respuesta a la tiranía del rey, este fue elaborado, debatido y configurado por los barones del reino —alto estamento social— quienes fungiendo como intermediarios de las clases populares presionaron para que el rey firmase la carta, que dicho sea de paso, fue desconocida y escasamente cumplida por un largo período, por considerarla como una ofensa a su poder y señoría. Es asimismo imprescindible anotar que otro de los motivos que

² La discusión teórica sobre el asunto de exclusiones o diferencias jurídicas justificadas o injustificadas se tratará más adelante.

³ Luigi Ferrajoli, *La igualdad y sus garantías*, trad. Isabel M. Giménez Sánchez, 323, <http://www.esuelamagistratura.gov.ar/images/uploads/la-igualdad-y-sus-garantias-luigi-ferrajoli.pdf>.

alentó el desconocimiento del texto de la carta fue el hecho de que esta no estaba escrita en lengua inglesa.⁴

A pesar de las reivindicaciones de derechos previstas en la Carta Magna, en esta se encontraban ausentes postulados respecto de la idea de igualdad entre los habitantes, no se preveía el principio de igualdad como producto de los reclamos que hiciera el pueblo inglés.

Asimismo, un texto jurídico-político de antigua data como el Cuerpo de Libertades de Massachussets de 1641, esto es 150 años antes de la declaración francesa, esbozó ya lo que en la modernidad de los derechos humanos se conoce como el principio de igualdad. La declaración establecía la igualdad frente a la ley tanto de los habitantes de Massachussets cuanto de las personas extranjeras. El artículo 2 de la declaración, señalaba: “Toda persona dentro de esta jurisdicción, sea habitante o extranjero, disfrutará de la misma justicia y de la misma ley, que es general para la plantación, y que constituye y aplica uno hacia otro, sin parcialidad ni dilación”.

Aunque la previsión de igualdad parecería reducida únicamente para el juzgamiento de extranjeros y “habitantes” bajo un mismo ordenamiento jurídico —y no ampliaba la igualdad de todas las personas frente a la ley—, no deja de ser una proclama avanzada para la época, tanto más si se tiene en cuenta que la totalidad de la declaración instituyó principios y derechos que solo después de una ardua resistencia ante la opresión y de inagotables luchas sociales han sido reconocidos, como el principio de legalidad, el de no discriminación, el de libertad de trabajo, el derecho a contar con un letrado ante una detención, el principio *non bis in ídem*, así como el derecho de acceso a la información pública, entre otros.⁵

Otro instrumento histórico de ineludible referencia es la Declaración de Derechos del Pueblo de Virginia, expedida en 1776 —fraguándose la independencia de las colonias norteamericanas—, y que dicho sea de paso, ha sido catalogado por el constitucionalista Maurizio Fioravanti como uno de los textos coloniales más célebres de la historia.

⁴ Un estudio completo sobre la Carta Magna de 1215 puede encontrarse en María Clara Evangelista, “A 800 años de la Carta Magna inglesa de 1215”, <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/08/miscelaneas41620.pdf>. Otro trabajo de análisis sobre la Carta Magna puede ser consultado en Ricardo Bara, “La Carta Magna: Reflexiones sobre su significado ocho siglos después”, *Revista de Economía y Estadística*, vol. L III, n.º 1 (2015): 167-83, <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/REyE/article/view/16415/16277>.

⁵ Miguel Carbonell, *Derechos humanos: Origen y desarrollo* (Quito: Editora Jurídica Cevallos, 2013), 76-7.

El primero de los artículos refería ya a la igualdad de todos los hombres y la posesión de ciertos derechos inmanentes o connaturales al ser humano y que se conservaban incluso después de su ausencia a participar en la vida social y del Estado. Las ideas de igualdad e inmanencia de ciertos derechos a la condición humana, seguramente han devenido del pensamiento de Rousseau. Resulta curioso que el artículo primero de la declaración, si bien consagra el derecho a la igualdad, no ha sido definido por los redactores de la Carta como un “derecho innato”, entre estos, han señalado el derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad, la felicidad y la seguridad.

La trascendencia e importancia de la Declaración de Derechos del Pueblo de Virginia es fundamental para el derecho constitucional en la medida que sus postulados han servido de eco en las Constituciones del mundo, tanto es así que en la teoría del derecho constitucional se ha producido un intenso debate entre E. Boutmy, jurista francés que defendía la originalidad del texto de la declaración francesa de 1789 y Jellinek, el conocido letrado alemán, que concebía a la declaración como una suerte de resultado inspirado en la declaración de Virginia, o sea, consideraba a la declaración francesa como resultado de, antes que un instrumento original. Sin embargo del enfrentamiento, el jurista alemán, reconoce un mayor acento de la declaración francesa respecto los deseos de igualdad que en los textos norteamericanos. En todo caso, el debate no tiene mayor interés en el desarrollo del asunto de la igualdad y sus apariciones históricas.⁶

1.2. Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789

Sin duda alguna, el artículo primero de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano es una proposición con un alto contenido axiológico: “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales solo pueden fundarse en la utilidad común”.

Proposición que sin lugar a hesitación, constituye el inicio del principio de igualdad recogido en la mayoría de Constituciones de corte social emitidas luego de la Revolución francesa, haciéndose eco de esta por supuesto. Es indudable que a lo largo de la historia se le

⁶ Para ampliar acerca del debate que se plantea, véase Carbonell, *Derechos humanos: Origen y desarrollo*, en el que se recoge en extenso la discusión teórica política que se deja simplemente anotada en esta parte del trabajo.

ha dotado de diferentes connotaciones ideológicas al principio de igualdad; en la actualidad, se dice que la igualdad es quizá el último o el único signo distintivo de la izquierda.⁷

El camino para llegar hasta ese texto, no fue fácil, se produjeron un sinnúmero de discusiones entre el “tercer Estado” constituidos como Asamblea Nacional, quienes representaban al pueblo, o mejor dicho a una parte de él: a la clase burguesa de las ciudades —sin la participación de campesinos o de las personas en situación pobreza—, el clero y la nobleza, los tres estamentos de la sociedad francesa que conformaron los Estados generales convocados por el rey Luis XVI.

Entre los debates previos a la declaración, varios de los diputados proponían a modo de preámbulo establecer un apartado que contenga deberes y responsabilidades de los ciudadanos, con una jerarquía normativa paralela y de igual o similar amplitud extensiva que la parte declarativa de derechos. Entre los proyectos de “declaración de deberes” planteados en la Asamblea existen textos que merecen ser destacados, por ejemplo, el diputado de Siteny presentó un instrumento que ponía de relieve la correlación entre derechos y deberes como una interrelación imprescindible para el objetivo de la Revolución. El artículo 5 de este proyecto preveía: “Los hombres no pueden guardarse de los peligros de la desigualdad sino por medio del vínculo social que pone al débil a salvo de las agresiones del fuerte; y todos se deben ayuda mutua de humanidad y fraternidad, las cuales corrigen esa desigualdad”.

Esta disposición que no fue recogida en la declaración definitiva, sin duda evidencia un profundo contenido jurídico, político y filosófico que demuestra la preocupación de la época por la desigualdad. En primer lugar, el texto reconoce desigualdades no solo de tipo social, sino naturales; en segundo lugar erige al derecho como un instrumento que salvaguarde al débil del fuerte, y en tercer lugar, establece un sistema de interrelación solidaria, humana y fraterna entre los distintos estamentos de la sociedad como una forma posible contrarrestar la desigualdad, en el que, el más fuerte se encuentra en la obligación de prestar ayuda a quien se encuentra en una situación de desventaja.

En todo caso, no queda claro si el diputado proponente se refiere exclusivamente a desigualdades de tipo natural “fuerte vs. débil”, o si también incluía en esta declaración a las desigualdades de tipo material o sustancial y/o de accesos a medios y servicios.

⁷ Miguel Carbonell, “Estudio preliminar, la igualdad y los derechos humanos”, en *El principio constitucional de igualdad: Lecturas de introducción*, comp. Miguel Carbonell (Ciudad de México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2003), 9.

En similar sentido, Sieyès presentó al interior de una de las comisiones de la Asamblea Nacional un proyecto que luego no alcanzaría los votos suficientes para ser puestos a consideración de la Asamblea en plenario. El proyecto tiene una evidente influencia de la tesis contractualista de Rousseau, como lo demuestra el artículo 1, que establecía: “Cualquier sociedad solo puede ser la obra libre de una convención entre todos los asociados”.

Uno de los mayores aportes de este proyecto, y por el que merece ser destacado, es que su proponente, el diputado Emmanuel Joseph Sieyès, distinguía de modo inequívoco, la igualdad ante la ley, puramente formal, de la igualdad material o real, de acceso a los medios y oportunidades. El artículo 16 del instrumento promulgaba: “El que los hombres no sean iguales en medios, es decir, en riqueza, en capacidad, en fuerza, etc., no quiere decir que no sean iguales en derechos. Ante la ley, un hombre vale lo que otros, la ley los protege sin distinción”.

Abate Sieyès, como era conocido, basó su discurso político filosófico durante la Revolución francesa en el asunto que más llamaba su atención, la desigualdad y los privilegios, manifestando que la forma representativa de gobierno, si bien no es una democracia, no es incompatible con ella. En su opinión, en la forma representativa de gobierno confluyen instituciones de corte democrático y también las oligarquías, conservando los deseos de acumulación ilimitada de capital de esta, pero elevando a la categoría de ciudadano a todos los habitantes del Estado por influencia de aquel, universalizando la igualdad jurídica y la libertad. Para Sieyès, la nación “es el conjunto de los asociados, gobernados todos y todos sometidos a la ley, obra de su voluntad, todos iguales en derechos y libres en su comunicación y en sus compromisos respectivos”.⁸

A pesar de reconocer a la igualdad jurídica como una de las bases y principios fundamentales que forman parte de la estructura del gobierno representativo, el político y revolucionario francés, no desconocía que ese régimen —paradójicamente— conservaba las desigualdades características de la sociedad aristocrática contra la que estaban luchando, o contra los estamentos que pretendían revolucionar. De manera que, por una parte se establece constitucionalmente una sociedad fundada en la igualdad jurídico-política, como idealización

⁸ Emmanuel Joseph Sieyès, “Preliminar de la Constitución. Reconocimiento y exposición razonada de los derechos del hombre y del ciudadano”, en *Escritos políticos de Sieyès*, comp. David Pantoja Morán; Joel Flores Rentería, “Emmanuel Joseph Sieyès: *El gobierno representativo*, 55, <http://www.scielo.org.mx/pdf/polcul/n39/n39a4.pdf>.

de legitimidad en el ejercicio del poder político, mas, en simultáneo, se dejan latentes las desigualdades sociales, económicas y culturales.

De este modo, la Revolución francesa mostró al mundo una creciente y aparente democracia, creciente porque los ideales de la revolución y su sistema de gobierno serían replicados en la gran mayoría de Estados, y aparente en el sentido que ninguna sociedad posrevolución ha logrado eliminar las marcadas brechas de desigualdad y los privilegios de ciertos grupos. Muestra palmaria de esto, son los debates actuales sobre diversidad y pluralidad planteados por minorías étnicas, por las diversidades sexuales, o por el feminismo.

Las desventajas por las cuales los ciudadanos difieren entre sí están más allá de su carácter de ciudadanos. Las desigualdades de propiedad y de la industria son algo así como las desigualdades de sexo, edad y tamaño, etcétera. No desnaturalizan la igualdad cívica [...] La ley no concede nada; protege únicamente lo que ya existe, y sólo hasta que ello comienza a ser perjudicial para el interés común.⁹

Es reveladora la forma en la que el político francés trata el tema sobre diferencias y desigualdades, por esto habla de acumulación de riqueza —cuando dice desigualdades de propiedad— y por aquella cuando alude a ciertas diferencias naturales o de tipo objetivo, como las llamaría Bobbio, al referirse a la edad o a la estatura. Sin embargo, asocia los dos conceptos sin realizar distinción alguna, no solo de tipo semántico, sino además sustancial respecto de cuál es la razón de la diferencia y cuáles son aquellas razones que generan desigualdad.

No se detiene a analizar que las diferencias a las que refiere son parte de la pluralidad o diversidad humanas, mientras que las desigualdades de industria y propiedad devienen de un sistema inequitativo, no solo de distribución de la riqueza, sino también de jerarquías sociales impuestas, que al mismo tiempo generan un sistema de exclusión. Finalmente, el discurso en cita, no evidencia el sistema de explotación laboral que imperaba en la época.

Con preludeo en estas discusiones, el artículo primero de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, a la postre, se promulgó como al inicio de este acápite se había reproducido, es decir, estableciendo una igualdad estrictamente jurídica o formal, sin hacer alusión alguna respecto de las diferencias humanas, ni menos aún, acerca de las desigualdades de tipo estructural.

⁹ *Ibíd.*, 55.

Así entonces, el sistema democrático instaurado por la Revolución francesa idealizó y expandió en el mundo, una idea/apariencia normativa constitucional de igualdad (jurídica); mas, dejó en el olvido y como libro sin desempolvar, las oscuras páginas de la realidad social del antiguo régimen que compendaban un sistema social excluyente, un régimen económico insondablemente inequitativo y de explotación, y un gobierno autocrático.

No le falta razón a Ferrajoli cuando manifiesta que los redactores de la carta de Virginia —que inspirara a la Revolución norteamericana— al consagrar “la igualdad natural de todos los hombres” no fue precisamente pensada en sus esclavos; del mismo modo, la clase burguesa de la Revolución francesa de 1789, tampoco abolió las discriminaciones de género o las desigualdades económicas y sociales, las que perduran en la actualidad por decisión de las relaciones de poder, inclusive con un principio de igualdad constitucionalizado en sus dimensiones formal y material.

Cuando en 1776 los colonos de Virginia declararon que “todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes” no pensaban ciertamente en sus esclavos. Análogamente, cuando el 26 de agosto de 1789 la Asamblea nacional francesa proclamó la igualdad “*en droits*” de todos los “hombres”, los burgueses que la componían pensaban solo en sí mismos: en los privilegios feudales y en las diferencias de clase que intentaban abolir, pero ciertamente no en las discriminaciones de sexo y en las económicas y sociales, que dejaban sobrevivir en cambio, simplemente ignorándolas.¹⁰

En este sentido, se afianza la idea de que los derechos humanos no dejan de ser el producto del contexto histórico, y de las posiciones políticas dominantes e imperantes en determinado momento. Inclusive, el contenido de los derechos fundamentales se ha definido prescindiendo de la participación de los grupos, en cuyo nombre se lucha, minoritarios e históricamente oprimidos y excluidos, o sea, que el carácter “universal” de los derechos humanos se ha construido —como afirma Boaventura de Sousa Santos— desde una globalidad desde arriba “poder hegemónico” y no desde una localidad desde abajo. En este sentido, el pensador portugués, propone (des) pensar los derechos humanos y reconstruirlos desde una perspectiva intercultural.¹¹

¹⁰ Ferrajoli, *La igualdad y sus garantías*, 322.

¹¹ Boaventura de Sousa Santos, *Descolonizar el saber, reinventar el poder* (Montevideo: Trilce, 2010), 67-8.

2. Distintos enfoques axiológicos: La igualdad como libertad, la igualdad como justicia y sus relaciones con la democracia

*Libertad, significa no subordinarse a nada, ni al propio ideal ni a la propia personalidad ni a la Ley de Thelema, que nos ofrece nuestra libertad como nuestra limitación. Igualdad quiere decir que, disponiendo cada uno de esa libertad, cada uno será igual a cualquier otro, siempre que cada uno sea lo que es. Fraternidad es lo siguiente: nadie, siendo lo que es, se puede oponer a los demás, porque ser lo que es equivale a ser hermano de quien también lo es.*¹²

Fernando Pessoa

2.1. La igualdad como libertad

El devenir histórico demuestra que el principio de igualdad constitucional tiene como antecedente una ardua y larga resistencia contra el privilegio y el *status* de los sistemas feudales. Según María Isabel Garrido Gómez la lucha por la igualdad puede ser observada desde tres etapas históricas.

En la primera, el correlato de la diferencia es la desigualdad “a aquellos que son caracterizados como diferentes se les trata como inferiores o superiores dependiendo de su posición en la jerarquía”. En la segunda fase, la identidad es correlato de la igualdad, “reunidos ciertos criterios, todo el mundo tiene derecho a ser tratado igualmente”. Al final, el correlato es la diferencia, pues “cualquier persona será tratada en proporción a sus necesidades y aspiraciones”.¹³

La igualdad ha sido desde los inicios del pensamiento griego asociada a otros valores como por ejemplo, con la libertad, la justicia. Es de Aristóteles de quien se tienen las primeras referencias sobre la igualdad como presupuesto de justicia, sin embargo es recién en las teorías contractualistas que empieza la lucha real por la igualdad. Como se vio, la idea de la igualdad entre los hombres surgió de los acontecimientos y narrativas producidas a propósito de la Revolución francesa.

Es conocido que la igualdad como valor superior entraña un ideal de convivencia armónica en la sociedad que permita una interrelación de los seres en un escenario de felicidad y orden, de manera que la igualdad viene casi siempre emparejada con la libertad.

¹² Fernando Pessoa, *Escritos sobre genio y locura* (Barcelona: Acantilado, 2013), 56.

¹³ María Isabel Garrido Gómez, “La complementariedad entre la igualdad y la diferencia”, *Revista Frónesis, revista de filosofía jurídica, social y política*, vol. 15, n.º 2 (2008): 73.

Según Bobbio, la libertad puede ser conceptualizada como una cualidad de la persona, ya sea en el ámbito de acción o en un aspecto moral, mientras que la igualdad es un concepto indeterminado, difícil de explicar desde un punto de vista individual o como propiedad personal.

Lo anterior puede ser explicado del siguiente modo, mientras la premisa “X es libre” tiene total sentido, la premisa “X es igual” carece de él, esto debido a que, mientras la libertad es una aspiración deseable para la totalidad de la sociedad o para cada uno de los seres en sentido individual, la igualdad no puede concebirse en abstracto —como sí la libertad— sino únicamente en relación con algo o a alguien, de ahí que para emitir el concepto de igualdad, resultan imprescindibles las preguntas, ¿igualdad entre quiénes?, ¿igualdad en qué?¹⁴

La libertad es una aspiración de todos los seres humanos con prescindencia de las relaciones entre sí, por esta razón, se puede afirmar sin dubitación alguna, que una sociedad es libre, o que un miembro de la sociedad —en sentido individual— es libre; no puede decirse lo mismo de la igualdad, pues ningún sentido tendría decir, que una sociedad es igual, o una persona es igual. El concepto de igualdad para ser definido o materializado requiere necesariamente del relacionamiento entre seres o entes que componen la sociedad, de ahí que pueda decirse que el estado de necesidad de una persona sin acceso a bienes y servicios “no es igual” al estado de necesidad de una persona que ha contado con ellos, aunque ambas, *a priori* compartan una “igual” dignidad.

En el intento por definir el valor de la justicia resulta necesario remitirse hasta Aristóteles. A la justicia se le puede asociar con dos conceptos, uno como legalidad, y otro como igualdad, por el primero, alguien es considerado justo en la medida que su accionar se enmarca en cumplimiento con los mandatos de la ley, y por el segundo, se dice que “es justa una acción, un hombre, una ley que instituye o respeta, una vez instituida, una relación de igualdad [...] una acción es justa en cuanto conforme a la ley, y una ley es justa en cuanto es conforme al principio de igualdad”.¹⁵

La concepción más clásica de justicia se remonta al aforismo *suum cuique tribuere*, que en un sentido laxo, implica dar a cada quien lo que le corresponde, o como Bobbio llama, “asignar el lugar propio que le corresponde”, como presupuesto de orden, equilibrio y

¹⁴ Norberto Bobbio, *Igualdad y libertad, introducción de Gregorio Peces Barba* (Barcelona: Paidós, 1993), 54-5.

¹⁵ *Ibíd.*, 57.

armonía. Por esta premisa la justicia adquiere además de un sentido axiológico, un sentido real o material que se refiere a aspectos políticos de repartición y compensaciones. Así, debemos remontarnos hasta las primeras conceptualizaciones sobre el ideal justicia que se refieren a justicia conmutativa y a una justicia distributiva, la primera implica la regulación de modos de relación entre objetos o cosas, piénsese entre trabajo y salario, infracción y pena, mercadería y precio; mientras que por la segunda se entiende una relación entre sujetos, donde hay alguien que distribuye, y alguien a quien distribuir, los más conocidos casos de este tipo de justicia —distributiva— son la asistencia social y los impuestos.¹⁶

Como quiera que fuese, desde las más antiguas percepciones de justicia, esta ha sido imaginada como la virtud de la armonía o del equilibrio en medio de las incontables relaciones sociales y sus formas de actuar, y la armonía/justicia ha de conseguirse en la medida que se establezcan ciertos parámetros de igualdad entre los individuos (todos son iguales en derechos), y que se respeten las leyes, las que deberán responder a una ley superior.

En definitiva, se puede colegir que la libertad es el valor individualista por excelencia, y que la justicia es el valor social por antonomasia; como decía Aristóteles, la justicia es una virtud social que persigue el mantenimiento del orden social.¹⁷ Sin igualdad la justicia es un concepto vacío y surreal; “mientras la justicia es un ideal, la igualdad es un hecho”,¹⁸ por lo que, la utopía ha de ser alcanzada y/o nutrida por la realidad, y esta no se refiere a otra cosa sino a la pluralidad humana como hecho indiscutible. De manera magistral Bobbio dice de la justicia como un valor axiológicamente significante, y de la igualdad, un valor axiológicamente neutro.

2.2. La igualdad como justicia

¿Y no se ha considerado peligroso para la vida el imperativo categórico de Kant! Sucede que el instinto de los teólogos lo tomó bajo su protección. Una acción a la cual nos impulsa el instinto de la vida tiene en el goce la demostración de su justicia; mientras que aquel nihilista de entrañas dogmático-cristianas consideraba el goce como una objeción... ¿Qué es lo

¹⁶ Robert Alexy, *Justicia como corrección*, trad. Ana Inés Haquín, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 26 (2003): 161.

¹⁷ Para que determinada situación, hecho o circunstancia sea considerada como justa necesariamente ha de tener cierto orden, si no absoluto o apremiante, la justicia si requiere el respeto de un relativo orden para mantener el equilibrio y evitar conflictos que sin este último requisito serían insuperables para cualquier rama social, sea el derecho, la sociología o la economía. Incluso dentro del caos, existe una exigua aproximación al orden.

¹⁸ Bobbio, *Igualdad y libertad*, 59.

que más rápidamente destruye a un hombre sino el laborar, pensar, sentir, sin una interna necesidad, sin una elección personal profunda, sin alegría, como autómeta del deber?

Friedrich Nietzsche, *El Anticristo*

Como se mencionó anteriormente, para que la igualdad cobre sentido, ya en lo político o como categoría ontológica, requiere del relacionamiento de cosas, bienes, servicios y/o personas, y de una calificación asimismo política o jurídica para que determinada “diferencia” o “equiparación” pueda entenderse como justa o injusta. En este sentido, se puede hablar de dos tipos de relaciones, (i) una entre bienes, servicios o cosas, como por ejemplo entre salario y trabajo, mercancía y precio, daño e indemnización; castigo y pena; y, otra (ii) del relacionamiento entre personas, como por ejemplo las reclamaciones de las mujeres para la igualdad en derechos con los hombres, las exigencias de la comunidad LGBTI (lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, intersexuales, queer) por el matrimonio igualitario, o los derechos de las etnias para participar en las decisiones del Estado. Ambas situaciones se corresponden con relaciones de intercambio y con relaciones de convivencia, esta tiene que ver con el concepto de justicia distributiva y aquella con el concepto de justicia conmutativa y en este tipo de justicia los conceptos de diferencia y desventajas juegan un rol preponderante.

La importancia de la calificación de una relación entre bienes y/o personas como diferencia o desventaja determina a la postre, el criterio jurídico de los textos legales y su aplicación. Así, si la diferencia etaria entre personas se considera como una desventaja antes que una diferencia inherente a la condición humana, entonces resulta correcta la calificación jurídica que hacía la legislación civil sobre la “incapacidad” de los niños, niñas y adolescentes. Lo propio puede afirmarse respecto de las (injustificadas y discriminatorias) distinciones que contenía la propia Ley Civil sobre el régimen jurídico del matrimonio, otorgando mayor valor al marido que a la mujer, como por ejemplo en la administración de bienes de la sociedad conyugal.

La valoración de cuándo una cosa debe ser igual a otra, o en qué situaciones es necesario “igualar/equiparar” a las personas en sus relaciones para que la igualdad se considere como justa o injusta es lo que se conoce como criterios de justicia, y son aquellos

que permiten determinar en forma particularizada y específica lo plausible o no de una igualdad ya entre objetos, ya entre personas.

Como criterios de justicia se pueden enunciar el de justicia retributiva sincretizada en el enunciado “a cada uno lo suyo”, y que ha sido plasmado en el criterio de proporcionalidad en la imposición de penas frente al cometimiento de infracciones, o así también, el criterio retributivo puede ser aquel por el cual se establece una relación entre el salario y trabajo, debiendo ser aquel “salario” justo en la medida que cubra las necesidades de la persona trabajadora. La otra noción, como criterio de justicia, la atributiva puede ser comprendida como aplicación de justicia, bajo la premisa “tratamiento a todos por igual”; mas esta resulta demasiado vacía sin considerar las situaciones fácticas que se producen en la realidad.

Los criterios más reconocidos de justicia son los que concretan la *indeterminada* máxima, “dar a cada uno según le corresponde”, y que pueden ser expuestos a través de la atribución a cada uno de acuerdo a su mérito, su capacidad, su esfuerzo, su rango y su necesidad, así nos podemos extender en forma sucesiva de acuerdo a las múltiples relaciones que se traten. Estos criterios no siempre son utilizados de forma unívoca pues existe una gama de grises y una variedad de líneas de encuentro entre ellos; sin embargo, uno u otro es predominante dependiendo de las relaciones que se trate, así, en una sociedad familiar prevalece el criterio de necesidad; en una academia, si de seleccionar se trata, el criterio sería el del mérito; en lo societario, el criterio es de las cuotas accionarias, y en una sociedad leonina, la categoría será la de la fuerza; Bobbio considera que en la comunidad internacional en la gran mayoría de las veces se impone el criterio del más fuerte.¹⁹

La más conocida forma de nexo entre igualdad y justicia tiene que ver con la antigua y extensamente difundida regla de justicia que se resume en el siguiente postulado: “igual tratamiento a lo igual, y diferente tratamiento a lo desigual”, ambas premisas si bien forman parte de la regla de justicia, son al mismo tiempo regla de igualdad, por esto es que se encuentran íntimamente relacionadas entre sí, sin que se pueda olvidar lo dicho anteriormente, que en tanto la justicia es un valor absoluto de indecible contenido, la igualdad es un ideal/principio u objetivo a optimizar para materializar aquella.

La dificultad que entraña la regla de justicia no estriba en su delimitación conceptual, pues su propio carácter descriptivo lo deja expuesto, tampoco es su aplicación si es que ya se

¹⁹ *Ibíd.*, 62-3.

tiene una distinción previamente esclarecida respecto de qué o quiénes son iguales, y qué o quiénes son desiguales. El mayor brete en el campo político y jurídico implica el saber cómo llegar a la determinación de en qué escenario es valorable una equiparación entre cosas, y en qué casos se supone como deseable una igualación entre personas a partir de sus diferencias. O sea, que una vez determinado lo anterior, la aplicación de la regla de la justicia no trae mayores complicaciones; las mayores tensiones se presentan a la hora de definir lo justo o injusto de una equiparación o de lo justo o injusto de la aplicación de una balanza de equivalencia a aquello que no lo es. “La regla de justicia, en suma, atañe al modo con que el principio de justicia debe aplicarse: ha sido llamada, en efecto, correctamente, la justicia en la aplicación”.²⁰

La regla de la justicia tiene relación con la justicia retributiva y atributiva que tratamos antes, en cuanto la segunda sirve para mantener el orden y el modo de distribución que aquella —la segunda— ha proporcionado en tanto procuró constituir o reconstituir la igualdad social.

En definitiva, la regla de la justicia a la que se hace alusión está desprovista de una cualificación o valoración, pues nada dice respecto de qué es lo deseable para la igualación o equiparación de cosas o sujetos, sino que se limita a describir un parámetro de aplicación, de ahí que esta sea concebida como una justicia de carácter formal. La justicia formal en su más estricto sentido supone una aplicación normativa a la vieja usanza, es decir “ciega”, sin ampliar su ámbito hacia las múltiples expresiones de la realidad y de las particulares condiciones de cada situación, peor aún si es que las reglas jurídicas por el transcurso del tiempo se vuelven injustas, y la regla de la justicia se aplica a pesar de ese envejecimiento normativo hasta que se promulgue un nuevo ordenamiento jurídico. A pesar de esto, incluso la aplicación de la regla de justicia en dimensión formal guarda un valor social en tanto conservación del orden, aunque de un orden antiguo.²¹

Dicho esto y establecida una aproximación acerca de la justicia formal y de su vacuidad es preciso retomar la cuestión acerca de qué significancia tiene la máxima “todos los hombres son y nacen iguales”, y que ha sido utilizada como narrativa de los más variados discursos e ideologías políticas pasando por los liberales, estoicos hasta los socialistas, y

²⁰ *Ibíd.*, 65.

²¹ *Ibíd.*, 66-7.

como regla jurídica universal de derechos humanos. El contenido de la máxima no podría ser asumida en su literalidad, o sea que todos somos iguales, pues esta sería una aserción fácilmente derrotable con la simple observación de la pluralidad y diversidad humanas; de ahí que, *a priori* pueda decirse que una interpretación razonable de la proclama “todos los hombres son iguales” tiene que ver con el concepto de igualdad frente a la ley o de igualdad formal, es decir, que los sujetos que componen la sociedad deben ser tratados por el ordenamiento jurídico o por la función del Estado que dicta las leyes, de igual forma sin importar sus diferencias.

Así, se puede ver que Jean Jacques Rousseau en su discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres ya distingue las desigualdades humanas entre naturales y sociales, las primeras como es obvio son inmanentes a la condición humana: edad, género, religión, etc.; y, las segundas, las explicita como desigualdades “instituidas” y producidas por la convivencia social y el poder económico, explicando que este tipo de desigualdades — las que laceran la dignidad humana— tienen como génesis la idea de la apropiación de la tierra y el establecimiento de clases subordinadas que la trabajan para enriquecer a quien la detenta como titular del derecho a la propiedad. Sobre el asunto en comentario, el filósofo francés escribe:

El primer hombre a quien, cercando un terreno, se lo ocurrió decir esto es mío y halló gentes bastante simples para creerle fue el verdadero fundador de la sociedad civil. ¡Cuántos crímenes, guerras, asesinatos; cuántas miserias y horrores habría evitado al género humano aquel que hubiese gritado a sus semejantes, arrancando las estacas de la cerca o cubriendo el foso: «¡Guardaos de escuchar a este impostor; estáis perdidos si olvidáis que los frutos son de todos y la tierra de nadie!» Pero parece que ya entonces las cosas habían llegado al punto de no poder seguir más como estaban, pues la idea de propiedad, dependiendo de muchas, otras ideas anteriores que sólo pudieron nacer sucesivamente, no se formó de un golpe en el espíritu humano; fueron necesarios ciertos progresos, adquirir ciertos conocimientos y cierta industria, transmitirlos y aumentarlos de época en época, antes de llegar a ese último límite del estado natural. Tomemos, pues, las cosas desde más lejos y procuremos reunir en su solo punto de vista y en su orden más natural esa lenta sucesión de acontecimientos y conocimientos.²²

Con el propósito de complementar y/o ampliar el contenido del principio de igualdad formal, en su aplicación más pura resumida en la alocución “todos somos iguales ante la ley”, resulta indispensable expandir el espectro de lo jurídico hacia lo material y evocar en la

²² Jean-Jacques Rousseau, “Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres”, <https://www.marxists.org/espanol/rousseau/disc.pdf>

dogmática positivista las desigualdades estructurales —sociales a las que se refiere Rousseau— como prerrequisito de justicia. Lo que se ha plasmado por ejemplo con el desarrollo de normas de acción afirmativa.

Sin adentrarnos aún en otros conceptos de igualdad, como la igualdad en el acceso a bienes de oportunidades, o la igualdad material, precisa delimitar la noción de igualdad estrictamente formal, y esta tiene relación directa con el concepto de *isonomía* (*isos*: igualdad; *nomos*: ley) como fundamento de la democracia ateniense y engloba sus aspiraciones en cuanto a la forma de participación y toma de decisiones en la *polis*. En sentido amplio, *isonomía* desde la perspectiva griega implica la extensión de los derechos políticos a todos los miembros de la *polis* y con esto se pretendía asegurar la democracia en su sentido radical, a saber, la participación directa de todos los habitantes en la toma de decisiones.²³

La igualdad ante la ley además implica una obligación de abstención por parte del Estado, en general, y de la Función Legislativa, en particular, en tanto a esta se le encuentra proscrita la posibilidad de establecer diferenciaciones injustificadas —en las leyes— fundadas en las “diferencias” propias del género humano, pues de hacerlo, estaría incurriendo en una discriminación directa por vulneración del principio de igualdad formal.

Ahora bien, deben distinguirse algunos otros conceptos de igualdad diferentes al de la igualdad ante la ley, como lo es la igualdad de derechos, la igualdad de oportunidades que tiene que ver con una igualdad desde un punto de vista liberal, y la igualdad de hecho, que guarda relación con la igualdad material o sustancial. La igualdad en los derechos podría decirse como una variación de la igualdad frente a la ley, pero esto a la vez implica que todas las personas —sin distinción— deben gozar de todos los derechos establecidos en la Constitución; el principio de igualdad de oportunidades, en cambio, hace relación a la aplicación de la regla de justicia para que las personas en un escenario de competencia o que estén en la búsqueda por el cumplimiento de un mismo objetivo deban contar con las mismos medios y oportunidades para alcanzarlos. Una concepción liberal de igualdad, al contrario, manifiesta que los ciudadanos tienen derecho a igual consideración y respeto por parte de su gobierno. Este derecho de igualdad, tiene un contenido dual: i) el derecho a igual tratamiento, que significa una uniforme distribución de bienes y oportunidades, y ii) el respeto a igual

²³ Diego I. Córdova Molina, “Repensar la igualdad democrática: *Isonomía, isegoría, isotimia*”, *Revista Colección*, n.º 25 (2015), 14-6, <http://e-revistas.uca.edu.ar/index.php/COLEC/article/view/533/505>.

consideración y a las decisiones políticas, con respecto a cómo han de distribuirse esos bienes y oportunidades.²⁴

Una vez instalados en el punto de que la igualdad estrictamente formal no es suficiente para lograr un criterio de justicia debido a su estrechez visual, en cuanto las reales diferencias y desigualdades, se debe retomar la pregunta sobre cuándo una igualación es necesaria para entenderse como justa. Ciertamente existen diferencias en el género humano que son incontrovertibles, como lo es la etnia (indígena, mestiza, afro), la cultura (cultura andina, cultura occidental, oriental) o el género (hombre, mujer), por ejemplo, y que pueden ser apreciadas como —Bobbio las llama— diferencias objetivas; también las hay no objetivas, y que son las creadas en las relaciones por el poder económico, político. Que las diferencias existan no es una cuestión que *per se*, constituya el punto de partida de una brecha de desigualdad o de injusticia, antes bien, es la calificación valorativa de las diferencias lo que importa o determina ese hecho.

La calificación de las diferencias objetivas como relevantes o irrelevantes es lo que determina después el tratamiento jurídico de aquellas, y esa calificación valorativa tiene directa relación con el momento histórico en el que se encuentre. La exclusión del derecho al voto de la mujer, la esclavitud de las personas afro o la prescindencia de personas en situación de discapacidad en la vida social y política, son muestras de que la apreciación de diferencias objetivas de la humanidad como relevantes han marcado un tratamiento inferior y marginal para esos grupos humanos.

2.3. Igualdad material

Con base en esas históricas exclusiones, y como resultado de luchas contra la opresión de varios grupos humanos, en el mundo se ha dado cuenta de la injustificación e injusticia de las exclusiones y de la desigualdad estructural, como por ejemplo, la exclusión de personas en situación de pobreza de condiciones de vida adecuadas, por lo que, en respuesta, se ha dado paso a una igualdad de hecho, que en concepto de Norberto Bobbio, supone una

²⁴ Ronald Dworkin, *Los derechos en serio* (Barcelona: Ariel, 2007), 389. En una parte de este libro, Dworkin destaca como la Corte Suprema de los Estados Unidos, en tratándose de casos de distribución “sostuvo que a un hombre debe acordársele un voto, pese al hecho de que en realidad, una distribución diferente de los votos podría favorecer el bienestar general”.

igualdad en bienes materiales o de una igualdad económica. Esta igualdad, tiene que ver con el principio de igualdad material o sustancial.²⁵

Para mencionar una situación didáctica, en tratándose de condiciones de extrema pobreza, Roberto Saba plantea que existen personas que desde su nacimiento están condenadas a la pobreza y por tanto, impedidos de tener una vida digna por falta del ejercicio de otros derechos constitucionales. La pobreza extrema es una desigualdad estructural y como tal provoca asimismo discriminaciones sistemáticas. Saba sostiene que la pobreza extrema —no se refiere a un tipo de pobreza en general— es de carácter persistente, perpetuo y que se transmite de generación en generación. Frente a este tipo de desigualdades estructurales es opinión del autor que el principio de igualdad no puede actuar desde su concepción liberal, a saber, como simple prohibición de trato no arbitrio, sino que la fuerza normativa —impresa por la Constitución— del principio de igualdad debe exigir de los Estados obligaciones y deberes de hacer frente a los ciudadanos en situación de desigualdad, el autor los denomina, “desaventajados”.²⁶

En términos más amplios, la igualdad de hecho tiene que ver con la desigualdad estructural, considerada esta como la exclusión injustificada de grupos de personas de la participación de la vida social y política y del ejercicio de derechos que permitan una vida adecuada y feliz. El principio de igualdad material puede ser aplicado como política pública y como normativa constitucional, con el propósito de eliminar las desigualdades basadas en criterios injustificados y en los aspectos reales de la vida, así por ejemplo, una vez reconocido que el derecho constitucional a la educación es para todas las personas *igualdad formal*, se puede presentar el caso de una persona que por condiciones de pobreza extrema no le fue posible tener una educación básica *igual* a la de los otros para acceder a la universidad, dilema ante el cual, el Estado no podría reaccionar negando su derecho a la educación en nivel universitario, sino promoviendo condiciones afirmativas para que esa persona no resulte marginada.

²⁵ Bobbio, *Igualdad y libertad*, 79-81.

²⁶ Un análisis sobre la obra de Roberto Saba, puede encontrarse en *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?* (Buenos Aires: Siglo XXI, 2016); Dalile Antúnez, Federico Orlando, Liliana Ronconi y Francisco Verbic, “Tomarnos en serio la igualdad: Comentarios a más allá de la igualdad formal ante la ley: ¿Qué les debe el estado a los grupos desaventajados? de Roberto Saba”, *Lecciones y Ensayos*, n.º 99 (2017).

Igualmente, el principio de igualdad —según algunos autores, entre ellos Ferrajoli— no solo se encuentra destinado a la eliminación de desigualdades injustificadas, sino que al mismo tiempo implica el respeto por las diferencias humanas. En su opinión, mientras el principio de igualdad formal tiene que ver con los derechos de libertad en tanto asegura que todas las identidades personales resulten respetadas, el principio de igualdad material guarda relación con los derechos sociales en tanto encaminados a reducir las desigualdades sustanciales.

Para el autor italiano, el principio de igualdad en su doble dimensión resulta suficiente para garantizar, tanto las diferencias de las personas en respeto de la diversidad humana cuanto para materializar el ideal de justicia en la medida que las desigualdades sean reducidas. Este actuar dicotómico del principio asegura la universalidad del derecho humano a la igualdad —dice—. Sobre esta base, sostiene que las críticas de la igualdad basadas en las diferencias resultan descartadas. Así, expone:

La primera implicación (de la igualdad) concierne al nexo, mediante la revalorización de las diferencias y de la reducción de las desigualdades, entre igualdad y dignidad de las personas. Las diferencias, nos dice nuestra definición, se tutelan y revalorizan porque forman un todo con el valor y la identidad de la persona; de modo que el igual valor asociado a las diferencias no es más que la igual dignidad de las personas [...] Las desigualdades, por el contrario [...] hay que eliminarlas o reducir las porque [...] son «obstáculos» al «pleno desarrollo de la persona humana» y, por ello, a la dignidad de la persona.

Por lo tanto no existe oposición entre igualdad y diferencias, pese a lo que suponen algunas concepciones corrientes, como la crítica a la igualdad en nombre del valor de la diferencia, formulada en estos años por el pensamiento feminista de la diferencia. Igualdad y diferencias, garantía de la una y revalorización de las otras, al contrario, no sólo no se contradicen sino que se implican entre ellas. Por esto, el universalismo de los derechos de libertad no solo no se opone al multiculturalismo, sino que representa la principal garantía del mismo.²⁷

2.4. Sobre los métodos de aplicación e interpretación de distintas cortes y tribunales constitucionales

2.4.1. El caso europeo: Alemania, España e Italia

En consonancia con ese pensamiento, el principio de igualdad como aplicación normativa ha sido desarrollado en su contenido por varias cortes y tribunales constitucionales

²⁷ Ferrajoli, *La igualdad y sus garantías*, 313.

de Europa, Estados Unidos y Latinoamérica. En los tres sistemas se ha configurado el llamado test igualdad, que no es, sino en breves rasgos, el escrutinio que se hace de una determinada decisión o disposición jurídica a través del control de constitucionalidad, con el propósito de dilucidar si el principio de igualdad no está en riesgo o si se incurre en una discriminación contraria a la Constitución. Partiendo de esta base, las magistraturas constitucionales, en modo general, han manifestado que las diferencias de trato deben estar configuradas con base en argumentos razonables y constitucionalmente válidos. La Corte IDH ha establecido que las diferenciaciones deben ser razonables y objetivas, cuando habla de objetivas, se refiere a que deben realizarse atendiendo a la realidad de cada caso concreto y de las particularidades que se presenten con el propósito de aplicar el principio de mayor protección de los derechos humanos.²⁸

Los sistemas alemán y español, por ejemplo, han desarrollado un test integral para determinar cuándo una diferenciación de trato se asume constitucional, basándose en los siguientes criterios: (a) legitimidad del objetivo del trato diferenciado; (b) nexo de racionalidad causal entre los medios y fines utilizados que den cuenta que la medida es idónea; (c) la necesidad de la medida entendida como si esta es estrictamente necesaria o indispensable para la consecución del objetivo planteado sin que se pueda lograr el objetivo con otra medida que no implique un trato diferenciado; y finalmente (d) el criterio de proporcionalidad en sentido estricto, esto es, que el sacrificio de un determinado valor o principio resulte constitucionalmente plausible para la consecución de otro. Se debe destacar que en ambos sistemas, no resulta de tanta relevancia el hecho que el trato diferenciado tenga una permisión constitucional, basta analizar si determinada relación resulta o no discriminatoria.²⁹

En el caso italiano, la verificación del trato diferente legítimo, del que no lo es, se ha desarrollado a través del juicio denominado *ragionevolezza* y que se ha convertido —debido a su profusa aplicación— en un criterio fundante o estructurante del ordenamiento jurídico italiano. La Corte Constitucional de aquel país, al inicio de la aplicación de la *ragionevolezza*, que se remonta a los años 70 toma como presupuesto de su razonamiento la premisa descripta

²⁸ Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte IDH n.º 14, “Igualdad y no discriminación”, <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/discriminacion-2017.pdf>.

²⁹ Daniel Vázquez, *Test de razonabilidad y derechos humanos: Instrucciones para armar* (Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018), 79-80.

con anterioridad como parte de la regla de justicia, así como la de “trato igual a lo igual y trato diferente a lo diferente”, considerando legítimo el trato diferente en aquellas casos en que la diferenciación adoptada por el legislador o cualquier otra autoridad pueda considerarse razonable y proporcional. Para esto, juega un papel preponderante el criterio de relevancia, en tanto permite distinguir en qué casos una diferencia es relevante y merece un trato diferente.³⁰

Para la magistratura italiana, la fundamentación racional del trato diferente constituye el *quid* del control de constitucionalidad que se hace respecto de las leyes promulgadas por la legislatura. Por ello, usa el criterio de relevancia en el tipo de relación con el afán de determinar una igualdad o una diferencia. Dicho de otro modo, por “el juicio de relevancia sobre la diferencia”, se trata de conocer cuando es relevante una diferencia para que se aplique una acción asimismo diferente, o cuándo la calificación jurídica de diferencia resulta irrelevante y por consiguiente inconstitucional por contraria al principio de igualdad.

Ejemplo de la importancia del juicio de relevancia son las sentencias 30 y 116 de 1976. En la Sentencia 30/76 la Corte declaró constitucional la diferenciación entre trabajadores por cuenta ajena y funcionarios públicos en el régimen de la pensión de invalidez, considerando que las respectivas condiciones subjetivas y objetivas diferenciaban las dos categorías de trabajadores.

Por el contrario, en la Sentencia 116 de 1976 ha encontrado injustificada la diferencia de tratamiento normativo entre los trabajadores por cuenta ajena y el personal de los entes públicos en relación con la indemnización por finalización de la relación contractual, afirmando que “*pur non potendosi negare l'esistenza di profili ed elementi pe cui il rapporto di pubblico impiego debba essere tenuto distinto da quello di impiego privato, esistono sicuri punti di contatto e identità*” entre las dos categorías de sujetos, puntos que justifican el fallo de inconstitucionalidad.³¹

La determinación del criterio de relevancia es crucial para la magistratura italiana. La elección del punto de vista relevante tiene que ver con un juicio de valor que se hace respecto de los hechos y las situaciones, de las normas jurídicas enjuiciadas y de la propia norma parámetro, dejando relegado el tradicional ejercicio lógico deductivo de enjuiciamiento de constitucionalidad de las leyes. Cuando se trata de la valoración de los hechos que promueven el control de constitucionalidad, la Corte aplica el criterio de relevancia respecto del *factum* a través de la denominada *ragionevolezza*.

³⁰ Marcos Criado de Diego, “La igualdad en el constitucionalismo de diferencia”, *Revista Derecho del Estado de la Universidad Externado de Colombia*, n.º 26 (enero-junio) (2011): 29-30.

³¹ *Ibíd.*, 31.

Lo notable y novedoso de este nivel del test es que las propias situaciones sirven como parámetro de control para juzgar un tratamiento positivo con el propósito de conocer los efectos que ese tratamiento diferenciador produce. En cambio, si se trata del enjuiciamiento de postulados jurídicos que regulan un trato diferenciador, la Corte ha establecido un juicio de racionalidad intrínseca o *irragionevolezza*, esto es de la racionalidad del propio texto de la ley, sin que existan parámetros de comparación; en este juicio se escruta la racionalidad intrínseca de la norma, y en aquel, existen parámetros de enjuiciamiento de valor entre las similitudes que guardan las situaciones a comparar, es decir, vive un *tertium comparationis*. Finalmente, no es menos importante dejar sentado que en tratándose de materia económica y tributaria, el tribunal italiano ha validado regulaciones que implicaban discriminación a contribuyentes en situación de pobreza.³²

2.4.2. El contexto jurisprudencial de la Suprema Corte de Estados Unidos

La línea jurisprudencial de la Suprema Corte norteamericana, en cambio, ha desarrollado un *test* o *escrutinio* de igualdad basado en niveles de intensidad, así ha configurado un examen de igualdad estricto, uno intermedio y un test de talante débil.

La máxima magistratura constitucional anglosajona inició con la configuración del escrutinio débil, leve o de relación razonable, en 1920 a propósito de analizar si ciertas medidas legislativas contrariaban el principio de igualdad en su acepción formal. En este test de mínima racionalidad, dentro del caso *F.S. Royster Guano Co. vs. Virginia*, 253 U.S., (1920), se dijo que una clasificación debe ser razonable, no arbitraria y debe basarse en un criterio de diferenciación que tenga una relación aceptable y sustancial con el objeto que pretenda la ley, de modo que las personas que se encuentren en similar situación sean tratadas en el mismo sentido. Básicamente, en este nivel de intensidad del test, la Corte IDH exige dos requisitos, por el primero, que el trato diferenciado persiga un objetivo legítimo; y por el segundo, que la medida diferenciadora en el trato, sea adecuada para lograr el propósito. Este tipo de examen se ha aplicado con respecto a medidas legislativas de tipo socioeconómico.

En el caso *Craig vs. Boren*, la Suprema Corte utilizó el escrutinio estricto (*strict scrutiny*) instando al legislativo tratándose de diferenciaciones con base en el sexo, a demostrar que la clasificación “sirve a importantes objetivos gubernamentales y que está

³² *Ibíd.*, 34-5.

sustancialmente relacionado con la consecución de tales objetivos”. Luego ha ido extendiendo un examen estricto a diferenciaciones basándose en la raza, la religión y la nacionalidad, manifestando que *a priori* resultan inconstitucionales las clasificaciones legislativas sobre la base de esos criterios, a los que, se les ha denominado como “categorías sospechosas”, en el entendido que toda distinción legislativa realizada en atención a las categorías de nacionalidad, sexo, raza o religión, se sospechan contrarias al principio de igualdad. También, se ha dicho que el escrutinio estricto ha de realizarse en casos de privación del goce de derechos fundamentales, sin que quede muy claro o sin que se haya explicitado de forma contundente cuáles son los derechos fundamentales que requieren un examen reforzado de igualdad. Podría decirse que el inicio de la utilización del término y la noción de categorías sospechosas y del juicio estricto de carácter sustantivo inició en el caso *Korematsu vs. United States*, en el que, el parlamento expidió una ley que establecía la exclusión de ciudadanos con ancestros japoneses de zonas costeras; el texto de la ley fue establecido con el afán de evitar actos de espionaje y sabotaje por parte del país nipón. En este caso, se marcó que toda restricción legal del goce de los derechos civiles de un determinado grupo racial son inmediatamente sospechosas.³³

En tanto que, cuando se habla de un examen o escrutinio intermedio se trata de un ejercicio que matiza los dos controles anteriores. La Suprema Corte, en el caso *Craig vs. Boren* (1976) saltó de un nivel estricto a uno intermedio. Según este tipo de escrutinio se imputa constitucional una clasificación si se evidencia una relación sustancial entre la medida adoptada —diferenciación— y un interés estatal realmente importante.³⁴ Cabe destacar que mientras en este tipo de escrutinio se ha exigido un interés del Estado importante, en el examen estricto, se trata de un interés u objetivo imperioso.

³³ Manuel Fernández del Hoyo, “Igualdad y due process sustantivo en la reciente jurisprudencia norteamericana sobre matrimonios del mismo sexo”, *Revista de estudios políticos* (nueva época), n.º 138 (2007): 157-215. También sobre este caso pueden consultarse Vázquez, *Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar*, 77-96.

³⁴ Eloy Espinosa-Saldaña, “Apuntes sobre el desarrollo de la jurisprudencia constitucional aplicable a los derechos fundamentales en los EE. UU.”, *Revista ius est veritas*, n.º 21 (2000): 34, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15958/16382>. Para mayor abundancia en el análisis del test de igualdad delineado por la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, véase también: María Ángeles Martín Vida, “Evolución del principio de igualdad en Estados Unidos, nacimiento y desarrollo de las medidas de acción afirmativa en derecho estadounidense”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 23, n.º 68 (2003): 151-94, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=716855>.

Asimismo, resulta dificultoso conocer con objetividad y claridad en qué casos el tribunal supremo aplica un escrutinio intermedio y uno estricto. Siguiendo la mayoría de la doctrina y de la propia línea jurisprudencial del órgano jurisdiccional norteamericano podría decirse que en caso de diferenciaciones en razones de raza, género, religión o nacionalidad, ha de aplicarse un juicio estricto, no obstante, en uno de los casos más elogiados de la *Supreme Court*, a saber, *United States vs. Virginia* (1996), se aplicó un test intermedio, en esa ocasión, la Corte IDH analizó la exclusión de las mujeres de educarse en una escuela militar de élite; las razones de la clasificación se centraban en la diferencia de fuerza y resistencia física entre hombres y mujeres bajo el entendido que las prácticas y la educación militar de *Virginia Military Institute* eran crueles, declarando inconstitucional la medida adoptada por el estado de Virginia; acotando que la clasificación de centros académicos entre hombres y mujeres resulta conforme la carta fundamental, siempre y cuando esta decisión sea facultativa y que existan otros centros —mixtos o no— de estudios de igual calidad académica.³⁵

2.4.3. Los casos colombiano y ecuatoriano

La Corte Constitucional de Colombia, en la sentencia n.º 673/01 estableció que el juicio leve tiene como fundamento inicial el test de proporcionalidad, y que este se ha de aplicar con base en el principio democrático, atendiendo además el criterio *pro legislatore*, por el cual, las leyes promulgadas por el legislativo se presumen constitucionales. En ese contexto, considera la Corte, que en este nivel del test —intensidad leve— basta que se demuestre que la configuración normativa persigue un fin legítimo, o sea, que no se encuentre prohibida por la Constitución, y que además, el medio a utilizar sea idóneo o adecuado para conseguir el fin. En definitiva, para la magistratura colombiana, el test leve exige del legislador, un mínimo de racionalidad en las decisiones que se adopten como interdicción de la arbitrariedad. Las materias legislativas sujetas a este control tienen que ver con la economía, los impuestos y los tributos; con la política internacional; así como también en el caso de asignación de competencias a un órgano constituido; tratándose de ultractividad de la ley de preceptos normativos derogados, y finalmente, en el caso que del contexto de las

³⁵ Espinosa-Saldaña, “Apuntes sobre el desarrollo de la jurisprudencia constitucional”, 36.

disposiciones jurídicas no resulte *prima facie*, que el texto contenga una vulneración al derecho discutido.³⁶

La Suprema Corte mexicana, si bien ha compartido el criterio según el cual el test de menor intensidad se aplica en materias económica y/o tributaria, ha guardado cierta flexibilidad respecto de esa regla jurisprudencial bajo el prisma del principio de igualdad material, considerando que son precisamente las medidas económicas las que pueden generar o acentuar las brechas de desigualdad en términos económicos, por los que, se estableció que la Corte no puede renunciar absolutamente a aplicar un test más estricto en aquellos casos.³⁷

En el caso de la Corte Constitucional del Ecuador, se han adoptado similares criterios a los de las cortes europeas y anglosajona, así como también de su homólogo colombiano. En síntesis, el máximo órgano de administración de justicia constitucional de este país ha manifestado que una diferenciación se imputa legítima y constitucional cuando se cumplan los siguientes presupuestos: (i) existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual; (ii) que el fin sea válido desde una interpretación de la Constitución; y, (iii) que el trato desigual, se considere razonable, es decir, debe existir una relación de proporcionalidad entre el trato diferenciado y el fin que persigue la disposición.³⁸

En procesos posteriores, la Corte adoptó los niveles de análisis de que habla la Corte Suprema de Estados Unidos, en casos en los que se trató diferencias realizadas en atención a categorías sospechosas, con la novedad que la Corte Constitucional ecuatoriana, con base en el artículo 11.2 de la Constitución (igualdad formal y material) ha extendido el ámbito de categorías sospechosas, no solo a la nacionalidad, religión y al género, sino que en su opinión, constituyen sospecha de inconstitucionalidad las diferenciaciones realizadas a personas con VIH, enfermedades catastróficas, personas en situación de discapacidad, clasificaciones que toman en cuenta los roles reproductivos de la mujer, así como las diferenciaciones por edad que no se encuentren justificadas “mediante razones suficientes y válidas” (Sentencia n.º 080-13-SEP-CC).

Dentro del Caso n.º 0445-11-EP, “Sentencia n.º 080-13-SEP-CC”, de 9 de octubre de 2013 ha manifestado también que los tratos diferenciados serán válidos en la medida que

³⁶ Vázquez, *Test de razonabilidad y derechos humanos: Instrucciones para armar*, 83.

³⁷ *Ibíd.*, 84.

³⁸ EC Corte Constitucional del Ecuador, *caso n.º 0789-09-EP*, “Sentencia n.º 245-12-SEP-CC”, de 24 de julio de 2012.

estos persigan un objetivo constitucionalmente imperioso y necesario; que en el enjuiciamiento de ese tipo de textos legales, la Corte ha de desplegar un escrutinio o examen estricto de igualdad. En una parte de su decisión, la Corte escribe:

[L]as categorías sospechosas para esta Corte Constitucional son aquellas categorías utilizadas para realizar tratos “diferentes” respecto de ciertos grupos o personas vulnerables que no resultan razonables y proporcionales, cuyo uso ha estado históricamente asociado a prácticas que tienden a colocar en situaciones de desventaja o desprotección a grupos de personas generalmente marginados y que sin ser taxativos, se encuentran contenidos en el artículo 11 numeral 2 de la Constitución de la República.

Los tratos “diferenciados” cuando están de por medio categorías sospechosas que contribuyen a perpetuar la inferioridad y la exclusión de determinados grupos (mujeres embarazadas, niños, adolescentes, personas portadoras de VIH, personas enfermas de SIDA u otra enfermedad catastrófica, personas con discapacidad, indígenas, afro ecuatorianos, etc.) se presume su inconstitucionalidad a menos que se demuestre lo contrario mediante razones válidas y suficientes.

Resulta interesante, en un caso posterior, la manera como la magistratura constitucional ecuatoriana señala que las distinciones que se realicen a base de las diferencias innatas de las personas se encuentran *prima facie*, bajo sospecha de inconstitucionalidad. La Corte alude a la esencia de las persona para concluir que los tratos “diferentes” con indicación a las “diferencias” que no dependen de la propia voluntad personal —parte de la esencia e innatos al ser— se encuentran proscritas por la Constitución de la República del Ecuador. En esta oportunidad, la Corte analizó las razones por las que una mujer que trabajaba para el Cuerpo de Bomberos de Archidona fue separada de sus labores. Se consideró que el criterio de debilidad de la mujer frente al varón en cierto tipo de actividades resulta inconstitucional y vulnera el principio de igualdad, concluyendo —como lo ha hecho anteriormente— que la diferenciación a partir del género, constituye vicio de inconstitucionalidad, salvo estricta y suficiente justificación por parte de quien pretende ejecutar el trato diferenciado con fundamento en la relación —ya tantas veces dicha— objetivo imperioso e idoneidad del medio para viabilizar aquel objeto. Aclarando eso sí, que no todo trato distinto en función del género se encuentra constitucionalmente proscrito, si es que para ello, existen razones válidas.³⁹

³⁹ EC Corte Constitucional del Ecuador, *Caso n.º 0734-13-EP*, “Sentencia n.º 292-16-SEP-CC”, de 7 de septiembre de 2016.

2.4.4. Concepto jurisprudencial del principio de igualdad desarrollado en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha desarrollado en forma clara, varios conceptos acerca del principio de igualdad. Precisa iniciar reseñando el actuar del tribunal internacional al definir el contenido de los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), que en su orden, prescriben:

Art. 1.- Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Art. 24.- Igualdad ante la Ley

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

Para la Corte, el artículo 1.1 de la CADH constituye una obligación de los Estados Parte, de respetar sin discriminación alguna los derechos humanos establecidos en la propia Convención, mientras que el artículo 24, se extiende a la protección de los derechos establecidos en el orden jurídico interno de cada país, pues esta disposición trata del derecho a “igual protección ante la ley”. Esto es, que cuando se alegue discriminación o exclusión en el ejercicio de un derecho convencional, se debe argüir afectado el artículo 1.1; y si, se alega violentado un derecho fundamental establecido en el orden jurídico interno de un Estado Parte, se ha de indicar como quebrantado el art. 24 de la Convención.

Dentro del caso *Yatama vs. Nicaragua*, la Corte determinó la diferencia anotada, bajo el siguiente razonamiento:

Al respecto, la Corte considera que los alegatos del representante no deben analizarse bajo la óptica del artículo 24 convencional, sino bajo la obligación general de no discriminación contenida en el artículo 1.1 de la Convención. La diferencia entre los dos

artículos radica en que la obligación general del artículo 1.1 se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar “sin discriminación” los derechos contenidos en la Convención Americana, mientras que el artículo 24 protege el derecho a “igual protección de la ley”. En otras palabras, si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, violaría el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si por el contrario la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna, violaría el artículo 24 [...].⁴⁰

En todo caso, la Corte ha establecido una suerte de vinculación dinámica entre las dos disposiciones normativas, manifestando que el artículo 1.1 es norma de carácter general e impone la obligación a los Estados Parte —a través de todos los estamentos institucionales— de garantizar, “sin discriminación alguna” el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos establecidos en la propia Convención; a su vez, el artículo 24 prohíbe toda discriminación de hecho o derecho, no solo en cuanto los derechos previstos en el tratado, sino que su protección, se extiende a todas las disposiciones dictadas en el ordenamiento interno de cada país. Dentro del caso *Norín Catrimán y otros vs. Chile*, el tribunal internacional, manifestó:

El artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación. Es decir, no se limita a reiterar lo dispuesto en el artículo 1.1 de la misma, respecto de la obligación de los Estados de respetar y garantizar, sin discriminación, los derechos reconocidos en dicho tratado, sino consagra un derecho que también acarrea obligaciones al Estado de respetar y garantizar el principio de igualdad y no discriminación en la salvaguardia de otros derechos y en toda la legislación interna que apruebe, pues protege el derecho a la “igual protección de la ley”, de modo que veda también la discriminación derivada de una desigualdad proveniente de la ley interna o de su aplicación.⁴¹

⁴⁰ Corte IDH, *Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*, “Sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas de 5 de agosto de 2008, párr. 209. Este mismo criterio ha sido replicado por la Corte IDH, en los siguientes casos: *Rosendo Cantú y otra vs. México*, “Sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas” de 31 de agosto de 2010, párr. 183; *Vélez Loor vs. Panamá*, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas de 23 de noviembre de 2010, párr. 253; *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, Sentencia de fondo, reparaciones y costas de 24 de agosto de 2010, párr. 272; *Nadège Dorzema y otros vs. República Dominicana*, “Sentencia de fondo, reparaciones y costas” de 24 de octubre de 2012, párr. 226; *Flor Freire vs. Ecuador*, “Sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas” de 31 de agosto de 2016, párr. 112.

⁴¹ Corte IDH, *Marín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del pueblo Mapuche) vs. Chile*, “Sentencia de fondo, reparaciones y costas” de 29 de mayo de 2014, párr. 199.

Ahora bien, sobre el concepto específico del principio de igualdad, la Corte ha manifestado que la noción de igualdad deviene de la “unidad de naturaleza del género humano”, y en consecuencia ha de ser indisoluble a la dignidad esencial de la persona. Bajo esta concepción, el tribunal internacional de protección de derechos humanos, con base en el derecho humano de igualdad, perfila dos prohibiciones, una de trato de privilegio y otra de trato inferiorizante, en uno y otro caso, se proscriben tratos de privilegio o inferioridad, ya sea por considerar superior a cierto grupo humano debido a su propia esencia, o por ciertas condiciones, ora excluyendo o discriminando en el goce de derechos debido a ciertas situaciones, igualmente, intrínsecas o en relación con determinadas situaciones de orden social. Aclarando siempre, que no es admisible establecer diferencias de trato con base en la única e idéntica naturaleza humana.⁴²

Para la Corte IDH existe una relación inescindible entre la igualdad ante la ley, igual protección de la ley y la no discriminación, triada que forma parte constitutiva del principio básico y general de protección de los derechos humanos. Tanto es así, que el tribunal ha manifestado que es en función del reconocimiento de la igualdad ante la ley, que se entiende como inaceptable todo trato discriminatorio.⁴³

De manera que, se entiende por configurado el “principio de igualdad y no discriminación” como categoría de resguardo y protección de los derechos humanos previstos tanto en el orden jurídico internacional como en el interno. De este principio dimanan para los Estados dos obligaciones, una de carácter negativo: abstenerse de introducir en el orden jurídico o del quehacer político del Estado —a través de cualquiera de sus manifestaciones— actuaciones discriminatorias; y otra obligación de carácter positivo, eliminar del orden jurídico cualquier disposición tendiente a restringir injustificadamente el goce de derechos y además, los Estados Parte, se encuentran en el deber de combatir cualquier práctica discriminatoria.

⁴² Corte IDH, *Opinión consultiva OC-4/84* de 19 de enero de 1984. Este criterio ha sido replicado por la Corte en los siguientes casos; *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, “Sentencia de fondo, reparaciones y costas” de 24 de febrero de 2012, párr. 79; *Espinoza González vs. Perú*, “Sentencia de excepciones preliminares, fondo reparaciones y costas” de 20 de noviembre de 2014, párr. 216; *Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*, “Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y Costas” de 22 de junio de 2015, párr. 214; *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, “Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas” de 20 de octubre de 2016, párr. 415.

⁴³ Corte IDH, *Opinión consultiva OC-18/03* de 17 septiembre de 2003.

En este mismo sentido, el tribunal internacional ha dicho que el principio de igualdad y no discriminación puede ser concebido en una doble dimensión, una negativa, o de abstención de tratos arbitrarios, y otra positiva, o de hacer, con relación a la obligación de los Estados de actuar en pro de una igualdad real en favor de grupos históricamente excluidos o que se encuentren en riesgo de ser discriminados.⁴⁴

Por tanto, en aras de proteger los derechos humanos, el principio del que tratamos, se erige en una categoría jurídica imperativa del derecho internacional general aplicable a cualquier Estado y extensible a todas las manifestaciones estatales.⁴⁵ De este modo, se establece que la triada igualdad ante la ley, igual protección de la ley, y la no discriminación, constituye un baluarte jurídico fundamental que pertenece al *jus cogens*.

El principio de la protección igualitaria y efectiva de la ley y de la no discriminación constituye un dato sobresaliente en el sistema tutelar de los derechos humanos consagrado en muchos instrumentos internacionales y desarrollado por la doctrina y jurisprudencia internacionales. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico.⁴⁶

Ante la ausencia de la CADH respecto de una definición explícita, clara y precisa de qué ha de entenderse por discriminación, la Corte IDH recurre al concepto elaborado por el Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, para delimitar tal fenómeno. Así ha de entenderse por discriminación:

[T]oda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce

⁴⁴ Corte IDH, *Furlán y Familiares vs. Argentina*, “Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas” de 23 de junio de 2005, párr. 184. Igual consideración jurisprudencial ha sido expuesta en la *Opinión Consultiva OC-24/17* de 24 de noviembre de 2017, párr. 65.

⁴⁵ *Ibid.*, párr. 100.

⁴⁶ Corte IDH, *Yatama vs. Nicaragua*, “Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas” de 31 de agosto de 2012, párr. 267.

o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las persona.⁴⁷

Otra nota de importante avance jurisprudencial, respecto de la prohibición de discriminación elaborada por la Corte IDH, es aquella que impide todo trato discriminatorio realizado directa o indirectamente. Para definir el alcance de una discriminación indirecta, el tribunal interamericano se vale de su homólogo europeo de protección derechos humanos, cuando manifiesta que una política general o medida puede ser considerada discriminatoria, si esta tiene un efecto desproporcionado o perjudicial para un determinado grupo humano aun cuando esta no haya sido dirigida para ese grupo en específico. En concepto del tribunal interamericano, se refleja una discriminación indirecta cuando existe “un impacto desproporcionado de normas, acciones, políticas o de otras medidas que, incluso cuando sean o parezcan ser neutrales en su formulación, o tengan un alcance general y no diferenciado, produzcan efectos negativos para ciertos grupos vulnerables”.⁴⁸

Con base en la idea de que la igualdad deviene de la unidad de naturaleza y dignidad del ser humano y teniendo en cuenta su categoría impositiva para los Estados, en su dimensión positiva (de hacer, crear condiciones de igualdad) y negativa (evitar tratos arbitrarios), es que la Corte llega al punto de definir criterios de análisis respecto de cuando un acto debe considerarse arbitrario y por tanto inadmisibles a la luz de la Convención, o por el contrario, en qué casos, un trato diferenciado es admisible por coherencia con el objeto del tratado, que es, garantizar y proteger el ejercicio de los derechos humanos. Existen —dice la Corte— varias desigualdades de hecho, que han de tener que transformarse necesaria y legítimamente en desigualdades de trato jurídico, sin que esto implique una ofensa contra la dignidad del ser humano,⁴⁹ sino que más bien, se han de considerar adecuadas para cumplir con el objeto de satisfacción de derechos y oportunidades de aquellas personas o grupos de personas que han sido sistemáticamente excluidas.

⁴⁷ Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, *Observación General n.º 18, No discriminación*, párr. 7.

⁴⁸ Corte IDH, *Nodege Darzema y otros vs. República Dominicana*, “Sentencia de fondo, reparaciones y costas” de 24 de octubre de 2012, párr. 235.

⁴⁹ Corte IDH, *Opinión consultiva OC-17/02* de 28 de agosto de 2002, párr. 46.

En este sentido, la Corte IDH advierte necesario aclarar semánticamente cuándo se habla de distinción y cuándo de discriminación. Respecto del primer término, este se ha de aludir cuando sea admisible a la luz de la Convención, es decir, cuando el trato diferenciador, se encuentre debidamente justificado y goce de razonabilidad, proporcionalidad y objetividad; en cuanto al segundo término, se ha de referir cuando exista un trato arbitrario, por tanto inadmisibles. Por discriminación se ha de entender a toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetiva ni razonable.⁵⁰ Así, la Corte es enfática en señalar que no toda distinción ha de considerarse como una afrenta al principio de igualdad y no discriminación.

Tras lo dicho, se denota una semejanza de la doctrina de la Corte con el desarrollo jurisprudencial de los tribunales europeos o latinoamericanos referidos *supra*. Con el propósito de analizar un acto y juzgarlo como diferenciador (admisible) o discriminatorio (inadmisible), el tribunal internacional de protección de derechos humanos del sistema interamericano, se vale de los criterios de objetividad, justificación y proporcionalidad (tanto en sentido laxo como en sentido estricto).

La Corte manifiesta que “una diferencia de trato” se imputa discriminatoria cuando la misma no tiene una justificación objetiva ni razonable. Y no existe una justificación de ese tipo, cuando el acto no persigue un fin legítimo, sin que exista tampoco una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el objetivo planteado. Este criterio fue utilizado por la Corte para juzgar como violatorio al principio de igualdad, en el reglamento de las Fuerzas Armadas de Ecuador que sancionaba con la baja a aquellos militares que cometan actos sexuales homosexuales —incluso fuera de las instalaciones de las Fuerzas Armadas—. El tribunal estima que la sanción constituye una medida desproporcionada que criminaliza la homosexualidad y que tiene como finalidad excluir a personas con orientaciones sexuales diferentes del servicio militar. La Corte advirtió que los actos sexuales cometidos por heterosexuales —solo al interior de los regimientos— eran sancionados máximo con suspensión, no así con la baja o exclusión de la persona infractora, por lo que, existe una diferencia de trato injustificada, arbitraria y discriminatoria.⁵¹

En otra oportunidad (caso I.V. vs. Bolivia), la Corte estableció que se tendrá como un indicio de arbitrariedad a todo trato diferenciador que se base en las categorías protegidas por

⁵⁰ Corte IDH, *Opinión consultiva OC-18/03* de 17 de septiembre de 2003, párr. 84.

⁵¹ Corte IDH, *Flor Freire vs. Ecuador*, “Sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas” de 31 de agosto de 2016.

el artículo 1.1. de la Convención, a saber: “i) rasgos permanentes de las personas de los cuales estas no pueden prescindir sin perder su identidad; ii) grupos tradicionalmente marginados, excluidos o subordinados, y iii) criterios irrelevantes para una distribución equitativa de bienes, derechos o cargas sociales”.⁵²

Adicionalmente, la Corte IDH dejó en claro que, las categorías especialmente protegidas en el artículo 1.1 de la Convención, en el sentido de garantizar el goce efectivo de los derechos sin discrimen por motivos de raza, sexo, creencias políticas, condición económica, etc., no son taxativas o estrictas, sino que, cuando la disposición se refiere a “cualquier otra índole u otra condición social” deja abierta posibilidades de introducir categorías protegidas, como en efecto ha hecho la Corte IDH en casos de migrantes, enfermedades catastróficas o discapacidad por ejemplo.⁵³

En tratándose de actos diferenciadores en que se encuentren en juego personas pertenecientes a una de esas categorías, la Corte IDH ha establecido que el análisis y escrutinio de la medida deberá hacerse a la luz de un nivel de intensidad estricto o riguroso, una suerte de símil con el test estricto delineado por la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos. El tribunal interamericano ha dicho que el escrutinio estricto incorpora niveles especialmente exigentes en el análisis de la medida de trato diferenciador.

De manera que, la medida debe tener las siguientes características: (i) perseguir un fin legítimo en relación con la Convención; (ii) el medio escogido para ese fin ha de ser no solo adecuado y efectivamente conducente, sino necesario; (iii) que sea necesario implica que la medida adoptada no pueda ser remplazada por otra alternativa menos dañosa; (iv) así también, la medida ha de superar el test de proporcionalidad en sentido estricto, esto es, que el beneficio a lograr ha de ser claramente superior a las restricciones que ella impone. Cuando se trate de categorías sospechosas para que el trato diferenciador supere el filtro estricto de juzgamiento, la Corte IDH ha dicho algo similar a las líneas jurisprudenciales analizadas *supra*, respecto de las características que debe reunir una medida, a saber, que esta no solo

⁵² Corte IDH, *I.V. vs. Bolivia*, “Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas” de 30 de noviembre de 2016, párr. 240.

⁵³ Corte IDH, *Nodege Darzema y otros vs. República Dominicana*, “Sentencia de fondo, reparaciones y costas” de 24 de octubre de 2012.

sea necesaria, sino que además debe tener como finalidad conseguir un objetivo convencionalmente imperioso.⁵⁴

Sumado a este criterio, el tribunal interamericano ha manifestado que en casos de categorías sospechosas, el Estado soporta una gran carga argumentativa para desvanecer la presunción de trato diferenciador como arbitrario. Tanto es así que, dentro de una causa concreta, por discriminación a propósito de la orientación sexual de una madre de familia, ha delineado la figura procesal de la inversión de la carga de la prueba en el sentido que le corresponde a la autoridad estatal demostrar que su decisión no perseguía un propósito discriminatorio, ni siquiera veladamente.⁵⁵ En este sentido, ha establecido que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad *es titular de una protección especial* en razón de los deberes que soportan los Estados por garantizar “sin discriminación alguna” el efectivo goce de los derechos.⁵⁶

En el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, el tribunal internacional escrutó la decisión del máximo tribunal de justicia chileno de otorgar la custodia y cuidado de tres hijas de familia (menores de edad) a su padre; la madre de estas, señora Atala, convivía con su pareja del mismo sexo. La Corte IDH advirtió que el criterio de la justicia de Chile para adoptar su decisión —entre otros—, se dio en razón de la supuesta discriminación y escarnio social a que iban a ser sujetas las niñas. Argumento que la Corte desvaneció manifestando que la decisión no puede ser percibida como admisible, pues perpetúa tratos discriminatorios; ante sociedades intolerantes con la migración, la orientación sexual, la discapacidad, etc., los argumentos de defensa no pueden asentarse —precisamente— allí donde se quieren combatir. Dicho de otro modo, si la discriminación de minorías sexuales está prohibida, no puede ser admisible la decisión de negar la posibilidad de ejercer la maternidad o paternidad a una persona, bajo el argumento que sus hijos/as serán víctimas de escarnio debido a la orientación sexual de sus progenitores, si esta esencialmente constituye la actuación contra la que se ha de luchar en nombre de los derechos humanos.

⁵⁴ Corte IDH, *I.V. vs. Bolivia*, “Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas” de 30 de noviembre de 2016, párr. 241.

⁵⁵ Corte IDH, *Gonzales LLuy y otros vs Ecuador*, “Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas” de 01 de septiembre de 2015, párr. 257.

⁵⁶ Corte IDH, *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, “Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas” de 20 de octubre de 2016, párr. 337.

Finalmente, la Corte IDH ha introducido varios conceptos y formas “novedosas” para comprender el fenómeno de exclusión en el ejercicio de los derechos humanos, al hablar de discriminación múltiple, discriminación interseccional⁵⁷ y discriminación estructural.⁵⁸ Por el primer tipo, se ha de entender que existe una discriminación por más de uno de los motivos de prohibición (condición económica, sexo, etnia, género, opiniones políticas, etc.), esto es que existe una discriminación acumulada que afecta de modo especial y concreto a las personas que la sufren. La discriminación múltiple trae consigo un sentido matemático similar al concepto de doble o triple discriminación. Por el segundo tipo, la discriminación interseccional implica un análisis más profundo de los hechos que provocan la exclusión, en el entendido que analiza ya no solo la confluencia de motivos de discrimen, sino cómo estos interactúan entre sí provocando una gravísima afectación a los derechos de las personas,⁵⁹ de manera que, por interseccionalidad de la discriminación, no solo se entiende “la acumulación de motivos” de exclusión, sino cómo estos se intersectan provocando no solo ya la exclusión en el ejercicio de los derechos, sino un estado de cosas que provoca una honda injusticia y una brecha surreal de miseria en la vida de las personas. Por último, la discriminación estructural o desigualdad estructural explica las desigualdades *de facto* o de derecho a través de datos sociales e históricos que dan cuenta de una prolongada y sistemática exclusión de ciertos grupos humanos “debido a complejas prácticas sociales, prejuicios y sistemas de creencias”.⁶⁰ Los grupos históricamente excluidos comparten una identidad y rasgos comunes, produciéndose una suerte de historia de la discriminación y de estigmas y prejuicios en contra de ciertos grupos humanos.⁶¹

En el caso *Lluy Gonzales vs. Ecuador*, la Corte IDH analizó la situación de una niña que fue contagiada de VIH por una transfusión sanguínea a sus tres años de edad. En el proceso contencioso ante el tribunal interamericano quedó evidenciado, cómo a partir del

⁵⁷ Corte IDH, *Gonzales LLuy y otros vs Ecuador*, “Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas” de 01 de septiembre de 2015.

⁵⁸ Georgina Vargas Vera, Interseccionalidad de la discriminación, formas agravadas de vulnerabilidad. El caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, 146-7 en https://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_18/iu18_11.pdf

⁶⁰ Marcelo Alegre y Roberto Gargarella, *El derecho a la igualdad, aportes para un constitucionalismo igualitario* (Buenos Aires: Lexis Nexis / Asociación Civil por la igualdad y la justicia, 2007), 166-7, citado por Paola Petellier Quiñones, en *La “discriminación estructural” en la jurisprudencia de la Corte IDH*, 207, en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r34025.pdf>

⁶¹ *Ibíd.* 207.

contagio de la niña con la enfermedad de inmunodeficiencia esta sufrió a lo largo de su vida de múltiples discriminaciones y situaciones de exclusión en el goce de derechos. Su condición de menor de edad, bajos recursos económicos, con una enfermedad grave, más su género, provocaron un estado de cosas inenarrable, fue expulsada del sistema educativo, se encontraba impedida de acceder en forma adecuada a servicios de salud y el estigma social en su contra incrementó su vulnerabilidad, mermó su estado de salud físico y emocional. La Corte IDH constató incluso, que el estigma afectó a su familia, sobre todo a su madre quien en unas ocasiones fue despedida de su trabajo, o no podía conseguir uno, por razón de la enfermedad de su hija. En este caso, se muestra cómo existe una suma de motivos de discrimen (discriminación múltiple) y cómo se intersectan e interactúan en forma sistemática hasta desproveer de una calidad de vida adecuada a la persona que lo sufre. En forma particular la Corte, manifestó:

[C]iertos grupos de mujeres padecen discriminación a lo largo de su vida con base en más de un factor combinado con su sexo, lo que aumenta su riesgo de sufrir actos de violencia y otras violaciones de sus derechos humanos [...] En el caso de las mujeres con VIH/SIDA la perspectiva de género exige entender la convivencia con la enfermedad en el marco de los roles y las expectativas que afectan a la vida de las personas, sus opciones e interacciones (sobre todo en relación a su sexualidad, deseos y comportamientos) [...]

La Corte IDH nota que en el caso de Talía confluyeron en forma interseccional múltiples factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación asociados a su condición de niña, mujer, persona en situación de pobreza y persona con VIH. La discriminación que vivió Talía no solo fue ocasionada por múltiples factores, sino que derivó en una forma específica de discriminación que resultó de la intersección de dichos factores, es decir, si alguno de dichos factores no hubiese existido, la discriminación habría tenido una naturaleza diferente. En efecto, la pobreza impactó en el acceso inicial a una atención en salud que no fue de calidad y que, por el contrario, generó el contagio con VIH. La situación de pobreza impactó también en las dificultades para encontrar un mejor acceso al sistema educativo y tener una vivienda digna. Posteriormente, siendo una niña con VIH, los obstáculos [...] en el acceso a la educación tuvieron un impacto negativo para su desarrollo integral, que es también un impacto diferenciado teniendo en cuenta el rol de la educación para superar los estereotipos de género. Como niña con VIH necesitaba mayor apoyo del Estado para impulsar su proyecto vida. Como mujer, [...] ha señalado los dilemas que siente en torno a la maternidad futura y

su interacción en relaciones de pareja, y ha hecho visible que no ha contado con consejería adecuada. En suma, el caso [...] ilustra que la estigmatización relacionada con el VIH no impacta en forma homogénea a todas las personas y que resultan más graves los impactos en los grupos que de por sí son marginados.⁶²

En cuanto a la discriminación estructural, la Corte IDH conoció el caso de un grupo de trabajadores brasileños en la “Hacienda Brasil” de aproximadamente 8000 hectáreas, dedicada a la crianza de cabezas de ganado. En esta oportunidad la Corte estableció la responsabilidad del Estado brasileño por esclavitud y por violentar —entre otros— el derecho principio de igualdad. En su decisión, el tribunal interamericano analizó la historia de esclavitud de Brasil, y cómo a pesar de su abolición en el año 1888, la práctica de trata de esclavos para el trabajo en grandes latifundios continuó hasta avanzada la mitad del siglo XX, esto debido a la pobreza y a la acumulación —inmisericorde— de tierras por parte de ciertos grupos de poder. El tribunal determina que gran parte de la responsabilidad por esclavitud del grupo de trabajadores atiende a razones (en forma estructural) de pertenencia étnica, situación de pobreza extrema y a la pertenencia a una región determinada del país, condiciones que fomentan la vulnerabilidad, y que se acepten condiciones de trabajo inhumanas degradantes y contrarias a la idea de vida digna. En una parte de la resolución, la Corte IDH sostiene:

La Corte estima que el Estado incurre en responsabilidad internacional en aquellos casos en que, habiendo discriminación estructural, no adopta medidas específicas respecto a la situación particular de victimización en que se concreta la vulnerabilidad sobre un círculo de personas individualizadas. La propia victimización de estas demuestra su particular vulnerabilidad, lo que demanda una acción de protección también particular, que en el caso de las personas reclutadas en la Hacienda Brasil Verde se ha omitido.

La Corte constata, en el presente caso, algunas características de particular victimización compartidas por los 85 trabajadores rescatados el 15 de marzo de 2000: se encontraban en una situación de pobreza; provenían de las regiones más pobres del país, con menor desarrollo humano y perspectivas de trabajo y empleo; eran analfabetas, y tenían poca o nula escolarización [...] Lo anterior los colocaba en una situación que los hacía más susceptibles de ser reclutados mediante falsas promesas y engaños. Dicha situación de riesgo inmediato para un grupo determinado de personas con características idénticas y originarios de las mismas regiones del país, tiene orígenes históricos y era conocida desde, al menos,

⁶² Corte IDH, *Gonzales LLuy y otros vs Ecuador*, “Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas” de 01 de septiembre de 2015, párr. 288 y 290.

1995, cuando el Gobierno de Brasil reconoció expresamente la existencia de “trabajo esclavo” en el país [...] ⁶³

En cada una de las situaciones de discriminación agravada, ya sea múltiple, interseccional o estructural, la Corte IDH ha sido determinante y enérgica en manifestar que el Estado soporta una altísima carga para erradicar las condiciones de discrimen; asimismo una obligación imperiosa de hacer, es decir, crear condiciones, adoptar medidas y configurar políticas públicas adecuadas con el propósito que el ejercicio de los derechos de grupos histórica y sistemáticamente excluidos se torne una realidad eficaz antes que una simple quimera normativa.

⁶³ Corte IDH, *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, “Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas” de 20 de octubre de 2016, párr. 338 y 339.

Capítulo segundo

Diversidad: Entre la igualdad y la diferencia

Yo era la fuente de la discordia, la dueña de la disonancia, la niña del áspero contrapunto. Yo me abría y me cerraba en un ritmo animal muy puro.

Alejandra Pizarnik, *Densidad*

Se han imaginado aunque sólo sea de lejos, por ejemplo, que el capital concepto moral de "culpa" procede del muy material concepto de tener deudas.

Friedrich Nietzsche, *Genealogía de la moral*

1. La disyuntiva de la “norma” como opresión o insurrección

La idea de igualdad en la concepción democrática liberal se ha basado en una ficción, al construir conceptos de universalización, unificación y homogeneización de lo que en la praxis no lo es, sino al contrario, el multiculturalismo y la diversidad son los hechos indubitables de la existencia humana. Los conceptos de la igualdad liberal al que se hace referencia son el de nación, el de ciudadanía e identidad, “[...] conceptos abstractos, constructos de la mente que dotan de unidad a la multitud”.⁶⁴

En el mundo actual, las exponenciales formas de convivir, las innovadoras tecnologías de comunicación, las distintas cosmovisiones culturales, así como las diferencias propias de la diversidad humana han puesto en jaque a la democracia representativa en la forma como la conocemos hasta la actualidad. Los reclamos por el respeto a la diferencia, los movimientos migratorios y las deleznable decisiones adoptadas por los Estados y la comunidad internacional respecto de las diásporas humanas, así como la imposibilidad de comprender los reclamos de las minorías o del feminismo, colocan al Estado y al constitucionalismo social de derecho en una encrucijada de difícil solución a través del

⁶⁴ Criado de Diego, “La igualdad en el constitucionalismo de la diferencia”, 18.

método democrático tradicional o inclusive en la fase deliberativa de la democracia planteada por Habermas.

Así las cosas, el principio de igualdad en su expresión normativa y por qué no decir, política, resulta *corto* en tanto no puede abarcar la creciente ola de reclamos de grupos minoritarios y de las diversidades, y esto debido a que, los problemas de una educación o salud intercultural, de las preferencias sexuales, o de la accesibilidad universal a que tienen derechos las personas en situación de discapacidad, o los conflictos migratorios, no tienen una solución uniforme.

Las raíces de los problemas de las minorías, de las diferencias, o de los “otros”, son mucho más profundas de resolver que a través de la aplicación del principio de igualdad. La diversidad humana requiere una atención holística de sus preocupaciones y de las problemáticas que se presentan al convivir en sociedad.

Las graves crisis que se muestran en el mundo actual, en general, y en Latinoamérica, en particular, cobran rostro de pobreza extrema (aporofobia), de migración (xenofobia), de diversidades sexuales (homofobia), el multiculturalismo (racismo), exclusión de personas en situación de discapacidad (estigma/discriminación) etc., y cuyas demandas sociales han venido a cuestionar, no solo al principio de igualdad como tal —en su dimensión tanto formal como material—, sino a las características propias del Estado moderno. Cada vez más las reclamaciones de autogobierno o de soluciones interdisciplinarias, estructurales e integrales a los problemas cobran mayor fuerza y descolocan al *status quo*. El constitucionalismo actual, no puede “mirar” de espaldas al imaginario popular. La ideología de la Constitución y su normatividad han de posibilitar solucionar las tensiones en forma (re)conciliadora entre las exigencias de las minorías y el orden jurídico mayoritario. El derecho popular ha de actuar como la noción griega de la *poiesis*, en su sentido de fuerza creadora o de transmutación de las cosas, del no ser al ser.

El constitucionalismo democrático describe cómo nuestro ordenamiento constitucional negocia, de hecho, la tensión entre el Estado de derecho y el autogobierno. Muestra cómo el significado constitucional cede a la insistencia de las creencias populares pero al mismo tiempo conserva su integridad como derecho.⁶⁵

⁶⁵ Robert Post y Reva Siegel, *Constitucionalismo democrático: Por una reconciliación entre Constitución y pueblo* (Buenos Aires: Siglo XXI, 2013), 47.

Frente a la opresión, y ante la existencia de diversidades cada vez más profundas que han sido históricamente invisibilizadas como son: la etnia, la cultura, las diferentes preferencias sexuales, la discapacidad... Estas diferencias insurgentes aunadas a la reivindicación de los derechos colectivos, colocan al principio de igualdad en una cierta impotencia (el principio de igualdad en su dimensión formal y material no bastarían), o porque considera a todos iguales, porque elimina una brecha de desigualdad, o porque hace una igualación, mas su aplicación como principio normativo se encuentra desprovisto del miramiento de las percepciones humanas y de las profundas cosmovisiones culturales, en donde un principio de diversidad a través de la interculturalidad jugaría un mejor rol ontológico que una igualdad —formal o material— que opera a través de la inclusión. Sin que esto signifique que uno excluya o invalide al otro, más bien se trataría de un proceso de complementariedad.

En la actualidad, el derecho constitucional y las democracias contemporáneas, tienen como uno de sus pilares, al principio de igualdad. La apología del principio de igualdad en las sociedades modernas es una clara muestra que dan los Estados de una primacía axiológica de la igualdad por sobre la diferencia.⁶⁶ Bajo la premisa que todos los seres humanos comparten una misma dignidad moral e iguales capacidades, es que la idea de igualdad constituye el fin último del constitucionalismo y la democracia.⁶⁷ En todo caso, no puede perderse de vista, que es la diferencia la categoría que concreta y/o materializa la abstracción de la igualdad.⁶⁸

En este escenario, la crítica al principio de igualdad no se presenta como una acusación a este, por sí mismo, sino a la epistemología del Estado que le ha dado un contenido axiológicamente superior a la igualdad como concepto abstracto antes que a la diferencia como categoría concreta. La crítica se centra entonces, ya no en la norma constitucional *per*

⁶⁶ Criado de Diego, *La igualdad en el constitucionalismo de la diferencia*, 14.

⁶⁷ Roberto Gargarella, “Constitucionalismo vs. Democracia”, en *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, vol. 3, coords. Jorge Luis Fabra y Álvaro Nuñez, 1991-2010 (Ciudad de México: UNAM-III, 2015). <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3876/11.pdf>. Es necesario aclarar que el concepto o la significancia de igualdad de la que habla Gargarella refiere a la idea de igualdad en el sentido que analiza Dworkin, en cuanto todas las personas merecen igual consideración y respeto. Para mayor conocimiento, véase Dworkin, *Los derechos en serio*, 389 y s.

⁶⁸ Este texto ha sido tomado de un trabajo previo presentado por el autor de esta tesis, Bernardo Vázquez, “La discapacidad como imaginario”, en *Constitucionalismo y nuevos saberes jurídicos: Construcciones desde las diversidades*, ed. Claudia Storini (Quito: UASB-E / CEN, 2017), 56.

se, sino en la concepción del Estado hegemónico, homogeneizante, unitario, vertical, y en contra del sistema social que la modernidad y el capitalismo han creado sobre su base para normalizar en perpetuo jerarquías de exclusión. Frente a este espejo, el derecho de las minorías —oprimidas— como instrumento de reivindicación debe ser revolucionario, romper el prisma y tomar la alternativa del constitucionalismo de la diferencia o de la diversidad con fundamento en el valor de la interculturalidad.

Sobre el derecho como instrumento de revelación, Carlos Antonio Wolkmer destaca que debe y puede existir un derecho “liberador” que nace de lo popular, desde las categorías centro/periferia, totalidad/ exterioridad, dependencia/emancipación, y dialéctica/analéctica.⁶⁹ Que el valor de la juricidad de lo “otro” permite cuestionar la juricidad bajo el modelo de producción capitalista.⁷⁰ La importancia de la otredad es que esta implica la comprensión de la realidad del “otro” como diferente y desde esta perspectiva permite asumir las heterogéneas realidades socioculturales para adoptar decisiones adecuadas en tanto respetuosas de la diferencia y de la autonomía personal y/o colectiva.⁷¹

Una vez que se ha superado el estado de desigualdad que imperó la vida social en el sistema del antiguo régimen, las nociones de igualdad, libertad y ciudadanía comienzan a ser reconocidas como emancipatorias de la vida social, *máxime* que como se ha visto en el capítulo anterior, el principio de igualdad en la forma en que ha sido constitucionalizado en las cartas modernas y debido a la lectura jurisprudencial que se le ha dado, obligan a que las

⁶⁹ Sobre la analéctica como método de liberación, el filósofo Enrique Dussel, escribe: “El momento analéctico es [...] crítico y superación del método dialéctico negativo, no lo niega, como la dialéctica no niega a la ciencia, simplemente lo asume, lo completa, le da su justo y real valor. El método dialéctico negativo [...] es ingenuo con respecto a la criticidad positiva de la utopía de la exterioridad política de los pueblos periféricos, de la mujer popular, de la juventud oprimida, de las sociedades dependientes [...]. El momento analéctico es la afirmación de la exterioridad: no es solo negación de la negación del sistema desde la afirmación de la totalidad. Es superación de la totalidad pero no solo como actualidad de lo que está en potencia en el sistema. Es superación de la totalidad desde la trascendencia interna o la exterioridad, el que nunca ha estado dentro. Afirmar la exterioridad es realizar lo imposible para el sistema (no había potencia para ello); es realizar lo nuevo, lo imprevisible para la totalidad, lo que surge desde la libertad incondicionada, revolucionaria, innovadora”. El filósofo argentino conjetura que sin la analéctica, todo método se vuelve estrictamente científico, y lo científico es fáctico natural, lo fáctico natural se reduce a lo lógico o matemático “y esto, al fin, se degrada en el más ingenuo pero gigantescamente peligroso científicismo”. Véase Enrique Dussel, *Filosofía de la liberación*, (Bogotá: Nueva América, 1996).

⁷⁰ Antonio Carlos Wolkmer, *Introducción al pensamiento jurídico crítico* (Bogotá: Ilsa, 2003), 70.

⁷¹ Esta idea se ha tomado de un trabajo previo presentado por el propio autor de la presente tesis. El trabajo se presentó al interior de la asignatura Interpretación Constitucional, del docente Agustín Grijalva. Las clases se dieron a propósito del programa de actualización para la prórroga de presentación de tesis previa la obtención del título de Maestría en Derecho, con mención derecho constitucional. El ensayo fue ingresado en la secretaría del Área de Derecho de la UASB-E, el 14 de junio de 2018.

diferenciaciones y/o exclusiones sean justificadas, toda vez que la desigualdad y la exclusión directas resultan en forma abierta inconstitucionales.

Sin embargo, el desarrollismo y el capitalismo han puesto en riesgo la conquista de los conceptos emancipatorios sobre libertad, justicia social e igualdad. El modernismo ha “inventado” nuevas formas de desigualdad y exclusión que tienen apariencia legítima. Boaventura de Sousa Santos califica y clasifica a la desigualdad y la exclusión como “sistemas de pertenencia jerarquizada” cada uno con su propia lógica y formas de actuación. Así, sostiene que:

En el sistema de desigualdad, la pertenencia se da por la integración subordinada, mientras que en el sistema de exclusión, la pertenencia se da por la exclusión. La desigualdad implica un sistema jerárquico de integración social. Quien se encuentra abajo está adentro, y su presencia es indispensable. Por el contrario, la exclusión presupone un sistema igualmente jerárquico pero dominado por el principio de la exclusión: se pertenece por la forma como se es excluido.⁷²

Es decir, que se ha ideado un sistema de pertenencia, esta vez, bajo la subordinación en un caso, y por exclusión en otro, lo que evidencia las nuevas formas de desigualdad que se plantean en la sociedad moderna, pues si bien, ya no hay duda de la “integración social”, esta se produce a cambio de las dos categorías jerárquicas que se acaban de tratar. Asimismo, se hace necesario explicar que las formas de jerarquización social que actúan o por desigualdad o por exclusión, se vuelven más latentes durante el siglo XIX, período en el que confluyen en una misma desembocadura tanto el capitalismo como la modernidad.

El humanismo genérico que caracteriza a los Estados monistas propende a la extinción de la diferencia y a la construcción de una humanidad única e idéntica; a privilegiar el mercado como un sistema de imposición de similares deseos y apetencias para los seres humanos, hasta llegar al extremo de considerar a la homogeneidad como sinónimo de igualdad.⁷³ No cabe duda que las sociedades modernas se han desarrollado bajo el prisma de la injusticia social, que trae implícita

⁷² Boaventura de Sousa Santos, “Desigualdad, exclusión y globalización: Hacia la construcción multicultural de la igualdad y la diferencia”, en *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad*, eds. Danilo Caicedo Tapia y Angélica Porras Velasco (Quito: Ministerio de Justicia Derechos Humanos y Cultos, 2010), 4.

⁷³ Miguel A. Bartolomé, “La diversidad de las diversidades: Reflexiones sobre el pluralismo cultural en América Latina”, *Cuadernos de Antropología Social*, n.º 28 (2008): 34.

la reproducción y celebración de actitudes racistas, xenófobas, sexistas y/o excluyentes.⁷⁴

Por último, no se puede dejar de manifestar que el modelo industrialista basado en la explotación y depredación de la naturaleza define al bienestar como riqueza, entendida esta como acumulación de bienes materiales, con la consecuente expectativa de crecimiento y consumo ilimitados. Este modelo depredador ha puesto en pugna a la humanidad contra la naturaleza y entre sí mismos con la inequidad. La herida ecológica que imprime este modelo por medio de la economía eurocéntrica resulta ya insostenible.⁷⁵

1.1. Del lenguaje

En el subsuelo, ucupacha, igual que aquí, habita gente. Hay pueblos bonitos que están allá abajo, hay árboles, lagunas y montañas. Algunas veces se escuchan puertas cerrarse en las montañas, esa es la presencia de los hombres que habitan ahí... El caipacha es donde vivimos. En el jahuapacha vive el poderoso, antiguo sabio. Ahí todo es plano, es hermoso [...] No sé cuantos pachas hay arriba, donde están las nubes es un pacha, donde está la luna y las estrellas es otro pacha, más arriba de eso hay otro pacha donde hay unos caminos hechos de oro, después está otro pacha donde he llegado que es un planeta de flores donde vi un hermoso picaflor que estaba tomando la miel de las flores. Hasta ahí he llegado, no he podido ir más allá. Todos los antiguos sabios han estudiado para tratar de llegar al jahuapacha. Conocemos que hay el dios ahí, pero no hemos llegado hasta allá.

Sabino Gualinga, *Yachak de Sarayacu*⁷⁶

En el estado actual de las cosas, existe una ficción y tendencia a lo maniqueista de lo que en realidad es un *continuum*; se pretende divorciar o separar aquello que por naturaleza no lo es; y la división o separación maniquea no opera como una categoría de valoración de las diferencias, sino como una forma de hacer pertenecer, pero bajo las categorías de exclusión y desigualdad. Ramiro Ávila, destaca este moderno fenómeno social, bajo la denominación “modernidad hegemónica”, que actúa como resultado del buen

⁷⁴ Gargarella, “Constitucionalismo vs. Democracia”, 2005.

⁷⁵ Edgardo Lander, “Hacia otra noción de riqueza”, en *El buen vivir. Una vía para el desarrollo*, compilado por Alberto Acosta y Esperanza Martínez (Quito: Abya-Yala, 2009), 31-2.

⁷⁶ Corte IDH, *Pueblo indígena kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, Sentencia de fondo y reparaciones de 27 de junio de 2012, párr. 150.

funcionamiento de sus elementos constitutivos y se basa en la aplicación del concepto del *dualismo real* como forma de separar las cosas que en realidad no lo son.⁷⁷ El dualismo radical a pesar de ser una ficción conceptual opera en la realidad de forma crucial para la exclusión e inferiorización de las diferencias contrahegemónicas.

Esta forma de materializar lo conceptual se debe a que, el ser humano es discursivo y el lenguaje se constituye en un poderoso símbolo que actúa creando realidades. Basta pensar por ejemplo cómo se expresa la experimentación del cuerpo, ¿cómo conocer una sensación o la realidad sino a través del nombre que se otorga a las cosas? Según las tesis del posestructuralismo, el lenguaje y el conocimiento son formas de poder que actúan insertándose en los cuerpos. Como explica Foucault “(e)l poder llega hasta la propia naturaleza básica de los individuos, toca sus cuerpos y se inserta en sus acciones y actitudes, sus discursos, procesos de aprendizaje y vidas cotidianas”.⁷⁸

Una de las narrativas del pensamiento griego representadas por Aristóteles, consideraba que el criterio último de verdad se devela en las cosas, y no en el lenguaje, razón por la que rechazaba el naturalismo lingüístico; “nada es nombre por naturaleza”, un nombre es un sonido transformado en símbolo por la esencia de las cosas como tales. “Por medio de un operador lingüístico, la analogía inmanente entre términos, puede clasificar grupos de cosas similares fundadas en una relación matemática. Por consiguiente, el *lógos* aristotélico es palabra ordenadora, categorizadora”.⁷⁹

A *contrario sensu*, los estoicos que son naturalistas, consideran que el *lógos* es el criterio de verdad y el medio por el cual se transmite la sabiduría. Siendo preclaro, Eleuterio Elorduy explica que la *ousía* pasiva “sustancia” de las cosas radica en el *lógos* “palabra o razonamiento” y no en las cosas por sí mismas. “El lenguaje sirve para dominar las cosas, no para que nos dejemos dominar por ellas”.⁸⁰ En este sentido, el lenguaje como poder de

⁷⁷ Ramiro Ávila Santamaría, *La utopía del oprimido* (Bogotá: Akal / Inter Pares, 2019), 110. El autor ejemplifica como opera el dualismo radical al separar lo bueno de lo malo, al hombre de la mujer pese a compartir las mismas hormonas; así también menciona la animosidad por determinar si el ser humano es aire o agua, pese a que los dos elementos son imprescindibles para la vida, entre otras.

⁷⁸ Michael Foucault, *The History of Sexuality: Volume 1: An Introduction* (Harmondsworth: Penguin, 1980), 39, citado por Bill Hughes y Kevin Paterson, “El modelo social de la discapacidad y la desaparición del cuerpo”, en *Superar las barreras de la discapacidad*, comp. Len Barton (Madrid: Morata, 2008), 115.

⁷⁹ Fernando Miguel Pérez Herranz, “Universales atributos de la filosofía helénica antigua: *Eíde, tópoi y lektá*”, *Ontology Studies: Cuadernos de Ontología*, n.º 12 (2012), 212-3.

⁸⁰ John Langshaw Austin, “¿Cómo hacer cosas con palabras?”, citado por Pérez Herranz, “Universales atributos de la filosofía helénica antigua: *Eíde, tópoi y lektá*”, 213.

creación actúa en forma de vínculo para la cohesión “o disgregación social”; por tanto, para los estoicos, el lenguaje es siempre perfectible antes que “como en la concepción aristotélica” naturalmente finito.⁸¹ Ya en la filosofía creacionista o constructivista de la voluntad de Nietzsche, se vislumbra que dar nombre a las cosas implica definir su esencia.

Desde este punto de vista, el lenguaje jurídico se erige en un poderoso símbolo cuya idiosincrasia intrínseca puede potenciar la diversidad —de manera revolucionaria o liberadora— o perpetuar el orden establecido —de forma reaccionaria—. Desde lo contrahegemónico, o desde abajo —si se quiere— resulta imprescindible comprender que habitamos un universo normativo, *nomos*⁸² en el que cada acto individual o colectivo tiene el poder de la fuerza para metamorfosear la ley alterando el *status quo* (revolución), o la quietud de la inercia conservando el orden anterior (reaccionario). “La ley es un recurso de significación que nos permite someternos, regocijarnos, luchar, pervertir, burlarnos, deshonorar, humillar o dignificar”.⁸³

Así, entendido el lenguaje —como potencia creadora—, un constitucionalismo de la diferencia/diversidad implicaría colocar a la diferencia en un lugar ontológico primordial. Además, que a través del poder simbólico del lenguaje, la diferencia —ya no se utilizaría como estigma o prejuicio inferiorizador— permitiría revertir la preponderancia axiológica de la igualdad, y colocar a esta, en un lugar real/semántico complementario y de reparto antes que en lo fundamental y protagónico del discurso político jurídico.

1.2. Del colonialismo

Hasta el mapa miente. Aprendemos la geografía del mundo en un mapa que no muestra al mundo tal cual es, sino tal como sus dueños mandan que sea. En el planisferio tradicional, el que se usa en las escuelas y en todas partes, el Ecuador no está en el centro: el norte ocupa dos tercios y el sur, uno. [...] América Latina abarca en el mapamundi menos espacio que Europa y mucho menos que la suma de Estados Unidos y Canadá, cuando en realidad América Latina es el doble de grande que Europa y bastante mayor que Estados Unidos y Canadá. El

⁸¹ En cambio, según la tesis aristotélica, las cosas son infinitas por naturaleza. Sobre este tema, se puede consultar Pérez Herranz, “Universales atributos de la filosofía helénica antigua: *Eide, tópoi y lektá*”, 213.

⁸² Robert M. Cover, “The Supreme Court, 1982 Term--Foreword: *Nomos and Narrative* (1983)”, Faculty Scholarship Series. Paper 2705(1983-1984): 6, http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2705. La frase exacta que utiliza el autor, es “To Inhabit a *nomos* is to know how to *live* in it.”

⁸³ *Ibíd.*, 8.

mapa, que nos achica, simboliza todo lo demás. Geografía robada, economía saqueada, historia falsificada, usurpación cotidiana de la realidad: el llamado Tercer Mundo, habitado por gentes de tercera, abarca menos, come menos, recuerda menos, vive menos, dice menos.

Eduardo Galeano. *Nosotros decimos no. Crónicas*.⁸⁴

El trabajo es el refugio de la gente que no tiene nada mejor que hacer.

Oscar Wilde

Desde un punto de vista tradicional, la palabra “colonia” se utilizó para definir el asentamiento de emigrantes griegos en los territorios de la antigua Roma; más tarde, a la mitad decimonónica, se aplicó el uso del término “colonia” a la ocupación europea — emigrantes— de lugares lejanos a la Europa continental, específicamente de territorios indígenas. Ya en lo posterior, Colonia significó, ya no solo el asentamiento en territorios indígenas sino además, para referirse a la dominación ejercida por los ocupantes sobre los pueblos indígenas.⁸⁵

Montesquieu señalaba como una de las características más salientes del afán de la conquista colonial, cuando refería que este es de tipo comercial para expandir las relaciones de comercio, donde solo la metrópoli —colonizadora— puede mantener relaciones comerciales con la colonia —colonizada— con quien, no se desarrolla una interacción *inter pares*, o de reciprocidad como con otras metrópolis. O sea, el colonialismo — tradicional— se trataba en primer lugar de un afán comercial, y en segundo lugar, se basaba en una relación de desigualdad y monopolio como apunta Montesquieu cuando afirma “El objeto de las colonias es hacer comercio en mejores condiciones del que se hace con los pueblos vecinos en que las ventajas son recíprocas. Se ha afirmado que sólo la metrópoli puede negociar con la colonia, y ello con gran razón porque el objeto del establecimiento colonial ha sido la extensión del comercio y no la fundación de una ciudad o un nuevo imperio”.⁸⁶ Claro está, que además del carácter comercial de las colonias, luego se encuentran otro tipo de factores, o mejor dicho, con el discurrir del tiempo, la “Colonia” o el ejercicio

⁸⁴ Eduardo Galeano. *Nosotros decimos no. Crónicas (1963 - 1988)* (Madrid: Siglo XXI, 1989), 362.

⁸⁵ Pablo González Casanova, *El colonialismo interno* (Buenos Aires: CLACSO, 2006), 6.

⁸⁶ Charles de Secondat Montesquieu, *De L'esprit des lois: Texte établi avec une*, París, Garnier, 1949, citado por González Casanova, *El colonialismo interno*, 191.

del poder colonial se ha extendido hasta las esferas de lo cultural, militar, social y político, de la información y de lo jurídico.

La esencia de la política colonial es el monopolio y la explotación, monopolio de la economía, la cultura, la información y de la forma de gobierno —del que los “colonos” no participan—, y la explotación —asimismo exclusiva— de los recursos naturales y de los medios de producción con base en la fuerza laboral del pueblo conquistado.⁸⁷ La Colonia provoca un efecto deseado para el dominante, y un efecto dual desastroso para los pueblos y los territorios conquistados, y que refiere a la dependencia de estos para con aquellos, y la explotación irracional de los recursos naturales.

Una de las ideas imperantes en el colonialismo tradicional era de la existencia de “razas” superiores que tenían la obligación moral de “educar” a las razas consideradas inferiores. Este fenómeno se torna mucho más notable en la época del colonialismo inglés sobre las tribus africanas, en el que la “corona” implantó la idea de la “dignificación del trabajo” como un valor, a pretexto de apropiación de recursos y de la explotación laboral de los pueblos originarios.⁸⁸ “Siempre que las razas superiores se establecen en territorios donde pueden ser empleadas provechosamente las razas inferiores para los trabajos manuales y la agricultura, para la minería y el trabajo doméstico, las últimas no tienden a morir, sino a constituir una clase servil”.⁸⁹ En este contexto, el colonialismo acentúa gravemente la discriminación como producto del racismo.

La colonialidad actual, o el neocolonialismo, es sucedáneo al tradicional, pero nace con la independencia de los estados coloniales en sus reclamos por espacios de participación política y de soberanía; sin embargo, la política colonial no desapareció, se produjo una especie de cambio de mando entre las clases privilegiadas de la metrópolis y las clases privilegiadas de la colonia, fundiéndose en una suerte de pacto para la pauperización de la periferia y de las fuerzas de producción.⁹⁰ Con base en esta idea de “superioridad de razas”,

⁸⁷ *Ibíd.*, 192.

⁸⁸ Un estudio minucioso sobre los asentamientos coloniales de Inglaterra en el continente africano puede verse en Sally Engle Marry, John Griffiths y Brian Z. Tamanaha, *Pluralismo Jurídico* (Bogotá: Siglo del hombre / Universidad de los Andes / Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar, 2007).

⁸⁹ John A. Hobson, *Imperialism: A study* (Londres: George Allen & Unwin, 1948), 253, citado por González Casanova, *El colonialismo interno*, 195.

⁹⁰ Carlos J. Valenzuela, “Gunnar Myrdal: una liberación iconoclasta”, en Alonso Aguilar M, Paúl A. Baran, Antonio García, *et. al.*, *Crítica a la teoría económica burguesa* (Ciudad de México: Nuestro Tiempo, 1981), 268.

es que nace el “derecho” de conquista de las razas *consideradas* inferiores, por lo que, una conquista nunca resultaría inconveniente para estas últimas.⁹¹

Precisa aclarar que según algunos estudios, colonialismo y colonialidad no deben darse como sinónimos,⁹² mientras el colonialismo se refiere a una relación política de ejercicio soberano del poder, la “colonialidad del poder” tiene tentáculos y alcances más profundos y que refieren al patrón de poder colonial —sucedáneo como se dijo— que permanece a pesar de las declaraciones de independencia. La colonialidad actúa bajo similares parámetros de superioridad e inferiorización de lo mestizo, indígena, de lo femenino (entre otras relaciones verticales), capitalismo y eurocentrismo constituyen los *fuertes* en los que descansa la colonialidad del poder. Entiéndase a la descripción eurocentrista como la apología de la creación del pensamiento periférico de producción anglosajona o europea y que, al mismo tiempo, implica un desvalor de lo andino, lo mestizo, lo afro... en fin, de las creencias y las tradiciones de quienes no son iguales, y cuyas prácticas son juzgadas como “primitivismo, atraso, tradición e irracionalidad”.⁹³ En los momentos actuales de la sociedad, la colonialidad se hace evidente en las estructuras de dominación cultural y que vienen a ser el nuevo rostro de la opresión, “la colonialidad es del poder, del ser, del saber y de la naturaleza”.⁹⁴

Siguiendo a Boaventura de Sousa Santos, en el neocolonialismo actual —en el que se han fusionado la naturaleza moderna del Estado con las estructuras del capitalismo— rigen los principios individualistas en detrimento de lo colectivo, de la competitividad en desmedro de la reciprocidad, y el de tasa de ganancia como antagónica de la complementariedad y solidaridad.⁹⁵

1.3. De la resistencia

⁹¹ Acerca del colonialismo y el carácter racista de este fenómeno, se puede consultar Norberto Bobbio, “La naturaleza del prejuicio. Racismo, hoy. Iguales y diferentes” en *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad*, 204.

⁹² Para mayor ilustración sobre estas diferencias entre colonialismo y colonialidad, puede consultar Ávila Santamaría, *La utopía del oprimido*, 148 y s.

⁹³ Judith Salgado Álvarez, “Lidiando con la diferencia. Respuestas desde la justicia constitucional ecuatoriana y colombiana, en *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad*, 484-5.

⁹⁴ Ávila Santamaría, *La utopía del oprimido*, 149.

⁹⁵ Boaventura de Sousa Santos, *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur* (Quito: Abya-Yala, 2010), 25-6.

No es conveniente cultivar tanto respeto por la ley como por lo correcto...

Henry David Thoreau, *Escritos selectos sobre Naturaleza y Libertad*.

(N)o importa que las leyes e instituciones estén ordenadas y sean eficientes: si son injustas han de ser reformadas o abolidas.

Jhon Rawls, *Teoría de la justicia*.

El derecho en su concepción dogmático positivista, como medio —no fin— ha sido —y es— uno de los instrumentos de mayor uso para ejercer el poder en sentido reaccionario y de flujo continuo de la desigualdad, esto debido a que, como un instrumento producto de la cultura humana, al igual que otras ramas como la sociología o la economía, han servido para expandir un pensamiento liberal y capitalista de indudable hegemonía mundial. Sin embargo, en determinados momentos, este mismo instrumento ha valido para trasmutar leyes injustas en leyes justas o razonablemente justas. La resistencia como hecho y como derecho ha permitido imponer categorías reales de igualdad que sin ella serían impensables.

La regla de la mayoría como uno de los principios del gobierno democrático —donde el pueblo es el soberano que encarga el ejercicio del poder— da por sentado que las decisiones adoptadas por las mayorías son las que van a regular tanto las instituciones cuanto las relaciones de las personas en la sociedad, sin embargo, aquella premisa no asegura que las acciones, u omisiones, del legislador sean justas o correctas, simplemente demuestra que la regla de las mayorías prevalece porque físicamente es más fuerte que las minorías.⁹⁶ Evidencia palmaria de lo descrito puede encontrarse en la exclusión de las mujeres al voto, la esclavitud, la creación del *apartheid* o de lumpen por razones socioeconómicas, todas estas, han sido decisiones de las mayorías adoptadas bajo formas legales, pero que hoy, resultan intolerables por su abierta inconstitucionalidad.

En Estados Unidos, Henry David Thoreau fue apresado en la década de 1840 por negarse a pagar impuestos que tenían como propósito promocionar no solo la esclavitud, sino también la invasión de aquel país en México, la conocida guerra México-americana. De esa

⁹⁶ Henry David Thoreau, *Escritos selectos sobre Naturaleza y Libertad*, trad. Mario A. Marino (Buenos Aires: Ágora, 1960), 36.

experiencia, el pensador estadounidense escribió la desobediencia civil apelando siempre a la conciencia del hombre/mujer y de la sociedad como presupuesto de un gobierno expedito, y no a la fuerza de las mayorías que pendula por el principio de la fuerza antes que por el principio de la conciencia. Quizá uno de los actos de resistencia que más transcendencia histórica ha adquirido no solo por su brillo, sino por su extraordinaria paradoja, sea la negativa de Sócrates a admitir su “culpa”, y su decisión de “someterse” a la ley por profanar las mentes de los jóvenes de la antigua Grecia. Sócrates acepta el legado de la ley, desafiándola, desafiándola hasta morir...

Del mismo modo, en la actualidad, y en la realidad de Ecuador, existen sinnúmero de ejemplos de resistencia y de luchas sociales contra aquello que las minorías o ciertos colectivos consideran injusto o contrario a derechos colectivos, de la naturaleza o del buen vivir que se encuentran constitucionalizados.⁹⁷ Muchas personas o líderes de colectivos han sido privadas de su libertad bajo la “simulación” de un proceso penal. Quienes se oponen a la explotación de recursos naturales como la actividad petrolera, la minería, o los negocios que contaminan el agua, se enfrentan a una gran dicotomía, la fantasmal tensión entre las normas constitucionales y la realidad. Habría que hacer un apartado también, para decir que entre las propias disposiciones de fuente constitucional existen grados de confrontación.

La Constitución de la República del Ecuador de 2008 (vigente), contiene un catálogo admirable de derechos colectivos —también individuales— al que le antecede una ideología asimismo, refrescadora, como es el establecimiento del *sumak kawsay*, el principio de interculturalidad, la innovadora, casi “loca” institución de los derechos de la naturaleza, que tienen como propósito derrocar el tradicional de régimen de desarrollo y promover un transitar hacia un buen vivir armónico, diverso, multicultural, pacífico, solidario, cooperativo, y no acumulativo. Mas, la propia Carta, no ha podido “liberarse” de otros principios de corte económico liberal, como por ejemplo el establecimiento del régimen de desarrollo,⁹⁸ y la exclusiva propiedad de los recursos naturales para la explotación por parte del estado. Si bien es cierto, resulta difícil imaginar el fin del capitalismo,⁹⁹ y por tanto, hasta

⁹⁷ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Preámbulo, arts. 10, 12, 13, 14, 71, 72, 73, 74.

⁹⁸ *Ibid.*, arts. 275-80.

⁹⁹ De Sousa Santos en su libro *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*, destina un capítulo intitolado, “el fin del capitalismo sin fin” para hacer notar la dificultad teórica de idear un nuevo sistema no capitalista. Identifica al problema manifestando que “es tan difícil imaginar el fin del capitalismo, cuanto es difícil imaginar que el capitalismo no tenga fin”.

parece “razonable” la contradicción que se acaba de exponer, —que no es motivo de solución de esta tesis— no es menos cierto, que ha primado el desarrollo y la explotación antes que la naturaleza y la cooperación no acumulativa. Rafael Domínguez y Sara Caria comentan sobre el Plan Nacional del Buen Vivir, manifestando que “es una ideología funcional para el modelo de desarrollo primario exportador (antitético a los principios del BV)”.¹⁰⁰

Retomando la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) esta proclamó una disposición sin parangón por su contenido emancipador, la de resistir ante la opresión. Esta premisa es de doble importancia, primero porque establece el “derecho” a resistir, o sea, eleva a la resistencia a nivel principio/normativo, y luego, configura la posibilidad política de lograr la revolución por medio de la resistencia. Sin embargo, entre los años 1789 y 1989, Kant se encargó de restar importancia al derecho a resistir, considerando que existe una contradicción irremediable entre la resistencia y el derecho, en la que este puede ser demolido por aquel. Tanto es así que la Declaración Universal de Derechos de 1948 evoca, entre otras, a las disposiciones igualdad y libertad de la Revolución francesa, previniendo que aquella se emite con el afán de evitar la revolución y todo acto que pusiere en riesgo el orden político y legal; a partir de ahí, los derechos humanos positivos han ido eliminando la posibilidad de resistencia y revolución.¹⁰¹

A pesar de los intentos por menospreciar y proscribir el derecho a la revolución y a la resistencia, estos hechos se vuelven “incontrolables” e incontenibles ante el marco que deviene en injusto. Los deseos de igualación a través de la metodología homogeneizante chocan ante lo diverso, y en determinado momento, rebotan, esta acción se produce por efecto de la resistencia ante lo injusto, ante lo extraño, ante la intolerable brecha de desigualdad.

El igualitarismo legal, que ha sido la forma en que el capitalismo ha entendido la conjunción egalitaria, ha incrementado exponencialmente la brecha entre ricos y pobres. La igualdad de oportunidades significa que el lado débil de la retroalimentación depende simbióticamente de las ganancias del lado fuerte. El síntoma de la *adikia* revive instantáneamente el letárgico derecho a la resistencia y aviva el fuego de la *techne* de la rebelión. El derecho aniquila el derecho a la resistencia pero este retorna permanentemente como lo reprimido [...]. El derecho a la resistencia es el núcleo imposible y prohibido del

¹⁰⁰ Rafael Domínguez y Sara Caria, “La ideología del Buen Vivir: la metamorfosis de una “alternativa al desarrollo” en desarrollo de toda la vida”, *Pre-Textos para el Debate*, n.º 2 (2014), citado por Ramiro Ávila Santamaría, *La utopía del oprimido*, 294.

¹⁰¹ Costas Douzinas, “Prólogo al libro de Ricardo Sanín Restrepo”, en *Teoría crítica constitucional. Rescatando la democracia del liberalismo* (Quito: Centro de Estudios y Difusión de Derecho Constitucional, 2011), 23.

derecho, lo real que sostiene la legalidad y los derechos. La idea de comunismo y el llamado normativo que prepara a sus militantes significa precisamente el fracaso de la legalidad egalitaria. La inequidad a nombre de la igualdad legal transforma una norma condicional en un axioma absoluto que dice que las personas [...]. La igualdad de los derechos legales ha producido una crónica inequidad cultural y material.¹⁰²

Sin embargo de lo que ha sucedido en el mundo como tendencia abolicionista a la revolución y frente al temor de cambio de la cosmovisión occidental, la Constitución del Ecuador, otra vez, imprime una dosis de “locura” o (des)cordura al mundo, recordando que el derecho a la resistencia es de rango constitucional, y como tal, exigible directa e inmediatamente ante cualquier autoridad jurisdiccional.¹⁰³ La previsión constitucional del derecho a la resistencia abre una puerta que podría ser un universo de legitimación de lo justo por sobre lo injusto, de reivindicación de lo diferente ante decisiones intolerables, de un brazo de fortaleza que se tensa con el estado monista, hasta llegar a transformarlo.

A pesar que muchas de las veces la cosmovisión de occidente ha visto como meras muestras de orgullo folclórico a la cosmovisión afro e indígena, el pluralismo jurídico constituye hoy en día, la clara muestra de la resistencia andina ante el monismo jurídico de occidente, mutando de la exclusividad jurídica de un sistema único de administración de justicia hacia un “pluralismo integral”. Las primeras muestras de apertura del derecho occidental único hacia las tradiciones “jurídicas” indígenas se las puede encontrar en la Ley de Indias, y que han sido previstas sin embargo como derecho primitivo. Más allá de sus inicios, el pluralismo jurídico en la actualidad, tiene un amplio margen de discusión ya no desde lo primitivo, sino desde planos (des)jerarquizados de discusión, o al menos, esta sería la utopía o el ideal.

La conceptualización y definición del pluralismo jurídico, su alcance, límites, tensiones, etc., no es asunto de este trabajo; sin embargo, para los efectos deseados de las ideas que se plantean aquí, es pertinente manifestar ciertas generalidades conceptuales. La pluralidad de órdenes normativos, y la coexistencia de un derecho estatal y uno no estatal, que funcionan bajo un mismo modelo de Estado es un aliciente importante para la resistencia y que pone en evidencia la posibilidad de coexistencia e interrelación de diversos saberes jurídicos: el científico racional, y el experimental consuetudinario práctico.

¹⁰² *Ibíd.*, 24.

¹⁰³ Constitución de la República del Ecuador, arts. 3, 98, 416. 8.

Como se dijo, la intención no es definir las formas jurídicas de convivencia entre los fueros indígena y occidental, pero si es necesario dejar sentadas ciertas bases. Por ejemplo, una convivencia coetánea, no estaría permitida jamás sobre la base de la jerarquía de uno por sobre otro, lo que da cuenta que se necesita cierto nivel de igualdad. Una vez que existen igualdad de posiciones, deben existir acuerdos que permitan un desarrollo más o menos armónico, esos acuerdos, como es obvio, implican que se deben definir límites de actuación en el ámbito de aplicación de uno y otro sistema. Se debe insistir, que lo acuerdos deben llegarse después de un interrelacionamiento en igualdad de posiciones.

Como quiera que fuese, lo loable del pluralismo consiste en su raíz emancipadora, y en su capacidad de poner en el estado una cosmovisión que no permitió ser eliminada, que resistió. Y que una vez logrado su objetivo, busca además, igual consideración para su “derecho” pues este se ha conseguido debido al reconocimiento de la diversidad, del multiculturalismo, y de la necesidad de interrelación y aprendizaje mutuos. A riesgo de citar en extenso, la siguiente transcripción del Tribunal Plurinacional de Bolivia, es clarificadora:

[...] En esencia la plurinacionalidad rompe con la concepción del Estado-nación homogeneizante y asimilacionista de concebir un solo Estado con una nación, una cultura, una lengua: el de la cultura dominante; por el contrario, la plurinacionalidad descolonizante reconoce a los pueblos indígena originario campesinos como naciones con capacidad para definir sus destinos en el marco de la unidad (art. 2 de la Constitución Política del Estado —CPE—), que se interrelacionan en un mismo territorio y se garantiza el fortalecimiento de esas identidades plurinacionales. La plurinacionalidad como nuevo enfoque de la diversidad, reconoce el derecho a la libre determinación de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, su cultura, sus instituciones, sus saberes y conocimientos como factores de cambio dentro del proceso de descolonización y construcción de la plurinacionalidad.

[...] para la construcción y consolidación del Estado Plurinacional son fundamentales —entre otros— los principios de pluralismo jurídico, unidad, complementariedad, reciprocidad, equidad, solidaridad, a éstos se agrega la interculturalidad, que además de constituir un principio-valor, se constituye en el instrumento para la cohesión y la convivencia armónica y equilibrada entre todos los pueblos y naciones (art. 98 de la CPE), porque la misma se edifica bajo el respeto a la diversidad, **donde el concepto de igualdad de las culturas es el punto de partida para los nuevos proyectos de vida, pues en el Estado Plurinacional, como nueva organización política, conviven en condiciones de igualdad, las naciones y pueblos indígena originario campesinos con sus propias formas y lógicas civilizatorias, y se irradian y confluyen con una orientación de complementariedad e interculturalidad, que suponga la construcción de una institucionalidad plurinacional descolonizadora, despojada de las lógicas de la colonialidad y bajo un proceso de reconstitución y re-encuentro de los propios saberes y conocimientos.**

Ciertamente, el reconocimiento de la diversidad cultural como base esencial del Estado Plurinacional **plantea que el pluralismo, la interculturalidad y la descolonización constituyen los ejes fundacionales que sustentan la construcción del nuevo Estado boliviano.**

En este escenario, la interculturalidad se proyecta en una dimensión diferente al enfoque de la multiculturalidad, este último diseñado bajo los moldes del Estado-nación, que reconoce la diversidad cultural con niveles de tolerancia y de reconocimiento de la diversidad en tanto y en cuanto esa diversidad se subordine a una sola forma de justicia, un solo sistema político, económico, social, cultural, lingüístico: el dominante; es decir, reproduce los moldes de superioridad de una cultura. **En tanto que la interculturalidad plurinacional se cimienta en la igualdad jurídica de las culturas y se proyecta desde la cosmovisión de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, que con sus diferentes formas y modos de vida, saberes y conocimientos, valores y realidades se ingresa en un proceso de interrelación recíproca e igualitaria de diversas identidades plurinacionales, que conviven, dialogan y se complementan, conservando su esencia identitaria para el vivir bien; es decir, para permitir la reproducción de la vida en armonía y equilibrio.**¹⁰⁴
(Negritas y subrayado originales)

El pluralismo jurídico necesita de la acción de la interculturalidad en su sentido más amplio, como convivencia de cosmovisiones y como convivencia de saberes. La convivencia de saberes ha de estar despojada de la jerarquía occidental, del racionalismo científico por sobre el saber indígena o por sobre el saber afro —es una narrativa metafórica que puede ser extendida a otras exclusiones—. La utopía es la construcción de una “interculturalidad epistémica”,¹⁰⁵ que no se detiene en el reconocimiento de una pluralidad epistemológica, sino a la existencia de saberes coetáneos que persisten entre sí en un plano —o varios— de respeto y de retorno mutuo, sin que se encuentre permitido la práctica occidental del saber universalizante que reconoce y que agrega subordinadamente. La interculturalidad epistémica es la construcción de saberes y experiencias locales capaces de integrarse cualitativamente en el universo del saber. Tantos saberes existen, cuantas diversidades se conozcan, o sea, el saber es un eterno retorno.

¹⁰⁴ Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sentencia Plurinacional 0698/2013, Expediente 01570-2012-04-CCJ.

¹⁰⁵ La utilización del término interculturalidad epistémica como planteamiento teórico, se atribuye a Catherine Walsh. *Cfr.* Catherine Walsh, “Colonialidad, conocimiento y diáspora afro-andina”, <http://www.uasb.edu.ec/UserFiles/File/ponenciapopayan1.pdf>. Para mayor abundancia sobre el estudio de la interculturalidad en sus dimensiones ética y/o epistémica, se puede consultar: Lucy Santacruz, “Los desafíos de la interculturalidad como una apuesta política y epistémica en las prácticas de educación alternativa” (tesis de Maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2006).

1.4. Diversidad, una teoría posible

En la Teoría de la justicia de Rawls, este se propone delinear unos principios base o principios generales que conformen una teoría de la justicia. Advierte que iniciará desde una concepción contractualista de la sociedad. Por sociedad entiende a una asociación más o menos autosuficiente de personas con intereses comunes y que han reconocido —previamente— la autoridad y obligatoriedad de unas reglas, que obviamente se han comprometido a cumplir. Así como existe una identidad de intereses, también se presentan conflictos que pueden ser superados en la medida en que los intereses se satisfagan. En las normas de regulación de la sociedad se establecen condiciones específicas de cooperación para promover el bienestar de sus integrantes.¹⁰⁶

Los principios de la justicia social implican una metodología de asignación correcta de derechos y deberes en las instituciones básicas de la sociedad y definen de forma adecuada la distribución de beneficios y carga sociales. Para la eficacia de estos principios se requiere de una ordenación adecuada de la sociedad, entiéndase por orden, que cada miembro de la sociedad sabe y acepta el cumplimiento de lo principios de justicia escogidos, y que las instituciones sociales están encaminadas a la satisfacción y cumplimiento, en la medida posible, de esos principios. Las instituciones son justas siempre y cuando la distribución de cargas y derechos no sea arbitraria, o sea, que pueden existir distribuciones que promuevan la equidad siempre que estén debidamente justificadas.

La libertad y la igualdad de las personas al momento de llegar a consensos, desde una hipótesis contractualista, juega un rol preponderante, en cuanto las personas libres e iguales son capaces de escoger un proyecto de vida común que a su vez posibilite un proyecto de vida individual, en el que, las desventajas o diferencias sean razonables. La validez y razonabilidad de las desventajas en la distribución del ingreso y la riqueza dependerán del hecho de cómo actúen las desventajas, teniéndose como justificadas aquellas que trabajen en favor de las posiciones aún peor posicionadas. En este sentido, la teoría de la justicia de Rawls, en lo económico, propone un modelo de desigualdad regulada, controlada, o razonable. No por ello, el modelo de distribución del ingreso y la riqueza del norteamericano puede dejar de calificarse como un igualitarismo radical, pues pese a su posición liberal, ha

¹⁰⁶ John Rawls, *Teoría de la justicia*, trad. María Dolores González (Cambridge: Harvard University Press, 1971), 17-8.

defendido una distribución de riqueza sustancial. “[...] la de Rawls es una de las versiones distribucionistas más radicales que pueden formularse desde el requisito de la inviolabilidad de los derechos y libertades ciudadanas”.¹⁰⁷

Incluso, desde la posición liberal de la justicia y de la igualdad de Rawls, advirtió que una institución socialmente justa no es compatible con un sistema económico utilitario. La definición de utilitarismo es la de la economía tradicional, por la cual, una persona en sentido individual se halla libre de satisfacer cuantos intereses tenga sin importar si su actuar tiene efectos contraproducentes en los demás miembros de la sociedad o en la naturaleza.¹⁰⁸ Al contrario, la corriente marxista, conocida como la más igualitaria, considera que la existencia de clases sociales construidas sobre la base de la inequitativa distribución de la riqueza es el principio de todos los males y que propicia la desigualdad, considerando a esta —aunque pareciere utópico— como un mal a erradicar, y no una condición “dada” a regular o controlar razonablemente.

En definitiva, la justicia social en la doctrina rawlsiana, se basa en la conformación de instituciones básicas que serán justas siempre y cuando exista una estructura de reglas por la que se defina un sistema de cooperación estable, una distribución de cargas y deberes razonablemente planteados, libertad e igualdad de los miembros de la sociedad, así como la eficacia de las reglas en el sentido que estas sean más o menos aplicadas y cumplidas. Por fin, la satisfacción de los intereses y los deseos, deberá ser preferiblemente colectiva y no individual.

(El objeto primario de la justicia es la estructura básica de la sociedad o, más exactamente, el modo en que las grandes instituciones sociales distribuyen los derechos y deberes fundamentales y determinan la división de las ventajas provenientes de la cooperación social. Por grandes instituciones entiendo la Constitución política y las principales disposiciones económicas y sociales.¹⁰⁹

Ahora bien, no se puede perder de vista que la teoría de justicia que se acaba de exponer, no ha sido suficiente para satisfacer los derechos de personas excluidas, ni para eliminar una inequitativa distribución que ha desembocado en una lacerante posición de ejercicio ilegítimo de poder.

¹⁰⁷ Jesús Rodríguez Zepeda, “*El igualitarismo radical de John Rawls*”, <http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/view/456/456>, 99.

¹⁰⁸ John Rawls, *Teoría de la justicia*, 34-5.

¹⁰⁹ Rawls, *Teoría de la justicia*, 20.

La diversidad humana ha sido sujeta a una histórica opresión, claro está, ciertas diversidades, no las que hacen parte de la humanidad hegemónicas, sino aquellas que provienen de las diferencias ante las que la sociedad reacciona con temor, el temor que obliga a “normalizar”, el temor por lo diferente y que merece “aculturización” “reeducación”, “reducción” [...] “abolición”. Piénsese por ejemplo en las “técnicas de cura contra la homosexualidad”, los procesos de retnificación, la prescindencia de las personas en situación de discapacidad, las ciudades lumpen para personas en situación de pobreza extrema (favelas, suburbios), y una larga lista de etcéteras más.

A lo largo de los años, no se ha podido avizorar —¿intencionalmente?— que la injusticia ha tenido mucho que ver con las “teorías de verdad”, el racionalismo científico y la rigurosidad de la ciencia. El propio Rawls, inicia su obra con la lapidaria cuota: “La justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento.” Debido a la medicalización de la homosexualidad es que esta fue considerada como una patología mental por la Organización Mundial de la Salud hasta el año 1990. El correlato jurídico de la patología médica es la adecuación de la conducta homosexual a un delito, objeto no solo de sanción, sino también de persecución. Pareciera hoy una aberración llamar patología a una preferencia sexual humana innegable y de perenne presencia en la historia de la humanidad. Y digo “pareciera”, porque a pesar de la desmitificación médico científica de la homosexualidad y de su despenalización jurídico positiva, esta sigue siendo una diversidad estigmatizada desde la hegemonía del “disciplinamiento y manejo de los cuerpos”.¹¹⁰

Del mismo modo, se ha impuesto un régimen de verdad científica medicalizando la discapacidad como una enfermedad que merece ser curada a toda costa. La sociología también ha hecho su cuota desde la teoría de la prescindencia de la discapacidad, por la cual, esta es una tragedia que “incapacita” y como tal no es útil al sistema y es pertinente la prescindencia de este grupo de personas. Recién en la teoría social de la discapacidad se revierte el estigma dando cuenta que son las barreras sociales, económicas, culturales... arquitectónicas las que colocan a la persona en situación de discapacidad; las discapacidad desaparece en la medida que las barreras sociales son eliminadas. En la actualidad cobran

¹¹⁰ Juan Cornejo Espejo, “*La homosexualidad como una construcción ideológica*”, *Revista Límite*, vol. 2, n.º 16 (2007): 83, <http://www.redalyc.org/pdf/836/83601605.pdf>.

trascendencia los debates en los que la discapacidad se entiende como diversidad funcional, teoría por la cual, se distingue “deficiencia” como una condición del cuerpo y mente, de la “discapacidad” como las restricciones sociales excluyentes y opresoras. La diversidad funcional¹¹¹ es una terminología utilizada para dar cuenta de las distintas formas de funcionalidad del cuerpo humano, así como un símbolo de insurrección de los cuerpos en contra de la hegemonía de la belleza. Sin duda, no faltan detractores del uso de diversidad funcional centrandó el discurso en la deficiencia biológica antes que en la diferencia de percepción del mundo o de experimentar la realidad.¹¹²

La diversidad como un principio que rige en la sociedad propicia una justicia cognitiva, en el sentido de rescatar los diferentes saberes y cosmovisiones del mundo. Rescatar significa abolir la inferiorización de saberes locales por la sacralidad del saber global. Entiéndase saber global la ciencia construida desde el criterio de verdad y universalización en el sentido de excluir y folcrotizar experimentaciones de la vida particular y colectiva que no se enmarcan en el principio de universalidad. El exclusivismo científico y la exclusión de saberes locales es lo que Boaventura de Sousa designa como monocultura del saber que deviene en injusticia cognitiva. La injusticia cognitiva funciona desapareciendo los saberes empíricos, experimentales, periféricos, bajo la lógica de la universalidad, lo que no existe, no es.¹¹³ Mejor fórmula de exclusión no ha podido inventarse.

Una justicia cognitiva implica una crítica a la tradición científica universalizante que promueve la exclusión epistémica, y al mismo tiempo, significa reconocer el valor de la producción de conocimiento desde esferas locales distintas a las tradicionales y que pueden resultar igualmente válidas y aceptables en función del buen vivir. “La justicia cognitiva es, por tanto, un llamado a hacer visibles formas de conocimiento, en particular aquel marginado o periférico, generadas en diversas partes del mundo cuyos productores luchan contra la diferenciación desigual, el exclusivismo científico y el racismo epistémico”.¹¹⁴ La

¹¹¹ “Diversidad funcional es un término acuñado por el Foro de Vida Independiente desde principios de 2005 para designar lo que habitualmente se conoce como discapacidad. Este término pretende eliminar la negatividad en la definición del colectivo y reforzar su esencia de diversidad”. Esta explicación se encuentra en una nota al pie de Agustina Palacios y Javier Romañach, *El modelo de la diversidad: la bioética y los derechos humanos como herramienta para alcanzar la plena dignidad de la diversidad funcional* (Madrid: Diversitas, 2006).

¹¹² Palacios y Romañach, *El modelo de la diversidad*, 59.

¹¹³ De Sousa Santos, *Descolonizar el saber*, 22.

¹¹⁴ Antoni Jesús Aguiló Bonet, “La universidad y la globalización alternativa: Justicia cognitiva, diversidad epistémica y democracia de saberes”, *Nómadas. Critical Journal of Social and Juridical Sciences*, 2009, 22. <http://148.215.2.10/articulo.oa?id=18111430001>.

racionalidad científica ha propugnado más hacia el estudio de la diversidad biológica que al de la diversidad humana y de las formas en que esta actúa.

Un principio constitucional de la diversidad implica un concepto en desarrollo y un todo que engloba las dimensiones filosófica, política, jurídica y sociológica. Construir una teoría de la diversidad, por tanto, es un asunto complejo. Desde el punto de vista filosófico la diversidad cuestiona los conceptos de justicia establecidos a partir de distribución, igualdad de oportunidades, y de trato diferente. La justicia desde la diversidad epistémica implica el desarrollo de un concepto de justicia de amplitud tal en el que los saberes excluidos irrumpen el tablero para dar presencia a aquello que fuera ausentado. Una justicia desde la diferencia valora la diversidad y rechaza toda desigualdad, promueve un sentido de desarrollo colectivo por solidaridad y no por utilidad. Un principio de la diversidad es descolonizador/emancipador, e implica el paso del colonialismo del poder a la solidaridad colectiva.

Desde un punto de vista de la democracia, la participación de las diferencias en la toma de decisiones ha de estar supeditada tanto a lo procedimental *el cómo* cuanto a lo sustantivo *el qué*. Es decir, que la diversidad es límite democrático en tanto la fuerza de la mayoría *procedimiento* no puede ser ya el criterio determinante, el criterio determinante será siempre el respeto por la diferencia *qué*. Para esto, la cultura de la diferencia ha de estar en el debate del imaginario colectivo. La discusión democrática ha de partir desde una justicia cognitiva y no desde la cultura avasallante que invisibiliza la diversidad humana o la lleva al punto de la “irracionalidad”. El sistema democrático deberá enfrentarse a la posibilidad de autogobierno y autodeterminación, tal como sucede en el pluralismo jurídico, por ejemplo. La coexistencia de la minoría dentro de la mayoría sin embargo, no puede estar exenta de límites constitucionales. Estos límites nos serán otros que la imposibilidad de inferir en los derechos de las demás personas. La interrelación de las intersubjetividades colectivas ha de encontrar la fuente de su actuación en la noción de interculturalidad como presupuesto de una convivencia armónica de la sociedad. Para esto, el régimen de solidaridad primará por sobre el régimen de utilidad económica.

El diseño de las instituciones entonces deberá sufrir un cambio radical. La concepción de las instituciones desde la diversidad permite que sus estructuras estén dotadas de diferentes ámbitos en el marco del conocimiento y de la experiencia, lo que permitirá que las estructuras

públicas actúen para el bienestar equitativo de las personas colectivamente hablando. El diseño institucional que se construye desde la diversidad estará pensado para regular interrelaciones complejas en función de las diferencias y no como espacio de servicio a lo hegemónico.

Tras lo expuesto, desde el punto de vista sociológico, la diversidad no plantea otra cosa sino el respeto por la diferencia y su valorización como categoría concreta de la sociedad en tanto la pluralidad que caracteriza al *genus* humano. El reto: construir una compleja ecología de saberes en la que el conocimiento implique interconocimiento.¹¹⁵ Desde este punto de vista, la interrelación de las diferencias con lo mayoritario deviene en la eliminación de los estereotipos de la “otredad” y en una percepción amplia de la sociedad; por amplitud entiéndase eliminación de jerarquías y de relación de poder en tanto ejercicio de verticalidad. Lo contrahegemónico entonces deambula en lo hegemónico sin que este inferiorice a aquel.

Resulta primordial para el afianzamiento de la diversidad como principio, que dentro del tejido social y de sus complejas formas de relación, la cultura identitaria de las minorías sea capaz de insertarse como categoría de validez. La cultura de las minorías y la identidad de cada una de ellas (feminismo, movimiento GLBTI, personas con diversidad funcional, pueblos originarios andinos o afrodescendientes) es una noción emancipadora en tanto su experimentación de la realidad desde la opresión y su búsqueda por una igualdad sustantiva contiene una historia enriquecedora y una lógica ontológica de lucha y resistencia de profundo valor social.

En lo jurídico normativo, el valor de la diversidad sería la noción a desarrollar por parte del principio de igualdad. Como se ha manifestado a lo largo de esta tesis, la diversidad tiene como concepto implícito a la diferencia como valor fundante de la sociedad. La igualdad es una categoría jurídica abstracta, mientras que aquella, es una categoría jurídica concreta.

Desde un punto de vista procedimental del principio de igualdad, se sabe que este tiene como parte de su narrativa jurídica al discurso de la inclusión. Se habla con legítima autoridad de la “inclusión” social, política e institucional de las mujeres, de las personas con diversidad funcional, de los pueblos originarios campesinos, etc., sin que se haya detenido a pensar que la hegemonía aplica una categoría de inclusión subordinada. La crítica a la inclusión como forma aplicativa de la igualdad estriba en que “incluir” no deja de ser una

¹¹⁵ De Sousa Santos, *Descolonizar el saber*, 48-9.

relación de poder. La inclusión se asemeja a una relación clientelar o paternalista, en la que quien es incluido no resulta del todo aceptado.

No cabe duda que el movimiento feminista recibe críticas de ridiculización; que no existe igualdad salarial entre hombres y mujeres; que la participación política de las etnias en asuntos de trascendencia como el extractivismo, por ejemplo, es una lucha utópica casi imposible contra el gigantismo del poder económico. Asimismo, la inclusión de las personas con diversidad funcional es exigua, nada más palmario que la construcción de las ciudades desde una lógica del “normal” funcionamiento de las personas. La igualdad es irreal si los procesos de inclusión son política retórica y propaganda. La diferencia sufre similares efectos que los procesos de exclusión, si es que la inclusión exige subordinación ante el orden y la estructura ya establecida.

Por otro lado, la inclusión incurre en riesgo de eliminar las diferencias, o de estigmatizarlas aún más. Para ejemplificar, se pueden plantear dos casos, el primero se trata de un estudiante con cierta discapacidad intelectual que pretende educación universitaria en artes; por el segundo, una persona con una enfermedad grave y con creencias tan profundas que rehusándose a la medicina tradicional exige un tratamiento de salud alternativo. La lógica de la igualdad a través de la inclusión recomendaría en el primer caso, ingresar al estudiante a la carrera universitaria y propugnar la misma educación que a los demás estudiantes. Esto implicaría un desconocimiento de la diversidad y un acto de remarcar la diferencia, pues como es obvio, la diversidad del estudiante no le permite igual lógica de aprendizaje, este requiere de un punto de vista de cosmovisión amplísimo de comprensión de los constructos socioculturales. No deja de ser complejo el asunto, no obstante, el dilema tendría una mejor solución desde una concepción intercultural. Por el segundo caso, la inclusión al sistema médico tradicional sería la única vía, pues la estructura del sistema médico obedece a una política pública monista del Estado. Igualmente complejo resulta decir que el Estado debe propiciar acciones de hacer para garantizar el derecho a una medicina alternativa, pero en términos de justicia, esta sería una mejor solución, que el “no hacer”.

Así como la igualdad opera por inclusión, la diversidad opera por interculturalidad. En ese escenario, el principio de igualdad es un complemento de la diversidad. En cada caso de tensiones entre minorías y la mayoría; de conflictos de objeción de conciencia; de exigencia de reconocimiento de derechos, o en la lucha por la autodeterminación, lo

primordial será analizar si la aplicación del test de igualdad es suficiente y respetuoso de las diferencias, o si es necesario aplicar una concepción normativa más amplia en la que el intérprete pueda llegar a la comprensión de lo que la diferencia exige.

La noción amplia de la diversidad atañe la eliminación de la desigualdad, una noción estricta de la diversidad, implica conocer la identidad de las diferencias, valorarlas y emitir una decisión capaz de comprender las distintas formas de actuar en el mundo sin que estas sean eliminadas o desvalorizadas. La tarea es ardua, pero ante la ola de discriminación y el oprobio de lo hegemónico, no existe otra salida que el esfuerzo por comprender lo diferente, por visibilizar el valor de lo otro/a/e. En lugar de “incluir”, la diversidad se propone ampliar, interactuar, armonizar, (des)comprender.

En definitiva, desde una aplicación normativa, un principio de la diversidad implica el estudio de las complejas especificidades de cada caso. El objetivo siempre será el de lograr una decisión que valore la diferencia sin eliminarla y que, al mismo tiempo, propicie la satisfacción del derecho constitucional pretendido. El esfuerzo por lograr igualdad de los colectivos o minorías excluidas debe siempre ser abordada desde el prisma del valor de la diferencia. La diversidad nos coloca en la dificultad teórica de irrumpir lo establecido, en lo empírico, la lucha y la resistencia de “los marginales” no ha logrado ser silenciada jamás. La resistencia es fuente inagotable; la diversidad, inviolable.

Conclusiones

El principio constitucional de igualdad en su dimensión tanto formal cuanto material no constituyen noción emancipadora, si bien —en ciertos casos— contribuyen a la materialización de la justicia, no deviene en un sistema capaz de eliminar la brecha de desigualdad material.

En la democracia actual, la igualdad actúa como un valor axiológicamente preponderante. Desde la perspectiva de la diversidad en cambio, la diferencia actúa como valor estructurante de la sociedad y la igualdad como un complemento. En una estructura social que actúa por interculturalidad, la noción de justicia social viene a ser mucho más viable que en una sociedad cuyas estructuras actúan por principio de jerarquía.

El sistema democrático fraguado en la modernidad requiere darse cuenta que la participación de los grupos excluidos es fundamental para una convivencia ordenada y armónica. El criterio de diversidad en la construcción de decisiones o en la exigencia de autogobierno requiere de un profundo debate social. En el escenario democrático el conocimiento es un requisito fundamental para la discusión y la solución de desacuerdos. En la diversidad, los acuerdos deben adoptarse desde una perspectiva de la ecología de saberes; o sea, desde una justicia cognitiva.

Ante la opresión, la resistencia es el camino de insurrección para la consecución de justicia social. La construcción de las instituciones debe conformarse desde la diversidad de saberes y cosmovisiones, no desde la hegemonía epistémica. La distribución de obligaciones y derechos debe dirigirse a eliminar la desigualdad y propugnar la cooperación social. La diversidad es un valor emancipador que permite el traslado del colonialismo a la solidaridad, del individualismo a lo colectivo.

La diversidad como aplicación normativa no propugna la eliminación de las diferencias, las realza, comprendiendo la identidad cultural detrás de cada una de las diversidades. La solución de controversias desde la amplitud de la diversidad es deseable en la medida que la igualdad no es suficiente en determinados casos en que la “igualación” pone en riesgo la diferencia. La igualdad actúa por inclusión o integración subordinada, la diversidad por interculturalidad ética y epistémica.

Bibliografía

- Aguiló Bonet, Antoni Jesús. “La universidad y la globalización alternativa: Justicia cognitiva, diversidad epistémica y democracia de saberes”. *Nómadas. Critical Journal of Social and Juridical Sciences* [en línea] 2009. <http://148.215.2.10/articulo.oa?id=18111430001>.
- Alegre, Marcelo, y Roberto Gargarella. *El derecho a la igualdad, aportes para un constitucionalismo igualitario*. Buenos Aires: Lexis Nexis / Asociación Civil por la igualdad y la justicia, 2007.
- Alexy, Robert. *Justicia como corrección*, traducido por Ana Inés Haquín. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 26 (2003): 161-73.
- Antúnez, Dalile, Federico Orlando, Liliana Ronconi y Francisco Verbic, “Tomarnos en serio la igualdad: Comentarios a más allá de la igualdad formal ante la ley: ¿Qué les debe el estado a los grupos desaventajados? de Roberto Saba”, *Lecciones y Ensayos*, n.º 99 (2017): 215-44.
- Ávila Santamaría, Ramiro. *La utopía del oprimido*. Bogotá: Akal / Inter Pares, 2019.
- Bara, Ricardo. “La Carta Maga: Reflexiones sobre su significado ocho siglos después”, *Revista de Economía y Estadística*, vol. L III, n.º 1 (2015): 167-83, <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/REyE/article/view/16415/16277>.
- Bartolomé, Miguel A. “La diversidad de las diversidades: Reflexiones sobre el pluralismo cultural en América Latina”, *Cuadernos de Antropología Social*, n.º 28 (2008): 33-49.
- Bobbio, Norberto. *Igualdad y libertad, introducción de Gregorio Peces Barba*. Barcelona: Paidós, 1993.
- . “La naturaleza del prejuicio. Racismo, hoy. Iguales y diferentes. En *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad*, editado por Danilo Caicedo Tapia y Angélica Porras Velasco, 183-218. Quito: Ministerio de Justicia Derechos Humanos y Cultos, 2010.
- Carbonell, Miguel. *Derechos humanos: Origen y desarrollo*. Quito: Editora Jurídica Cevallos, 2013.

—. “Estudio preliminar, la igualdad y los derechos humanos”. En *El principio constitucional de igualdad: Lecturas de introducción*, compilado por Miguel Carbonell, 9-30. Ciudad de México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2003.

Colombia Corte Constitucional. Sentencia n.º 673/01.

Córdova Molina, Diego I. “Repensar la igualdad democrática: *Isonomía, isegoría, isotimia*”, *Revista Colección*, n.º 25 (2015), 11-39. <http://e-revistas.uca.edu.ar/index.php/COLEC/article/view/533/505>.

Cornejo Espejo, Juan. “*La homosexualidad como una construcción ideológica*”. *Revista Límite*, vol. 2, n.º 16 (2007): 83-108. <http://www.redalyc.org/pdf/836/83601605.pdf>.

Corte IDH. *Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*. “Sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas” de 5 de Agosto de 2008, párr. 209.

Corte IDH. *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, “Sentencia de fondo, reparaciones y costas” de 24 de febrero de 2012, párr. 79.

Corte IDH. *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. “Sentencia de fondo, reparaciones y costas” de 24 de agosto de 2010, párr. 272.

Corte IDH n.º 14. “Igualdad y no discriminación”. <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/discriminacion-2017.pdf>.

Corte IDH. *Espinoza González vs. Perú*, “Sentencia de excepciones preliminares, fondo reparaciones y costas” de 20 de noviembre de 2014.

Corte IDH. *Flor Freire vs. Ecuador*, “Sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas” de 31 de agosto de 2016.

Corte IDH, *Furlán y Familiares vs. Argentina*. “Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas” de 23 de junio de 2005.

Corte IDH. *Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*, “Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas” de 22 de junio de 2015.

Corte IDH, *Gonzales LLuy y otros vs Ecuador*, “Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas” de 01 de septiembre de 2015.

Corte IDH. *I.V. vs. Bolivia*. “Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas” de 30 de noviembre de 2016.

Corte IDH, *Gonzales LLuy y otros vs Ecuador*, “Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas” de 01 de septiembre de 2015, párr. 257.

Corte IDH. *Marín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del pueblo Mapuche) vs. Chile*. “Sentencia de fondo, reparaciones y costas” de 29 de mayo de 2014.

Corte IDH. *Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*. “Sentencia de fondo, reparaciones y costas” de 24 de octubre de 2012.

Corte IDH, *Opinión consultiva OC-4/84* de 19 de enero de 1984.

Corte IDH. *Pueblo indígena kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. “Sentencia de fondo y reparaciones” de 27 de junio de 2012.

Corte IDH. *Rosendo Cantú y otra vs. México*. “Sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas” de 31 de agosto de 2010, párr.

Corte IDH. *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, “Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas” de 20 de octubre de 2016, párr.

Corte IDH, *Yatama vs. Nicaragua*, “Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas” de 31 de agosto de 2012.

Corte IDH. *Vélez Loor vs. Panamá*. “Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas” de 23 de noviembre de 2010.

Cover, Robert M. “The Supreme Court, 1982 Term--Foreword: Nomos and Narrative (1983)”, Faculty Scholarship Series. Paper 2705(1983-1984): 1-68. http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2705.

Criado de Diego, Marcos, “La igualdad en el constitucionalismo de la diferencia”, *Revista Derecho del Estado de la Universidad Externado de Colombia*, n.º 26 (enero-junio) (2011): 7-49.

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Adoptada por la Asamblea Constituyente francesa del 20 al 26 de agosto de 1789. https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf.

Declaración de Derechos de Virginia. Adoptada el 12 de junio de 1776.

Douzinas, Costas. “Prólogo al libro de Ricardo Sanín Restrepo”. En *Teoría crítica constitucional. Rescatando la democracia del liberalismo*. Quito: Centro de Estudios y Difusión de Derecho Constitucional, 2011.

Dussel, Enrique. *Filosofía de la liberación*. Bogotá: Nueva América, 1996.

Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 2007.

EC. *Constitución de la República del Ecuador*. Decreto Legislativo 0, Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

EC. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia n.º 245-12-SEP-CC. *Caso n.º 0789-09-EP*, de 24 de julio de 2012.

EC. Corte Constitucional del Ecuador. “Sentencia n.º 292-16-SEP-CC”. *Caso n.º 0734-13-EP*, de 7 de septiembre de 2016.

EC. Corte Constitucional del Ecuador. “Sentencia n.º 080-13-SEP-CC”. *Caso n.º 0445-11-EP*, de 9 de octubre de 2013.

Engle Marry, Sally, John Griffiths y Brian Z. Tamanaha, *Pluralismo Jurídico* (Bogotá: Siglo del hombre / Universidad de los Andes / Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar, 2007).

Espinosa-Saldaña, Eloy. “Apuntes sobre el desarrollo de la jurisprudencia constitucional aplicable a los derechos fundamentales en los EE. UU.”, *Revista ius est veritas*, n.º 21 (2000): 26-41.

Evangelista, María Clara, “A 800 años de la Carta Magna inglesa de 1215”, <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/08/miscelaneas41620.pdf>.

Ferrajoli, Luigi. *La igualdad y sus garantías*. Traducido por Isabel M. Giménez Sánchez, 311-325. <http://www.escuelamagistratura.gov.ar/images/uploads/la-igualdad-y-sus-garantias-luigi-ferrajoli.pdf>.

———. “La justicia penal transicional, para la Colombia del posconflicto y las garantías para la paz interna”, *Revista Crítica Penal y Poder*, n.º 10 (2016): 146-161, <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/04/doctrina43213.pdf>.

- Fernández del Hoyo, Manuel. "Igualdad y due process sustantivo en la reciente jurisprudencia norteamericana sobre matrimonios del mismo sexo". *Revista de Estudios Políticos* (nueva época), n.º 138 (2007): 157-215.
- Flores Rentería, Joel. "Emmanuel Joseph Sieyès: *El gobierno representativo*, <http://www.scielo.org.mx/pdf/polcul/n39/n39a4.pdf>.
- Foucault, Michael. *The History of Sexuality: Volume 1: An Introduction*. Harmondsworth: Penguin, 1980.
- Galeano, Eduardo. *Nosotros decimos no. Crónicas (1963 - 1988)*. Madrid: Siglo XXI, 1989.
- Gargarella, Roberto. "Constitucionalismo vs. Democracia", en *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, vol. 3, coords. Jorge Luis Fabra y Álvaro Nuñez, 1991-2010. Ciudad de México: UNAM-IIIJ, 2015.
- Garrido Gómez, María Isabel. "La complementariedad entre la igualdad y la diferencia", *Revista Frónesis, revista de filosofía jurídica, social y política*, vol. 15, n.º 2 (2008): 69-98.
- González Casanova, Pablo. *El colonialismo interno*. Buenos Aires: CLACSO, 2006.
- Hobson, John A. *Imperialism: A study*. Londres: George Allen & Unwin, 1948.
- Hughes, Bill, y Kevin Paterson, "El modelo social de la discapacidad y la desaparición del cuerpo", en *Superar las barreras de la discapacidad*, compilado por Len Barton, 107-23. Madrid: Morata, 2008.
- Lander, Edgardo. "Hacia otra noción de riqueza". En *El buen vivir. Una vía para el desarrollo*, compilado por Alberto Acosta y Esperanza Martínez, 31-8. Quito: Abya-Yala, 2009.
- Martín Vida, María Ángeles. "Evolución del principio de igualdad en Estados Unidos, nacimiento y desarrollo de las medidas de acción afirmativa en derecho estadounidense", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 23, n.º 68 (2003): 151-94.

- Palacios, Agustina, y Javier Romañach, *El modelo de la diversidad: La bioética y los derechos humanos como herramienta para alcanzar la plena dignidad de la diversidad funcional*. Madrid: Diversitas, 2006.
- Pérez Herranz, Fernando Miguel. “Universales atributos de la filosofía helénica antigua: *Eíde, tópoi y lektá*”, *Ontology Studies: Cuadernos de Ontología*, n.º 12 (2012): 203-222.
- Pessoa, Fernando. *Escritos sobre genio y locura*. Barcelona: Acantilado, 2013.
- Post, Robert, y Reva Siegel, *Constitucionalismo democrático: Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2013.
- Rawls, John. *Teoría de la justicia*. Traducido por María Dolores González. Cambridge: Harvard University Press, 1971.
- Rodríguez Zepeda, Jesús. “El igualitarismo radical de John Rawls”, <http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/view/456/456>, 99.
- Rousseau, Jean-Jacques. “Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres”, <https://www.marxists.org/espanol/rousseau/disc.pdf>.
- Saba, Roberto. *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?* Buenos Aires: Siglo XXI, 2016.
- Salgado Álvarez, Judith. “Lidiando con la diferencia. Respuestas desde la justicia constitucional ecuatoriana y colombiana. En *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad*, editado por Danilo Caicedo Tapia y Angélica Porras Velasco, 547-74. Quito: Ministerio de Justicia Derechos Humanos y Cultos, 2010.
- Santacruz, Lucy. “Los desafíos de la interculturalidad como una apuesta política y epistémica en las prácticas de educación alternativa”. Tesis de Maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2006.
- Sieyès, Emmanuel Joseph. “Preliminar de la Constitución. Reconocimiento y exposición razonada de los derechos del hombre y del ciudadano”. En *Escritos políticos de Sieyès*, comp. David Pantoja Morán, 177-89. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1993.

- Sousa Santos, Boaventura de. *Descolonizar el saber, reinventar el poder*. Montevideo: Trilce, 2010.
- . “Desigualdad, exclusión y globalización: Hacia la construcción multicultural de la igualdad y la diferencia”. En *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad*, editado por Danilo Caicedo Tapia y Angélica Porras Velasco, 3-52. Quito: Ministerio de Justicia Derechos Humanos y Cultos, 2010.
- . *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*. Quito: Abya-Yala, 2010.
- Thoreau, Henry David. *Escritos selectos sobre naturaleza y libertad*. Traducido por Mario A. Marino. Buenos Aires: Ágora, 1960.
- Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sentencia Plurinacional 0698/2013, Expediente 01570-2012-04-CCJ.
- Valenzuela, J. Carlos, “Gunnar Myrdal: una liberación iconoclasta”. En Alonso Aguilar M, Paúl A. Baran, Antonio García, et. al., *Crítica a la teoría económica burguesa*, 254-286. Ciudad de México: UNAM-IIIJ, 1981.
- Vargas Vera, Georgina. Interseccionalidad de la discriminación, formas agravadas de vulnerabilidad. El caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, 146-7 en https://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_18/iu18_11.pdf.
- Vázquez, Bernardo. “La discapacidad como imaginario”. En *Constitucionalismo y nuevos saberes jurídicos: Construcciones desde las diversidades*, editado por Claudia Storini, 49-62. Quito: UASB-E / CEN, 2017.
- Vázquez, Daniel. *Test de razonabilidad y derechos humanos: Instrucciones para armar*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018.
- Walsh, Catherine. “Colonialidad, conocimiento y diáspora afro-andina, <http://www.uasb.edu.ec/UserFiles/File/ponenciapopayan1.pdf>.
- Wolkmer, Antonio Carlos. *Introducción al pensamiento jurídico crítico*. Bogotá: Ilsa, 2003.